

Sygn. akt KIO/KD 58/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 października 2017 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 8 września 2017 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Legnica, działająca w imieniu: Gminy Legnica i Legnickiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. w Legnicy,

dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 sierpnia 2017 r. UZP/DKZP/ WKZ3/421/14(9)/17/ GE oraz KND/9/17, KND/10/17, KND/11 /17) w przedmiocie trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku których zostały udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r., poz. 1020) - trzy zamówienia uzupełniające na przebudowę i budowę ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej w Legnicy w ramach przedsięwzięcia „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Andrzej Niwicki

Izabela Niedziałek-Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 30/08/2017r. UZP/DKZP/ WKZ3/421/ 14(9)/17/ GE oraz KND/9/17, KND/10/17, KND/11 /17) w jej wstępnej części (str 2) Kontrolujący podał, co następuje:

„Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), a także art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówień uzupełniających w trybie niekonkurencyjnym bez zaistnienia ustawowych przesłanek przewidzianych w ww. przepisach, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych,
- 2) naruszenie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez brak zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki w sprawie udzielenia zamówienia uzupełniającego.”.

Odnosnie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a także jej art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 Kontrolujący podał, co następuje:

W dniu 28 lutego 2014 r., w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający - Gmina Legnica i Legnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. zawarł ze spółką Skanska umowę nr IM.272.247.1U.2014 na wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej.

Zgodnie z §1 ust. 3 ww. umowy, zwanej dalej „umową podstawową”, zadanie inwestycyjne miało zostać zrealizowane na podstawie trzech zezwoleń i zatwierdzonej dokumentacji na realizację inwestycji drogowej (zrid) obejmujących następujące odcinki ulic:

- 1) ul. Jaworzyńska od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej oraz od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka (w oparciu o dokumentację pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej),
- 2) skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego (w oparciu o dokumentację opracowaną w ramach

zadania Budowa Zbiorczej Drogi Południowej w Legnicy - Etap II od ul. Wojska Polskiego do al. Rzeczypospolitej z budową mostu na rzece Kaczawie),

3) ul. Jaworzyńska na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami (w oparciu o dokumentację opracowaną w ramach zadania Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy).

Zgodnie z §1 ust. 4 umowy podstawowej zakres zadania obejmował przebudowę ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Skarbka do ul. Borsuczej oraz odcinek ul. Grabskiego od skrzyżowania z ul. Jaworzyńską do ul. Wojska Polskiego, w tym wykonanie prac w następującym zakresie:

- 1) przygotowanie, zatwierdzenie i wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu,
- 2) część drogową, droga klasy Z: ul. Jaworzyńska o długości ok. 2,5 km, ul. Grabskiego o długości ok. 0,26 km,
- 3) część elektryczną,
- 4) budowa kanalizacji deszczowej,
- 5) budowa kanalizacji na cele szerokopasmowej sieci kanalizacji teleinformatycznej LEGMAN oraz kanału technologicznego,
- 6) przebudowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej,
- 7) usunięcie kolizji z siecią gazową, ciepłowniczą, teletechniczną i teleinformatyczną,
- 8) usunięcie kolizji z siecią wodno-kanalizacyjną.

Zgodnie z §1 ust. 5 umowy podstawowej: „pozostałe roboty i szczegółowy zakres rzeczowy robót zawarty jest w Rozdziale 4 i 5 siwz, stanowiących integralną część umowy”. Rozdział 5 siwz zawiera wzór formularza cenowego. Natomiast rozdział 4 siwz pn. „Dokumentacja”, wymienia w trzech punktach (bez treści szczegółowej) zawartość tejże dokumentacji, tj. projekty budowlane, projekty wykonawcze i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Pod ww. trzema punktami wskazującymi zawartość dokumentacji, rozdział 4 siwz zawiera wskazanie zakresu robót, co do zasady tożsamego z treścią §1 ust. 3 umowy podstawowej, rozszerzonego o numery decyzji zrid, będących podstawą realizacji tych robót, tj. decyzja zrid nr 610/2013 z dnia 31.10.2013 r. (w zakresie robót z §1 ust. 3 pkt 1 umowy podstawowej) i decyzja zrid nr 424/2012 z dnia 14.08.2012 r. (w zakresie robót z §1 ust. 3 pkt 2 umowy podstawowej). W przypadku robót z §1 ust. 3 pkt 2 umowy podstawowej zamawiający w rozdziale 4 siwz dodał także informację, które opracowania zostały wyodrębnione z projektu wykonawczego Budowa Zbiorczej Drogi Południowej oraz że z projektu budowlanego została wyłączona budowa sygnalizacji świetlnej. Do robót z §1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej w rozdziale 4 siwz nie wskazano decyzji zrid.

W związku z ww. zamówieniem podstawowym zamawiający udzielił, bez przetargu, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, trzech następujących zamówień uzupełniających:

- 1) przebudowa ul. Handlowej na odcinku ok. 140 m w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone umową nr IM.272.294.8U.2016 z dnia 20 czerwca 2016 r.,
- 2) przebudowa ul. Handlowej w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone, zawartym w dniu 23 lutego 2017 r., aneksem nr 2 do ww. umowy nr IM.272.294.8U.2016 z dnia 20 czerwca 2016 r., zmiana polega głównie na wydłużeniu przebudowywanego odcinka do ok. 240 m i dodaniu robót związanych z uzbrojeniem podziemnym,
- 3) budowa ul. Boiskowej i części ul. Myśliwskiej w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone umową nr IM.272.294.1.1U.2017 z dnia 23 lutego 2017 r.

W tym miejscu należy zauważyć, że ul. Boiskowa i ul. Handlowa łączą się prostopadle z ul. Jaworzyńską, natomiast ul. Myśliwska jest ulicą równoległą do ul. Jaworzyńskiej i łączy jednocześnie ul. Boiskową i ul. Handlową.

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2017 r. zamawiający uzasadniając, że przedmiot zamówień uzupełniających jest zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego, powołał się na treść decyzji nr 690/2013 z dnia 09.12.2013 r., zgodnie z którą zatwierdzono projekt budowlany i zezwolono na realizację inwestycji drogowej dla przedsięwzięcia „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy - budowa i przebudowa infrastruktury technicznej związanej z obsługą obszaru w rejonie ulicy Jaworzyńskiej i obwodnicy południowo-zachodniej w Legnicy” obejmującego budowę i przebudowę ul. Jaworzyńskiej oraz ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej. Do ww. pisma zamawiający załączył także trzy uchwały Rady Miejskiej Legnicy z dnia: 28.12.2015 r., 27.12.2016 r. i 10.02.2017 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej miasta Legnicy, w których przewidziana jest realizacja inwestycji „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy” (tj. inwestycji, w ramach której były udzielane roboty dotyczące ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej).

W piśmie z dnia 26 kwietnia 2017 r. zamawiający wskazał, że dokumentacja opracowana w ramach zadania „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, na podstawie której realizowana będzie część zamówienia podstawowego, o której mowa w §1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, tj. roboty na ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej, wchodzi w zakres dokumentacji wskazanej w rozdziale 4 siwz i obejmuje budowę i przebudowę ulic z podziałem na 4 etapy:

- etap I - ul. Jaworzyńska,
- etap II - ul. Boiskowa,
- etap III - ul. Myśliwska,
- etap IV - ul. Handlowa.

Zamawiający wskazał także, że na stronie internetowej została zamieszczona pełna dokumentacja zamówienia podstawowego, tj. „Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej”, jak też dokumentacja dotycząca zamówień uzupełniających, tj. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”. Zdaniem zamawiającego oznacza to, że „zamówienie uzupełniające jest częścią szerszego projektu, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe i jest ono zgodne z zamówieniem podstawowym”, „zamówienie uzupełniające jest więc bez wątpienia częścią szerszego przedsięwzięcia planowanego w wieloletniej prognozie finansowej”. W ww. piśmie zamawiający wyjaśnił także, że zamówienie uzupełniające udzielone było w 2016 r. tylko w zakresie, na jaki pozwalały środki finansowe i dopiero po uzyskaniu możliwości dalszego finansowania inwestycji, zostały udzielone kolejne zamówienia uzupełniające w 2017r. Pismem z dnia 17 lipca 2017 r. zamawiający odpowiadając na pytanie: w którym miejscu dokumentacji postępowania przewidział udzielenie zamówień uzupełniających w zakresie dróg innych, niż ul. Jaworzyńska, wskazał na ogólne zapisy ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, siwz i projektu umowy podstawowej o przewidzeniu zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego oraz na treść §1 ust. 3 projektu umowy podstawowej (czyli wyżej już opisane dla zamówienia podstawowego dwa odcinki ul. Jaworzyńskiej i jeden odcinek ul. Grabskiego). Z kolei w odpowiedzi na prośbę o wskazanie miejsca w dokumentacji, w którym zawarte jest odwołanie do decyzji zrid nr 690/2013, zamawiający zacytował fragmenty ogłoszenia o zamówienia, siwz i projektu umowy podstawowej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz fragment projektu umowy podstawowej o treści: „zamawiający Gmina Legnica zobowiązuje się (...) dostarczyć (...) zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (zrid) -3x1 kpi po jednym komplecie dla każdego zrid (...) w dniu przekazania terenu budowy”. Należy zauważyć, że w żadnym z ww. cytatów nie jest wspomniana decyzja zrid nr 690/2013 z dnia 09.12.2013 r., jak też żaden z ww. cytatów nie zawiera treści, która dawałaby wykonawcom podstawę do domniemywania, że ww. decyzja została wydana i co jest w niej przewidziane. Zamawiający dodał też, że: ww. decyzję zrid nr 690/2013 z dnia 09.12.2013 r. uzyskał w dniu 12.12.2013 r. tj. 6 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego), wykonawcy w pytaniach dotyczących siwz nie prosili o załączenie decyzji zrid, w dniu przekazania terenu budowy przekazał wykonawcy 3 decyzje zrid: nr 424/2012 z dnia 14.08.2012 r., nr 610/2013 z dnia 31.10.2013 r. i nr 690/2013 z dnia 09.12.2013 r. Ponadto w ww. piśmie z dnia 17.07.2017 r. zamawiający

wskazał autorów poszczególnych części dokumentacji projektowej oraz poinformował, że dokumentacja projektowa, przygotowana przez Biuro Studiów i Projektów Drogownictwa STUDIO PROJEKT, została odebrana przez niego w dniu 31.10.2013 r. Dokumentacja ta, przewidująca roboty na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej, zawiera informację o treści: „Niniejsze opracowanie zostało skoordynowane z innym zamierzeniem budowlanym realizowanym przez Gminę Legnica pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych -przebudowa ul. Jaworzyńskiej, dla którego dokumentację opracowała inna jednostka projektowa w sierpniu 2013 r.”, zaś - zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego - koordynacja projektów polegała m.in. na ustaleniu styków opracowań, w tym kilometraża, rzędnych, nawierzchni, uzbrojenia, profili podłużnych i poprzecznych.

W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Pzp, wprowadzająca m.in. zmianę treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przewidującego przesłanki udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówień uzupełniających. Należy jednakże zwrócić uwagę, że pierwsze z ww. zamówień uzupełniających zostało udzielone w dniu 20 czerwca 2016 r., zatem przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Pozostałe dwa zamówienia uzupełniające zostały natomiast udzielone w dniu 23 lutego 2017 r., jednakże są to zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego udzielonego na podstawie umowy zawartej w dniu 28 lutego 2014 r., czyli również przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Wobec powyższego w sprawie mają zastosowanie następujące przepisy:

- ✓ w zakresie zamówienia uzupełniającego udzielonego w dniu 20 czerwca 2016 r. -art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., zgodnie z którym 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,
 - ✓ w zakresie zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. -art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), zgodnie z którym dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden

z warunków: (lit. b) 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 przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Należy zauważyć, że art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie w dniu 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, przewiduje analogiczne przesłanki udzielania zamówień uzupełniających, jak art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, mający zastosowanie do zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. Główna różnica pomiędzy regulacją obowiązującą przed 28 lipca 2016 r., a regulacją obowiązującą od tej daty, ale dotyczącą umów zawartych przed tą datą, polega jedynie na wprowadzeniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających w drodze zmiany umowy podstawowej, zamiast w drodze zawarcia nowej umowy.

Z powyższego wynika, że w przedmiotowej sprawie wszystkie trzy zamówienia uzupełniające mogły być udzielone bez zachowania procedury konkurencyjnej, o ile zachodziły następujące przesłanki:

- zamówienie uzupełniające udzielone zostało w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające udzielone zostało dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych,
- wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe,
- zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby zachodziła możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki, bez zachowania konkurencji.

W przedmiotowej sprawie ww. zamówienia uzupełniające zostały udzielone wykonawcy zamówienia podstawowego, tj. spółce Skanska, wybranemu w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego. Ich łączna wartość szacunkowa wynosiła 8.199.258,65 zł (zgodnie z protokołami postępowania), co stanowi ok. 15% wartości szacunkowej zamówienia (53.067.263,16 zł bez zamówień uzupełniających, wg protokołu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego). Zamówienia zostały udzielone w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Roboty budowlano-montażowe realizowane na ulicach: Boiskowej, Myśliwskiej i Handlowej polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju robót, które były wykonywane na ul. Jaworzyńskiej. W ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 2013/S 237-411249 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.12.2013 r. zamawiający wskazał, że „zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego”. Analizy natomiast wymaga, czy ww. zamówienia uzupełniające mogły być w ww. sposób przewidziane i czy są zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nie może być rozumiane jako odniesienie do robót polegających jedynie na wykonywaniu takich samych rodzajowo prac / czynności, jak prace / czynności objęte zamówieniem podstawowym, np. wykonywanie wykopów, odwodnienie, karczowanie drzew. eży bowiem zwrócić uwagę, że Ustawodawca w treści ww. przepisu użył już sformułowania: „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, co należy rozumieć jako właśnie powtórzenie tego samego rodzaju czynności / prac, jak te wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

Ustawodawca w celu powtórzenia w zamówieniach uzupełniających jedynie takich samych rodzajowo prac, jak w zamówieniu podstawowym, użył dwukrotnie w tym samym przepisie dwóch różnych pojęć: raz - „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień” i drugi raz - „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”. Powtarzanie tego samego w jednym przepisie i w dodatku za pomocą dwóch różnych pojęć, byłoby całkowicie niezgodne z regułą racjonalnego Ustawodawcy. Należy zatem przyjąć, że oba te sformułowania oznaczać muszą coś innego, a w konsekwencji - zawierać muszą inne, odmienne przesłanki możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki, Tym samym sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” nie może oznaczać czynności / prac „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, czyli nie może ograniczać się wyłącznie do rodzajowego powtórzenia takich samych robót, jak wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że przedmiot zamówienia w danym postępowaniu identyfikowany jest przez takie jego cechy, jak m.in. rodzaj zamówienia, zakres, miejsce jego realizacji, czy stopień skomplikowania. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje z kolei wskazanie np. ilości i rodzaju produktów, które mają być dostarczone (w przypadku dostaw), czas i rodzaj czynności, które mają być wykonywane w przypadku usług, czy rodzaj czynności, jakie muszą być wykonane i ilość lub rodzaj obiektów budowlanych, jakie mają powstać, być przebudowane, czy remontowane, w przypadku robót budowlanych. Jak wskazano wyżej, czynnikiem identyfikującym dane zamówienia jest też miejsce jego wykonania. Sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” musi być więc rozumiane, jako zgodne z tymi cechami przedmiotu zamówienia podstawowego, które są dla niego charakterystyczne, jak m.in. zakres i miejsce realizacji. W przypadku robót budowlanych oznacza to, że zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego są roboty wykonywane w tym samym miejscu, co zamówienie podstawowe i zmierzające do powstania / przebudowania tych samych obiektów budowlanych (np. obiektów liniowych), które były objęte zamówieniem podstawowym. Nie można zatem uznać za zgodne z zamówieniem podstawowym robót, które wykraczają poza miejsce realizacji zamówienia podstawowego i których celem jest realizacja zupełnie nowych obiektów budowlanych, nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego. Roboty takie są bowiem niezgodne z zamówieniem podstawowym, tj. z jego zakresem i miejscem wykonania, które to konkretne zamówienie podstawowe identyfikują.

W przedmiotowej sprawie zamówienie podstawowe obejmowało roboty, w wyniku których miała być przebudowana ul. Jaworzyńska na odcinkach konkretnie wskazanych w §1 ust. 3 umowy podstawowej i część ul. Grabskiego. Zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. Jaworzyńska i ul. Grabskiego, w szczególności nie przewidywało budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione. Tym samym ul. Jaworzyńska na odcinkach: od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej, od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego i od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego, wyznaczają miejsce realizacji i zakres zamówienia podstawowego. Roboty wykraczające poza ten zakres nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, nawet jeśli polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju konkretnie wykonywanych czynności, czy prac, np. robót ziemnych, czy robót elektrycznych. W ten bowiem sposób (powtórzenie tych samych czynności fizycznych) spełniona zostaje przesłanka „polegania na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”,

natomiast nie zostaje spełniona przesłanka „zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego”.

Kontrolujący stwierdził także, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego w siwz, jak i w umowie podstawowej, wymienione są tylko roboty na ul. Jaworzyńskiej oraz na odcinku ul. Grabskiego, natomiast wszędzie tam, gdzie wymieniona jest ul. Boiskowa lub ul. Handlowa, nazwy tych ulic są użyte wyłącznie w celu dookreślenia odcinka ul. Jaworzyńskiej, na którym mają być realizowane roboty, natomiast opis przedmiotu zamówienia podstawowego nie przewiduje wykonywania robót na samych ulicach: Boiskowej i Handlowej, lub tym bardziej - na ul. Myśliwskiej. Również sam fakt, że ul. Boiskowa i ul. Handlowa stykają się z ul. Jaworzyńską (dochodzą do niej prostopadle), nie świadczy o tym, że stanowią one część ul. Jaworzyńskiej i w konsekwencji - część przedmiotu zamówienia podstawowego. Tym bardziej nie można w ten sposób, jako części zamówienia podstawowego, potraktować ul. Myśliwskiej, która nawet nie styka się z ul. Jaworzyńską, a jedynie łączy ul. Boiskową i ul. Handlową. Nie można także, jego zdaniem, przyjąć argumentu zamawiającego, zgodnie z którym o zgodności budowy lub przebudowy ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej z przedmiotem zamówienia podstawowego, świadczy fakt, że ulice te są objęte decyzją zrid nr 690/2013. Wskazał ponadto, że postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zostało wszczęte w dniu 6 grudnia 2013 r., przy czym przedmiot zamówienia powinien być już opisany przed jego wszczęciem, chociażby po to, aby możliwe było ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, natomiast ww. decyzja została wydana w dniu 9 grudnia 2013 r., tern po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a tym bardziej po opisaniu przedmiotu zamówienia podstawowego. Dodatkowo sam zamawiający wskazał w piśmie z dnia 17 lipca 2017 r., że ww. decyzję uzyskał w dniu 12 grudnia 2013 r., czyli 6 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Tym samym, ww. decyzja zrid nr 690/2013 nie mogła być częścią opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, skoro została wydana w czasie późniejszym i w konsekwencji - przewidziana ww. decyzji budowa i przebudowa ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej - nie mogła być objęta przedmiotem zamówienia podstawowego. Należy zresztą podkreślić, że nigdzie w siwz zamawiający nie odnosi się do treści ww. decyzji, jak też w odpowiedziach na prośby wykonawców o wyjaśnienie siwz, nie pojawia się odwołanie do ww. decyzji. Również przytoczone przez zamawiającego w piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. fragmenty ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, siwz i projektu umowy podstawowej nie zawierają odwołania do ww. decyzji, ani żadnej treści zawierającej informację o fakcie wydania tej decyzji i zakresie przewidzianych w niej robót. W szczególności nie można uznać, że zamawiający w dokumentacji zamówienia podstawowego odwołał się do ww. decyzji zrid nr 690/2013 wskazując w siwz, że zadanie inwestycyjne zostanie zrealizowane „na podstawie trzech zezwoleń”, gdyż po pierwsze, zezwolenia te w cytowanym w wyjaśnieniach z dnia 17 lipca

2017 r. fragmencie siwz nie zostały w żaden sposób oznaczone, więc nie ma podstaw do domniemywania, że cytowany fragment odwołuje się właśnie do konkretnej decyzji nr 690/2013, po drugie, zgodnie z cytowanym fragmentem siwz „zadanie inwestycyjne zostanie zrealizowane na podstawie trzech zezwoleń (...) obejmujących następujące odcinki ulic:", po czym następuje wyliczenie tych samych odcinków, które są opisane w §1 ust. 3 umowy podstawowej, czyli wyłącznie odcinków ul. Jaworzyńskiej i ul. Grabskiego. W przytoczonym przez zamawiającego fragmencie nie ma w ogóle mowy o odcinkach ul. Boiskowej, ul. Handlowej, czy ul. Myśliwskiej, co oznacza, że ww. ogólnie wspomniane w siwz i w żaden sposób nieoznaczone trzy zezwolenia, nie mogły dotyczyć ul. Boiskowej, ul. Handlowej, czy ul. Myśliwskiej. Również fragment projektu umowy przewidujący obowiązek przekazania wykonawcy trzech zezwoleń zrid po przekazaniu terenu budowy, w sytuacji, gdy zezwolenia te nie zostały w żaden sposób oznaczone, ani co do numeru i daty wydania, ani co do treści, nie może być uznany za dowód, że zamawiający odwoływał się w opisie zamówienia podstawowego do tej konkretnej decyzji. Tym samym, decyzja nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r., choć rzeczywiście przewiduje budowę i przebudowę ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, jako wydana po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i nigdzie niewymieniona w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego, nie stanowiła części tego opisu i nie stanowi wobec tego dowodu, że ww. ulice były objęte zakresem zamówienia podstawowego.

Należy także zauważyć, że Wieloletnie Prognozy Finansowe przekazane przez zamawiającego, zostały uchwalone w 2015, 2016 i 2017 r., co oznacza, że przewidziane w nich przedsięwzięcie pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy", w ramach którego były udzielane zamówienia uzupełniające na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej, nie mogło być przewidziane przez zamawiającego w 2013 r., kiedy to zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego i kiedy musiał być opisany przedmiot zamówienia podstawowego. W tamtym bowiem okresie (2013 r.), jak wynika z ww. Wieloletnich Prognoz Finansowych, realizacja ww. przedsięwzięcia obejmującego zamówienia uzupełniające, nie była, przynajmniej formalnie, planowana do realizacji. Niezależnie od powyższego, z ww. Wieloletnich Prognoz Finansowych wynika, że zadanie „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy", którym objęte są zamówienia udzielone w przedmiotowej sprawie w trybie z wolnej ręki jako zamówienia uzupełniające, jest zadaniem odrębnym od zadania „Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej", którym objęte jest zamówienie podstawowe. We wszystkich trzech Wieloletnich Prognozach Finansowych zadania te są

odrębnie wypunktowane w tabelach zawierających wykaz inwestycji, jak też wskazane są dla nich różne okresy realizacji (i różne nakłady finansowe), co pokazuje poniższa tabela:

dzień uchwalenia wieloletniej prognozy finansowej	numer pozycji i okres realizacji w wykazie przedsięwzięć dla inwestycji „Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej" (zamówienie podstawowe)	numer pozycji i okres realizacji w wykazie przedsięwzięć dla inwestycji „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy" (zamówienia uzupełniające)
28.12.2015 r.	1.3.2.12, 2012-2017	1.3.2.35 2014-2019
27.12.2016. r.	1.3.2.10 2012-2017	1.3.2.33 2014-2020
10.02.2017 r.	1.3.2.11 i 1.3.2.12 2012-2017	1.3.2.38 2014-2020

Z powyższego wynika, że zamówienie podstawowe i zamówienia uzupełniające od początku planowane były jako dwa odrębne przedsięwzięcia, których realizacja miała nastąpić w różnych okresach i w ramach odrębnie zaksięgowanych nakładów finansowych. Budowa i przebudowa ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, nie jest zatem zgodnym z przedmiotem zamówienia podstawowego „uzupełnieniem” tego zamówienia, tylko całkiem odrębną inwestycją, wykraczającą poza zakres zamówienia podstawowego i objętą odrębnym przedsięwzięciem, od co najmniej 2015 r. zaplanowanym do odrębnej realizacji.

Kontrolujący podał, że na stronie internetowej zamawiający zamieścił dokumentację techniczną, wśród której był też projekt architektoniczno-budowlany dotyczący budowy i przebudowy części ul. Jaworzyńskiej oraz ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej. Fakt ten jednak nie świadczy o tym, że ulice: Boiskowa, Handlowa i Myśliwska były objęte zakresem zamówienia podstawowego i są z tym zakresem zgodne. Po pierwsze, przeczą temu powyżej opisane ustalenia. Po drugie, zamawiający w przedmiotowej sprawie musiał zamieścić ww. projekt na stronie internetowej, ponieważ odcinek zamówienia podstawowego określony w §1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, czyli ul. Jaworzyńska od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami, został opisany właśnie w ww. projekcie dotyczącym również samych ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej. Nie zmienia to jednak faktu, że w zakres zamówienia podstawowego wchodziła jedynie ta część ww. projektu, która dotyczyła ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Boiskowej do ul. Handlowej, nie zaś także ulice: Boiskowa, Handlowa i

Myśliwska (co wynika też z treści §1 ust. 3 umowy podstawowej). Po trzecie, w ww. projekcie zawarta jest informacja, zgodnie z którą: „Niniejsze opracowanie zostało skoordynowane z innym zamierzeniem budowlanym realizowanym przez Gminę Legnica pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej, dla którego dokumentację opracowała inna jednostka projektowa w sierpniu 2013 r.” Zatem powyższy wpis w ww. projekcie architektoniczno-budowlanym także dowodzi, że ulice: Boiskowa, Handlowa i Myśliwska, stanowią odrębną inwestycję od przebudowy ul. Jaworzyńskiej (poza odcinkiem od ul. Boiskowej do ul. Handlowej). Po czwarte, generalnie sam fakt technicznego zamieszczenia jakiegokolwiek dokumentacji technicznej na stronie internetowej nie może przesądzać automatycznie o możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. lub art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, gdyż w ten sposób w trybie z wolnej ręki mogłyby być dzielone zupełnie dowolne inwestycje, niezwiązane w ogóle z zamówieniem podstawowym, Przy dopuszczeniu bowiem takiej możliwości, zamawiający planujący udzielić w okresie kilku lat jednego dużego zamówienia i kilku mniejszych tego samego rodzaju (np. roboty drogowe), mógłby celowo zamieścić na stronie internetowej dokumentację techniczną wszystkich tych zamówień razem tylko po to, żeby następnie w okresie 3 lat udzielać mniejszych zamówień (mieszczących się w 50% wartości dużego zamówienia), w trybie z wolnej ręki, bez zachowania konkurencji, temu samemu wykonawcy. Zatem nie można przyjąć, że sam fakt technicznego zamieszczenia projektu budowy i przebudowy ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej na stronie internetowej przesądza o tym, że ulice te były zgodne z zakresem zamówienia podstawowego, skoro z treści wszystkich innych dokumentów i wyżej poczynionych ustaleń wynika, że nie były one zgodne z zakresem przedmiotu zamówienia podstawowego, nie wchodziły w jego zakres i stanowiły zupełnie nowe zamówienie.

Sam zresztą zamawiający w piśmie z dnia 26 kwietnia 2017 r. wskazał, że „zamówienie uzupełniające jest częścią szerszego projektu, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe i jest ono zgodne z zamówieniem podstawowym” oraz że „zamówienie uzupełniające jest więc bez wątpienia częścią szerszego przedsięwzięcia planowanego w wieloletniej prognozie finansowej”. Potwierdza to, że zamówienie uzupełniające dotyczy robót niewchodzących w zakres zamówienia podstawowego, ale w zakres szerszego przedsięwzięcia, w skład którego wchodzi odrębnie: zarówno zamówienie podstawowe (ul. Jaworzyńska i część ul. Grabskiego), jak i zamówienia uzupełniające (ulice: Boiskowa, Handlowa i Myśliwska). Tym samym zamówienia uzupełniające są w przedmiotowej sprawie zgodne z zakresem ww. „szerszego przedsięwzięcia”, natomiast nie są zgodne z zakresem samego zamówienia podstawowego, o którym mowa zarówno w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak i w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy

z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw i do którego ww. przepisy wyraźnie się odwołują używając pojęcia „przedmiot zamówienia podstawowego”, a nie - „przedmiot szerszego przedsięwzięcia obejmującego m.in. zamówienie podstawowe”.

Niezależnie od powyższego wskazano, że w ogłoszeniu o zamówieniu (ani w żadnym innym dokumencie) zamawiający nie przewidział wprost, że będzie udzielał zamówień uzupełniających w zakresie dróg innych niż ul. Jaworzyńska i odcinek ul. Grabskiego. Wprawdzie w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 2013/S 237-411249 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.12.2013 r. zamawiający wskazał, że „zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - max. do wysokości 0% wartości zamówienia podstawowego”, jednakże nie można uznać, że ww. informacja daje podstawę do domniemywania zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających na roboty na ulicach: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, skoro w ogóle nie były one objęte zakresem zamówienia podstawowego. Udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, o wartości odpowiadającej abstrakcyjnie określonego przez zamawiającego odsetkowi wartości zamówienia podstawowego, ale na przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo i o wartości uzależnionej od zakresu, rodzaju i stopnia skomplikowania w ten sposób przewidzianych robót. Powyższe wynika zresztą z samej treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak też art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, w których użyto sformułowania „zamówienie uzupełniające było przewidziane”, co oznacza, że przewidziana ma być nie wyłącznie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, ale samo zamówienie uzupełniające jako takie, czyli zamówienie określonego rodzaju i w określonym zakresie. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu tak enigmatycznej informacji o zamówieniach uzupełniających, jak w przedmiotowej sprawie, nie może być więc uznane za wystarczające, w szczególności, gdy zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówień uzupełniających wykraczających zupełnie poza przedmiot zamówienia podstawowego. Tym samym nie można uznać, że zamówienia uzupełniające na roboty na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej zostały w ogłoszeniu o zamówieniu przewidziane, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Na marginesie należy także dodać, że brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, że w ramach robót uzupełniających zamawiający przewiduje udzielanie zamówień na drogi inne niż ul. Jaworzyńska i odcinek ul. Grabskiego, mogło mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego. Wiedza o możliwości rozszerzenia przedmiotu zamówienia o nowe ulice, mogłaby bowiem część wykonawców zarówno zachęcić, jak i zniechęcić, do złożenia oferty. Przyczyną konieczności wskazywania w ogłoszeniu o zamówieniu przewidywanych zamówień uzupełniających, jest bowiem rzetelne poinformowanie wykonawców o zakresie przedmiotu zamówienia, który będzie realizowany, po to, aby mogli oni na równych zasadach ocenić swoje możliwości realizacji zamówienia i przewidywane zyski. Tym samym sytuacja, której zamawiający dopiero po podpisaniu umowy z danym wykonawcą, rozszerza zakres realizacji o nowe, nigdzie uprzednio niewskazane ulice, jest zaprzeczeniem równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, zamówienie uzupełniające, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, stanowić ma „uzupełnienie” zamówienia podstawowego poprzez powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, co usługi lub roboty objęte zamówieniem podstawowym oraz w zgodzie z zamówieniem podstawowym, tj. m.in. z jego zakresem. Zamówienie uzupełniające nie może być natomiast rozszerzeniem zamówienia podstawowego o zupełnie odrębne zamówienia, nie objęte w ogóle przedmiotem zamówienia podstawowego i stanowiące w istocie nowe zamówienia, które powinny być - w przypadku wartości co najmniej 30.000 euro - udzielone na zasadach ogólnych, w procedurze konkurencyjnej, zwłaszcza jeśli nie zostały także wprost przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym. Tym samym w przedmiotowej sprawie, zamawiający udzielając zamówień na budowę i przebudowę ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej w trybie z wolnej ręki, naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, ponieważ nie spełnił przesłanki zgodności zamówień uzupełniających z zamówieniem podstawowym i przewidywalności zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym. W konsekwencji zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu z wolnej ręki w przypadku okoliczności faktycznych innych niż określone w ustawie.

Zaznaczył jednocześnie na marginesie, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą także przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i ust. 1a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejściu w życie ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. W szczególności nie jest spełniona przesłanka przewidziana w art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którą w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres usług lub robót budowlanych podobnych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone. Opis zamówienia podstawowego w przedmiotowej sprawie nie zawierał bowiem wskazania ani zakresu robót budowlanych, ani warunków, na jakich roboty te, na podstawie ww. przepisu, miałyby być udzielane”.

Odnosnie naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp - braku zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki w sprawie udzielenia zamówienia uzupełniającego - Kontrolujący podał:

Zamawiający udzielił w dniu 20 czerwca 2016 r., w trybie z wolnej ręki, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zamówienia na przebudowę ul. Handlowej na odcinku ok. 140 m w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”.

Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

W piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. zamawiający wyjaśnił, że nie zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu ww. postępowania w trybie z wolnej ręki, ponieważ w jego opinii, ww. obowiązek dotyczy tylko zamówień na dostawy lub usługi, natomiast przedmiotem niniejszego postępowania były roboty budowlane.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy zauważyć, że ww. przepis zawiera sformułowanie: „jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi”. Zgodnie z §1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2015 r., poz. 2263), jednostki samorządu terytorialnego przekazują ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 209 000 euro - dla dostaw lub usług, b) 5 225 000 euro - dla robót budowlanych.

Wskazane w art. 67 ust. 2 ustawy Pzp „dostawy lub usługi” odnoszą się więc do kwot, d których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach. Oznacza to, że Ustawodawca w ww. przepisie odwołał się do dostaw lub usług po to, by wskazać, od jakich wartości zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, nie zaś po to, by wyłączyć ten obowiązek w stosunku do robót budowlanych. Innymi słowy: w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamawiający także ma obowiązek zawiadamiania Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, tyle że obowiązek ten (w przypadku m.in. jednostek samorządu terytorialnego) aktualizuje się już w przypadku robót o wartości szacunkowej co najmniej 209 000 euro, nie zaś dopiero od wartości 5 225 000 euro.

Udzielone przez zamawiającego zamówienie uzupełniające (zgodnie z protokołem postępowania) miało wartość 1.603.506,92 zł, tj. 384.082,71 euro.

W konsekwencji ww. zamówienie uzupełniające miało wartość przekraczającą 209 000 euro, co oznacza, że zamawiający zobligowany był zawiadomić Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Brak zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu ww. postępowania stanowi naruszenie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający nie zgodził się ze wskazanymi ustaleniami, podnosząc w szczególności następujące okoliczności:

Po pierwsze, zgodził się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych (zwanym dalej „Prezesem Urzędu”), że udzielanie zamówień uzupełniających, niezależnie od tego, czy dokonywane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w brzmieniu przed zmianą wprowadzoną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, czy też na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) w/w ustawy nowelizującej, mogło nastąpić na podstawie identycznie brzmiącej przesłanki: „w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia -mówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub tvbót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju y«)», jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”.

Słuszny jest zatem wniosek, że w przedmiotowej sprawie wszystkie trzy zamówienia uzupełniające mogły być udzielone bez zachowania procedury konkurencyjnej, o ile zachodziły łącznie następujące przesłanki:

- zamówienie uzupełniające udzielone została w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające udzielone zostało dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych,
- wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe,
- zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Po drugie, poza sporem jest spełnienie 5. pierwszych przesłanek łącznych. Prezes Urzędu jednoznacznie bowiem stwierdza, że:

W przedmiotowej sprawie zamówienia uzupełniające zostały udzielone wykonawcy zamówienia podstawowego, tj. spółce Skańska, wybranemu w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego. Ich łączna wartość szacunkowa wynosiła 8.199.258,65 zł (zgodnie z protokołami postępowań), co stanowi ok. 15% wartości szacunkowej zamówienia (53.067.263,16 zł bez zamówień uzupełniających, wg protokołu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego). Zamówienia zostały udzielone w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego). Roboty budowlano-montażowe realizowane na ulicach: Boiskowej, Myśliwskiej i Handlowej polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju robót, które, były wykonywane na ul. Jaworzyńskiej". (str. 9 Informacji o wyniku kontroli)

Prezes Urzędu kontestuje spełnienie dwóch ostatnich przesłanek łącznych upoważniających do udzielenia zamówienia uzupełniającego, tj.:

- zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego,
- zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Stwierdza bowiem, że: „W ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 2013 j S 237-411249 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6.12.2013 r. zamawiający wskazał, że „zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego". Analizy natomiast wymaga, czy ww. Zamówienia uzupełniające

mogły być w ww. sposób przewidziane i czy są zgodne z. przedmiotem zamówienia podstawowego, "(str. 9 Informacji o wyniku kontroli)

1.1. Zastrzeżenia do ustaleń Prezesa Urzędu dotyczących niespełnienia przesłanki o brzmieniu: „zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”

Zamawiający podał, że Prezes Urzędu uważa, że: „Sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” musi być rozumiane, jako zgodne z tymi cechami przedmiotu zamówienia podstawowego, które są dla niego charakterystyczne, jak m.in. zakres i miejsce realizacji. W przypadku robót budowlanych oznacza to, że zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego są roboty wykonywane w tym samym miejscu, co zamówienie podstawowe i zmierzające do powstania/przybudowania tych samych obiektów budowlanych (np. obiektów liniowych), które były objęte zamówieniem podstawowym. Nie można zatem uznać za zgodne z zamówieniem podstawowym robót, które wykraczają poza miejsce realizacji zamówienia podstawowego i których celem jest realizacja zupełnie nowych obiektów budowlanych, nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego. Roboty takie są bowiem niezgodne z zamówieniem podstawowym, tj. jego zakresem i miejscem wykonania, które to konkretne Zamówienie podstawowe identyfikują.” (str. 10 Informacji o wyniku kontroli).

W/w ustalenie jest w części błędne i nie znajduje oparcia w przepisach obowiązującego prawa. Prezes Urzędu fałszywie wnioskuje, że zamówienie uzupełniające musi być zamówieniem wchodzącym w zakres zamówienia podstawowego oraz że nie może być wykonywane w innej lokalizacji (miejscu) niż zamówienie podstawowe [stwierdza, że: „Nie można zatem uznać za zgodne z zamówieniem podstawowym robót, które wykraczają poza miejsce realizacji zamówienia podstawowego i których celem jest realizacja zupełnie nowych obiektów budowlanych, nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego” (str. 10 Informacji o wyniku kontroli)]. Zamówienie uzupełniające jest pojęciem odrębnym od zamówienia podstawowego. W szczególności można zgodzić się z twierdzeniem, iż zamówienie uzupełniające mieści się w zakresie zamówienia podstawowego. Wskazuje na to chociażby art. 45 ust. 5a ustawy Pzp, który w brzmieniu przed 28 lipca 2016 r. stanowił: „Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ml. 6 pkt 3 i 4, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.” Nie może budzić wątpliwości, iż „wartością zamówienia podstawowego” jest wartość nieuwzględniająca wartości zamówienia uzupełniającego. Ustawodawca określił w tym przepisie zasadę, iż kwota wadium nie może być zawyżana poprzez jej odniesienie także do wartości zamówień uzupełniających, które nie są przecież przedmiotem zamówienia udzielanego w przetargu i nie stanowią zobowiązania wykonawcy, wynikającego z zawartej po przetargu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Gdyby zamówienie uzupełniające miało być częścią zamówienia podstawowego (zamówieniem wchodzących w jego zakres) wówczas jego udzielanie nie odbywało by się w trybie określonym w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Mielibyśmy wówczas do czynienia z zamówieniem udzielanych w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Udzielenie takiego zamówienia w różnym czasie podlegałoby zasadom szacowania, określonym w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp (zgodnie z tym przepisem, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia). Do szacowania wartości zamówienia, jeżeli zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających, stosuje się art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym; „Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 bib art. 134 ust. 6 pkt 3. przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień”. Z w/w przepisu wynika, że wartość zamówienia uzupełniającego mc zawiera się w wartości zamówienia podstawowego. To suma tych obu wartości (zamówienia podstawowego oraz uzupełniającego) składa się. na wartość zamówienia publicznego. Stąd logiczny jest wniosek, że zamówienie uzupełniające nie może zawierać się w zakresie zamówienia podstawowego, tylko razem z nim winno być częścią pewnego szerszego projektu. Inna sytuacja, w której zamówienie, jak przedstawia to Prezes Urzędu, mieściłoby się w zakresie zamówienia opisanego w SIWZ przygotowanej dla zamówienia podstawowego, to zamówienie z prawem opcji. W przypadku takich zamówień konieczne jest precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Każdy wykonawca składa tutaj ofertę obejmującą wykonanie zarówno zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego. Taka sytuacja nie ma miejsca w sytuacji udzielania zamówienia uzupełniającego, które nie jest wyceniane w ofercie składanej na wykonanie zamówienia podstawowego, a jedynie jego wartość szacunkowa jest uwzględniana w wartości zamówienia, przed wszczęciem postępowania przetargowego. Dalej wskazał na zamówienie opcjonalne oraz zamówienie uzupełniające, ich cechy oraz zasadnicze różnice. Wskazał ponadto, że zgodnie z art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, zamówienie uzupełniające musi być „zgodne” z przedmiotem zamówienia podstawowego, a nie „zawierać się” w tym przedmiocie. „Zgodny” to odpowiadający czemuś, niesprzeczny z czymś”. Nie jest zatem prawidłowe ustalenie Prezesa Urzędu, że ten zwrot należy interpretować, jako „objęty zakresem zamówienia podstawowego”:

Powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4/02/2015 o sygn. akt: KIO/KD 3/15 oraz na wyrok sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 3/11/2016 o sygn..akt: VI Ga 213/16, które mają potwierdzać, że prawidłowa interpretacja powinna być taka, że: (...) zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdy oba te zamówienia (podstawowe oraz uzupełniające) stanowią część pewnego szerszego projektu.

Nie oznacza to bynajmniej, że zamówienie uzupełniające ma wchodzić w zakres zamówienia podstawowego, tylko ma być z nim zgodne (odpowiadać jemu, nie być z nim sprzeczne). Ponadto nie ma znaczenia w takiej sytuacji, czy zamówienie uzupełniające jest realizowane w tej samej lub innej lokalizacji, co zamówienie podstawowe. Ważne jest, aby dotyczyło realizacji pewnego szerszego projektu, na który składają się oba te zamówienia (podstawowe i uzupełniające).

Odnosząc powyższe rozważania do kontrolowanych postępowań, stwierdził, że wszystkie 3 zamówienia uzupełniające, są częścią szerszego projektu, którego elementem jest także zamówienie podstawowe. Zamówienie podstawowe dotyczy przebudowy ul. Jaworzyńskiej. Każde z 3 udzielonych zamówień uzupełniających stanowi zamówienie na uzbrojenie i budowę dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej, Roboty budowlane składające się na przedmiot tych zamówień stanowią jeden projekt, zaplanowany przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia podstawowego. Przedmiot zamówienia podstawowego oraz wszystkich 3 zamówień uzupełniających został opisany za pomocą dokumentacji projektowej sporządzonej przed dniem 6.12.2013 r. (tj. dniem wszczęcia postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia podstawowego). Dokumentacja projektowa została załączona do treści SIWZ dla zamówienia podstawowego. Na zamówienie podstawowe, zgodnie z treścią pkt 8 SIWZ, składają się roboty budowlane opisane w następujących trzech dokumentacjach projektowych pn:

- „Modernizacja Trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej”;
- „Budowa Zbiorczej Drogi Południowej w Legnicy - Etap 11. od ul. Wojska Polskiego do al. Rzeczypospolitej z, budową mostu na rzece Kaczawie oraz
- „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy” (etap I - ul. Jaworzyńska od km. 1+623,82" do 2+206,26).

Wszystkie 3 zamówienia uzupełniające opisane zostały w dokumentacji projektowej pn. „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w lignity” [etap II - ul. Boiskowa, etap III - ul. Myśliwska, etap IV - ul. Handlowa].

Część zamówienia podstawowego (dotycząca I etapu wykonania uzbrojenia i budowy dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy) oraz wszystkie 3 zamówienia uzupełniające [etap II - ul. Boiskowa, etap III - ul. Myśliwska, etap IV - ul. Handlowa - wykonania uzbrojenia i budowy dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy] zostały opisane w tej samej dokumentacji projektowej pn. „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”. Dokumentacja ta została załączona do SIWZ dla zamówienia podstawowego. Jednym z celów udostępnienia w SIWZ dotyczącej zamówienia podstawowego, dokumentacji opisującej

zamówienia uzupełniające, było poinformowanie wykonawców o zakresie tych prac, Bezpodstawne i nie znajdujące oparcia w materiale dowodowym zebranym w trakcie kontroli jest zatem spekulowanie przez Prezesa Urzędu, że „...zamawiający w przedmiotowej sprawie musiał zamieścić ww. projekt na stronie internetowej, ponieważ odcinek zamówienia podstawowego określony w § 1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, czyli ul. Jaworzyńska od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami, został opisany właśnie w ww. projekcie dotyczącym również tych ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej.” Prezes Urzędu zwraca uwagę na jeden z celów zamieszczenia tej dokumentacji w SIWZ, a pomija inny, przedstawiony w zdaniu pierwszym niniejszego akapitu.

Również bezpodstawne jest dokonane przez Prezesa Urzędu porównanie kontrolowanej sprawy do hipotetycznej sytuacji: „zamawiający planujący udzielić w okresie kilku lat jednego dużego zamówienia i kilku mniejszych tego samego rodzaju (np. roboty drogowe), mógłby celowo zamieścić na stronie internetowej dokumentację techniczną wszystkich tych zamówień razem tylko po to, żeby następnie w okresie 3 lat udzielać mniejszych zamówień (mieszczących się w 50% wartości dużego zamówienia), w trybie z wolnej ręki, bez, Zachowania konkurencji, temu samemu wykonawcy.” (str. 14 Informacji o wyniku kontroli). Porównanie powyższe jest absurdalne i pod żadnym względem nie jest nawet zbliżone do stanu faktycznego kontrolowanego projektu. Prezes Urzędu po raz kolejny zdaje się nie zauważać, że zamieszczone przez zamawiającego dokumentacje projektowe dotyczą jednego projektu, w którym część zamówienia podstawowego bezpośrednio wynika z tej samej dokumentacji, która opisuje przedmiot zamówień uzupełniających. Ujęcie tych robót w jednej dokumentacji wynika ze względów technicznych i funkcjonalnych, a nie z chęci uniknięcia stosowania konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego,

Poza tym, dokumentacja obejmująca część zamówienia podstawowego oraz 3 uzupełniające została skoordynowana z pozostałymi elementami zamówienia podstawowego, tj. Modernizacją trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej. Co dodatkowo potwierdza zgodność zamówień uzupełniających z zamówieniem podstawowym.

Zauważa to także Prezes Urzędu, jednakże z tej sytuacji wywodzi błędne wnioski. Jest nielogiczne bowiem twierdzenie, że „powyższy wpis w ww. projekcie architektoniczno-budowlanym [iż dokumentacja dotycząca zamówień uzupełniających i części zamówienia podstawowego została skoordynowana z pozostałymi elementami zamówienia podstawowego] także dowodzi, że ulica Boiskowa, Handlowa i Myśliwska, stanowią odrębną inwestycję od przebudowy ul. Jaworzyńskiej” (str. 14 Informacji o wyniku kontroli). Skoro część robót podstawowych (I etap wykonania uzbrojenia i budowy dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej) i wszystkie zamówienia uzupełniające wynikają z. tej samej dokumentacji projektowej, a dodatkowo zamówienia uzupełniające są „skoordynowane” z pozostałymi częściami

zamówienia podstawowego, to wniosek logiczny winien być wyprowadzony taki, że zamówienia uzupełniające są częścią tego samego szerszego projektu co zamówienie podstawowe, a więc jest zgodne z zamówieniem podstawowym. Więcej, omawiany wpis dokonany przez autora projektu dowodzi, że zamówienia uzupełniające od początku powiązane zostały z zamówieniem podstawowym.

Należy przypomnieć, iż celem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu, zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Prezes Urzędu nie może wchodzić w nie przyznane mu kompetencje Zamawiającego. W szczególności nie może decydować o kształcie realizowanych przez Zamawiającego projektów i ich zakresie. Zgodnie z § 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę, tryb udzielenia zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy - Prawo budowlane. Ścisłe wg tych wskazań została) opracowane dokumentacje projektowe opisujące przedmioty zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Ponadto, wartość wszystkich 3 zamówień uzupełniających została uwzględniona w wartości zamówienia ustalonej przed przetargiem na wykonanie zamówienia podstawowego. Przed wszczęciem postępowania przetargowego (tj. przed 6.12.2013 r.), zamawiający sporządził kosztorysy inwestorskie określając na ich podstawie wartość 3 zamówień uzupełniających. Wartość ta w połączeniu z wartością zamówienia podstawowego składały się na wartość zamówienia i zdecydowała o wyborze odpowiedniej procedury udzielenia zamówienia. Roboty budowlane składające się na część zamówienia podstawowego (dotyczące I etapu wykonania uzbrojenia i budowy dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy) oraz 3 zamówienia uzupełniające, stanowią ponadto jedną inwestycję drogową określoną w decyzji nr 690/2013 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID). Prezes Urzędu błędnie wnioskuje, że „Nie można także przyjąć argumentu zamawiającego, zgodnie z którym o zgodności budowy lub przebudowy ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej z przedmiotem zamówienia podstawowego świadczy fakt, że ulice te są objęte decyzją zrid nr 690/2013. Należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zostało wszczęte w dniu 6 grudnia 2013 r., przy czym przedmiot zamówienia powinien być już opisany przed jego wszczęciem, chociażby po to, aby możliwe było ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, natomiast ww. decyzja została wydana w dniu 9 grudnia 2013 r., zatem po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a tym bardziej po opisanie przedmiotu (zamówienia podstawowego [...]” (str. 11 Informacji o wyniku kontroli).

Prezes Urzędu następujące pomija fakty;

- przedmiot 3 zamówień uzupełniających został opisany za pomocą dokumentacji projektowej przed wszczęciem postępowania na zamówienie podstawowe,
- dokumentacja projektowa opisująca 3 zamówienia uzupełniające została zamieszczona w treści SIWZ w postępowaniu przetargowym na zamówienie podstawowe,
- wartość zamówień uzupełniających została ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego,
- wydanie decyzji ZRID, 3 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, nie oznacza, że przedmiot: zamówień uzupełniających nie był opisany wcześniej; wniosek o wydanie tej decyzji opisujący przedmiot: inwestycji drogowej (NR IM.7012.234.2013.V - w załączeniu), na którą składa się część zamówienia podstawowego oraz 3 zamówienia uzupełniające został złożony w dniu 23.10.2013 r., a więc przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Podobnie fakt, że Wieloletnie Prognozy Finansowe uchwalone zostały w 2015 r., 2016r. i 2017r. nie może być interpretowany, iż „W tamtym bowiem okresie (2013 r.) jak wynika 3; MW. Wieloletnich Prognoz Finansowych, realizacja przedsięwzięcia obejmującego zamówienia uzupełniające, nie była, przynajmniej formalnie, planowana do realizacji.” (str. 13 Informacji o wyniku kontroli). Gdyby nie była planowana, zamawiający nie zlecałby opracowania przed 6.12.2013 r. dokumentacji projektowych oraz nie sporządzałby kosztorysów inwestorskich dotyczących zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Wieloletnie Prognozy Finansowe nie świadczą o tym, że projekt nie był zaplanowany w 2013 r., tylko dowodzą, że taki projekt znalazł w odpowiednim czasie źródło finansowania. Wskazał na kolejną uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 25/14), która w wyrażonym w analogicznej sprawie stanowisku ma potwierdzać, że: 3 udzielone przez Zamawiającego zamówienia uzupełniające są zgodne z zamówieniem podstawowym. Stanowią one razem z zamówieniem podstawowym spójny, przemyślany od strony technicznej, funkcjonalnej, gospodarczej i organizacyjnej szerszy projekt. Wybudowane drogi wraz z uzbrojeniem znacząco podnoszą wartość i atrakcyjność terenów przeznaczonych do rozwoju terenów produkcyjno-usługowych poprzez ich skomunikowanie z układem komunikacyjnym miasta oraz zapewnieniem mediów. Tereny, na których miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego przewiduje funkcje związane z przemysłem, rzemiosłem, bazami, składami i urządzeniami obsługi komunikacji samochodowej, usługami oraz administracją, wchodzi w skład Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej. Rozwój tych terenów produkcyjnych przyczynia się do powstania nowych miejsc pracy zwłaszcza dla ludzi młodych, rozwoju miasta. Budowa ulic Boiskowej i Handlowej od skrzyżowań z ul. Jaworzyńską (wybudowanych w ramach zamówienia podstawowego) umożliwia

skomunikowanie przebudowywanej ulicy Jaworzyńskiej z ul. Myśliwską poprzez ul. Handlową i Boiskową. Ulica Myśliwska na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej pozwala na skomunikowanie terenów inwestycyjnych z ulicą Jaworzyńską zapewniającą wlot i wyłoi: z miasta. Zaplanowanie projektu, który obejmuje roboty wynikające z dokumentacji sporządzonej dla zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających z zamiarem udzielania tych zamówień najpierw w trybie podstawowym, a później w ramach trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy nowelizującej, podyktowane było zatem względami funkcjonalnymi i technicznymi, brakiem możliwości udzielenia jednorazowo zamówienia na całość tych prac z uwagi na brak środków finansowych oraz uwzględnieniem potrzeb mieszkańców Miasta wynikających z zapewnienia prawidłowej i bezpiecznej organizacji ruchu drogowego podczas realizacji zadania podstawowego i zamówień uzupełniających. Z tych względów zamówienie podstawowe zostało skorelowane z zamówieniami uzupełniającymi. Udzielenie zamówienia podstawowego nastąpiło w trybie przetargu nieograniczonego, a zamawiający informował wykonawców w ogłoszeniu o zamówieniu, iż przewidziane zostały, do wykonania zamówienia uzupełniające polegające na powtórzeniu tego samego co zamówienie podstawowe rodzaju zamówień o wartości do 20% wartości zamówienia podstawowego. Zastosowanie w sposób zgodny z prawem, dozwolonego instrumentu zamówień uzupełniających nie może być oceniane jako naruszające przepisy ustawy Pzp.

1.2. Zastrzeżenia do ustaleń Prezesa Urzędu dotyczących niespełnienia przesłanki o brzmieniu: „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”

W okresie prowadzenia postępowania przetargowego w przedmiocie zamówienia podstawowego oraz udzielania zamówień uzupełniających nie było żadnego przepisu w ustawie Pzp nakładającego na zamawiającego obowiązek opisanie zamówienia uzupełniającego przed wszczęciem postępowania przetargowego w celu udzielenia zamówienia podstawowego. Przedstawił w tabeli zestawienie porównania przepisów krajowych oraz wynikających z dyrektyw zamówieniowych. W dalszej części zastrzeżeń wskazał, że Prezes Urzędu błędnie ustalił, że: „...przedmiot zamówienia powinien już być opisany przed jego wszczęciem, chociażby po to, aby możliwe było ustalenie wartości szacunkowej zamówienia,..” (str. 11 Informacji z kontroli). Aby ustalić wartość zamówienia uzupełniającego wystarczające jest, aby jego przedmiot był określony, a nie opisany. Idąc tokiem rozumowania Prezesa Urzędu należałoby stwierdzić, iż skoro przedmiot zamówienia uzupełniającego ma być opisany, a dotyczy wykonania robót budowlanych, to zamawiający zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp winien przed wszczęciem postępowania przetargowego na zamówienie podstawowe posiadać dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych dotyczące zamówienia uzupełniającego. W tym

względnie następuje kolejne pomylenie zamówienia uzupełniającego z zamówieniem z prawem opcji. Jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia wymagane jest tylko w odniesieniu do zamówienia podstawowego (por. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Celem postępowania o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających, jest udzielenie zamówienia w zakresie podstawowym i ten musi być dokładnie opisany w SIWZ. Zamawiający w przetargu wybiera ofertę na wykonanie zamówienia podstawowego i w konsekwencji tego wyboru zawiera później umowę w sprawie wykonania wyłącznie zamówienia podstawowego. Powyższe błędne ustalenie dokonane przez Prezesa Urzędu nie ma jednakże żadnego znaczenia, w świetle faktu, iż Zamawiający dokonał opisu wszystkich 3 zamówień uzupełniających za pomocą dokumentacji projektowej oraz udostępnił tą dokumentację w SIWZ sporządzonej do zamówienia podstawowego.

W czasie prowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia podstawowego oraz późniejszych zamówień uzupełniających, obowiązywały zamawiającego następujące przepisy ustawy Pzp odnoszące się do zamówień uzupełniających:

- art. 32 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.
- art. 36 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również: 3) informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.
- art. 41 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej: 15) informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.
- art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 6) 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.
- art. 19 ust. 3 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw. Dopuszczalne są zmiany umów w sprawie

zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli: 2) umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt l-3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z następujących warunków: b) 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 przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Żaden z w/w przepisów nie nakłada na zamawiającego obowiązku poinformowania wykonawców o przewidywanych zamówieniach uzupełniających poprzez opisanie przedmiotu zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też w SIWZ dotyczącej zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające to umowa o nabycie nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług (czy jak stanowiło prawo krajowe przed 28.07.2016 r. « tego samego rodzaju zamówień) powierzonych wykonawcy, któremu ten sam zamawiający udzielił pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że. takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem (w prawie krajowym określonym jako „przedmiot zamówienia podstawowego”), na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną. Dopiero w ślad za nową dyrektywą zamówieniową, od 28 lipca 2016 r. w art. 67 pojawił się ust. 1a, nakazujący wskazanie w opisie zamówienia podstawowego ewentualnego zakresu usług lub robót uzupełniających oraz warunków, na jakich zostaną one udzielone. Przepis ten stanowi implementację art. 32 ust. 5 dyrektywy 2014/24/U E w którym czytamy: „Podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.” Wymóg ten nie istniał w czasie prowadzenia kontrolowanych postępowań, a poza tym, nawet gdyby hipotetycznie założyć, że tak, nie nakazuje on opisywania przedmiotu zamówienia uzupełniającego. Podał, że: Zakres to: 1. granica zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu; też; dziedzina, sfera objęta tymi granicami, 2.granice, w których zmienia się dana wielkość matematyczna lub fizyczna. Warunki z kolei oznaczają: 1. czynnik, od którego uzależnione jest istnienie czegoś, 2. zastrzeżenie, od którego spełnienia zależy dotrzymanie, zrealizowanie czegoś; wymaganie, żądanie stawiane przy zawieraniu jakiejś umowy; w prawie cywilnym: zastrzeżenie, na podstawie którego osoba podejmująca czynność prawną uzależnia powstanie lub ustanie skutków tej czynności od niepewnego zdarzenia przyszłego. Wystarczające zatem było określenie zakresu zamówienia uzupełniającego, poprzez podanie:

jednostki miary stanowiącej granicę tego zamówienia (np. maksymalna liczba sztuk, długość, waga), czy maksymalnej kwoty takiego zamówienia (podanie jako zakresu zamówienia uzupełniającego jego wartości, niewątpliwie także określa granicę tego zjawiska).

Niezależnie od przedstawionej wyżej interpretacji należy zauważyć, że Zamawiający (pomimo braku takiego obowiązku) bardzo precyzyjnie opisał przedmiot zamówień uzupełniających w SIWZ przygotowanej dla zamówienia podstawowego, gdyż załączył do niej kompletną dokumentację projektową opisującą te zamówienia. Nadużyciem, ze strony Prezesa Urzędu jest twierdzenie, że „...nie można uznać, ww. informacja daje podstawę do domniemywania zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających na roboty na ulicach: Boiskowej, i Handlowej i Myśliwskiej, skoro w ogóle nie były one objęte zakresem zamówienia podstawowego. Udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust.3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, o wartości odpowiadającej abstrakcyjnie określonego przez zamawiającego odsetkowi wartości zamówienia podstawowego, ale w przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo i o wartości uzależnionej od zakresu, rodzaju i stopnia skomplikowania w ten sposób przewidzianych robót” (str. 15-16 Informacji o wyniku kontroli).

Zamówienia uzupełniające zostały opisane za pomocą dokumentacji projektowej pn. „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, która została załączona do SIWZ sporządzonej dla zamówienia podstawowego. W tej samej SIWZ (oraz ogłoszeniu o zamówieniu) zamieszczono zapis: „Zamawiający zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego.”

Nie sposób zgodzić się także z twierdzeniem Prezesa Urzędu, iż „brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, że w ramach robót uzupełniających zamawiający przewiduje udzielenie zamówień na drogi inne niż ul. jaworzyńska i odcinek ul. Grabskiego, mogło mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego. Wiedza o możliwości rozszerzenia przedmiotu zamówienia o nowe ulice, mogłaby bowiem cześć wykonawców zarówno zachęcić, jak i zniechęcić (str- 16 Informacji o wyniku kontroli). Prezes Urzędu zdaje się zapominać, iż udzielenie zamówienia uzupełniającego nie jest obowiązkiem Zamawiającego, a więc żaden z Wykonawców nie może oczekiwać, iż takowe zamówienie zostanie mu udzielone. Co jednakże ważniejsze, logika i doświadczenie życiowe prowadzą do wniosku, że poinformowanie w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, iż zamawiający przewiduje udzielenie zamówień polegających na

powtórzeniu tego samego rodzaju robót co zamówienie podstawowe, o wartości do 20% zamówienia podstawowego, przy jednoczesnym zamieszczeniu w SIWZ pełnej dokumentacji projektowej opisującej wszystkie zamówienia uzupełniające, dla profesjonalisty jest informacją wystarczającą do ustalenia z jakim ewentualnym rodzajem robót mógłby wykonawca w przyszłości mieć do czynienia, a co za tym idzie, jest informacją wystarczającą do podjęcia decyzji o wzięciu udziału w przetargu. Prezes Urzędu nie miał podstaw prawnych wymagać, aby zwrot „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego” rozumiany był jako wyraźne wzmiankowanie przedmiotów zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu czy w SIWZ, jak również nie mógł wymagać, aby opis zamówień uzupełniających był uwzględniony w zakresie zamówienia podstawowego w SIWZ przygotowanej w przetargu dotyczącym zamówienia podstawowego. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności złożenia oświadczenia woli to faktyczna sytuacja, w jakiej miało to miejsce, okoliczności dotyczące osoby składającego bądź odbierającego oświadczenie woli, relacje stron na etapie poprzedzającym złożenie tego oświadczenia⁴. Odnosząc w/w normę prawną do tezy z Informacji o wyniku kontroli, należy stwierdzić, że wnioski wyciągane przez Prezesa Urzędu z analizy zapisów SIWZ odnoszących się do zamówień uzupełniających są nieprawidłowe.

Reasumując stwierdził, że zamieszczenie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ sporządzonej dla zamówienia podstawowego informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w postaci zdania: „Zamawiający zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego” przy jednoczesnym załączeniu do SIWZ sporządzonej dla zamówienia podstawowego pełnej dokumentacji projektowej opisującej przedmiot 3 przyszłych zamówień uzupełniających, wypełnia wymaganą przesłankę w brzmieniu obowiązującym w czasie prowadzenia kontrolowanych postępowań o udzielenie zamówień.

Odnosnie braku zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu zamówienia uzupełniającego zgodnie z art. 67 ust 2 uPzp podał, że nie wynikało to z celowego działania, z premedytacją chęci zaniechania tej czynności lub ukrycia zamówienia uzupełniającego lecz z odmiennej interpretacji ww. przepisu tj. w rozumieniu, że należy zawiadomić Prezesa w przypadku gdy wartość zamówienia jest: równa lub przekracza kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust 8 tj dla robót budowlanych 5.255.000,- euro, a zamówienia

uzupełniające Zamawiającego (żadne) nie przekraczają ww. kwoty. Ponadto Zamawiający upublicznił oba zamówienia uzupełniające publikując:

a) Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante" (nieobowiązkowe) ■ Dziennik Urzędowy

Unii Europejskiej 201.6/S 106- 188943 z dnia 03.06.2016r. na wykonanie uzupełniających robót budowlanych polegających na budowie zadania Przebudowa ul. Handlowej na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km OH 168,00) w ramach zadania inwestycyjnego p.n. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie niicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowozachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy" oraz „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia" - DUUE Nr \$126 2016/S i 26-225951 z dnia 02.07.2016r.

b) „Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy" - BZP nr 526S - 2017 z dnia 09.02.2017r. na „Wykonanie uzupełniających robót budowlanych polegających na budowie ul. Boiskowej i części ul. Myśliwskiej oraz dokończeniu przebudowy ul. Handlowej w ramach zadania inwestycyjnego p.n. Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy" oraz

b) „Ogłoszenie o zmianie umowy" na „Wykonanie uzupełniających robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. Handlowej wraz z uzbrojeniem podziemnym" BZP nr 51517 - 2017 z dnia 2017-03-24r. i

b) „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia" na „Wykonanie uzupełniających robót budowlano-montażowych polegających na budowie ul. Boiskowej i części ul. Myśliwskiej wraz z uzbrojeniem w ramach zadania inwestycyjnego p.n. Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy" - BZP nr 51506 - 2017 z dnia 2017-03-24r. co wypełnia przesłanki zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W konkluzji, wniósł o zmianę Informacji o wyniku kontroli doraźnej nr UZP/DKZP/ WKZ3/421/ 14(9)/17/GE poprzez usunięcie z niej zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), a także art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówień uzupełniających w trybie niekonkurencyjnym bez zaistnienia przesłanek przewidzianych w ww. przepisach, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego (pismo z dnia 11/09/17) i zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazał ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, podtrzymując argumentację z Informacji o wyniku kontroli i podnosząc w szczególności następujące okoliczności:

Ponownie wskazał na umowę podstawową zawartą w dniu 28/02/2014 nr IM.272.247.1U.2014 na wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-Ti dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej” i na jej § 1 ust.3 i 4 a także na ust.5 tego paragrafu podnosząc, że w związku z tą umową określającą zamówienie podstawowe Zamawiający udzielił, z pominięciem podstawowych trybów udzielenia zamówienia, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), trzech zamówień uzupełniających, które dotyczą:

- 1) przebudowy ul. Handlowej na odcinku ok. 140 m w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone umową nr IM.272.294.8U.2016 z dnia 20 czerwca 2016 r.,
- 2) przebudowy ul. Handlowej w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone, zawartym w dniu 23 lutego 2017 r., aneksem nr 2 do ww. umowy nr IM.272.294.8U.2016 z dnia 20 czerwca 2016 r., zmiana polega głównie na wydłużeniu przebudowywanego odcinka do ok. 240 m i dodaniu robót związanych z uzbrojeniem podziemnym,
- 3) budowy ul. Boiskowej i części ul. Myśliwskiej w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, udzielone umową nr IM.272.294.1.1U.2017 z dnia 23 lutego 2017 r.

Wskazał, że ul. Boiskowa i ul. Handlowa łączą się prostopadle z ul. Jaworzyńską, natomiast ul. Myśliwska jest ulicą równoległą do ul. Jaworzyńskiej i łączy jednocześnie ul. Boiskową i ul. Handlową. Podniósł ponadto, że Zamawiający uzasadniając, że przedmiot zamówień uzupełniających jest zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego:

- 1) Powołał się na treść decyzji zrid nr 690/2013 z dnia 09 grudnia 2013 r., zgodnie z którą zatwierdzono projekt budowlany i zezwolono na realizację inwestycji drogowej dla przedsięwzięcia „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy - budowa i przebudowa infrastruktury technicznej związanej z obsługą obszaru w

rejonie ulicy Jaworzyńskiej i obwodnicy południowo-zachodniej w Legnicy" obejmującego budowę i przebudowę ul. Jaworzyńskiej oraz ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej. Do ww. pisma Zamawiający załączył także trzy uchwały Rady Miejskiej Legnicy z dnia: 28 grudnia 2015 r., 27 grudnia 2016 r. i 10 lutego 2017 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej miasta Legnicy, w których przewidziana jest realizacja inwestycji „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy” (tj. inwestycji, w ramach której były udzielane roboty dotyczące ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej).

2) Wskazał, że dokumentacja opracowana w ramach zadania „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, na podstawie której realizowana będzie część zamówienia podstawowego, o której mowa w § 1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, tj. roboty na ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej, wchodzi w zakres dokumentacji wskazanej w rozdziale 4 SIWZ i obejmuje budowę i przebudowę ulic z podziałem na 4 etapy: - etap I - ul. Jaworzyńska, - etap II - ul. Boiskowa, - etap III - ul. Myśliwska, - etap IV - ul. Handlowa.

3) Wskazał także, że na stronie internetowej została zamieszczona pełna dokumentacja zamówienia podstawowego, tj. „Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej”, jak też dokumentacja dotycząca zamówień uzupełniających, tj. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”.

Zdaniem Zamawiającego oznacza to, że „zamówienie uzupełniające jest częścią szerszego projektu, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe i jest ono zgodne z zamówieniem podstawowym”, „zamówienie uzupełniające jest więc bez wątpienia częścią szerszego przedsięwzięcia planowanego w wieloletniej prognozie finansowej”. W ww. piśmie Zamawiający wyjaśnił także, że zamówienie uzupełniające udzielone było w 2016 r. tylko w zakresie, na jaki pozwalały środki finansowe i dopiero po uzyskaniu możliwości dalszego finansowania inwestycji, zostały udzielone kolejne zamówienia uzupełniające w 2017 r. Także „Odpowiadając na pytanie Prezesa Urzędu: w którym miejscu dokumentacji postępowania przewidział udzielenie zamówień uzupełniających w zakresie dróg innych, niż ul. Jaworzyńska, Zamawiający wskazał na ogólne zapisy ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, SIWZ i projektu umowy podstawowej o przewidzeniu zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego oraz na treść § 1 ust. 3 projektu umowy podstawowej (czyli wyżej już opisane dla zamówienia podstawowego dwa odcinki ul. Jaworzyńskiej i jeden odcinek ul. Grabskiego). Z kolei w odpowiedzi na prośbę o wskazanie miejsca w dokumentacji, w którym zawarte jest odwołanie do decyzji zrid nr 690/2013,

Zamawiający zacytował fragmenty ogłoszenia o zamówienia, SIWZ i projektu umowy podstawowej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz fragment projektu umowy podstawowej o treści: „zamawiający Gmina Legnica zobowiązuje się (...) dostarczyć (...) zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (zrid) -3x1 kpi po jednym komplecie dla każdego zrid (...) w dniu przekazania terenu budowy”. Należy zauważyć, że w żadnym z ww. cytatów nie jest wspomniana decyzja zrid nr 690/2013 z dnia 09.12.2013 r., jak też żaden z ww. cytatów nie zawiera treści, która dawałaby Wykonawcom podstawę do domniemywania, że ww. decyzja została wydana i co jest w niej przewidziane. Zamawiający dodał też, że: ww. decyzję zrid nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r. uzyskał w dniu 12 grudnia 2013 r. (tj. 6 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego), Wykonawcy w pytaniach dotyczących SIWZ nie prosili o załączenie decyzji zrid, w dniu przekazania terenu budowy przekazał Wykonawcy 3 decyzje zrid: nr 424/2012 z dnia 14 sierpnia 2012 r., nr 610/2013 z dnia 31 października 2013 r. i nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r. Ponadto w ww. piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. Zamawiający wskazał autorów poszczególnych części dokumentacji projektowej oraz poinformował, że dokumentacja projektowa, przygotowana przez Biuro Studiów i Projektów Drogownictwa STUDIO PROJEKT, została odebrana przez niego w dniu 31 października 2013 r. Dokumentacja ta, przewidująca roboty na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej, zawiera informację o treści: „Niniejsze opracowanie zostało skoordynowane z innym zamierzeniem budowlanym realizowanym przez Gminę Legnica pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej, dla którego dokumentację opracowała inna jednostka projektowa w sierpniu 2013 r.”, zaś - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego - koordynacja projektów polegała m.in. na ustaleniu styków opracowań, w tym kilometraża, rzędnych, nawierzchni, uzbrojenia, profili podłużnych i poprzecznych.

Odnosząc się zastrzeżenia w zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020, dalej: „ustawa zmieniająca”), a także art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu stwierdził, że w jego ocenie Zamawiający - Gmina Legnica - nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej w odniesieniu do zamówień obejmujących przebudowę i budowę ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej w Legnicy w ramach przedsięwzięcia „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”. Podkreślił, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe wskazał na

zamknięty katalog przesłanek, które zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp oraz na orzecznictwo, podnosząc, że zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03). Wskazał ponadto na nowelizację ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. wprowadzająca m.in. zmianę treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przewidującego przesłanki udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówień uzupełniających. Zwrócił ponadto uwagę, że pierwsze z ww. zamówień uzupełniających zostało udzielone w dniu 20 czerwca 2016 r., zatem przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Pozostałe dwa zamówienia uzupełniające zostały natomiast udzielone w dniu 23 lutego 2017 r., jednakże są to zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego udzielonego na podstawie umowy zawartej w dniu 28 lutego 2014 r., czyli również przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Wobec powyższego w sprawie mają zastosowanie następujące przepisy:

- w zakresie zamówienia uzupełniającego udzielonego w dniu 20 czerwca 2016 r. - art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., zgodnie z którym 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,
- w zakresie zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. - art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, zgodnie z którym dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z warunków: (lit. b) 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 przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Zauważył ponadto, że art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie w dniu 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, przewiduje analogiczne przesłanki udzielania zamówień uzupełniających, jak art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, mający zastosowanie do zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. Główna różnica pomiędzy regulacją obowiązującą przed 28 lipca 2016 r., a regulacją obowiązującą od tej daty, ale dotyczącą umów zawartych przed tą datą, polega jedynie na wprowadzeniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających w drodze zmiany umowy podstawowej, zamiast w drodze zawarcia nowej umowy. W przedmiotowej sprawie wszystkie trzy zamówienia uzupełniające mogły być udzielone bez zachowania procedury konkurencyjnej, o ile zachodziły następujące przesłanki:

- 1) zamówienie uzupełniające udzielone zostało w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- 2) zamówienie uzupełniające udzielone zostało dotychczasowemu Wykonawcy usług lub robót budowlanych,
- 3) wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego,
- 4) zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe,
- 5) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- 6) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego,
- 7) zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Podkreślił, że w niniejszej sprawie bezspornym było, że ww. przesłanki od 1) do 5) zostały zachowane, analizy natomiast wymagało, czy wskazane zamówienia uzupełniające spełniały przesłanki 6) i 7), tj. czy mogły być w ww. sposób przewidziane i czy są zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W zakresie zgodności zamówień uzupełniających z przedmiotem zamówienia podstawowego Prezes Urzędu w szczególności podał:

W pierwszej kolejności zaznaczył, że sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu

obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, nie może być rozumiane jako odniesienie do robót polegających jedynie na wykonywaniu takich samych rodzajowo prac/czynności, jak prace/czynności objęte zamówieniem podstawowym, np. wykonywanie wykopów, odwodnienie, karczowanie drzew. Należy bowiem zwrócić uwagę, że Ustawodawca w treści ww. przepisu użył już sformułowania: „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, co należy rozumieć jako właśnie powtórzenie tego samego rodzaju czynności / prac, jak te wchodzące w zakres danych robót podstawowych. Tym samym nie można przyjąć, że racjonalny Ustawodawca w celu powtórzenia w zamówieniach uzupełniających jedynie takich samych rodzajowo prac, jak w zamówieniu podstawowym, użył dwukrotnie w tym samym przepisie dwóch różnych pojęć: raz - „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień” i drugi raz - „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”. Powtarzanie tego samego w jednym przepisie i w dodatku za pomocą dwóch różnych pojęć, byłoby całkowicie niezgodne z regułą racjonalnego Ustawodawcy. Należy zatem przyjąć, że oba te sformułowania oznaczać muszą coś innego, a w konsekwencji - zawierać muszą inne, odmienne przesłanki możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki. Tym samym sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” nie może oznaczać czynności / prac „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, czyli nie może ograniczać się wyłącznie do rodzajowego powtórzenia takich samych robót, jak wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

W związku z powyższym stwierdził, że przedmiot zamówienia w danym postępowaniu identyfikowany jest przez takie jego cechy, jak m.in. rodzaj zamówienia, zakres, miejsce jego realizacji, czy stopień skomplikowania. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje z kolei wskazanie, np. ilości i rodzaju produktów, które mają być dostarczone (w przypadku dostaw), czas i rodzaj czynności, które mają być wykonywane w przypadku usług, czy rodzaj czynności, jakie muszą być wykonane i ilość lub rodzaj obiektów budowlanych, jakie mają powstać, być przebudowane, czy remontowane, w przypadku robót budowlanych. Podkreślił, że Prezes Urzędu nie twierdzi, że miejsce realizacji zamówienia podstawowego i zamówienia uzupełniającego w każdym przypadku musi być tożsame, a jedynie stoi na stanowisku, iż opis przedmiotu zamówienia podstawowego determinuje miejsce wykonania zamówień uzupełniających. Zatem miejsce wykonania zamówienia uzupełniającego nie może być ustalone dowolnie, w oderwaniu od zamówienia podstawowego, do czego doszło w kontrolowanym postępowaniu, gdzie Zamawiający zlecił Wykonawcy zadania podstawowego roboty budowlane na ulicach Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, podczas gdy zamówienie podstawowe obejmowało jedynie roboty budowlane na ulicy Jaworzyńskiej.

W przedmiotowej sprawie zamówienie podstawowe obejmowało roboty, w wyniku których miała być przebudowana ul. Jaworzyńska na odcinkach konkretnie wskazanych w § 1 ust. 3 umowy podstawowej i część ul. Grabskiego. Zamówienie podstawowe nie przewidywało

prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. Jaworzyńska i ul. Grabskiego, w szczególności nie przewidywało budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione. Tym samym ul. Jaworzyńska na odcinkach: od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej, od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego i od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego, wyznaczają miejsce realizacji zamówienia podstawowego i tym samym identyfikują jego przedmiot. Roboty wykraczające poza tę inwestycję nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, nawet jeśli polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju konkretnie wykonywanych czynności, czy prac, np. robót ziemnych, czy robót elektrycznych. Nie można bowiem przyjąć, że każda robota budowlana, polegająca na wykonywaniu określonych robót budowlanych, a realizowana przez danego Zamawiającego będzie robotą zgodną z przedmiotem zamówienia. Zgodność tę wyznacza określona identyfikacja inwestycji budowlanej. To, że ulice, na których wykonywano roboty drogowe w ramach zamówień uzupełniających znajdują się w bezpośrednim sąsiedztwie ulicy Jaworzyńskiej, której dotyczy zamówienie podstawowe, również samo w sobie nie musi świadczyć o zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego. Realizacja robót budowlanych na ulicy Boiskowej, ulicy Handlowej i ulicy Myśliwskiej jest odrębną inwestycją drogową, co do której na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamówienie podstawowe, nie było planów po stronie Zamawiającego. Udzielenie zamówień uzupełniających, w szczególności przy specyfice zamówień na roboty budowlane, nie może prowadzić do nadużyć. Zamawiający, udzielając tego typu zamówień, powinien brać pod uwagę nie tylko powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, ale również ocenę czy nowe zamówienie (zamówienie uzupełniające) jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, tj. związane jest bezpośrednio poprzez identyfikację przedmiotu zamówienia z realizacją danej inwestycji budowlanej. Przeciwnie rozumienie udzielania zamówień uzupełniających w oparciu o przepisy ustawy Pzp prowadziłoby do sytuacji, że Zamawiający przez okres 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego posiadałby uprawnienie do udzielania w trybie wyjątkowym, wykluczającym konkurencję, zamówień na wykonanie każdej roboty budowlanej (w niniejszym przypadku każdej roboty drogowej) bez jakiegokolwiek związku z przedmiotem zamówienia podstawowego, a więc bezpośredniego związku z realizacją danej inwestycji. Zauważył, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego w SIWZ, jak i w umowie podstawowej, wymienione są tylko roboty na ul. Jaworzyńskiej oraz na odcinku ul. Grabskiego, natomiast wszędzie tam, gdzie wymieniona jest ul. Boiskowa lub ul. Handlowa, nazwy tych ulic są użyte wyłącznie w celu dookreślenia odcinka ul. Jaworzyńskiej, na którym mają być realizowane roboty, natomiast opis przedmiotu zamówienia podstawowego nie odnosi się do wykonywania robót na samych ulicach:

Boiskowej i Handlowej, lub tym bardziej - na ul. Myśliwskiej. Również sam fakt, że ul. Boiskowa i ul. Handlowa stykają się z ul. Jaworzyńską (dochodzą do niej prostopadle), nie świadczy o tym, że stanowią one część ul. Jaworzyńskiej i w konsekwencji - część inwestycji związanej z realizacją przedmiotu zamówienia podstawowego. Tym bardziej nie można w ten sposób, jako części zamówienia podstawowego, potraktować ul. Myśliwskiej, która nawet nie styka się z ul. Jaworzyńską, a jedynie łączy ul. Boiskową i ul. Handlową. Wskazał, że powyższe potwierdza uchwała KIO z dnia 6 czerwca 2013 r. (sygn. KIO/KD 53/13), w której stwierdzono, iż nieuprawnione jest działanie zamawiającego polegające na zleceniu w ramach zamówień uzupełniających realizacji robót budowlanych w innej lokalizacji niż przewidziane w SIWZ. W kontrolowanym postępowaniu, w dokumentacji Zamówienia podstawowego, Zamawiający wprost wskazał, iż roboty budowlane będą wykonywane w obrębie ulicy Jaworzyńskiej oraz na odcinku ul. Grabskiego. Samo zamieszczenie dodatkowej dokumentacji, obejmującej swym zasięgiem inne ulice, bez wyraźnego wskazania, że mogą one w przyszłości stanowić przedmiot robót budowlanych objętych zamówieniami uzupełniającymi, nie jest wystarczająco precyzyjnym wskazaniem związku z przedmiotem zamówienia podstawowego. Nie zgodził się również z argumentem Zamawiającego, jakoby zakres przedmiotowych zamówień był zgodny z zakresem zamówienia podstawowego. Jak wskazano w przytoczonej wyżej uchwale KIO (sygn. KIO/KD 53/13), przedmiot zamówienia uzupełniającego musi dotyczyć zamówienia określonego w SIWZ, w konsekwencji dla spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy niezbędna jest tożsamość w zakresie obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia podstawowego i uzupełniającego. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (Dz. U. z 1994 nr 89 poz. 414 z późn. zm., dalej: „prawo budowlane”) szczególnym rodzajem obiektu budowlanego jest obiekt liniowy, którego przykładem jest droga. W art. 3 pkt 3a prawa budowlanego wskazano, że charakterystycznym parametrem obiektu liniowego jest długość. W związku z powyższym należy stwierdzić, że każda droga stanowi oddzielny liniowy obiekt budowlany, ograniczony dwoma punktami pozwalającymi na odmierzenie jej długości. Tym samym nie zachodzi tożsamość zakresów zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających - przedmiotem zamówienia podstawowego była przebudowa ulicy Jaworzyńskiej, podczas gdy zamówienia uzupełniające dotyczą robót budowlanych na odrębnych obiektach, tj. na ulicach: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej. Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny w dokumentacji zamówienia podstawowego, że ww. 4 ulice razem wchodziły w skład szerszego projektu, który częściowo ma zostać zrealizowany za pomocą instrumentów przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej.

W zakresie przewidzenia zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym Prezes Urzędu w szczególności podał:

Nie przyjmuje argumentu Zamawiającego, stosownie do którego o zgodności budowy lub przebudowy ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej z przedmiotem zamówienia podstawowego, świadczy fakt, że ulice te są objęte decyzją zrid nr 690/2013. Należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego zostało wszczęte w dniu 6 grudnia 2013 r., przy czym przedmiot zamówienia powinien być już opisany przed jego wszczęciem, chociażby po to, aby możliwe było ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, natomiast ww. decyzja została wydana w dniu 9 grudnia 2013 r., zatem po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a tym bardziej po opisanu przedmiotu zamówienia podstawowego. Dodatkowo sam Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 17 lipca 2017 r., że ww. decyzję uzyskał w dniu 12 grudnia 2013 r., czyli 6 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Tym samym, ww. decyzja zrid nr 690/2013 nie mogła być częścią opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, skoro została wydana w czasie późniejszym i w konsekwencji - przewidziana w ww. decyzji budowa i przebudowa ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej - nie mogła być objęta przedmiotem zamówienia podstawowego. Należy zresztą podkreślić, że nigdzie w SIWZ Zamawiający nie odnosi się do treści ww. decyzji, jak też w odpowiedziach na prośby Wykonawców o wyjaśnienie SIWZ, nie pojawia się odwołanie do ww. decyzji. Również przytoczone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. fragmenty ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, SIWZ i projektu umowy podstawowej nie zawierają odwołań do ww. decyzji, ani żadnej treści zawierającej informację o fakcie wydania tej decyzji i zakresie przewidzianych w niej robót. W szczególności nie można uznać, że Zamawiający w dokumentacji zamówienia podstawowego odwołał się do ww. decyzji zrid nr 690/2013 wskazując w SIWZ, że zadanie inwestycyjne zostanie zrealizowane „na podstawie trzech zezwoleń”, gdyż po pierwsze, zezwolenia te w cytowanym w wyjaśnieniach z dnia 17 lipca 2017 r. fragmencie SIWZ nie zostały w żaden sposób oznaczone, więc nie ma podstaw do domniemywania, że cytowany fragment odwołuje się właśnie do konkretnej decyzji nr 690/2013, po drugie, zgodnie z cytowanym fragmentem SIWZ „zadanie inwestycyjne zostanie zrealizowane na podstawie trzech zezwoleń (...) obejmujących następujące odcinki ulic:”, po czym następuje wyliczenie tych samych odcinków, które są opisane w § 1 ust. 3 umowy podstawowej, czyli wyłącznie odcinków ul. Jaworzyńskiej i ul. Grabskiego. W przytoczonym przez Zamawiającego fragmencie nie ma w ogóle mowy o odcinkach ul. Boiskowej, ul. Handlowej, czy ul. Myśliwskiej, co oznacza, że ww. ogólnie wspomniane w SIWZ i w żaden sposób nieoznaczone trzy zezwolenia, nie mogły dotyczyć ul. Boiskowej, ul. Handlowej, czy ul. Myśliwskiej. Również fragment projektu umowy przewidujący obowiązek przekazania Wykonawcy trzech zezwoleń zrid po przekazaniu terenu budowy, w sytuacji, gdy zezwolenia te nie zostały w żaden sposób

oznaczone, ani co do numeru i daty wydania, ani co do treści, nie może być uznany za dowód, że Zamawiający odwoływał się w opisie zamówienia podstawowego do tej konkretnie decyzji. Tym samym, decyzja nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r., choć rzeczywiście przewiduje budowę i przebudowę ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, jako wydana po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i nigdzie nie wymieniona w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego lub wzmiankowana, że jest w oczekiwaniu na wydanie, nie stanowiła części tego opisu i nie stanowi wobec tego dowodu, że ww. ulice były objęte zamówieniem podstawowym. Także zauważył, że Wieloletnie Prognozy Finansowe przekazane przez Zamawiającego, zostały uchwalone w 2015, 2016 i 2017 r., co oznacza, że przewidziane w nich przedsięwzięcie pn. Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy, w ramach którego były udzielane zamówienia uzupełniające na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej, nie mogło być przewidziane przez Zamawiającego w 2013 r., kiedy to zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego oraz kiedy musiał być opisany przedmiot zamówienia podstawowego i uwzględniony zakres zamówienia lub zamówień uzupełniających. W tamtym bowiem okresie (2013 r.), jak wynika z ww. Wieloletnich Prognoz Finansowych, realizacja ww. przedsięwzięcia obejmującego zamówienia uzupełniające, nie była, przynajmniej formalnie, planowana do realizacji. Ponadto w ocenie Prezesa Urzędu, niezależnie od powyższego, z ww. Wieloletnich Prognoz Finansowych wynika, że zadanie Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy, którym objęte są zamówienia udzielone w przedmiotowej sprawie w trybie z wolnej ręki jako zamówienia uzupełniające, jest zadaniem odrębnym od zadania Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej, którym objęte jest zamówienie podstawowe. We wszystkich trzech Wieloletnich Prognozach Finansowych zadania te są odrębnie wypunktowane w tabelach zawierających wykaz inwestycji, jak też wskazane są dla nich różne okresy realizacji (i różne nakłady finansowe).

Zdaniem Prezesa Urzędu, z powyższego wynika, że zamówienie podstawowe i zamówienia uzupełniające od początku planowane były jako odrębne przedsięwzięcia, których realizacja miała nastąpić w różnych okresach i w ramach odrębnie zaksięgowanych nakładów finansowych. Budowa i przebudowa ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, nie jest zatem zgodnym z przedmiotem zamówienia podstawowego „uzupełnieniem” tego zamówienia, tylko całkiem odrębną inwestycją (lub inwestycjami), wykraczającą poza zamówienie podstawowe i objętą odrębnym przedsięwzięciem, od co najmniej 2015 r. zaplanowanym do odrębnej realizacji. Na powyższe nie ma wpływu wskazywana przez Zamawiającego uchwała KIO z

dnia 1 września 2014 r. (sygn. KIO/KD 25/14), z treści której wynika, że możliwość realizacji kolejnych zadań inwestycyjnych przewidzianych w ramach szerszego projektu z zastosowaniem przepisów o zamówieniach uzupełniających jest możliwa, gdy opis zamówienia podstawowego stwierdza, że jest ono realizowane w ramach oznaczonego projektu. Ta przesłanka w zaistniałym stanie faktycznym nie została spełniona, gdyż Zamawiający nie wskazał jednoznacznie w dokumentacji zamówienia podstawowego na konkretny „szerszy projekt”, który ma zostać zrealizowany poprzez wykonanie tego zadania oraz następných ewentualnych zamówień uzupełniających. Zamawiający ograniczył swoje działania do załączenia do SIWZ dokumentacji pn. Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy, która ponadto nie obejmowała całego zakresu robót podstawowych, składających się na wskazywany przez Zamawiającego „szerszy projekt”. Jednocześnie zauważono, że na stronie internetowej Zamawiający zamieścił dokumentację techniczną, wśród której był też projekt architektoniczno-budowlany dotyczący budowy i przebudowy części ul. Jaworzyńskiej oraz ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej. Fakt ten jednak nie świadczy o tym, że ulice: Boiskowa, Handlowa i Myśliwska były objęte zamówieniem podstawowym i są z nim zgodne. Po pierwsze, przeczą temu powyżej opisane ustalenia. Po drugie, Zamawiający w przedmiotowej sprawie musiał zamieścić ww. projekt na stronie internetowej, ponieważ odcinek zamówienia podstawowego określony w § 1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, czyli ul. Jaworzyńska od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami, został opisany właśnie w ww. projekcie dotyczącym również samych ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej. Nie zmienia to jednak faktu, że zamówienie podstawowe obejmowało jedynie tę część ww. projektu, która dotyczyła ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Boiskowej do ul. Handlowej, nie zaś także ulice: Boiskową, Handlową i Myśliwską (co wynika też z treści § 1 ust. 3 umowy podstawowej). Po trzecie, w ww. projekcie zawarta jest informacja, zgodnie z którą: „Niniejsze opracowanie zostało skoordynowane z innym zamierzeniem budowlanym realizowanym przez Gminę Legnica pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej, dla którego dokumentację opracowała inna jednostka projektowa w sierpniu 2013 r.” Zatem powyższy wpis w ww. projekcie architektoniczno-budowlanym także dowodzi, że ulice: Boiskowa, Handlowa i Myśliwska, stanowią odrębną inwestycję od przebudowy ul. Jaworzyńskiej (poza odcinkiem od ul. Boiskowej do ul. Handlowej). Po czwarte, generalnie sam fakt technicznego zamieszczenia jakiegokolwiek dokumentacji technicznej na stronie internetowej nie może przesądzać automatycznie o możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. lub art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, gdyż w ten sposób w trybie z wolnej ręki mogłyby być udzielane zupełnie dowolne inwestycje, niezwiązane w ogóle z zamówieniem podstawowym. Przy dopuszczeniu bowiem takiej możliwości, Zamawiający planujący udzielić w okresie kilku lat jednego dużego

zamówienia i kilku mniejszych tego samego rodzaju (np. roboty drogowe), mógłby celowo zamieścić na stronie internetowej dokumentację techniczną wszystkich tych zamówień razem tylko po to, żeby następnie w okresie 3 lat udzielać mniejszych zamówień (mieszczących się w 50% wartości dużego zamówienia), w trybie z wolnej ręki, bez zachowania konkurencji, temu samemu Wykonawcy. Zatem nie można przyjąć, że sam fakt technicznego zamieszczenia projektu budowy i przebudowy ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej na stronie internetowej przesądza o tym, że ulice te były zgodne z zamówieniem podstawowym, skoro z treści wszystkich innych dokumentów i wyżej poczynionych ustaleń wynika, że nie były one zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego i stanowiły zupełnie nowe zamówienie. Niezależnie od powyższego zauważono, że w ogłoszeniu o zamówieniu (ani w żadnym innym dokumencie) Zamawiający nie przewidział wprost, że będzie udzielał zamówień uzupełniających w odniesieniu do dróg innych niż ul. Jaworzyńska i odcinek ul. Grabskiego. Wprawdzie w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 2013/S 237-411249 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2013 r. Zamawiający wskazał, że „zastrzega możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego”, jednakże nie można uznać, że ww. ogólna wzmianka daje podstawę do domniemywania zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających na roboty na ulicach: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, skoro nie były przedmiotem tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym nie są zgodne z zamówieniem podstawowym. Udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, o wartości odpowiadającej abstrakcyjnie określonemu przez Zamawiającego odsetkowi wartości zamówienia podstawowego, ale na przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo i o wartości uzależnionej od zakresu, rodzaju i stopnia skomplikowania w ten sposób przewidzianych robót. Powyższe wynika zresztą z samej treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak też art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, w których użyto sformułowania „zamówienie uzupełniające było przewidziane”, co oznacza, że przewidziana ma być nie wyłącznie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, ale samo zamówienie uzupełniające jako takie, czyli zamówienie określonego rodzaju i związane z przedmiotem zamówienia podstawowego. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu tak enigmatycznej informacji o zamówieniach uzupełniających, jak w przedmiotowej sprawie, nie może być więc uznane za wystarczające z punktu widzenia przewidywalności zamówienia uzupełniającego zgodnego z przedmiotem zamówienia podstawowego, w szczególności, gdy zamiarem Zamawiającego było udzielenie zamówień uzupełniających wykraczających zupełnie poza przedmiot zamówienia podstawowego. Tym

samym nie można uznać, że zamówienia uzupełniające na roboty na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej zostały w ogłoszeniu o zamówieniu przewidziane, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej.

Odnosząc się do treści przytoczonego przez Zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 3 listopada 2016 r. (sygn. IV Ga 213/16) Prezes Urzędu stwierdził, że zobowiązuje on Zamawiającego do wykazania, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp) był częścią szerszego projektu, którego zakres obejmuje lub w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe. Jak już wskazano wyżej, Zamawiający nie wskazał w dokumentacji zamówienia podstawowego, że ww. 4 ulice wchodzi w skład szerszego projektu, który ma zostać zrealizowany - przynajmniej częściowo - z zastosowaniem zamówień uzupełniających. Tym samym, w zaistniałej sytuacji, szerszy projekt, na który powołuje się Zamawiający, nie mógłby charakteryzować się zgodnością zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli (s. 6) wskazał, że na zamówienie podstawowe składają się roboty budowlane opisane w trzech dokumentacjach: Modernizacja Trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych -przebudowa ul. Jaworzyńskiej; Budowa Zbiorczej Drogi Południowej w Legnicy - Etap II od ul. Wojska Polskiego do ul. Rzeczypospolitej z budową mostu na rzece Kaczawie; Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy (etap I -ul. Jaworzyńska od km 1+623,82 do 2+206,26). Natomiast wszystkie 3 zamówienia uzupełniające opisane zostały w dokumentacji projektowej pn. Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy (Etap II - ul. Boiskowa, etap III -ul. Myśliwska, etap IV - ul. Handlowa). Ponadto Zamawiający poinformował, że dokumentacja projektowa pn. Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy opisywała, poza zamówieniami uzupełniającymi, jedynie część zamówienia podstawowego, oraz że została załączona do SIWZ zamówienia podstawowego w celu poinformowania Wykonawców o planowanych pracach. Działania Zamawiającego w ww. zakresie nie były wystarczające do uznania, iż spełnił on przesłanki udzielenia zamówień uzupełniających w zastosowanym trybie. Po pierwsze, dokumentacja pn. Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy opisywała niepełny obszar robót podstawowych, co dodatkowo przesądza o braku zaistnienia zgodności zamówienia podstawowego i zamówień uzupełniających. W uchwale KIO z dnia 29 lipca 2014 r. (sygn. KIO/KD 68/14) wprost wskazano: skoro zatem zamówienie uzupełniające zostało wykonane w oparciu o odrębny projekt, który nie zawierał się w pierwotnie opracowanej dokumentacji, jak dla zadania podstawowego, to nie sposób uznać, że zamówienie uzupełniające pozostaje w zgodności z podstawowym projektem. Po drugie, Zamawiający nie

poinformował w dostatecznie precyzyjny sposób Wykonawców o przedmiocie ewentualnych zamówień uzupełniających - dołączenie dokumentacji do SIWZ, bez wskazania w specyfikacji celu tego załącznika i jego znaczenia dla przyszłych robót uzupełniających, nie może zostać uznane za wystarczające.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, jakoby nie był on zobowiązany do dokładnego wskazania zakresu zamówień uzupełniających w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego, a jedynie do wskazania jednostki miary stanowiącej granicę tego zamówienia, czy maksymalnej kwoty takiego zamówienia, należy wyjaśnić co następuje. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia podstawowego nie miał on obowiązku dokonywania opisu przedmiotu zamówień uzupełniających. Zamówienie uzupełniające stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego powinien zostać określony zakres robót objętych tym zamówieniem. Jednakże dla spełnienia przesłanki ustawowej z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej i wykazania zgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego należało wykazać, że zrealizowane w ramach zamówienia uzupełniającego roboty drogowe pozostają w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia podstawowego, pozostają w jego zakresie. Jak wskazano powyżej, jedynie przywołanie w ogłoszeniu o zamówieniu procentowej wartości przyszłego, udzielonego zamówienia uzupełniającego, bez jednoczesnego odwołania w dokumentacji dotyczącej zamówienia podstawowego jakiegokolwiek przedmiotowego odniesienia do zakresu przyszłych robót uzupełniających, które nie były bezpośrednio związane z realizacją inwestycji zamówienia podstawowego, nie stanowi o wypełnieniu dyspozycji przywołanych wyżej przepisów ustaw. Stwierdził, że stanowisko odmienne od zajmowanego w tym zakresie przez Zamawiającego wynika z orzecznictwa KIO - w uchwale z dnia 10 maja 2012 r. (sygn. KIO/KD 46/12) stwierdzono, iż w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, dla prawidłowości udzielenia w przyszłości zamówienia uzupełniającego, należy określić co najmniej zakres tego przyszłego zamówienia (nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego) jak i rodzaj tego zamówienia. Nie wystarczy zatem, że przewidzi się ogólnie 50% wartości zamówienia na roboty budowlane. W dokumentacji zamówienia podstawowego Zamawiający jedynie w ogólny sposób wskazał, że przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających do 20 % wartości zamówienia podstawowego, bez przynajmniej przybliżenia Wykonawcom, na czym miałyby one polegać. Powyższego nie zmienia fakt załączenia ww. dokumentacji do SIWZ, bowiem przyczyny i cel jej umieszczenia w dokumentacji zamówienia podstawowego nie zostały przez Zamawiającego wskazane. Argument Zamawiającego, zgodnie z którym podjęte przez niego działania, sposób poinformowania o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających oraz wskazania tych

zamówień nie wpłynął na krąg wykonawców zainteresowanych zamówieniem, nie zasługuje na uwzględnienie. Wiedza o możliwości rozszerzenia przedmiotu zamówienia o nowe ulice mogłaby bowiem mieć wpływ na złożenie oferty przez wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Tym samym sytuacja, w której Zamawiający dopiero po podpisaniu umowy z danym wykonawcą, rozszerza zamówienie o realizację na nowych ulicach, jest zaprzeczeniem równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto - mimo niezobowiązującego charakteru zamieszczenia informacji o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w dokumentacji zamówienia podstawowego - należy wskazać, że sama możliwość pozyskania dodatkowego zlecenia (zamówienia uzupełniającego) może korzystnie wpłynąć na konkurencję już na etapie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących rozumienia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu podniósł, że Zamawiający zasadniczo nie kwestionuje ustaleń Prezesa Urzędu co do faktu, iż nie dopełnił obowiązku wynikającego z ww. przepisu. Zamawiający jedynie przedstawia w tym zakresie określone wyjaśnienia i polemizuje z rozumieniem art. 67 ust. 2 ustawy Pzp. Należy dodać, że przytoczone przez Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące niewywiązania się przez niego z ciężącego na nim ustawowego obowiązku informacyjnego, wynikającego z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, są bezzasadne i nie usprawiedliwiają jego działań. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. W piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. Zamawiający wyjaśnił, że nie zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu ww. postępowania w trybie z wolnej ręki, ponieważ w jego opinii, ww. obowiązek dotyczy tylko zamówień na dostawy lub usługi, natomiast przedmiotem niniejszego postępowania były roboty budowlane. Wskazane w art. 67 ust. 2 ustawy Pzp „dostawy lub usługi” odnoszą się do kwot, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach. Oznacza to, że Ustawodawca w ww. przepisie odwołał się do dostaw lub usług po to, by wskazać, od jakich wartości Zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, nie zaś po to, by wyłączyć ten obowiązek w stosunku do robót budowlanych. Innymi słowy: w przypadku zamówień na roboty budowlane, Zamawiający także ma obowiązek zawiadamiania Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Odnosnie do jednostek samorządu terytorialnego obowiązek ten aktualizuje się w przypadku robót budowlanych o wartości szacunkowej co

najmniej 209 000 euro. Udzielone przez Zamawiającego zamówienie uzupełniające (zgodnie z protokołem postępowania) miało wartość 1.603.506,92 zł, tj. 384.082,71 euro. W konsekwencji ww. zamówienie uzupełniające miało wartość przekraczającą 209 000 euro, co oznacza, że Zamawiający zobligowany był zawiadomić Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Wskazał, że powyższe potwierdza treść uchwały KIO z dnia 27 sierpnia 2015 r. (sygn. KIO/KD 48/15), gdzie stwierdzono, że obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki aktualizuje się w przypadku każdego rodzaju zamówienia (również w przypadku robót budowlanych) w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia jest równa lub przekracza próg określony dla dostaw i usług. Ponadto należy podkreślić, że niedopełnianie obowiązku z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp przez Zamawiających - nawet jeśli nie miałyby wpływu na wynik postępowania - stanowi naruszenie jego dyspozycji. Samo ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, jako czynność fakultatywna, przewidziana w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, nie czyni zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, podobnie jak opublikowanie ogłoszenia o zmianie umowy oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia uzupełniającego. Na marginesie wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, że do dwóch zamówień udzielonych umowami z dnia 23 lutego 2017 r. mogły mieć zastosowanie regulacje, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i ust. 1a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejściu w życie ustawy zmieniającej, stwierdzić należy, że przesłanki o których mowa w tym przepisie także nie znajdują wypełnienia. W szczególności nie jest spełniona przesłanka przewidziana w art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którą w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres usług lub robót budowlanych podobnych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone. Opis zamówienia podstawowego w przedmiotowej sprawie nie zawierał bowiem wskazania ani zakresu robót budowlanych, ani warunków, na jakich roboty te, na podstawie ww. przepisu, miałyby być udzielane.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp lub aneksowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba mając na uwadze ustalenia faktyczne i prawne w niniejszej sprawie podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że udzielenie zamówień, jako zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz wykonawcy Skanska nastąpiło z naruszeniem art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Także brak zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu tych postępowań w stanie faktycznym sprawy stanowi naruszenie art. 67 ust.2 ustawy Pzp.

W dniu 28 lutego 2014 r., w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający - Gmina Legnica i Legnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. zawarł ze spółką Skanska umowę nr IM.272.247.1U.2014 na wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej [zamówienie podstawowe].

Zgodnie z §1 ust. 3 tej umowy [umowa podstawowa], zadanie inwestycyjne miało zostać zrealizowane na podstawie trzech zezwoleń i zatwierdzonej dokumentacji na realizację inwestycji drogowej (zrid) obejmujących następujące odcinki ulic:

- 4) ul. Jaworzyńska od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej oraz od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka (w oparciu o dokumentację pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej),
- 5) skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego (w oparciu o dokumentację opracowaną w ramach zadania Budowa Zbiorczej Drogi Południowej w Legnicy - Etap II od ul. Wojska Polskiego do al. Rzeczypospolitej z budową mostu na rzece Kaczawie),
- 6) ul. Jaworzyńska na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami (w oparciu o dokumentację opracowaną w ramach zadania Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy).

Zgodnie z §1 ust. 4 wskazanej umowy zakres zadania obejmował przebudowę ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Skarbka do ul. Borsuczej oraz odcinek ul. Grabskiego od skrzyżowania z ul. Jaworzyńską do ul. Wojska Polskiego, w tym wykonanie prac w następującym zakresie: (1) przygotowanie, zatwierdzenie i wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu; (2) część drogowa, droga klasy Z: ul. Jaworzyńska o długości ok. 2,5 km, ul. Grabskiego o długości ok. 0,26 km; (3) część elektryczna; (4) budowa kanalizacji

deszczowej; (5) budowa kanalizacji na cele szerokopasmowej sieci kanalizacji teleinformatycznej LEGMAN oraz kanału technologicznego; (6) przebudowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej; (7) usunięcie kolizji z siecią gazową, ciepłowniczą, teletechniczną i teleinformatyczną; (8) usunięcie kolizji z siecią wodno-kanalizacyjną.

Zgodnie z §1 ust. 5 umowy podstawowej: „pozostałe roboty i szczegółowy zakres rzeczowy robót zawarto w Rozdziale 4 i 5 siwz, stanowiących integralną część umowy”. W szczególności w rozdziale 4 siwz pn. „Dokumentacja”, wymieniono w trzech punktach zawartość tej dokumentacji, tj. projekty budowlane, projekty wykonawcze i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Pod ww. trzema punktami wskazującymi zawartość dokumentacji, rozdział 4 siwz zawiera wskazanie zakresu robót, co do zasady tożsamego z treścią §1 ust. 3 umowy, rozszerzonego o numery decyzji zrid, będących podstawą realizacji tych robót, tj. decyzja zrid nr 610/2013 z dnia 31.10.2013 r. (w zakresie robót z §1 ust. 3 pkt 1 umowy podstawowej) i decyzja zrid nr 424/2012 z dnia 14.08.2012 r. (w zakresie robót z §1 ust. 3 pkt 2 umowy podstawowej).

W przypadku robót z §1 ust. 3 pkt 2 umowy podstawowej zamawiający w rozdziale 4 siwz dodał także informację, które opracowania zostały wyodrębnione z projektu wykonawczego Budowa Zbiorczej Drogi Południowej oraz że z projektu budowlanego została wyłączona budowa sygnalizacji świetlnej. Do robót z §1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej w rozdziale 4 siwz nie wskazano decyzji zrid.

W tej sprawie ustalenia Kontrolującego, w zakresie historycznego brzmienie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak i zmian wprowadzonych do tego przepisu w odniesieniu do zamówień uzupełniających nie były w zastrzeżeniach przez zamawiającego kwestionowane. Zatem podstawą orzekania przez Izbę w przedmiocie wniesionych zastrzeżeń stanowi – tak jak w Informacji o wyniku kontroli - przepis obowiązujący w dniu zaistnienia czynności prawnej, tj. udzielenia przez Zamawiającego zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki na objęte kontrolą i zastrzeżeniem roboty budowlane. Pierwsze z zamówień uzupełniających zostało udzielone w dniu 20 czerwca 2016 r., zatem przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Pozostałe dwa zamówienia uzupełniające zostały natomiast udzielone w dniu 23 lutego 2017 r., jednakże są to zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego udzielonego na podstawie umowy zawartej w dniu 28 lutego 2014 r., czyli również przed dniem wejścia w życie ww. nowelizacji. Wobec powyższego w sprawie – tak jak ustalił Prezes Urzędu - mają zastosowanie następujące przepisy:

- 1) w zakresie zamówienia uzupełniającego udzielonego w dniu 20 czerwca 2016 r. - art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., zgodnie z którym 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,

- 2) w zakresie zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. - art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, zgodnie z którym dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z warunków: (lit. b) 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 przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Ponadto, art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie w dniu 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, przewiduje analogiczne przesłanki udzielania zamówień uzupełniających, jak art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, mający zastosowanie do zamówień uzupełniających udzielonych w dniu 23 lutego 2017 r. Kluczowa różnica pomiędzy regulacją obowiązującą przed 28 lipca 2016 r., a regulacją obowiązującą od tej daty, ale dotyczącą umów zawartych przed tą datą, polega jedynie na wprowadzeniu możliwości udzielania zamówień uzupełniających w drodze zmiany umowy podstawowej, zamiast w drodze zawarcia nowej umowy.

Odnosząc się do zastrzeżenia w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp – brak jest podstaw do kwestionowania stanowiska Prezesa Urzędu, zgodnie z którym zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej w odniesieniu do zamówień obejmujących przebudowę i budowę ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej w Legnicy w ramach przedsięwzięcia „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy

Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy".

W związku ze wskazanym zamówieniem podstawowym zamawiający na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp udzielił trzech wskazanych zamówień uzupełniających, uzasadniając [także w toku kontroli jak i w zastrzeżeniach], że ich przedmiot jest zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego. W szczególności:

(1) Powołał się na treść decyzji zrid nr 690/2013 z dnia 09 grudnia 2013 r., zgodnie z którą zatwierdzono projekt budowlany i zezwolono na realizację inwestycji drogowej dla przedsięwzięcia „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy - budowa i przebudowa infrastruktury technicznej związanej z obsługą obszaru w rejonie ulicy Jaworzyńskiej i obwodnicy południowo-zachodniej w Legnicy" obejmującego budowę i przebudowę ul. Jaworzyńskiej oraz ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej.

(2) Wskazał, że dokumentacja opracowana w ramach zadania „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy", na podstawie której realizowana będzie część zamówienia podstawowego, o której mowa w § 1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, tj. roboty na ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej, wchodzi w zakres dokumentacji wskazanej w rozdziale 4 SIWZ i obejmuje budowę i przebudowę ulic z podziałem na 4 etapy: - etap I - ul. Jaworzyńska, - etap II - ul. Boiskowa, - etap III - ul. Myśliwska, - etap IV - ul. Handlowa.

(3) Wskazał także, że na stronie internetowej została zamieszczona pełna dokumentacja zamówienia podstawowego, tj. „Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej", jak też dokumentacja dotycząca zamówień uzupełniających, tj. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy".

(4) Wskazał również na postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, SIWZ i projektu umowy podstawowej, które informują o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających do 20% wartości zamówienia podstawowego oraz na treść § 1 ust. 3 projektu umowy podstawowej (czyli wyżej już opisane dla zamówienia podstawowego dwa odcinki ul. Jaworzyńskiej i jeden odcinek ul. Grabskiego).

Powyższe okoliczności, zdaniem zamawiającego mają dowodzić, że „zamówienie uzupełniające jest częścią szerszego projektu, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe i jest ono zgodne z zamówieniem podstawowym", „zamówienie uzupełniające jest więc bez wątpienia częścią szerszego przedsięwzięcia planowanego w wieloletniej prognozie finansowej". Zamawiający wyjaśniał także, że zamówienie uzupełniające udzielone

było w 2016 r. tylko w zakresie, na jaki pozwalały środki finansowe i dopiero po uzyskaniu możliwości dalszego finansowania inwestycji, zostały udzielone kolejne zamówienia uzupełniające w 2017 r. W toku kontroli potwierdził również, że decyzję zrid nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r. uzyskał w dniu 12 grudnia 2013 r., jak podniósł Kontrolujący 6 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Kontrolujący ustalił także, że w dniu przekazania terenu budowy przekazał wykonawcy Skanska 3 decyzje zrid: nr 424/2012 z dnia 14 sierpnia 2012 r., nr 610/2013 z dnia 31 października 2013 r. i nr 690/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r. oraz, że dokumentacja projektowa, przygotowana przez Biuro Studiów i Projektów Drogownictwa STUDIO PROJEKT, została odebrana przez niego w dniu 31 października 2013 r. Dokumentacja ta, przewidująca roboty na ul. Boiskowej, ul. Handlowej i ul. Myśliwskiej, zawiera informację o treści: „Niniejsze opracowanie zostało skoordynowane z innym zamierzeniem budowlanym realizowanym przez Gminę Legnica pn. Modernizacja trasy 2a w Legnicy celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. Jaworzyńskiej, dla którego dokumentację opracowała inna jednostka projektowa w sierpniu 2013 r.”, zaś - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego - koordynacja projektów polegała m.in. na ustaleniu styków opracowań, w tym kilometraża, rzędnych, nawierzchni, uzbrojenia, profili podłużnych i poprzecznych. Załączył także trzy uchwały Rady Miejskiej Legnicy z dnia: 28.12.2015 r., 27.12.2016 r. i 10.02.2017 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej miasta Legnicy, w których przewidziana jest realizacja inwestycji „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy Jaworzyńskiej oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy” (tj. inwestycji, w ramach której były udzielane roboty dotyczące ul. Handlowej, ul. Boiskowej i ul. Myśliwskiej). Zamawiający wskazał ponadto, że dokumentacja opracowana w ramach zadania „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w Legnicy”, na podstawie której realizowana będzie część zamówienia podstawowego, o której mowa w §1 ust. 3 pkt 3 umowy podstawowej, tj. roboty na ul. Jaworzyńskiej na odcinku od ul. Handlowej do ul. Boiskowej, wchodzi w zakres dokumentacji wskazanej w rozdziale 4 siwz i obejmuje budowę i przebudowę ulic z podziałem na 4 etapy: - etap I - ul. Jaworzyńska, etap II - ul. Boiskowa, etap III - ul. Myśliwska, etap IV - ul. Handlowa.

Zdaniem Izby, powyższe ustalenia wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie pozwalają na kontestowanie stanowiska Prezesa Urzędu, że zamówienie podstawowe i zamówienia uzupełniające od początku planowane były jako dwa odrębne przedsięwzięcia, których realizacja miała nastąpić w różnych okresach i w ramach odrębnie zaksięgowanych nakładów finansowych. Budowa i przebudowa ulic: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, nie jest zatem zgodnym z przedmiotem zamówienia podstawowego „uzupełnieniem” tego zamówienia, tylko całkiem odrębną inwestycją, wykraczającą poza zakres zamówienia podstawowego i objętą odrębnym przedsięwzięciem, od co najmniej 2015 r. zaplanowanym do odrębnej realizacji. W

przedmiotowej sprawie zamówienie podstawowe obejmowało roboty, w wyniku których miała być przebudowana ul. Jaworzyńska na odcinkach konkretnie wskazanych w § 1 ust. 3 umowy podstawowej i część ul. Grabskiego. Zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. Jaworzyńska i ul. Grabskiego, w szczególności nie przewidywało budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione. Tym samym ul. Jaworzyńska na odcinkach: od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej, od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego i od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego, wyznaczają miejsce realizacji zamówienia podstawowego i tym samym identyfikują jego przedmiot. Roboty wykraczające poza tę inwestycję nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, nawet jeśli polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju konkretnie wykonywanych czynności, czy prac, np. robót ziemnych, czy robót elektrycznych. Nie można bowiem przyjąć, że każda robota budowlana, polegająca na wykonywaniu określonych robót budowlanych, a realizowana przez danego zamawiającego będzie zgodna z przedmiotem zamówienia, o której to jednej z kluczowych przesłanek stanowi art.67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodność tę wyznacza określona identyfikacja inwestycji budowlanej. To, że ulice, na których wykonywano roboty drogowe w ramach zamówień uzupełniających znajdują się w bezpośrednim sąsiedztwie ulicy Jaworzyńskiej, której dotyczy zamówienie podstawowe, również samo w sobie nie musi świadczyć o - wymaganej art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp - zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego. Realizacja robót budowlanych na ulicy Boiskowej, ulicy Handlowej i ulicy Myśliwskiej jest odrębną inwestycją drogową, co do której na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamówienie podstawowe, nie było planów, co do ich realizacji po stronie Zamawiającego. Zamawiający, udzielając tego typu zamówień, powinien brać pod uwagę nie tylko powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, ale również ocenę czy nowe zamówienie (zamówienie uzupełniające) jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, tj. związane jest bezpośrednio poprzez identyfikację przedmiotu zamówienia z realizacją danej inwestycji budowlanej. Przeciwnie rozumienie udzielania zamówień uzupełniających w oparciu o przepisy ustawy Pzp prowadziłoby do sytuacji, że zamawiający przez okres 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego posiadałby wykluczające konkurencję uprawnienie do udzielania w trybie wyjątkowym, zamówień na wykonanie każdej roboty budowlanej (w niniejszym przypadku każdej roboty drogowej) nie pozostającej w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Prezes Urzędu prawidłowo zauważył, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego w SIWZ, jak i w umowie podstawowej, wymienione są tylko roboty na ul. Jaworzyńskiej oraz na odcinku ul. Grabskiego, natomiast wszędzie tam, gdzie wymieniona jest ul. Boiskowa lub ul. Handlowa, nazwy tych ulic są użyte wyłącznie w celu dookreślenia odcinka ul. Jaworzyńskiej, na którym mają być realizowane roboty oraz, że opis przedmiotu zamówienia podstawowego nie odnosi się do wykonywania robót na samych ulicach: Boiskowej i Handlowej, lub tym bardziej - na ul. Myśliwskiej. Również – dla tej sprawy jak już wskazywano - fakt, że ul. Boiskowa i ul. Handlowa stykają się z ul. Jaworzyńską (dochodzą do niej prostopadle), nie świadczy o tym, że stanowią one część ul. Jaworzyńskiej i w konsekwencji - część inwestycji związanej z realizacją przedmiotu zamówienia podstawowego. Tym bardziej nie można w ten sposób, jako części zamówienia podstawowego, potraktować ul. Myśliwskiej, która nawet nie styka się z ul. Jaworzyńską, a jedynie łączy ul. Boiskową i ul. Handlową.

Izba mając na uwadze aspekt prawny sprawy i dzieląc stanowisko Prezesa Urzędu, w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że kumulatywna przesłanka z art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, która pozwala na odstępstwo od trybów konkurencyjnych ściśle precyzuje kilka współwystępujących okoliczności wymaganych tym przepisem. Przepis ten stanowi bowiem, że na tej podstawie możliwe jest udzielenie zamówienia jeżeli wystąpią łącznie następujące okoliczności:

- 1) udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy;
- 2) następuje ono w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- 3) wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego,
- 4) zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
- 5) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- 6) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
- 7) i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Wystarczy, zatem by jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona w całości i prawidłowo, dla stwierdzenia, że zamawiający niezasadnie skorzystał z przepisu art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamówienie z wolnej ręki – co podkreślał Kontrolujący - jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Powyższe potwierdza orzecznictwo, w szczególności zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd

Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobne stanowisko w orzeczeniach zajmował Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03). Na powyższe zwracał także uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie na którego orzeczenie powołał się zamawiający w zastrzeżeniach (wyrok z dnia 3 listopada 2016 r. Sygn. akt VI Ga 213/16), w którego uzasadnieniu podkreślono, że *„Jednym z najistotniejszych przepisów Prawa zamówień publicznych, mających zapewnić uczciwą konkurencję są te, które regulują możliwość stosowania trybów, w szczególności art. 10 ust. 2 pzp. Pozwala on na zastosowanie innych niż podstawowe trybów tylko w wyjątkowych wypadkach, ściśle przewidzianych w ustawie”*.

Odnosząc dalsze rozważania do spornej przesłanki z pkt 7 („zgodności z przedmiotem zamówienia”) należy nawiązać do przesłanki z pkt 4, stanowiącej o zamówieniach, które polegają „na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”. W kontekście analizy tej sprawy przesłanka z pkt 7 stanowi o zamówieniach uzupełniających do zamówienia podstawowego, których udzielenie następuje na rzecz dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego, które polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, które to zamówienia uzupełniające były przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i, które są zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Wobec argumentacji Zamawiającego przedstawianej w toku kontroli, a następnie w zastrzeżeniach, niewątpliwie wymagane jest zwrócenie uwagi na dwa aspekty:

- ✓ O zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego nie może przesądzać sam charakter robót budowlanych, gdyż o tym stanowi wskazywany wyżej punkt 4 - zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co nie jest równoznaczne z określeniem zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Tak jak wskazano w powołanej przez Zamawiającego uchwale KIO/KD 25/14: (...) przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią płaszczyznę dla oceny legalności działań zamawiających, to uzasadnionym jest ich interpretację oprzeć na wskazaniach dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), w tym jej art. 31 ust. 4 lit. b), który stanowi: Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach - w przypadku zamówień

publicznych na roboty budowlane i usługi: w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 7 (...). Z przytaczanych postanowień art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE jednoznacznie wynika, że obydwie akty prawne odwołują się do pojęcia zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego (inaczej mówiąc zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia). W praktyce nie są odosobnione przypadki, że planowane przedsięwzięcia budowlane (objęte szerszymi projektami) wykonuje się etapowo w ramach kolejnych zadań inwestycyjnych, których termin realizacji może być uzależniony od pozyskania środków finansowych. W takiej sytuacji, gdy opis zamówienia podstawowego stwierdza, że jest ono realizowane w ramach oznaczonego projektu, nie zachodziłyby żadne przeszkody, aby udzielić z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego wykonawcy zamówienia podstawowego.

Reasumując, powtarzanie tej samej okoliczności w jednym przepisie i w dodatku za pomocą dwóch różnych pojęć, jak podnosił Prezes Urzędu, byłoby całkowicie niezgodne z regułą racjonalnego Ustawodawcy. Należy zatem przyjąć, że oba te sformułowania oznaczać muszą coś innego, a w konsekwencji - zawierać muszą inne, odmienne przesłanki możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki. Tym samym sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” nie może oznaczać czynności/prac „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, czyli nie może ograniczać się wyłącznie do rodzajowego powtórzenia takich samych robót, jak wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

- ✓ Ogólna wzmianka w Ogłoszeniu o zamówieniu co do projektowanej możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego nie daje podstaw do domniemywania zamiaru udzielenia takich zamówień uzupełniających na roboty w konkretnych lokalizacjach, w tym przypadku w ulicach: Boiskowej, Handlowej i Myśliwskiej, a wręcz przeciwnie – do wniosku, że takie roboty nie są objęte przedmiotem tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym, jak w niniejszej sprawie nie są zgodne z zamówieniem podstawowym.

Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie w powołanym już wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie (sygn. akt: VI Ca 213/16 z dnia 3/11/16), który w jego uzasadnieniu podał, że przepis art. 67 ust.1 pkt 6 Pzp wymaga wykazania przez zamawiającego, że przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki był częścią szerszego projektu, którego zakres obejmuje lub w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe. Jak już ustalono w toku kontroli Zamawiający nie wskazał w dokumentacji zamówienia podstawowego, że omawiane ulice wchodzi w skład szerszego projektu, który ma zostać zrealizowany - przynajmniej częściowo - z zastosowaniem zamówień uzupełniających. Tym samym, w zaistniałej sytuacji, szerszy projekt, na który powołuje się Zamawiający, nie mógłby charakteryzować się zgodnością zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Także takie stanowisko potwierdzają uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wskazywane w odpowiedzi na zastrzeżenia przez Prezesa Urzędu, podobnie te, na które wskazywał w zastrzeżeniach zamawiający, w uzasadnieniu których podkreśla się, że jedynie przywołanie w ogłoszeniu o zamówieniu procentowej wartości przyszłego, udzielonego zamówienia uzupełniającego, bez jednoczesnego odwołania w dokumentacji dotyczącej zamówienia podstawowego jakiegokolwiek przedmiotowego odniesienia do zakresu przyszłych robót uzupełniających, które nie były bezpośrednio związane z realizacją inwestycji zamówienia podstawowego, nie stanowi o wypełnieniu dyspozycji przywołanych przepisów Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp lub aneksowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym także zasady z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosnie drugiego naruszenia art. 67 ust 2 ustawy Pzp, nie uwzględniając zastrzeżenia Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Tak jak zauważył słusznie Prezes Urzędu, zamawiający w tym zakresie polemizuje z brzmieniem art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, która to argumentacja potwierdza bezspornie niewywiązanie się z ciężącego na nim ustawowego obowiązku informacyjnego, wynikającego z tego przepisu. Zgodnie bowiem z treścią art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia

postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. W piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. zamawiający wyjaśnił, że nie zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, [udzielonego umową z dnia 20/06/2016], ponieważ w jego opinii taki obowiązek dotyczy tylko zamówień na dostawy lub usługi, natomiast przedmiotem niniejszego postępowania były roboty budowlane. Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że wskazane w art. 67 ust. 2 ustawy Pzp „dostawy lub usługi” odnoszą się do kwot, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach. Oznacza to, że Ustawodawca w ww. przepisie odwołał się do dostaw lub usług w celu wskazania, od jakich wartości zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, nie zaś po to, by wyłączyć ten obowiązek w stosunku do robót budowlanych. Innymi słowy: w przypadku zamówień na roboty budowlane, Zamawiający także ma obowiązek zawiadamiania Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Odnośnie do jednostek samorządu terytorialnego obowiązek ten aktualizuje się w przypadku robót budowlanych o wartości szacunkowej co najmniej 209 000 euro. Udzielone przez Zamawiającego zamówienie uzupełniające (zgodnie z protokołem postępowania) miało wartość 1.603.506,92 zł, tj. 384.082,71 euro. W konsekwencji ww. zamówienie uzupełniające miało wartość przekraczającą 209 000 euro, co oznacza, że Zamawiający zobligowany był zawiadomić Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO, w tym wskazane przez Prezesa Urzędu (uchwała KIO z dnia 27/0815 sygn. KIO/KD 48/15), gdzie stwierdzono, że obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki aktualizuje się w przypadku każdego rodzaju zamówienia (również w przypadku robót budowlanych) w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia jest równa lub przekracza próg określony dla dostaw i usług. Niewątpliwie niedopełnianie obowiązku z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp przez zamawiającego - nawet jeśli nie miałyby wpływu na wynik postępowania - stanowi naruszenie jego dyspozycji. Samo ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, jako czynność fakultatywna, przewidziana w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, nie czyni zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, podobnie jak opublikowanie ogłoszenia o zmianie umowy oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia uzupełniającego.

W konkluzji Izba stwierdza, że nie podlegają uwzględnieniu w całości zastrzeżenia podnoszone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 września 2017 r.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

.....

.....

.....