

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 stycznia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 grudnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Al. Niepodległości 27,

61-714 Poznań

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/73(5)/14/KS)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na: „pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną – kontrolę w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6”. Wraz z pismem (znak UZP/DKD/WKZ/421/73(5)/14/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. została przesłana do zamawiającego: Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu - Informacja o wyniku ww. kontroli.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp wobec nie wykazania spełnienia wszystkich przesłanek, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu.

W toku kontroli ustalono, że zamówienie w przedmiocie: „pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6 zostało udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp przez pełnomocnika Zamawiającego – Infrastruktura Euro Poznań 2012 sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (obecnie „Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o.”). Zamówienie zostało udzielone Konsorcjum SAFEGE/SYSTRRA. Jak wynika z wyjaśnień Pełnomocnika Zamawiającego, w dniu 9 lipca 2007 r. została zawarta umowa ramowa nr NP./06/2007, której przedmiotem było pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu pod nazwą „Budowa trasy tramwajowej od osiedla Lecha do pętli tramwajowej Franowo wraz z pętlą i zajezdnią tramwajową Franowo”. W ramach tej umowy ramowej zawarta została w dniu 20 sierpnia 2010 r. umowa wykonawcza na zadania nr 4 i 6, która obejmowała w ramach zadania nr 4:

- a) Przeprowadzenie postępowania przetargowego, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, na wyłonienie wykonawcy trasy tramwajowej wraz z pętlą tramwajową,
- b) Nadzór, zgodnie z Prawem budowlanym, nad wykonaniem trasy tramwajowej,

- c) Odbiór wykonanej trasy tramwajowej wraz z pętlą i przekazanie ich wraz z kompletem dokumentacji Zamawiającemu,

natomiast w ramach zadania nr 6:

- Rozliczenie środków finansowych z wykonania całości przedmiotu zamówienia i przekazanie pełnej dokumentacji Zamawiającemu.

Pełnomocnik Zamawiającego, uzasadniając udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, wskazał, co następuje:

- Zamówienie podstawowe obejmowało określony i wyceniony termin wykonania usługi kończący się 30 kwietnia 2012 r. i nie obejmowało koniecznego nadzoru i rozliczeń po tym okresie.
- Nieudzielenie zamówienia dodatkowego uniemożliwiłoby zakończenie i odbiór całej inwestycji oraz jej rozliczenie, a konieczność zlecenia nadzoru i rozliczeń po 30 kwietnia 2012 r. była niemożliwa do przewidzenia w momencie zawierania umowy ramowej i umowy podstawowej.
- Wprowadzenie innego podmiotu świadczącego ww. usługi w niezakończonyj inwestycji byłoby niezgodne z Prawem budowlanym oraz nieracjonalne ekonomicznie.
- Bez wykonania ww. usług w przedłużonym okresie wykonywania robót budowlanych nie byłoby możliwe zakończenie i odebranie zamówienia podstawowego, tj. robót budowlanych.
- Przygotowując udzielenie zamówienia podstawowego, Pełnomocnik Zamawiającego był związany warunkami i założeniami i ofertą Wykonawcy ustalonymi na etapie zawarcia umowy ramowej w 2007 r. Warunki ówczesnego postępowania wyznaczyły istotne ramy realizacji zamówienia kończącego się w 2012 r. i nie stwarzały możliwości do rozszerzenia czy zaplanowania usługi w najbardziej kosztochłonnym etapie – na okres dłuższy niż planowany – bez możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy czy przerzucenia na niego kosztów świadczenia usługi w dłuższym okresie.
- Od momentu zawarcia umowy ramowej doszło do bardzo licznych zmian w przepisach środowiskowych rzutujących na wysoką kosztochłonność i skale wybranego wariantu realizacyjnego inwestycji, co ograniczyło rentowność oferty Wykonawcy złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, a jednocześnie możliwość przerzucenia na Wykonawcę ryzyka związanego z ewentualnym przedłużeniem inwestycji.
- Nieuzasadnione jest przypisywanie końcowemu zamawiającemu odpowiedzialności czy wymaganie kompletnej wiedzy na temat ściśle zaplanowanych i obwarowanych

harmonogramów, w sytuacji gdy nie brał on udziału w przygotowaniu pierwotnych założeń i procedur. Podmiot ten nie mógł przewidywać konieczności świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu po 30 kwietnia 2012 r. gdyż byłoby to sprzeczne z ideą powołania spółki, a faktyczna konieczność świadczenia tej usługi zaistniała dopiero w ostatnich miesiącach kończącej się umowy.

Prezes Urzędu, powołując się na treść przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie wykazano spełnienia wszystkich przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wskazał, że zgodnie z ww. przepisem, zamówieniem dodatkowym może być wyłącznie zamówienie nie przewidziane w zakresie zamówienia podstawowego, co nie znaczy, że każde rozszerzenie zakresu zamówienia podstawowego można uznać za zamówienie dodatkowe.

W przedmiotowej sprawie Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał, że zakres zamówienia dodatkowego nie jest objęty umową podstawową, a wręcz przeciwnie potwierdził, że obie umowy obejmują te same usługi, z tym, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotyczy wykonania tych usług w wydłużonym terminie i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia. Zakres czynności wykonywanych przez Wykonawcę pozostał bez zmian, natomiast wyłącznym celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest w niniejszym stanie faktycznym wykonanie zamówienia w późniejszym terminie i za dodatkowym wynagrodzeniem.

W ocenie Prezesa Urzędu, w kontrolowanym postępowaniu nie została spełniona przesłanka, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, tj. gdy prawidłowa realizacja zamówienia podstawowego jest uwarunkowana wykonaniem zamówienia dodatkowego. W przedmiotowej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego nie ma wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w zakresie ustalonym z Wykonawcą w umowie podstawowej.

Zdaniem Prezesa Urzędu, nie wykazana została także przesłanka, aby konieczność wykonania przedmiotowej usługi powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jak wynika z wyjaśnień Pełnomocnika Zamawiającego, rozszerzenie zakresu pierwotnego umowy wynikało z faktu wydłużenia się terminu realizacji zamówienia na roboty budowlane. Nieprzewidywalność sytuacji, powodującej konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna mieć natomiast charakter obiektywny i bezwzględny, tak jak w przypadku zdarzeń losowych. Przedłużenie terminu wykonania robót budowlanych nie należy natomiast do rzadkości, a zatem Zamawiający mógł i powinien liczyć się z możliwością wystąpienia utrudnień w trakcie realizacji projektu, które mogą spowodować wydłużenie terminu realizacji robót budowlanych.

Prezes UZP zauważył, że jednym z zadań Wykonawcy, wynikających z umowy podstawowej w ramach nadzoru Inżyniera Kontraktu, była kontrola postępu robót budowlanych w odniesieniu do harmonogramu realizacji projektu.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie można było także przyjąć, że inwestycja, polegająca na budowie trasy tramwajowej, służyć miała wyłącznie na potrzeby turnieju EURO 2012, zaś w przypadku przekroczenia terminu turnieju - jej prowadzenie było bezcelowe.

Podobnie, bez znaczenia dla oceny zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki, pozostaje okoliczność terminu zawarcia umowy ramowej lub oceny rentowności oferty Wykonawcy, złożonej na etapie zawarcia umowy ramowej, gdyż warunki realizacji tej umowy oraz wszelkie ryzyka z tym związane były znane Wykonawcy w chwili składania oferty i zawierania umowy, która nie precyzowała momentu udzielenia zamówienia na usługi stanowiące przedmiot zamówienia podstawowego.

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. (znak: 1856/PIM/12/14/DP), które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 11 grudnia 2014 r., Zamawiający – Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., następcą prawny spółki Infrastruktura Euro Poznań 2012 sp. z o.o. - zgłosił zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania.

Zamawiający podniósł w ramach zgłoszonych zastrzeżeń, co następuje:

1. Umowa wykonawcza na zadania 4 i 6, zawarta w dniu 20 sierpnia 2010 r., jest typową umową zlecenia, obejmującą wykonanie określonego zakresu obowiązków i świadczenia usług przez Wykonawcę, zawartą na określony w harmonogramie realizacji okres czasu, a zatem Wykonawca nie odpowiada za osiągnięcie określonego rezultatu, tak jak w umowie o dzieło. Nie jest w tym przypadku zatem możliwe egzekwowanie wykonania przez Wykonawcę świadczeń po upływie określonego czasu realizacji, aż do osiągnięcia zakładanego rezultatu w ramach pierwotnego wynagrodzenia.
2. Umowa wykonawcza zakładała wykonanie przez Wykonawcę określonych czynności, związanych z odbiorem i rozliczeniem prac. Umowa o wykonanie robót budowlanych zawarta została na Warunkach Kontraktu FIDIC, a Wykonawca pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu. Do obowiązków Wykonawcy należało również wydanie tak istotnych dokumentów kontraktowych, jak Świadczenia Przejęcia czy Przejściowe Świadczenia Płatności. Z uwagi na fakt, że roboty budowlane nie zakończyły się w zakładanych terminach, uwzględnionych w umowie

wykonawczej, wykonanie obowiązków wynikających z umowy podstawowej było uzależnione od wykonania obowiązków wynikających z umowy dodatkowej.

3. Z punktu widzenia wiedzy i sztuki budowlanej Zamawiający był uprawniony do uznania, że termin 30 kwietnia 2012 r., jako termin zakończenia robót budowlanych przy realizacji inwestycji, jest terminem wykonalnym i realnym. Takie założenia Zamawiającego zostały potwierdzone w wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 68/11. Tym samym należy uznać, że doszło w niniejszym stanie faktycznym do sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a polegającej na niezakończeniu robót budowlanych do dnia 30 kwietnia 2012 r.

Zamawiający podniósł także w dalszej kolejności, że przedmiotem analizy Kontrolującego, w ramach przeprowadzonej kontroli, nie był fakt, że umowa o roboty budowlane była realizowana w trybie Warunków Kontraktu FIDIC, co zdaniem Zamawiającego ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie. Zamawiający zauważył, że w przypadku takich umów wszelka wymiana informacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą odbywa się za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu, który podejmuje szereg istotnych decyzji z punktu widzenia realizacji kontraktu. Znajomość specyfiki danej inwestycji nabyta przez Inżyniera Kontraktu ma niewątpliwie wpływ na końcową jakość wykonania zadania, jak i na należyte rozliczenie finansowe. Ewentualna decyzja Zamawiającego, co do udzielenia zamówienia w innym trybie niż z wolnej ręki, skutkowałaby koniecznością wstrzymania robót budowlanych do czasu wyłonienia nowego wykonawcy i przejęcia przez niego obowiązków, co z kolei wiązałoby się z poniesieniem dodatkowych kosztów, jak i opóźnieniem w oddaniu inwestycji celu publicznego.

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnił zgłoszonych zastrzeżeń oraz podtrzymał stanowisko w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 grudnia 2014 r.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu wskazał, jak poniżej.

W ocenie Prezesa Urzędu, w zakres zamówienia podstawowego i zamówienia dodatkowego wchodzi te same usługi, a konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki wynika wyłącznie z potrzeby wydłużenia czasu realizacji kontraktu i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia, a nie powstałej potrzeby świadczenia usługi nieprzewidzianej na etapie udzielenia zamówienia. Prezes Urzędu w całości w tym zakresie

podtrzymał argumentację przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli i wskazał dodatkowo, że bez znaczenia dla powyższych okoliczności pozostaje przywołany w zastrzeżeniach charakter prawny umowy podstawowej.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie ma ponadto znaczenia fakt, że przedmiotowa umowa była realizowana w ramach Warunków Kontraktowych FIDIC. Forma umowy czy też przyjęty dla niej określony wzorzec nie mają znaczenia dla przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Istotne znaczenie dla spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma zakres przedmiotowy zamówienia dodatkowego w odniesieniu do zakresu umowy podstawowej. W analizowanym stanie faktycznym porównanie tych dwóch zakresów potwierdza, że usługi te pokrywają się. Fakt ten wyklucza możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto, brak jest argumentów za przyjęciem, że zaistniała sytuacja była niemożliwa wcześniej do przewidzenia przez Zamawiającego. W ocenie Prezesa Urzędu, Pełnomocnik Zamawiającego mógł przewidzieć i powinien się liczyć z możliwością przedłużenia terminu zakończenia robót budowlanych, co nie należy do rzadkości w przypadku tego rodzaju zamówień, biorąc pod uwagę w szczególności specyfikę i charakter udzielanego zamówienia. Konieczność wydłużenia terminu realizacji usług Inżyniera Kontraktu z tego powodu nie może być więc traktowana jako zdarzenie wyjątkowe, niemożliwe wcześniej do przewidzenia.

Prezes UZP wskazał także, że argumenty związane z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów na skutek wstrzymania robót do czasu wyłonienia nowego Inżyniera Kontraktu i przejęcia przez niego obowiązków, a także kosztów społecznych związanych z opóźnieniem w oddaniu inwestycji celu publicznego, nie dotyczą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu, Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał, że koszty takie faktycznie zostałyby poniesione oraz że będą one niewspółmiernie wysokie, biorąc pod uwagę ewentualne roszczenia Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu niewykonania zamówienia w terminie umownym.

Zgodnie z dyspozycją art. 167 ust. 2 Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli, Prezes Urzędu przekazał zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła tym samym stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu dla Inwestycji „Budowa trasy tramwajowej os. Lecha – Franowo w Poznaniu” – zamówienie dodatkowe do umów wykonawczych nr 4 i 6”.

Odnosząc się do zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, w pierwszej kolejności Izba zważyła, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym udzielenia zamówienia publicznego, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu nie jest możliwe. Ustawodawca dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki wyłącznie w sytuacjach szczególnych, które zostały enumeratywnie wskazane w ustawie Pzp (art. 67 ust. 1). W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (patrz wyrok z dnia 11 września 2000 r. o sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Dopuszczalność powoływania się na art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jest uzależnione zatem od łącznego zaistnienia wymienionych w tym przepisie, następujących przesłanek:

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

Łącznie z powyższymi przesłankami musi wystąpić jedna z dodatkowych dwóch poniżej wskazanych okoliczności, tj.:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 grudnia 2014 r. Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Pzp, uznając, że Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich koniecznych przesłanek, określonych w tym przepisie, uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki. W szczególności Prezes Urzędu wskazał, że w okolicznościach badanej sprawy nie zostało wykazane, że zamówienie dodatkowe obejmowało zakres przedmiotowy, nie wchodzący w zakres zamówienia podstawowego. Nie zaistniała także sytuacja, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie wystąpiła również sytuacja niemożliwa do przewidzenia, która wywołała konieczność wykonania usługi objętej zamówieniem dodatkowym. W powyższym zakresie Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP przedstawione w informacji o wyniku kontroli.

W odniesieniu do podniesionych przez Zamawiającego w ramach zastrzeżeń kwestii dotyczących charakteru prawnego umowy wykonawczej na zadania 4 i 6, zawartej w dniu 20 sierpnia 2010 r., będącej umową zlecenia na wykonanie określonego zakresu obowiązków i świadczenia usług, zawartej na określony czas, w ramach której wykonawca nie odpowiada za osiągnięcie określonego rezultatu, tak jak w umowie o dzieło, a w związku z tym nie jest

możliwe egzekwowanie od wykonawcy wykonania świadczeń po upływie okresu umowy, aż do osiągnięcia zakładanego rezultatu w ramach pierwotnego wynagrodzenia, Izba stwierdziła, że nie mają one istotnego znaczenia z punktu widzenia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający również nie wskazał, w jaki sposób powyższe okoliczności rzutują na wypełnienie bądź nie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Okoliczności powyższe nie mogą być brane pod uwagę, jako uzasadnienie do zastosowania trybu z wolnej ręki na udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było wykonanie, za odpowiednim dodatkowym wynagrodzeniem, usług objętych zakresem zamówienia podstawowego, w wydłużonym okresie czasu ze względu na opóźnienie zakończenia robót budowlanych.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, iż bez znaczenia dla oceny zasadności wyboru trybu z wolnej ręki, pozostaje również okoliczność, że roboty budowlane były wykonywane na Warunkach Kontraktowych FIDIC, które narzucają stronom umowy określone procedury związane z odbiorem i rozliczeniem wykonywanych prac. Z faktu, że roboty budowlane nie zakończyły się w zakładanych terminach, uwzględnionych w umowie wykonawczej, nie można wywodzić spełnienia przesłanki dotyczącej zależności wykonania umowy podstawowej od wykonania obowiązków wynikających z umowy dodatkowej. Dla tej przesłanki bowiem istotne jest porównanie zakresów przedmiotowych obu umów, które nie mogą się pokrywać, a tym samym zakres przedmiotowy umowy dodatkowej (nieobjęty umową podstawową) musi być niezbędny dla wykonania umowy podstawowej.

Izba zważyła ponadto, że możliwość wcześniejszego przewidzenia przez Zamawiającego wystąpienia określonych okoliczności w odniesieniu do umowy o roboty budowlane lub usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nie podlega ocenie wyłącznie z punktu widzenia wiedzy i sztuki budowlanej. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie zawęża w żaden sposób znaczenia tego pojęcia. Należy zatem przyjąć, że chodzi tu o możliwość przewidywania w powszechnym rozumieniu w oparciu o obiektywne i racjonalne przesłanki. Fakt, że dany termin, wyznaczony dla zakończenia robót budowlanych przy realizacji inwestycji, jest terminem wykonalnym i realnym z punktu widzenia wiedzy i sztuki budowlanej, nie jest równoznaczny z zagwarantowaniem, że termin ten w rzeczywistości zostanie przez wykonawcę dotrzymany. Opóźnienie terminu zakończenia robót budowlanych może być wynikiem wielu okoliczności i różnych zdarzeń, również spoza dziedziny budownictwa, które powinny być brane pod uwagę przez

Zamawiającego. Zamawiający powinien dążyć do zabezpieczenia swoich interesów na wypadek opóźnienia zakończenia robót. Należy zatem uznać, że Zamawiający mógł i powinien przewidzieć możliwość wystąpienia okoliczności, które wpłyną na przesunięcie terminu zakończenia robót budowlanych, biorąc pod uwagę choćby wyłącznie częstotliwość występowania na rynku budowlanym opóźnień w zakończeniu robót budowlanych. Możliwość wystąpienia sytuacji, w której roboty budowlane nie zostaną zakończone do 30 kwietnia 2012 r. powinna być przewidziana przez Zamawiającego, a wobec tego nie można zgodzić się z twierdzeniem, że okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć, co stanowi jedna z przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach podniósł również, że w ramach przeprowadzonej kontroli nie był analizowany fakt, że umowa na roboty budowlane była realizowana w trybie Warunków Kontraktu FIDIC, co ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie. Zamawiający nie wykazał jednak jakiegokolwiek związku pomiędzy tą okolicznością a przesłankami określonymi w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ewentualna decyzja Zamawiającego, co do wstrzymania robót do czasu wyłonienia nowego wykonawcy i przejęcia przez niego obowiązków, z pewnością wiązałyby się z poniesieniem pewnych kosztów, jednak Zamawiający w badanej sprawie nie wykazał nawet przybliżonej wysokości tych kosztów, a tym bardziej nie wykazał faktu, że są to koszty niewspółmiernie wysokie, zarówno w wymiarze finansowym, jak i społecznym, wynikającym z opóźnienia w oddaniu inwestycji celu publicznego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalenia Prezesa UZP dokonane w toku kontroli, jak i treść zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli, Izba podzieliła stanowisko, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przy udzieleniu zamówienia publicznego. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w ramach zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku kontroli, zawartych w piśmie z dnia 9 grudnia 2014 r.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....