

Sygn. akt: KIO/KD 37/17

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 sierpnia 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 lipca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ulicy Lubockiej w Krakowie – zamówienie dodatkowe nr sprawy 10/XII/2015”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej: "kontrolującym", „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

Stanowisko kontrolującego:

Pismem z dnia 23 grudnia 2015 r. Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – przesłał Prezesowi Urzędu zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (znak.: OZ.271.128.2015) na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, którego przedmiotem była przebudowa ulicy Lubockiej w Krakowie – zamówienie dodatkowe.

W przesłanym zawiadomieniu Zamawiający wskazał, że wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, wartość zamówień dodatkowych nie przekracza 50% wartości realizowanego zamówienia, wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, oraz że stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Ponadto Zamawiający wskazał, że z przyczyn technicznych oraz gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów oraz wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Kontrolujący w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 26 czerwca 2017 r., przekazanej wraz z pismem UZP/DKZP/WKZ3/422/65(2)/17/RP stwierdził, że z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, że podstawą wszczęcia postępowania pn.:

przebudowa ul. Lubockiej w Krakowie – zamówienie dodatkowe, nr sprawy 10/XII/2015, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp.

Kontrolujący ustalił, że w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający zawarł umowę nr 127/ZIKiT/2014 z dnia 18 kwietnia 2014 r. na przebudowę ulicy Lubockiej w Krakowie, w zakresie – przebudowa i budowa chodnika, przebudowa peronów przystankowych, budowa krawężnika, wymiana warstw konstrukcyjnych, budowa kanalizacji opadowej oraz przebudowa sieci wodociągowej, gazowej, teletechnicznej (§1 umowy podstawowej). Wartość umowy wyniosła 4.658.144,93 zł brutto.

Postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wszczął w dniu 22 grudnia 2015 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji konsorcjum firm: LIDER – SAMBUD J. P. z siedzibą w Węglówce, oraz PARTNER – PRODiM O. N. z siedzibą w Krakowie.

Umowa w sprawie zamówienia z wolnej ręki została zawarta w dniu 23 grudnia 2015 r. (umowa nr 1095/ZIKiT/2015) z konsorcjum firm: LIDER – SAMBUD J. P. z siedzibą w Węglówce, oraz PARTNER – PRODiM O. N. z siedzibą w Krakowie i obejmowała realizację robót budowlanych polegających na rekonstrukcji pasa ruchu uszkodzonego podczas realizacji zadania podstawowego. Wartość umowy wyniosła 2.320.000,00 zł brutto.

Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp stwierdził, że Wykonawca, tj. konsorcjum firm: LIDER – SAMBUD J. P. z siedzibą w Węglówce, oraz PARTNER – PRODiM O. N. z siedzibą w Krakowie w oparciu o dostarczoną przez Zamawiającego dokumentację projektową, miał zrealizować przebudowę i budowę chodnika wraz z peronami przystankowymi i konieczną w związku z tym budowę kanalizacji opadowej wraz z wykonaniem nowej konstrukcji połowy jezdni naruszonej przez jej realizację. Ten stosunek zobowiązaniowy obejmował też wykonanie na całej szerokości jezdni warstwy ścieralnej. Termin realizacji określony został na dzień 31 grudnia 2015 r.

Wykonawca przystąpił do robót sieciowych, zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem organizacji ruchu kierując całość komunikacji kołowej na przyległy pas jezdni. W trakcie robót, po upływie 12 miesięcy, zaobserwowano postępującą degradację tego pasa ruchu. Przeprowadzono badania i pomiary, które wykazały konieczność wykonania nowej konstrukcji jezdni. Opracowana została więc dokumentacja umożliwiająca zakończenie realizacji zadania podstawowego. Biuro projektowe opracowało komplet dokumentacji wraz z przedmiarami i kosztorysem inwestorskim. Zamawiający argumentował, że przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego wiązałoby się ze znacznym zwiększeniem kosztów (III-IV

kwartał roku – wypełnione portfele zleceń u wykonawców), oraz że roboty te warunkowały zakończenie podstawowego zamówienia.

Zamawiający poinformował, że – mając na uwadze powyższy stan faktyczny oraz przyporządkowując go do obowiązujących na ten czas, w tym zakresie przepisów prawa – zaistniałe okoliczności w jego opinii w pełni uzasadniały zlecenie zamówienia dodatkowego. Według Zamawiającego, pomimo faktu, że przepisy prawa nie zawierają definicji legalnej przedmiotowego rodzaju zamówienia, przyjmuje się, że zamówienia dodatkowe to zamówienia, które nie zostały objęte zamówieniem podstawowym, a które niezbędne są do jego prawidłowego wykonania, przy czym to wykonanie stało się konieczne na skutek zaistnienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Zamawiający wskazał, że przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego weryfikowane były w oparciu o obowiązujący wówczas stan prawny. Zamawiający wymienił przesłanki, które determinowały udzielenie zamówienia dodatkowego.

W pierwszej kolejności wskazał, że zamówienie dotyczy usług lub robót budowlanych. Zamawiający poinformował również, że spełniona została przesłanka dotycząca tego, że prace, które objęte zostać mają zamówieniem dodatkowym, nie zostały przewidziane w zamówieniu głównym a ich wykonanie konieczne było dla prawidłowej realizacji robót budowlanych przewidzianych w zamówieniu podstawowym. Zamawiający nie ujął wykonania dokumentacji i realizacji rekonstrukcji uszkodzonego pasa ruchu w ramach zamówienia podstawowego.

Kolejnym kryterium weryfikującym możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego jest tzw. przesłanka nieprzewidywalności. W opinii Zamawiającego przedmiotowa przesłanka również została spełniona. Zamawiający stwierdził, że nieobjęcie prac, o których mowa powyżej zamówieniem podstawowym, wynikało z sytuacji niemożliwej do przewidzenia na etapie planowania. Zaistnienie postępującej degradacji pasa ruchu, na który zastępczo skierowano całość komunikacji kołowej spełnia – zdaniem Zamawiającego – przesłankę nieprzewidywalności i konieczności zlecenia zamówienia dodatkowego. Zamawiający wskazał przy tym, że na ulicy Lubockiej prowadzone są przewozy Komunikacji Miejskiej w Krakowie na liniach regularnych.

Najważniejszym jednak aspektem, argumentującym według Zamawiającego w pełni przesłankę nieprzewidywalności był fakt, że w ciągu ulicy Lubockiej i Łuczanowickiej prowadzony był dowóz materiałów między innymi do okolicznego przedsiębiorstwa, które w tym okresie budowało kolejne hale produkcyjne, dowożąc ich elementy oraz moduły ulicą Lubocką, czego – jak twierdzi Zamawiający – nie można było przewidzieć w chwili określenia zakresu zadania objętego przedmiotem zamówienia podstawowego. Wspomniane działania wiązały się z przejazdem pojazdów ciężarowych przewożących ładunki o znacznej masie

obciążeniowej, co w połączeniu z i tak już zwiększonym natężeniem ruchu przyczyniło się do znacznej degradacji „zastępczego” pasa ruchu.

Zdaniem Zamawiającego ważny jest również fakt, że ulica Lubocka stanowi drogę prowadzącą z ulic Kocmyrzowskiej i Darwina do nowohuckich osiedli, m.in. Luboczy i Wadowa i jest to jedna z najbardziej ruchliwych ulic w tej części miasta. Zgodnie z dalszymi wyjaśnieniami Zamawiającego, brak realizacji przedmiotu zamówienia dodatkowego skutecznie uniemożliwiłby również prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego, kwestia zachowania przejezdności pozostaje bowiem priorytetem w takich sytuacjach.

Kolejnymi warunkami, które determinowały, zdaniem Zamawiającego, udzielenie zamówienia dodatkowego, były powody gospodarcze oraz techniczne. Jak zauważył Zamawiający, udzielenie zamówienia innemu wykonawcy powodowałoby niewspółmiernie wysokie koszty, ponieważ przypadałoby ono na okres, w którym wykonawcy mają już wypełnione portfele zleceń, co łączy się również z tym, że ceny robót mogą być niewspółmiernie wysokie w relacji do rzeczywistej wartości rynkowej. Zamawiający podniósł, że dotychczasowy wykonawca dysponował na miejscu wszelkimi niezbędnymi narzędziami i maszynami służącymi do realizacji przedmiotowego zadania. Udzielenie zamówienia dodatkowego było uwarunkowane dążeniem do uzyskania efektu odznaczającego się pożądanymi właściwościami i trwałością, stąd konieczne było poczynienie prac na całości drogi. Przygotowanie nowego zamówienia, wybór wykonawcy, który dysponowałby określonym sprzętem oraz czasem w terminarzu wykonywanych prac, przyczyniłyby się, zdaniem Zamawiającego, do wydłużenia całego procesu realizacji zadania. Przedmiotowe kwestie były niezwykle istotne z punktu widzenia możliwości sprawnej i szybkiej realizacji zadania, a także z perspektywy odpowiedniego gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający podkreślił, że koszty wynajęcia maszyn i narzędzi służących do realizacji zadań związanych z realizacją dróg na terenie Gminy Miejskiej Kraków są bardzo wysokie i wskazał, że koszt dzienny wynajęcia walca drogowego o określonych parametrach technicznych waha się w granicach 800-900 złotych.

Zamawiający poinformował, że nie udzielał zamówień uzupełniających dla zamówienia podstawowego oraz że zamówienie nie było finansowane ze środków UE.

Prezes Urzędu stwierdził, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 22 grudnia 2015 r. zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których

wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Tym samym, możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Jednocześnie Prezes UZP wskazywał, że dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykazać, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, natomiast dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie Prezesa Urzędu z analizy dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli wynika, że w odniesieniu do robót objętych zamówieniem dodatkowym, nie wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp zostały spełnione.

Prezes UZP zauważał, iż nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Podobne stanowisko prezentuje w orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza. W uchwale z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 9/13) Izba wskazała, że immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, na etapie

przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności (...). Celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego.

Zamawiający w sprawie objętej kontrolą stwierdził, że w ciągu ulicy Lubockiej i Łucznanowickiej prowadzony był dowóz materiałów do okolicznego przedsiębiorstwa, które w tym okresie budowało kolejne hale produkcyjne, czego – jak twierdzi Zamawiający – nie można było przewidzieć w chwili określenia zakresu zadania objętego przedmiotem zamówienia podstawowego. Wspomniane działania wiązały się z przejazdem pojazdów ciężarowych przewożących ładunki o znacznej masie obciążeniowej, co w połączeniu z i tak już zwiększonym natężeniem ruchu przyczyniło się do znacznej degradacji „zastępczego” pasa ruchu.

Prezes UZP stwierdził, że w analizowanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, czyli nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez Zamawiającego.

Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie – zdaniem Prezesa Urzędu - nie sposób uznać, że duże obciążenie oraz wysoka częstotliwość przejazdów po pasie drogowym (w tym wypadku zastępczym), związana z ww. dowozem materiałów, była sytuacją nieprzewidywalną. Już w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, w sekcji II, punkcie II.1.4, Zamawiający uwzględnił fakt, że w związku z realizacją inwestycji pn.: Budowa Narodowego Centrum Rugby 7 w Krakowie os. Lubocza, na odcinku ul. Lubockiej od strony ul. Darwina, prowadzony jest duży ruch technologiczny obsługujący ww. budowę. W związku z powyższym, nawet przy założeniu, że transport odbywał się pojazdami przewożącymi ładunki o znacznej masie, należy przyjąć, że była to sytuacja normalna i możliwa do przewidzenia. Należy także dodać, że Zamawiający nie wykazał, iż pas drogi wydzielony do ruchu nie był eksploatowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Jak sam stwierdził Zamawiający, podlegał on znacznym obciążeniom już z tej przyczyny, że był fragmentem jednej z najbardziej ruchliwych ulic w tej części Krakowa (świadczy o tym m.in. wspomniany przez Zamawiającego fakt, że na ulicy Lubockiej prowadzone są przewozy krakowskiej komunikacji miejskiej na liniach regularnych).

Po drugie, w opinii Prezesa UZP zły stan nawierzchni jezdni ulicy Lubockiej był już znany Zamawiającemu na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, na co wskazywał jeden z podmiotów ubiegających się o zamówienie. Świadczy o tym treść pytania numer 11, skierowanego do Zamawiającego w trakcie

postępowania o zamówienie podstawowe (pismo z dnia 17 marca 2014 r., znak: ZIKiT/R/0089/14/NZ/16668). Na pytanie wykonawcy, czy z uwagi na ogólny zły stan nawierzchni jezdni ul. Lubockiej i okres gwarancji wynoszący 120 miesięcy, Zamawiający przewiduje również wzmocnienie konstrukcji prawej jezdni, Zamawiający poinformował, że nie przewiduje wzmocnienia konstrukcji prawej jezdni ulicy Lubockiej.

W ocenie Prezesa Urzędu w świetle okoliczności faktycznych sprawy nie można zatem uznać, iż degradacja przeciwległego pasa ruchu do remontowanego była sytuacją, której nie można było przewidzieć. Pomimo świadomości złego stanu nawierzchni jezdni oraz stopnia jej przewidywalnego obciążenia Zamawiający nie uwzględnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego, że pas ruchu wykorzystany na potrzeby zamówienia jako zastępczy, będzie wymagał odpowiedniego wzmocnienia. Prezes UZP twierdził, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie dołożył należytej staranności w prawidłowym przygotowaniu procesu inwestycyjnego, nie można uznać, że konieczność wykonania kwestionowanych prac będących przedmiotem zamówienia dodatkowego była spowodowana sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Wystąpi ona w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych nie kwalifikujących się wprawdzie jako stan klęski żywiołowej, jednak powodujących konieczność wykonania zamówienia dodatkowego (uchwała KIO/KU 4/08 z dnia 9 września 2008 r.). Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek jego zaniechań, czy też zaniedbań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia podstawowego. Tym samym należy stwierdzić, że nie zaszły żadne nowe okoliczności, nieznane Zamawiającemu na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

W przedmiotowej sprawie – w opinii Prezesa Urzędu - nie zaistniała również sytuacja, w której wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędnym do wykonania zamówienia podstawowego. Prezes UZP wyjaśniał, że w przypadku powoływania się na powyższą przesłankę należy udowodnić, iż realizacja zamówienia dodatkowego pozostaje w związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez dodatkowych robót czy usług, to przy ich udzieleniu nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, że brak realizacji przedmiotu zamówienia dodatkowego skutecznie uniemożliwiłby również prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego, kwestia przejezdności pozostaje bowiem priorytetem w takich sytuacjach. W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, iż powyższe twierdzenia Zamawiającego stoją w sprzeczności z jego czynnościami podjętymi na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. W świetle przepisów ustawy Pzp to na Zamawiającym spoczywa obowiązek

właściwego opisu przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający miał świadomość złego stanu technicznego pasa ruchu, wykorzystywanego na potrzeby zamówienia jako zastępczy. Pomimo tego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego nie uwzględniono konieczności jego wzmocnienia. W ocenie Zamawiającego wykonanie wzmocnienia pasa zastępczego nie było zatem niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. W konsekwencji, wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego nie wynikało z obiektywnych okoliczności faktycznych, lecz niewłaściwego przeprowadzenia procesu inwestycyjnego. Fakt, że powyższe nie uzasadnia wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2013 r. (sygn. III SA/Łd 829/12), w którym zostało stwierdzone, że błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu.

Ponadto, Prezes UZP twierdził, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z przyczynami technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w stosunku do powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy, jak tego wymaga dyspozycja art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. Powyższa przesłanka odnosi się do porównania kosztów oddzielenia prac, w przypadku zlecenia wykonania przedmiotu zamówienia dodatkowego innemu podmiotowi niż wykonawca umowy podstawowej. Jednocześnie w świetle dyspozycji ww. przepisu nie wystarcza wykazanie przez Zamawiającego jakichkolwiek kosztów – Zamawiający obowiązany jest wykazać „niewspółmiernie wysokie” koszty. W tym miejscu należy przytoczyć orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 2 grudnia 2013 r. (sygn. akt: BDF1/4900/69/73/13/RWPD-73819), w którym stwierdzono, że zgodnie z przywołaną wyżej treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddzielenie zamówienia musi nieść za sobą koszty „niewspółmiernie wysokie”. Tym samym ustawodawca, w imię przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, dopuszcza możliwość poniesienia pewnych kosztów, a więc uznania, że realizowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym byłoby droższe, niż w ramach zamówienia dodatkowego. Ponieważ przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wymaga kosztów niewspółmiernie wysokich, ciężar ich wykazania i wyliczenia spoczywa na podmiocie, który decyduje się na zastosowanie powyższego trybu (...). Słusznie Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że w sprawie nie oszacowano żadnych kosztów/strat jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego, poprzestając na intuicyjnym stwierdzeniu, że takie oddzielenie będzie droższe i organizacyjnie trudniejsze niż realizacja zamówienia dodatkowego.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamawiający w uzasadnieniu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki oraz przekazanych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie spełnienia powyższych okoliczności, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia, iż udzielenie zamówienia innemu wykonawcy powodowałoby niewspółmiernie wysokie koszty, ponieważ przypadałoby ono na okres, w którym wykonawcy mają już wypełnione portfele zleceń, co łączy się również z tym, że ceny robót mogą być niewspółmiernie wysokie w relacji do rzeczywistej wartości rynkowej oraz informując o wysokim dziennym koszcie wynajęcia walca drogowego. W związku z powyższym Prezes UZP wskazywał, iż realizacja niniejszego przedmiotu zamówienia dodatkowego nie stanowi prac o charakterze szczególnym czy unikatowym, a w związku z tym nie ma podstaw do twierdzenia, iż w przypadku wykonywania ich przez innego wykonawcę istniałaby konieczność poniesienia znacznych kosztów. Prezes Urzędu podniósł również, że Zamawiający wskazując na wzrost cen na rynku w branży budowlanej w związku z faktem, iż realizacja zamówienia dodatkowego przypadłoby na okres, w którym wykonawcy mają już wypełnione portfele zleceń w sposób nieuprawniony przesądza, iż oferta złożona przez wykonawcę w konkurencyjnej procedurze wyboru byłaby z pewnością wyższa niż kwota wynegocjowana z wykonawcą zamówienia podstawowego. Zamawiający mógłby powziąć pełną informację o kosztach wykonania przedmiotowego zadania przez inne niż wykonawca zamówienia podstawowego podmioty gospodarcze, wyłącznie w sytuacji przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Ponadto przywołane przez Zamawiającego przyczyny, stanowiące uzasadnienie udzielenia zamówienia z wolnej ręki w postaci: dysponowania przez dotychczasowego wykonawcy na miejscu wykonania zamówienia niezbędnymi narzędziami i maszynami, czy też związane z przygotowaniem nowego zamówienia, wyboru wykonawcy, który dysponowałby określonym sprzętem oraz czasem w terminarzu wykonywanych prac, mają jedynie charakter organizacyjny, który to sam w sobie nie stanowi o wypełnieniu przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. Należy wyraźnie odróżnić koszty związane z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego od innych kosztów związanych z udzieleniem zamówienia. Przedstawione wyżej przez Zamawiającego okoliczności wskazujące na to, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy pozwoli ograniczyć koszty są jedynie jego przypuszczeniem, albowiem procedura otwarta mogłaby doprowadzić do wyboru wykonawcy realizującego dotychczasowe usługi bądź innego wykonawcy, który złożyłby ofertę korzystniejszą. W ocenie Prezesa UZP nie można zaakceptować przyjętego przez Zamawiającego założenia, iż realizacja zamówienia dodatkowego przez inny podmiot niż wykonawca zamówienia podstawowego byłaby z punktu widzenia gospodarczego niemożliwa, bądź wiązałoby się to ze znacznym powiększeniem

kosztów. Kwestie te winny być, w ocenie Prezesa Urzędu zweryfikowane w toku postępowania przeprowadzanego w trybie konkurencyjnym.

Reasumując, Prezes Urzędu stanął na stanowisku w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Stanowisko zamawiającego:

Pismem z dnia 7 lipca 2017 r., które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2017 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia dotyczące wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach wskazał, że:

„ (...) Zamawiający zarzuca przedmiotowej informacji błędy w zakresie ustaleń faktycznych w oparciu o stan prawny w części dotyczącej nie wystarczającego wskazania przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy PZP. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż „nie sposób uznać, że duże obciążenie oraz wysoka częstotliwość przejazdów po pasie drogowym (w tym wypadku zastępczym) związana z ww. dowozem materiałów była sytuacją nieprzewidywalną”

1. Zamawiający podkreśla, iż to nie sam fakt prowadzenia dużego ruchu technologicznego obsługujący budowę, ale skutki takiego ruchu były nie możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego przy zachowaniu należytej staranności przez Zamawiającego. Zamawiający nie był w stanie przewidzieć w jaki sposób wiotkość obciążenia nawierzchni oraz struktura ruchu wpłynie na jej jakość techniczną, Były to bowiem czynniki obiektywne i niezależne do Zamawiającego, jak i od Wykonawcy zadania podstawowego.
2. Dodatkowo należy wskazać, iż umowa na realizację zadania podstawowego została podpisana w dniu 18 kwietnia 2014 r. Zamawiający nie mógł przewidzieć, że właśnie w tym okresie nastąpi gwałtowny rozwój tej części miasta Krakowa w zakresie budownictwa mieszkalnego, co było powodem dodatkowego wzmożonego ruchu samochodowego i komunikacji miejskiej na ul. Lubockiej w Krakowie.
3. Stan techniczny ulicy Lubockiej był znany Zamawiającemu, w momencie rozpoczęcia postępowania podstawowego, ale nie został on oceniony jako stan konieczny do przeprowadzenia remontu.
4. Dopiero w trakcie wykonywanych robót budowlanych po upływie 12 miesięcy zaobserwowano postępującą degradację tego pasa ruchu.

5. Ocena, w zakresie złego stanu nawierzchni ul. Lubockiej, dokonana przez podmiot ubiegający się o zamówienie nie jest oceną wiążącą dla Zamawiającego, innymi słowy to, iż jeden z wykonawców pismem z dnia 17 marca 2014 r. ocenił jako zły stan nawierzchni ulicy Lubockiej, nie może być dowodem na to, iż Zamawiający miał świadomość złego stanu tej nawierzchni. Tym bardziej, iż odpowiedź Zamawiającego wskazywała, że Zamawiający nie przewiduje wzmocnienia konstrukcji prawej strony ulicy Lubockiej.
6. Nie zostały przedstawione żadne jednoznaczne dowody na fakt, iż Zamawiający miał świadomość złego stanu technicznego pasa ruchu wykorzystywanego na potrzeby zamówienia jako zastępczy w momencie przygotowywania i prowadzenia zamówienia podstawowego.
7. W ocenie Zamawiającego „nieprzewidywalność” w przedmiotowym przypadku ma charakter obiektywny i pierwotny. Co oznacza, że Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania SIWZ nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania dodatkowych robót budowlanych.

Zatem ustalenia faktyczne kontroli w tym zakresie są w ocenie Zamawiającego błędne.

Na poparcie powyższej tezy można przytoczyć stanowisko KIO, która wskazuje, iż okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik, (zob. wyrok KKO z dnia 12 września 2012 r., KIO 1833/12, www.uzp.gov.pl).

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż nie zaistniała sytuacja, w której wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Konieczność wykonania robót dodatkowych wystąpiła w trakcie realizacji zadania - nie były więc przewidziane w momencie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a tym samym przez wykonawcę podczas sporządzania oferty. Jednocześnie wykonanie ww. robót było konieczne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Postępująca degradacja części pasa ulicy Lubockiej (wykorzystywanego jako pas zastępczy) spowodowała konieczność jego wzmocnienia i ujednolicenia całej powierzchni jezdni, tak aby spełniała ona wymogi bezpieczeństwa dla jej użytkowników w tym sensie zamówienie dodatkowe było konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Nic można

by było dokonać odbioru końcowego zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego.

Zamawiający wyjaśnia, iż nawierzchnia jezdni ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo wszystkich użytkowników dróg - wynika to wprost z przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Wskazane nim warunki techniczne przy zachowaniu m.in. przepisów prawa budowlanego, przepisów o drogach publicznych oraz ustaleń Polskich Norm, mają zapewnić spełnienie podstawowych wymagań m.in. w zakresie bezpieczeństwa użytkowania.

Obowiązujące regulacje prawne stanowią, nawierzchnia jezdni drogi budowanej lub przebudowywanej musi spełniać wymagania w zakresie równości podłużnej, równości poprzecznej - § 171 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 430 ze zm.).

W związku z powyższym niedopuszczalne jest nawierzchnia jednej strony jezdni była całkowicie różna od drugiej strony.

Udzielanie zamówienia dodatkowego pozostawało w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówienia dodatkowego było warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Prawidłowe funkcjonowanie i użytkowanie przedmiotu podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Należy wskazać, że prawidłowe wykonanie zadania podstawowego ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo wszystkich użytkowników ulicy Lubockiej w Krakowie.

Zamawiający zarzuca w tym zakresie błędy w ustaleniach faktycznych, które w konsekwencji doprowadziły do uznania, iż przedmiot umowy mógł zostać wykonany bez dodatkowego zamówienia, wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z przyczynami technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernych wysokich kosztów, w stosunku, do powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy.

Zamawiający wskazuje, iż ze względu na czas udzielenia zamówienia dodatkowego (koniec roku kalendarzowego) ceny budowlanych są niewspółmiernie wysokie do cen w innych miesiącach roku.

Zamawiający wziął również pod uwagę koszty społeczne i organizacyjne, które przy udzieleniu zamówienia dodatkowego temu samemu wykonawcy są dużo niższe”.

Stanowisko kontrolującego wobec wniesionych zastrzeżeń:

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 21 lipca 2017 r. Prezes UZP poinformował, że iż Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Uzasadniając powyższe rozstrzygnięcie Prezes Urzędu wskazywał, że Zamawiający nie wykazał, iż w niniejsze sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Zamawiający w zastrzeżeniach stwierdził, że nie mógł przewidzieć, iż właśnie w tym okresie nastąpi gwałtowny rozwój tej części miasta Krakowa w zakresie budownictwa mieszkaniowego, co było powodem dodatkowego wzmożonego ruchu samochodowego i komunikacji miejskiej na ulicy Lubockiej w Krakowie. Prezes Urzędu wyjaśniał, że duże obciążenie drogi oraz wysoka częstotliwość przejazdów po zastępczym pasie drogowym związana z dowozem materiałów budowlanych do okolicznych budów było znane Zamawiającemu na etapie wszczęcia postępowania podstawowego. W ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, w sekcji II, punkcie II.1.4 wskazano, że w związku z realizacją inwestycji pn.: Budowa Narodowego Centrum Rugby 7 w Krakowie os. Lubocza, na odcinku ul. Lubockiej od strony ul. Darwina, prowadzony jest duży ruch technologiczny obsługujący ww. budowę. Dodatkowo Zamawiający wprost wskazał, iż ulica Lubocka (...) jest to jedną z najbardziej ruchliwych ulic w tej części miasta, tym samym już z tej przyczyny podlegała ona znacznym obciążeniom. W związku z powyższym w ocenie Prezesa Urzędu nie można uznać, że duże obciążenie ulicy Lubockiej było sytuacją nieprzewidywalną.

Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał, że to nie sam fakt prowadzenia dużego ruchu technologicznego obsługującego budowę, ale skutki takiego ruchu były niemożliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego przy zachowaniu należytej staranności przez Zamawiającego. Prezes Urzędu wyjaśniał, że na zły stan nawierzchni jezdni ulicy Lubockiej wskazywał jeden z podmiotów ubiegających się o zamówienie. Na pytanie wykonawcy, czy z uwagi na ogólny zły stan nawierzchni jezdni ul. Lubockiej i okres gwarancji wynoszący 120 miesięcy, Zamawiający przewiduje również wzmocnienie konstrukcji prawej jezdni, Zamawiający poinformował, że nie przewiduje wzmocnienia konstrukcji prawej jezdni ulicy Lubockiej. W konsekwencji, okoliczności dużego obciążenia pasa zastępczego na który planowano skierować cały ruch w połączeniu z wiedzą o stanie technicznym ulicy Lubockiej nie były irrelewantne dla oceny, iż ich skutkiem będzie

degradacja przeciwległego pasa ruchu do remontowanego. Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe nie stanowiło zatem sytuacji, której Zamawiający nie był w stanie przewidzieć.

Powyższe potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 9/13), gdzie wskazano, że immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy zachowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności (...). Celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego.

Zamawiający w dalszej części zastrzeżeń podniósł, że ocena w zakresie złego stanu nawierzchni ulicy Lubockiej, dokonana przez podmiot ubiegający się o zamówienie nie jest oceną wiążącą Zamawiającego. Prezes Urzędu stwierdził, że jakkolwiek ocena podmiotu ubiegającego się o zamówienie nie wiąże Zamawiającego, to jednak nie zmienia to faktu, że zły stan techniczny ulicy Lubockiej został potwierdzony udzieleniem zamówienia dodatkowego przez Zamawiającego. Zamawiający nie może zatem powoływać się na fakt braku wiedzy o złym stanie nawierzchni ulicy Lubockiej w sytuacji, gdy miał możliwość zweryfikowania twierdzeń wykonawcy w tym zakresie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Zdaniem Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy Zamawiający nie dołożył należytej staranności w prawidłowym przygotowaniu procesu inwestycyjnego, nie można uznać, że konieczność wykonania kwestionowanych prac będących przedmiotem zamówienia dodatkowego była spowodowana sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek jego zaniechań, czy też zaniedbań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia podstawowego. Tym samym należy stwierdzić, że nie zaszły żadne nowe okoliczności, nieznane Zamawiającemu na etapie przygotowania zamówienia podstawowego.

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 29 maja 2014 r. (sygn. III SA/Łd 332/14), gdzie sąd, odnosząc się do przesłanek udzielania zamówień dodatkowych wskazał, że o tym, czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy

czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. (...) Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu.

W opinii Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał również, iż w niniejszej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. Zamawiający w odpowiedzi na zastrzeżenia wyjaśniał, że nie można było dokonać odbioru końcowego zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Należy za informacją o wyniku kontroli jeszcze raz podkreślić, że świetle przepisów ustawy Pzp to na Zamawiającym spoczywa obowiązek właściwego opisu przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający mimo złego stanu technicznego pasa ruchu, wykorzystywanego na potrzeby zamówienia jako zastępczy, nie uwzględnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego konieczności jego wzmocnienia. W ocenie Zamawiającego wykonanie wzmocnienia pasa zastępczego nie było zatem niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. W konsekwencji, wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego nie wynikało z obiektywnych okoliczności faktycznych, lecz niewłaściwego przeprowadzenia procesu inwestycyjnego. W tym miejscu Prezes Urzędu zauważał, że zamówienie dodatkowe będzie występowało wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku wadliwie przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (tak stwierdził również m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99).

Zamawiający podniósł na etapie zastrzeżeń argument dotyczący obowiązku dostosowania drogi do przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43 r., poz. 430 ze zm.). Zamawiający powołał się na §171 rozporządzenia, zgodnie z którym nawierzchnia jezdni drogi budowanej lub przebudowywanej musi spełniać wymagania w zakresie równości podłużnej, równości poprzecznej. Prezes Urzędu wyjaśniał, że rozporządzenie, na które powołuje się Zamawiający, obowiązywało w dniu wszczęcia zamówienia podstawowego. Nie było zatem przeszkód, aby jego postanowienia zostały uwzględnione przy opisie przedmiotu zamówienia podstawowego.

Prezes Urzędu stwierdził, że w okolicznościach stanu faktycznego sprawy nie zaistniała również sytuacja, w której z przyczyn technicznych czy gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia

niewspółmiernie wysokich kosztów. Wyjaśniał, że przesłanka ta odnosi się do porównania kosztów oddzielenia prac w sytuacji, gdyby dodatkowe prace okazały się niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła taka sytuacja. Kwestia ewentualnych kosztów związanych ze zleceniem zamówienia dodatkowego innemu wykonawcy, w przedmiotowym stanie faktycznym, nie może stanowić uzasadnienia dla skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu powtarzał za informacją o wyniku kontroli, że Zamawiający obowiązany jest wykazać „niewspółmiernie wysokie” koszty. Zgodnie natomiast z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 2 grudnia 2013 r. (sygn. akt: BDF1/4900/69/73/13/RWPD-73819), (...) oddzielenie zamówienia musi nieść za sobą koszty „niewspółmiernie wysokie”. Tym samym ustawodawca, w imię przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, dopuszcza możliwość poniesienia pewnych kosztów, a więc uznania, że realizowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym byłoby droższe, niż w ramach zamówienia dodatkowego. Ponieważ przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wymaga kosztów niewspółmiernie wysokich, ciężar ich wykazania i wyliczenia spoczywa na podmiocie, który decyduje się na zastosowanie powyższego trybu (...). Słusznie Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że w sprawie nie oszacowano żadnych kosztów/strat jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego, poprzestając na intuicyjnym stwierdzeniu, że takie oddzielenie będzie droższe i organizacyjnie trudniejsze niż realizacja zamówienia dodatkowego.

W związku z powyższym Prezes UZP wskazywał, iż realizacja niniejszego przedmiotu zamówienia dodatkowego nie stanowi prac o charakterze szczególnym czy unikatowym, a w związku z tym nie ma podstaw do twierdzenia, iż w przypadku wykonywania ich przez innego wykonawcę istniałaby konieczność poniesienia znacznych kosztów. Jednocześnie twierdził, iż Zamawiający wskazując w zastrzeżeniach na wzrost cen na rynku w branży budowlanej w związku z faktem, iż ze względu na czas udzielenia zamówienia dodatkowego (koniec roku kalendarzowego) ceny robót budowlanych są niewspółmiernie wysokie do cen w innych miesiącach roku, w sposób nieuprawniony przesądza, iż oferta złożona przez wykonawcę w konkurencyjnej procedurze wyboru byłaby z pewnością wyższa niż kwota wynegocjowana z wykonawcą zamówienia podstawowego.

Ponadto przywołane przez Zamawiającego koszty społeczne i organizacyjne oraz czas udzielenia zamówienia zdaniem Prezesa UZP nie dotyczą przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wyjaśniał, że należy wyraźnie odróżnić koszty związane z oddzieleniem zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego od innych kosztów związanych z udzieleniem zamówienia. Zdaniem Prezesa UZP przedstawione wyżej przez Zamawiającego okoliczności wskazujące na to, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu

wykonawcy pozwoli ograniczyć koszty są jedynie jego przypuszczeniem, albowiem procedura otwarta mogłaby doprowadzić do wyboru wykonawcy realizującego dotychczasowe usługi bądź innego wykonawcy, który złożyłby ofertę korzystniejszą. W ocenie Prezesa Urzędu nie można zatem zaakceptować przyjętego przez Zamawiającego założenia, iż realizacja zamówienia dodatkowego przez inny podmiot niż wykonawca zamówienia podstawowego byłaby z punktu widzenia gospodarczego niemożliwa, bądź wiązałoby się to ze znacznym powiększeniem kosztów. Kwestie te winny być, w ocenie Prezesa Urzędu, zweryfikowane w toku postępowania przeprowadzanego w trybie konkurencyjnym.

Podsumowując Prezes Urzędu stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał zaistnienia okoliczności, które uprawniałyby do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp, w zw. Z art. 167 ust. 1 Pzp związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zasługują na uwzględnienie.

Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z zastosowaniem trybu konkurencyjnego w świetle art. 10 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga zaistnienia dodatkowych przesłanek.

Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz innego trybu w przypadkach w ustawie określonych, stosownie do art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że udzielanie zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu nie jest możliwe, a przepisy zezwalające na odstąpienie od trybu podstawowego określonego w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp muszą być interpretowane ściśle, natomiast lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta.

Uwzględniając powyższe w kontekście treści zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego, dotyczących dopuszczalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Izba uznała zastrzeżenia za niezasadne.

Skład opiniujący Izby w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wobec tego, że Izba prezentuje stanowisko tożsame ze stanowiskiem Prezesa Urzędu wyrażonym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 26 czerwca 2017 r. oraz w piśmie z dnia 21 lipca 2017 r. i uznając je za własne to Izba odstępuje od prezentowania własnej argumentacji, uznając powtarzanie stanowiska uprzednio wyrażonego przez Prezesa Urzędu za niecelowe i zbędne.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....

.....