

**Sygn. akt: KIO/KD 60/15**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 20 listopada 2015 r.**

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

**Gmina Busko-Zdrój  
Ul. Mickiewicza 10  
28-100 Busko-Zdrój**

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: UZP/DKUE/KD/15/15) z dnia 12 października 2015 r. w przedmiocie zamówienia na wykonanie robót dodatkowych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania obiektu pn.: „Zmiana zagospodarowania terenu przestrzeni publicznej ulicy Mickiewicza i ulicy Poprzecznej wraz z infrastrukturą techniczną w ramach przedsięwzięcia: Wzrost estetyki i poprawa funkcjonalności przestrzeni publicznej miasta Busko – Zdrój – etap I”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Luiza Łamejko</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
	<b>Honorata Łopianowska</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na wykonanie robót dodatkowych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania obiektu pn.: „Zmiana zagospodarowania terenu przestrzeni publicznej ulicy Mickiewicza i ulicy Poprzecznej wraz z infrastrukturą techniczną w ramach przedsięwzięcia: Wzrost estetyki i poprawa funkcjonalności przestrzeni publicznej miasta Busko – Zdrój – etap I”.

Pismem z dnia 12 października 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/17(5)/15/KM, KD/15/15/DKUE) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej: „*ustawą Pzp*” poinformował zamawiającego, tj. Gminę Busko-Zdrój o wynikach kontroli doraźnej następczej ww. zamówienia.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, umowa o udzielenie kontrolowanego zamówienia dodatkowego została zawarta z wykonawcą STRABAG Sp. z o.o. w dniu 10 grudnia 2012 r., a termin wykonania zamówienia ustalono na dzień 15 grudnia 2012 r. Przedmiot kontrolowanego zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych polegających na:

1. ułożeniu dodatkowej rury osłonowej w zaprojektowanej wiązce kanalizacji teletechnicznej pod przyszłą rozbudowę monitoringu wizyjnego,
2. ułożeniu nawierzchni z kostki betonowej płukanej na odcinku od ul. Mickiewicza do ul. Kopernika, wzdłuż budynku Urzędu Miasta i Gminy w Busku - Zdroju,
3. ułożeniu nawierzchni z kostki granitowej łupanej na odcinku od granic własności ul. Mickiewicza do bramy wjazdowej do budynku Urzędu Miasta i Gminy Busko – Zdrój,
4. ułożeniu nawierzchni z płyt granitowych na odcinku od granic ul. Mickiewicza do pierzei budynku Urzędu Miasta i Gminy w Busku – Zdroju,
5. ułożeniu nawierzchni z kostki betonowej płukanej na odcinku poza pasem drogowym ul. Mickiewicza, przed schodami prowadzącymi do budynku Buskiego Samorządowego Centrum Kultury,

6. pokryciu miejsc sadzenia roślin agrowłókniną sposobem ręcznym,
7. pokryciu miejsc sadzenia krzewinek okrywowych korą sypaną na grubości 2 cm.

Szczegółowy zakres prac określał Protokół Konieczności nr 3/2011 z dnia 11 października 2011 r., Protokół Konieczności Nr 3/2012 z dnia 1 października 2012 r. oraz Protokół Konieczności nr 4/2012 z dnia 24 października 2012 r. wraz z kosztorysami inwestorskimi. Umowa o udzielenie zamówienia podstawowego (nr 2/2011) została zawarta w dniu 31 stycznia 2011 r. z wykonawcą STRABAG Sp. z o.o. Termin zakończenia robót budowlanych ustalono na okres 22 miesięcy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że uzasadniając zastosowanie w przedmiotowej sprawie trybu zamówienia z wolnej ręki, zamawiający w piśmie z dnia 9 lipca 2015 r. wskazał, że „zlecenie firmie STRABAG ułożenia dodatkowej rury osłonowej (na długości około 217 m) w wiązce rur osłonowych dla potrzeb wykonania sygnalizacji świetlnej było zasadne pod względem technicznym i ekonomicznym m. in. dlatego, iż firma STRABAG mogła to wykonać w tym samym wykopie.”. Prezes Urzędu zwrócił również uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, projekt pn. „Wzrost estetyki i poprawa funkcjonalności przestrzeni publicznej Miasta Busko - Zdrój – etap” zakładał wykonanie:

- „(...) nowej nawierzchni w obszarze granic własności ul. Mickiewicza. Dokumentacja techniczna oraz przedmiary robót nie uwzględniały wymiany nawierzchni na odcinku od ul. Mickiewicza do ul. Kopernika wzdłuż budynku Urzędu Miasta i Gminy w Busku - Zdroju na powierzchni około 162 m<sup>2</sup>. W tym samym okresie co przedmiotowy remont ulicy Mickiewicza przystąpiono do przebudowy ul. Kopernika, obejmującej m.in. remont nawierzchni parkingu obok Urzędu Miasta i Gminy. Celem podniesienia poziomu bezpieczeństwa osób pieszych w rejonie parkingu podjęto decyzję o urządzeniu ciągu pieszego równoległego do parkingu, na działce UMiG łączącej przebudowywaną ul. Kopernika z przebudowywaną ul. Mickiewicza. Nawierzchnię ciągu zaplanowano z kostki betonowej jednolitej z kostką zastosowaną przy budynku Urzędu od strony ul. Mickiewicza.

- (...) nowej nawierzchni w obszarze granic własności ul. Mickiewicza. Dokumentacja techniczna oraz przedmiary robót nie uwzględniały wymiany nawierzchni na odcinku od granic własności ulicy Mickiewicza do bramy wjazdowej do budynku Urzędu Miasta i Gminy Busko-Zdrój na powierzchni około 21 m<sup>2</sup>.

- (...) nowej nawierzchni w obszarze granic własności ul. Mickiewicza. Dokumentacja techniczna oraz przedmiary robót nie uwzględniały wymiany nawierzchni na odcinku od

granic własności ulicy Mickiewicza do pierzei budynku Urzędu Miasta i Gminy Busko-Zdrój na powierzchni około 24,15 m<sup>2</sup>.

- (...) nowej nawierzchni w obszarze granic własności ul. Mickiewicza. Dokumentacja techniczna oraz przedmiary robót nie uwzględniały wymiany nawierzchni na przedmiotowym terenie na powierzchni około 20 m<sup>2</sup>.”.

Ponadto, jak wskazał Prezes Urzędu, zamawiający zauważył, że dokumentacja techniczna dla zadania „Zmiana zagospodarowania terenu przestrzeni publicznej ulicy Mickiewicza i ulicy Poprzecznej wraz z infrastrukturą techniczną w ramach przedsięwzięcia: Wzrost estetyki i poprawa funkcjonalności przestrzeni publicznej Miasta Busko - Zdrój – etap” zakładała:

- „(...) miejsca sadzenia krzewów iglastych i liściastych, krzewinek okrywowych, bylin i traw ozdobnych na ulicy Mickiewicza pokrycie agrowłókniną sposobem ręcznym. Przedmiary robót nie uwzględniały pokrycia agrowłókniną na powierzchni około 753,0 m<sup>2</sup>. Wykonanie nasadzeń roślin bez wcześniejszego pokrycia agrowłókniną było niezgodne z projektem. W związku z powyższym ze względów technicznych uznano, iż konieczne i niezbędne było pokrycie agrowłókniną miejsc: nasadzeń krzewów iglastych i liściastych, bylin i traw ozdobnych na ulicy Mickiewicza.

- (...) miejsca sadzenia krzewów iglastych i liściastych, bylin i traw ozdobnych na ulicy Mickiewicza pokrycie warstwą kory gr. 5 cm, natomiast miejsca sadzenia krzewinek okrywowych pokrycie warstwą kory gr. 2 cm. Przedmiar robót nie uwzględniał pokrycia warstwą gr. 2 cm na powierzchni około 4.622,00 m<sup>2</sup>. Ponadto przedmiar robót uwzględniał pokrycie warstwą 5 cm tylko w ilości 196 m<sup>2</sup>, natomiast z przybliżonych obliczeń z projektu wynika, iż powierzchnia do pokrycia warstwą kory gr. 5 cm wynosi około 731 m<sup>2</sup>. Wykonanie nasadzeń roślin bez pokrycia warstwą kory gr. 2 cm lub 5 cm jest niezgodne z projektem. W związku z powyższym ze względów technicznych uznano, iż konieczne i niezbędne jest pokrycie korą gr. 2 cm miejsc nasadzeń krzewinek okrywowych, natomiast miejsca nasadzeń krzewów iglastych i liściastych, bylin i traw ozdobnych pokrycie warstwą kory gr. 5 cm.”.

Jak zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający, odnośnie ww. w pkt 1-5 robót dodatkowych wskazał w wyjaśnieniach, iż „wszczywanie nowego postępowania przetargowego (...) po zakończeniu podstawowego zakresu, wiązałoby się z koniecznością poniesienia większych nakładów finansowych, m.in. z powodu utrudnień technicznych przy realizacji tego zadania, np. ryzyka uszkodzenia już wykonanych robót przez sprzęt budowlany (...)” Odnośnie wszystkich robót dodatkowych zamawiający argumentował, iż „(...) roboty te nie były planowane do wykonania w chwili opracowywania

opisu przedmiotu podstawowego zamówienia, w związku z czym zamawiający nie mógł ich na tym etapie przewidzieć.”. Ponadto, zamawiający wyjaśniał, że „(...) zlecenie powyższego zakresu wykonawcy robót na al. Mickiewicza było uzasadnione ekonomicznie, gdyż gwarantowało, że ceny jednostkowe nie przekroczą wartości z kosztorysu ofertowego, załączonego do oferty złożonej w przetargu nieograniczonym rozstrzygniętym na przełomie 2010 i 2011 r.”.

W opinii zamawiającego „(...) konieczność wykonania ww. robót wystąpiła w trakcie realizacji zadania - nie były więc przewidziane w momencie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a tym samym przez wykonawcę podczas sporządzania oferty. Jednocześnie wykonanie ww. robót było konieczne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zasadnym było z przyczyn technicznych wykonanie przedmiotowych prac przez wykonawcę robót podstawowych - od nich uzależnione było wykonanie zakresu podstawowego. (...) Przygotowując opis przedmiotu zamówienia zamawiający bazował na posiadanej dokumentacji projektowej, pomiarach i specyfikacjach technicznych, sporządzonych przez zewnętrznych projektantów. Dokumenty te nie zawierały pozycji dotyczących powyższych robót, a więc zamawiający nie mógł przewidzieć, że będą one konieczne do wykonania. Wiedzę taką posiadał dopiero w trakcie wykonywania robót budowlanych, po konfrontacji dokumentacji technicznej i przedmiarów z rzeczywistymi potrzebami wynikającymi z uwarunkowań terenowych, technologicznych i ekonomicznych. Roboty te zostały zlecone do wykonania wykonawcy kontraktu podstawowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdyż zdaniem zamawiającego spełnione były przesłanki wynikające z zapisów art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.”.

Odnosząc się do ustalonego powyżej stanu faktycznego Prezes Urzędu zauważył, że zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których

wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- 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.

Z powyższego wynika, jak zaznaczył Kontrolujący, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wskazanych poniżej okoliczności:

- 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- 2) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- 5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
- 7) zachodzą okoliczności wskazane powyżej w pkt a i b.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, natomiast nie mogą służyć jedynie poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego, czy rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować.

Kontrolujący argumentował, że konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania specyfikacji zamówienia przy zachowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Nie jest zatem uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie wolnej ręki fakt, że zamawiający go nie przewidział, ale musi być nim fakt, że zamawiający nie był w stanie go przewidzieć. Z ww. przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki mamy zatem do czynienia w sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego, których zamawiający w ogóle nie mógł przewidzieć przystępując do przygotowywania inwestycji. Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego etc. Zamówieniem dodatkowym, które może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki jest tylko takie zamówienie, które było niemożliwe do przewidzenia i bez którego wykonania przed zakończeniem realizacji zamówienia podstawowego lub równoległe z nim, zamówienie podstawowe nie może być wykonane. W ocenie Prezesa Urzędu, z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp - w szczególności zamawiający nie dowiódł, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niemożliwe wcześniej do przewidzenia i było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Jak wskazał Kontrolujący, ustalony powyżej stan faktyczny nie wskazuje bowiem, że wykonanie robót dodatkowych było:

1) niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego – możliwe było bowiem wykonanie zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego pierwotnym zakresie, w tym także nie wpłynąłby na jego funkcjonalność zakładaną w podstawowym zakresie. Zamówienie dodatkowe służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować, tj. ułożenie dodatkowej rury osłonowej, ułożenie nawierzchni z kostki betonowej płukanej, kostki granitowej łupanej, płyt granitowych. Świadczy o tym także uzasadnienie wykonania robót dodatkowych, w którym mowa jest o „znaczącej poprawie estetyki i funkcjonalności przestrzeni publicznej w tym rejonie”, „ujemnym wpływie na osiągnięcie podstawowego celu projektu, tj. wzrost estetyki i funkcjonalności przestrzeni

publicznej.” Uzasadnienie takie wskazuje na udzielenie części robót dodatkowych w celu polepszenia estetyki i funkcjonalności inwestycji, nie zaś w celu ich wykonania w zakresie niezbędnym dla zamówienia podstawowego. Również pokrycie agrowłókną i korą o gr. 2 cm nie jest pracą niezbędną do funkcjonowania zamówienia podstawowego. W udzielonych wyjaśnieniach zamawiający także nie udowodnił w żaden sposób, że elementy te były niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

2) konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia – wszystkie prace wchodzące w zakres zamówienia dodatkowego były możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. W szczególności możliwe było przewidzenie rozbudowy monitoringu wizyjnego i w konsekwencji – potrzeby ułożenia rury osłonowej, możliwe było przewidzenie dysproporcji estetycznej pomiędzy nowymi nawierzchniami, a sąsiadującymi z nimi – starymi nawierzchniami i związanej z tym potrzeby położenia nowych nawierzchni na większym obszarze obejmującym tereny robót dodatkowych, możliwe wreszcie było przewidzenie konieczności położenia argowłókną i warstwy kory o grubości 2 cm. Wszystkie ww. roboty są normalnie wykonywane w ramach takich robót, jak objęte zamówieniem podstawowym i potrzeba ich wykonania w trakcie realizacji zamówienia podstawowego nie wynika z okoliczności nagłych, niespodziewanych i w efekcie – niemożliwych do przewidzenia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym, zdaniem Kontrolującego, zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

W dniu 26 października 2015 r. (pismem znak: RSID-2222/460/4/2/2015) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzając, iż podtrzymuje swoje wcześniejsze wyjaśnienia dotyczące spełniania przesłanek uprawniających zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że zlecenie robót dodatkowych, objętych umową nr 88/RSID/2012 z dnia 10 grudnia 2012 r. w trybie z wolnej ręki pozwoliło na ograniczenie nakładów finansowych, zaś gmina, jako jednostka budżetowa realizująca zadania własne, winna kierować się oszczędnością i gospodarnością w ponoszonych wydatkach. Dodatkowo, jak zauważył zamawiający, zlecenie tych robót po zakończeniu podstawowego kontraktu powodowałoby konieczność demontowania nowo wykonanych nawierzchni, co byłoby

zdecydowanie działaniem niekorzystnym technicznie i ekonomicznie oraz wywołałoby negatywny oddźwięk społeczny.

Pismem z dnia 6 listopada 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/17(7)/15/KM) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że nie uwzględni wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń. W związku z ich nieuwzględnieniem, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 9 listopada 2015 r. (pismem z dnia 6 listopada 2015 r.) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

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

Oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej. Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w ww. Informacji.

Należy podkreślić, że art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zezwala zamawiającemu, w ramach wyjątku od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach konkurencyjnych, na udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Kontrolującego, że zamawiający nie wykazał, iż wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Roboty dodatkowe dotyczą sytuacji nieprzewidywalnej, nie zaś sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego, chociaż mogła lub powinna być zostać przewidziana. Zamawiający oparł swoją argumentację na okoliczności, iż bazował na posiadanej dokumentacji projektowej, pomiarach i specyfikacjach technicznych sporządzonych przez zewnętrznych projektantów, które nie zawierały pozycji objętych zamówieniem dodatkowym. Jednak na gruncie ustawy

Pzp, to zamawiający, niezależnie od swojej winy, ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, iż potrzeba wykonania robót wchodzących w skład zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności nagłych, niemożliwych do przewidzenia.

Izba przychyliła się również z do stanowiska Prezesa UZP, który stwierdził, iż zamawiający nie wykazał okoliczności, z których by wynikało, że wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być bezpośrednio związana z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego już realizowanego, ale nie może ona wynikać z zaniedbań czy niestaranności zamawiającego, konieczności tej nie może usprawiedliwiać np. niestaranność planowania i przygotowania procesu inwestycyjnego. W przedmiotowej sprawie zamówienie dodatkowe polegało na rozszerzeniu zamówienia podstawowego o dodatkowe roboty, bez których zamówienie podstawowe nadał spełniałoby swoje przeznaczenie. Tymczasem o wypełnieniu przedmiotowej przesłanki można mówić wtedy, gdy wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, a okoliczności tej zamawiający nie wykazał.

Dla oceny legalności zastosowania trybu z wolnej ręki nie mają zatem znaczenia inne okoliczności faktyczne, na które wskazywał zamawiający, jak np. poprawa estetyki i funkcjonalności przestrzeni publicznej, dotyczące ograniczenia nakładów finansowych czy konieczności demontowania w przyszłości nowo wykonanych nawierzchni. W ocenie Izby, zamawiający udzielając zamówienia na przedmiotowe roboty wskazał na przyczyny, które jednak nie wypełniają przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....