

Sygn. akt: KIO/KD 3/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 lutego 2015 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie
ul. Targowa 1
35-064 Rzeszów**

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: UZP/DKUE/W1/421/35(7)/14/RS, KD/31/14/DKUE) dnia 29 grudnia 2014 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok. Zadanie jest współfinansowane z Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - etap II”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Beata Pakulska-Banach
	Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 5 stycznia 2015 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 29 grudnia 2014r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/35(7)/14/RS, KD/31/14/DKUE) uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok. Zadanie jest współfinansowane z Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - etap II”.

Pismem z dnia 29 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/35(7)/14/RS, KD/31/14/DKUE) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego, tj. Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowieo wynikach kontroli doraźnej następczej przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowania o udzielnie zamówienia pn.: „Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok. Zadanie jest współfinansowane z Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - etap II”.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, iż zgodnie z treścią art. 10 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony (zastosowanie tych trybów nie wymaga spełnienia dodatkowych przesłanek), a udzielanie zamówień publicznych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej, jest dopuszczalne wyłącznie, gdy zachodzą ustawowe przesłanki udzielania zamówień publicznych w tych trybach. Natomiast zgodnie z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywnie wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić (por. Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE

przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01, wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt. II SA 2064/01).

Nadto podniósł, iż stosownie do postanowienia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Z powyższego przepisu wynika m.in. po pierwsze, że tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany przez zamawiającego, tylko wówczas, gdy zamówienia podstawowego udzielono w trybie przetargowym, tzn. w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Po drugie, zamówienie uzupełniające nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia podstawowego. Po trzecie, udzielenie zamówienia uzupełniającego zamawiający powinien przewidzieć na etapie przygotowywania postępowania w sprawie udzielenia podstawowego zamówienia publicznego. Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających powinna być wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, a przedmiot zamówienia uzupełniającego powinien być zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego i polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, tzn. dotyczyć tych samych usług lub tych samych robót budowlanych.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania Prezes UZP stwierdził, że zamówienie uzupełniające zostało udzielone dotychczasowemu wykonawcy - Skanska S.A., który zrealizował zamówienie podstawowe. Zamówienie podstawowe zostało udzielone dnia 18 marca 2013 r., natomiast zamówienia uzupełniającego udzielono w dniu 5 grudnia 2013 r., czym uczyniono zadość dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamówienie z wolnej ręki można dokonać w okresie 3 lat od zamówienia podstawowego. Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosiła 12.191.430,26 zł, natomiast wartość robót uzupełniających wynosiła 270.950,16 zł, co stanowi 2,22% wartości zamówienia podstawowego. Zamówienie zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym z dnia 25 stycznia 2013 r. BZP nr 36118-2013.

Prezes UZP podniósł, iż w przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka zgodności zamówienia udzielonego w trybie wolnej ręki z zamówieniem podstawowym.

Nieuprawnione jest bowiem działanie zamawiającego polegające na zleceniu w trybie wolnej ręki w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych robót budowlanych niż objęte i zgodne z zamówieniem podstawowym. Zamawiający może udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane tylko w zakresie zamówienia podstawowego. Tymczasem zamawiający, wskazując w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, przyczyny wyboru trybu z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp informuje, iż w trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwował liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nieobjętym zamówieniem podstawowym. Także z analizy dokumentacji oraz wyszczególnionego zakresu przedmiotu zamówienia uzupełniającego wynika jednoznacznie, iż odcinek ulicy objęty tym zamówieniem nie znajdował się w zakresie przedmiotu zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe obejmowało m. in. przebudowę ul. Naruszewicza od ulicy Szopena do mostu przez rzekę Wisłok. Natomiast zamówienie uzupełniające obejmowało wykonanie nowych warstw nawierzchni z betonu asfaltowego w ciągu ul. Naruszewicza na odcinku od skrzyżowania z ul. Targową (ulica ta przechodzi w ulicę Szopena na skrzyżowaniu z ul. Naruszewicza) do ul. Zamenhoffa. Były to inne, niepokrywające się odcinki ul. Naruszewicza. Tym samym zamówienie uzupełniające w zakresie, w jakim dotyczyło nowego odcinka ulicy Naruszewicza, nie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż wykraczało poza zakres zamówienia podstawowego. W istocie zamówienie uzupełniające stanowiło nowe zamówienie, niezwiązane z zamówieniem podstawowym i powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, iż z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 10 ustawy Pzp.

W dniu 5 stycznia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzając, iż wszystkie określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przesłanki zostały spełnione, wobec czego uprawnione było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki celem udzielenia zamówienia uzupełniającego.

Zamawiający wszczynając zamówienie podstawowe w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ”, przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki do 50% wartości zamówienia podstawowego. Określono jednocześnie, że zamówienia takie, będą dotyczyć przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ i polegać będą na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Zamiarem zamawiającego było połączenie centrum miasta Rzeszowa poprzez most na Wisłoku (który został przebudowany) z ul. Rejtana, a tym samym odciążenie kolejnego mostu na rzece Wisłok przy ul. Lwowskiej z nadmiernego ruchu. Budowa mostu w ciągu ul. Naruszewicza rozkłada obecnie ruch na kierunku zachód – wschód na dwa obiekty równoległe w odległości około 0,5 km. W ten sposób założono odblokowanie centrum Rzeszowa w godzinach szczytu. Takie właśnie zadanie spełnia cała ul. Naruszewicza, a nie tylko odcinek, który bezpośrednio przylega do obiektu mostowego i kończy się na ul. Szopena.

Liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza, które zaobserwowano w trakcie realizacji zamówienia podstawowego wpłynęły jedynie na przyspieszenie decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia uzupełniającego w takim czasie, a nie były powodem skorzystania z trybu niekonkurencyjnego. Zamawiający już na etapie wszczęcia zamówienia podstawowego przewidział możliwość udzielenia w ciągu najbliższych 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego ewentualnego zamówienia uzupełniającego i w tym przypadku z możliwości takiej skorzystał. Pozwoliło to bowiem na osiągnięcie zamierzonego celu inwestycji.

Informacja, którą zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających nie jest przyrzeczeniem zawarcia przyszłej umowy uzupełniającej, lecz jedynie oświadczeniem zawierającym informację o możliwości udzielenia ewentualnych zamówień uzupełniających w razie wystąpienia odpowiednich okoliczności. Zamawiający nie ma obowiązku precyzowania okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz zamieszczenia specyfikacji technicznych związanych z planowanym zamówieniem uzupełniającym. Ustawa, tak jak wskazano w art. 41 pkt 15, wymaga wyłącznie podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających.

Zamawiający na realizację zamówienia podstawowego przeznaczył kwotę w wysokości 9.996.972,81 zł brutto. W wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej zawarto umowę ze spółką Skanska S.A. na kwotę 6.665.817,98 zł brutto, co dało zamawiającemu oszczędności rzędu ponad 3.000.000,00 zł, dzięki czemu mógł m.in. sfinansować realizację zamówienia uzupełniającego, którego możliwość udzielenia przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, natomiast decyzja o udzieleniu tego zamówienia zapadła w dniu 26.11.2013 r., co zostało udokumentowane w odpowiednim protokole konieczności z dnia 26.11.2013 r.

Zamawiający udzielił zamówienia uzupełniającego, które polegało na powtórzeniu tego samego rodzaju robót budowlanych, co w zamówieniu podstawowym. Przedmiot zamówienia uzupełniającego obejmował: wykonanie nowych warstw nawierzchni z betonu asfaltowego wraz z lokalnym wzmocnieniem geosyntetykiem w ciągu ul. Adama

Naruszewicza na odcinku od skrzyżowania z ul. Targową do ul. Zamenhoffa, regulację pionową kraterów ściekowych, studzienek rewizyjnych wraz z ewentualną wymianą włączników i pierścieni, regulację pionową zaworów wodociągowych lub gazowych, przebudowę istniejącego chodnika – wszystkie tego rodzaju roboty budowlane były przedmiotem zamówienia podstawowego i zostały w zamówieniu uzupełniającym powtórzone.

Rodzaj udzielonego zamówienia podstawowego pozostaje w ścisłym związku z możliwością późniejszego udzielenia zamówienia uzupełniającego. Tak więc rodzaj udzielonego zamówienia podstawowego określa przedmiot możliwego zamówienia uzupełniającego. A więc świadczenia jakie mogą zostać zlecone w ramach zamówienia uzupełniającego, aby spełniały omawianą przesłankę muszą polegać na powtórzeniu tych samych świadczeń, które wykonawca wykonywał w ramach zamówienia podstawowego. Nie ma więc znaczenia, gdzie wykonywane jest zamówienie podstawowe lecz istotne jest powiązanie funkcjonalne rodzaju zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym, a co za tym idzie zamówienie uzupełniające nie może dotyczyć robót budowlanych, które nie były wykonywane w ramach zamówienia podstawowego. W niniejszym przypadku rodzaj robót budowlanych zleconych do realizacji w ramach zamówienia uzupełniającego był tożsamy z robotami budowlanymi objętymi zamówieniem podstawowym.

Zamawiający nie zgadza się ocena kontrolującego, iż było to naruszenie przepisów. Zamówienie podstawowe obejmowało wykonanie robót budowlanych na ul. Naruszewicza na odcinku od skrzyżowania z ul. Targową do mostu im. Gabriela Narutowicza, natomiast zamówienie objęło dalszy odcinek ul. Adama Naruszewicza od skrzyżowania z ul. Targową do ul. Zamenhoffa. Ulica Naruszewicza biegnie przez skrzyżowanie Targowa/Szopena i kończy się przed ul. Zamenhoffa, stanowiąc jedną całość – jeden obiekt budowlany.

Zamawiający stoi na stanowisku, że uzupełniające roboty budowlane powinny stanowić dopełnienie robót budowlanych realizowanych na podstawie umowy podstawowej, a ich odpowiedniość należy oceniać w kontekście celowości zamówień oraz zgodności ich walorów użytkowych, jakościowych i technicznych. Podobieństwo pomiędzy robotami budowlanymi wykonanymi w ramach zamówienia uzupełniającego a robotami wykonanymi w zamówieniu podstawowym powinno być oparte na kryteriach funkcjonalno-użytkowych przedmiotu umowy podstawowej, a przedmiotem umowy o roboty uzupełniające jest możliwość powtarzania przez wykonawcę zamówienia podstawowego podobnych robót pozostających w ścisłym związku funkcjonalno-użytkowym. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym przypadku. Zamówienie uzupełniające dotyczyło jednej i tej samej ulicy, która była przebudowana w ramach zadania podstawowego i zamawiający nie wykonał na niej innych robót budowlanych niż te, które były wskazane w zamówieniu podstawowym.

Reasumując podniósł, iż wykonanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. O uzupełniającym charakterze wykonanych robót nie decyduje tylko i wyłącznie zastosowanie technologii, czy też rozwiązań konstrukcyjnych ujętych w zamówieniu podstawowym. O dopełniającym charakterze zamówień uzupełniających decyduje także zgodność ich walorów użytkowych, czy też przeznaczenia z robotami podstawowymi. Kryterium tego samego miejsca realizacji zamówienia podstawowego i uzupełniającego nie wynika z brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 20 stycznia 2015r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/35(9)/14/RS, KD/31/14/DKUE) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że w całości nie uwzględnia wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł m.in., iż nie kwestionował, że w ramach obu postępowań zamawiający udzielał tego samego rodzaju zamówień (rodzaj wykonanych prac czy użytych materiałów). Jeżeli chodzi o rodzaj wykonywanych robót w ramach zamówienia uzupełniającego, były one tożsame z rodzajem robót wykonanych w ramach zamówienia podstawowego.

Nie zgodził się natomiast z twierdzeniem zamawiającego, iż do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wystarczające jest, aby przedmiot zamówienia uzupełniającego stanowiły roboty tego samego rodzaju, co w przedmiocie zamówienia podstawowego, gdyż art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przewiduje także wymóg, aby zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, czyli m.in. z zakresem zamówienia podstawowego. Oznacza to niedopuszczalność udzielenia z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego wykraczającego poza zakres zamówienia podstawowego. Powyższe wynika także z art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), który stanowi, iż „(...) roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną”. W przedmiotowym postępowaniu nie została zatem spełniona przesłanka wymagająca zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Przedmiot zamówienia podstawowego obejmował m. in. przebudowę ul. Naruszewicza od ul. Szopena do mostu przez rzekę Wisłok. Natomiast zamówienie uzupełniające obejmowało wykonanie nowych warstw nawierzchni z betonu asfaltowego w ciągu ul. Naruszewicza na odcinku od skrzyżowania z ul. Targową do ul. Zamenhoffa. Wyjaśnić należy, iż istotnie ul. Naruszewicza jest jednym obiektem liniowym zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 3 pkt 3a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (

Dz.U. 1994 nr 89 poz. 414 ze zm.). Nie zmienia to faktu, że zamówieniem podstawowym objęty był odcinek od ul. Szopena do mostu na rzece Wisłok, zaś zamówieniem uzupełniającym inny odcinek do ul. Zamenhoffa. Powyższe odcinki ul. Naruszewicza położone są także na innych działkach. Jak wynika z mapy katastralnej dostępnej na stronie internetowej <http://mapy.geoportal.gov.pl/imap/> ul. Naruszewicza jest położona w obrębie sześciu odrębnych działek ewidencyjnych, które były objęte zgłoszeniem o numerach: 1082/2, 1082/3, 1082/4, 1082/5, 1083/100. Natomiast zamówienie uzupełniające było objęte odrębną działką o nr 1082/1. Jak wynika z powyższego, pomimo faktu, iż ul. Naruszewicza administracyjnie stanowi jeden obiekt liniowy, zamówienie uzupełniające nie dotyczyło robót zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż realizowane było na odcinku nieobjętym zakresem zamówienia podstawowego.

Nadto podniósł, że nie można przyjąć argumentów zamawiającego, iż jego zamiarem inwestycyjnym była cała ulica Naruszewicza. Wskazuje na to choćby uzasadnienie przedstawione dla skorzystania z procedury niekonkurencyjnej, w którym wskazano, iż bezpośrednim powodem udzielenia zamówień uzupełniających było zaobserwowanie licznych zniszczeń (na odcinku niebędącym przedmiotem realizacji zamówienia podstawowego) na ul. Naruszewicza w trakcie realizacji zamówienia podstawowego. Takie uzasadnienie dodatkowo wskazuje na to, że roboty objęte tym konkretnym zamówieniem uzupełniającym nie były przewidywane przez zamawiającego na etapie przygotowania zamówienia podstawowego w ogłoszeniu o zamówieniu (kolejna przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), skoro konieczność ich realizacji pojawiła się dopiero w trakcie realizacji zamówienia podstawowego.

Niezależnie od powyższego, zakres planowanej przez zamawiającego inwestycji nie wpływa na fakt, że zamówienie podstawowe obejmowało tylko określony odcinek ulicy, zaś zamówienie uzupełniające było realizowane na innym odcinku. Tym samym nie zachodziła zgodność przedmiotów obu zamówień.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 10 ust. 2 oraz art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 20 stycznia 2015 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” i uznała je za słuszne. Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie istniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki.

Powołany przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp określa jedną z przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki, a mianowicie tę przesłankę, którą zamawiający - w niniejszym stanie faktycznym – wskazał, jako podstawę jego zastosowania. Jak stanowi powyższy przepis zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia, a więc, jak stanowi dyrektywa 2004/18/WE, zgodne z „projektem podstawowym”. Dokonując przy tym wykładni prounijnej oraz przyjmując słownikowe znaczenie słowa „projekt” jako „zamiar, zamysł, zamierzony plan działania”, za „podstawowy projekt” czy za „przedmiot zamówienia podstawowego”, w rozumieniu ustawy, należy przyjąć jako planowane przez zamawiającego zamówienia, obejmujące zarówno zamówienie pierwotne (podstawowe), jak i zamówienia uzupełniające. (System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją Jacka Sadowego, wydawnictwo UZP, W-wa 2013). Oznacza to, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonymi zamierzeniami, planami inwestycyjnymi realizowanymi w ramach zamówienia podstawowego. Zamawiający może bowiem udzielić zamówień uzupełniających na roboty budowlane tylko i wyłącznie w zakresie zamówienia podstawowego. Tymczasem zamawiający nie wykazał, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) był częścią szerszego projektu czy przedsięwzięcia budowlanego, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe, a tym samym, aby było ono zgodne z zamówieniem podstawowym. Przeciwnie, podniesione przez niego argumenty oraz przedstawione

okoliczności faktycznej potwierdzają, że prace zrealizowane w ramach zamówienia uzupełniającego takim planem objęte nie były. Pojawiły się one dopiero na skutek zaistnienia określonych okoliczności, wskazanych następnie przez zamawiającego w treści uzasadnienia zastosowania tego trybu. Zamawiający podniósł bowiem, że „w trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwowano liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nie objętym przebudową”, jak również, że „dla poprawy bezpieczeństwa wszystkich uczestników ruchu oraz aby okolica nowo wybudowanego mostu była estetyczna niezbędnym jest remont ww. ulicy”. Zamówienie uzupełniające w takim zakresie – jak zamawiający wskazał w treści uzasadnienia jego zastosowania – nie było przez niego wcześniej przewidywane, a o jego zrealizowaniu zdecydowały kwestie bezpieczeństwa i estetyki, a nie fakt ich przewidywania na wcześniejszym etapie postępowania.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przedmiotowej sprawie - nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Połączenie Al. Rejtana z ul. Szopena (w ciągu ul. Wierzbowej i ul. Naruszewicza) wraz z przebudową mostu na rzece Wisłok. Zadanie jest współfinansowane z Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - etap II”.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....