

Sygn. akt: KIO/KD 63/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 grudnia 2015 roku

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

Stadion Miejski Sp. z o.o. w Białymstoku
ul. Słoneczna 1
15-323 Białystok

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” (znak: UZP/DKD/WKZ/421/47(4)/15/LB; KNZ/21/15/DKD dot. KZ/1410/14/DKD) z dnia 27 października 2015 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 – jako zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Magdalena Rams
	Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej” z dnia 6 listopada 2015 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” z dnia 27 października 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/47(4)/15/LB; KNZ/21/15/DKD dot. KZ/1410/14/DKD) uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 – jako zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”.

Pismem z dnia 27 października 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/47(4)/15/LB; KNZ/21/15/DKD dot. KZ/1410/14/DKD) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 166 ust. 1 i art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował zamawiającego, tj. Stadion Miejski Sp. z o.o. w Białymstoku, o wynikach kontroli doraźnej – kontroli w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 – jako zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”.

W ocenie Prezesa UZP zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. Udzielenie zamówienia dodatkowego musi pozostawać w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, wyrażającym się w tym, że wykonanie zamówień dodatkowych jest warunkiem koniecznym prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez dodatkowych zamówień, to przy ich udzieleniu nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego, tj. polegające na wykonaniu robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych (roboty branży architektoniczno – budowlanej, instalacji elektrycznej sieciowej, oświetleniowej i zasilania urządzeń grzewczo – wentylacyjnych, instalacji elektrycznej sieciowej, oświetleniowej i zasilania urządzeń grzewczo – wentylacyjnych, instalacji teletechnicznych: sygnalizacji pożarowej SAP, dźwiękowego systemu ostrzegania DSO, systemu kontroli dostępu, sygnalizacji włamania i napadu i instalacji teleinformatycznych oraz instalacji sanitarnych: wodociągowej, kanalizacyjnej, wentylacji mechanicznej, centralnego ogrzewania i

centralnego chłodzenia) w miejscu, gdzie pierwotnie planowane były niewykończone przestrzenie komercyjne przeznaczone do wynajmu, nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego zgodnie z umową nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. w ustalonym z wykonawcą zakresie. Pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana była decyzją zamawiającego o zabezpieczeniu siedziby nowo powstałej spółki komunalnej na obiektach budowanego stadionu miejskiego w Białymstoku, co spowodowało konieczność przearanżowania pomieszczeń biurowych stosowanie do aktualnych potrzeb spółki „Stadion Miejski” (protokół konieczności z dnia 12.08.2014 r.). Skoro zamówienie podstawowe mogło być ukończone bez ww. robót, przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego – jest niemożliwa do zastosowania w przedmiotowej sytuacji

W przedmiotowym stanie faktycznym sprawy nie miało również miejsca zamówienie dodatkowe, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, czyli nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Jednocześnie, nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego nie miała charakteru obiektywnego i bezwzględnego jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Funkcjonalność stadionu miejskiego w Białymstoku była określona już na etapie zamówienia podstawowego. Natomiast wykonanie zamówienia dodatkowego polegające na wykonaniu robót budowlanych na obiekcie Stadionu Miejskiego w Białymstoku, w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych miało na celu zabezpieczenie siedziby nowo powstałej spółki komunalnej, w związku ze zmianą sposobu zarządzania obiektem sportowym. W ocenie Prezesa UZP zmiana koncepcji realizacji inwestycji w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego nie może być uznana za sytuację obiektywnie nieprzewidywalną, bowiem wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki było spowodowane decyzją zamawiającego, który zlecił opracowanie nowych rozwiązań, w związku z utworzeniem spółki komunalnej.

Reasumując podniósł, iż powołane przez zamawiającego okoliczności, będące podstawą udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, mają jedynie charakter organizacyjny, który to sam w sobie nie stanowi o wypełnieniu przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp. Twierdzenie zamawiającego, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy zlikwiduje całkowicie ryzyko poniesienia nieuzasadnionych kosztów przez zamawiającego jest jedynie jego przypuszczeniem, albowiem procedura otwarta może doprowadzić do wyboru wykonawcy realizującego dotychczasowe roboty bądź innego wykonawcy, który złoży ofertę korzystniejszą. Nie można zatem stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z przyczynami

technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, w stosunku do możliwości powierzenia wykonania zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy.

W dniu 9 listopada 2015 r. (pismem z dnia 6 listopada 2015 r.) zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 – jako zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”.

Zamawiający podniósł m.in., iż zamówienie podstawowe pierwotnie miało być wykonane na podstawie umowy Nr 14/2010 z dnia 25 maja 2010r., zawartej z konsorcjum firm: EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX S.A. Warszawa! i EIFFAGE CONSTRUCTION S.A.S. Francja. Termin wykonania przedmiotu umowy przewidziany został na dzień 25 maja 2012r. Tymczasem do dnia 8 czerwca 2011 roku przy budowie Stadionu miało miejsce tak duże opóźnienie w realizacji robót budowlanych, że nie było prawdopodobne, by wykonawca zdołał ukończyć Stadion w terminie wskazanym w umowie. Powyższe skutkowało ogłoszeniem nowego przetargu, wzrostem kosztów inwestycji, a w konsekwencji przymusem dokonania zmiany modelu zarządzania stadionem w celu dokończenia inwestycji.

Opisana powyżej sytuacja wywołana odstąpieniem od umowy pierwotnej w sposób obiektywnie nieprzewidywalny wymusiła konieczność powołania do życia odrębnego podmiotu w celu dokończenia inwestycji. Zakres powierzonych mu zadań jednoznacznie wskazywał, iż najbardziej optymalnym z punktu wskazanego powyżej normatywu wynikającego z ustawy o finansach publicznych, a także w celu zapewnienia prawidłowego wykonania i funkcjonowania przedmiotu zamówienia podstawowego, jest uwzględnienie jego lokalizacji na terenie stadionu. Okoliczności powyższej nie można było z przyczyn obiektywnych wykazanych powyżej przewidzieć w dacie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako że w tej dacie finansowanie i zarządzanie obiektem było przewidziane w innym modelu, później niemożliwym do zastosowania bez ryzyka utraty możliwości sfinansowania dokończenia w/w inwestycji. Zadaniem spółki stało się zarówno prowadzenie inwestycji oraz jej dokończenie, jak też przejęła ona zadania operatora stadionu wykonywane również w trakcie budowy.

W konsekwencji, prawidłowe i zgodne z prawem rozwiązanie zaistniałej sytuacji mogło się opierać jedynie na uwzględnieniu wynikłej z przyczyn obiektywnych zmianie

modelu zarządzania budową i obiektem jako kryterium prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

Zlecenie wykonania robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno-biurowych zlokalizowanych pod promenadą w obszarze osi EY 13 - EY 18 jako zamówienia dodatkowego, wynikało także z niemożliwości wydzielenia powyższego zakresu z zadania głównego. Pomieszczenia pod promenadą stanowią część całego obiektu jakim jest stadion miejski w Białymstoku.

Powyższe systemy stanowią jedną całość dla całego obiektu. W związku z powyższym chcąc wyłączyć prace pod promenadą z zamówienia podstawowego i zlecić ich wykonanie w ramach odrębnego postępowania przetargowego, należałoby dokonać przeprojektowania obiektu i rozdzielania instalacji znajdujących się w części pod promenadą od pozostałej części obiektu. Byłoby to zadanie kosztowne i nieracjonalne ekonomicznie. Oznaczałoby w praktyce tworzenie nowych, niezależnych instalacji wraz z całym systemem zarządzania odrębnego dla pomieszczeń administracyjno-biurowych. Alternatywą byłoby jedynie wstrzymanie prac na pozostałej części obiektu do czasu wyłonienia nowego wykonawcy prac pod promenadą, tak by umożliwić skoordynowanie robót w obu częściach obiektu i połączenie instalacji w jedną całość.

Instalacje na całości obiektu przenikają się i są ze sobą ściśle powiązane. W związku z tym wstrzymanie prac pod promenadą i niewykonywanie tam instalacji uniemożliwiało w praktyce kontynuację prac na pozostałej części obiektu.

W terminie podpisywania pierwotnej umowy na roboty budowlane polegające na budowie stadionu nie ulegało wątpliwości, iż zarządzanie obiektem budowlanym, na budowę którego zostało udzielone zamówienie publiczne, będzie się odbywało „z zewnątrz”, co skutkowało na postanowienia SIWZ w zakresie rozwiązań projektowych dotyczących tzw. części administracyjno - biurowej. Podstawowym i mającym miejsce od samego początku założeniem projektowym stadionu w tym zakresie było zatem bezwzględne założenie zamawiającego, iż pomieszczenia powyższe ograniczone zostaną wyłącznie do powierzchni 437,64 m², odpowiadającej minimalnym wymogom planowanej w tym miejscu funkcji administracyjnej (lokale wyłącznie dla dyżurujących tam podstawowych służb technicznych, niezbędnych do zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania obiektu). Takie minimalne założenie wynikało jednoznacznie z faktu, iż obiektem docelowo miał zarządzać podmiot zewnętrzny, posiadający stosowną do potrzeb technicznych stadionu siedzibę własną, Powyższe założenie w sposób bezpośredni rzutowało na zrealizowane rozwiązania projektowe stanowiące integralną część SIWZ; bez tego założenia dla prawidłowego funkcjonowania stadionu niezbędne byłoby zaprojektowanie części administracyjno -biurowej z uwzględnieniem siedziby prowadzącego stadion na jego terenie.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego w wersji sporządzonej na etapie przygotowywania SIWZ było równoznaczne z ustaleniem, iż wybudowanym obiektem zarządzać będzie operator zewnętrzny. Takie rozumienie prawidłowości wykonania zamówienia podstawowego utraciło jednakże swoją aktualność w toku wykonywania zamówienia, lecz nie wskutek zmiany decyzji zamawiającego, lecz wskutek nie dającej się przewidzieć na etapie przygotowania SIWZ okoliczności, jaką niewątpliwie było odstąpienie przez Miasto Białystok od umowy Nr 14/2010 z dnia 25 maja 2010r., co jednakże nie może być uznane za brak dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy sporządzaniu projektu, skutkujące - jak stwierdza UZP - brakiem konieczności wykonania prac dodatkowych.

Niezbędność wykonania zamówienia dodatkowego należy tym samym w niniejszej sprawie oceniać przez pryzmat interpretacji pojęcia „prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego” z uwzględnieniem jego rozumienia wynikłego wskutek powyższej okoliczności (odstąpienie od umowy). Wybudowanie obiektu w kształcie przewidzianym w 2009r. bez uwzględnienia zmiany modelu zarządzania w żadnym razie nie oznaczałoby bowiem prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego przy zmienionych zasadach finansowania inwestycji. Przy uwzględnieniu wskazanej powyżej okoliczności nie może ulegać wątpliwości, iż prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego uwzględniać musiało (i po odstąpieniu od umowy uwzględniało) również model zarządzania wybudowanym obiektem, jako bezpośrednio skutkującego na zastosowane rozwiązania projektowe w części dotyczącej funkcji administracyjno - biurowej, początkowo przewidzianej jako minimalnie zabezpieczającej pobyt wyłącznie służb technicznych i zdezaktualizowanej wskutek istotnej zmiany okoliczności spowodowanej odstąpieniem od umowy na roboty budowlane, polegającej na zmianie finansowania inwestycji.

W tym kontekście zmiana powyższa była ściśle powiązana z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego tj. takim wykonaniem zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne. Wymagania funkcjonalne są w sposób oczywisty wypadkową nie tylko wymogów techniczno - budowlanych, ale również wymogów związanych z prawidłowym funkcjonowaniem przedmiotu zamówienia. Stadion będący tym przedmiotem nie jest wyłącznie obiektem budowlanym, ale jest przede wszystkim czynnym budynkiem użyteczności publicznej, który w celu prawidłowego wykonywania swoich zadań, musi być zabezpieczony w zakresie jego zarządzania. Tym samym nie jest obojętne dla określenia zakresu podstawowych wymogów funkcjonalnych, zabezpieczenie pomieszczeń administracyjno - biurowych zarządzającego tym obiektem, a wykonanie robót budowlanych w powyższym zakresie nie jest - jak to ustalił organ kontroli - jedynie zabezpieczeniem siedziby spółki, - lecz zabezpieczeniem prawidłowego funkcjonowania przedmiotu zamówienia podstawowego.

Przytoczone argumenty znajdują swoje pełne pokrycie w poczynionych kalkulacjach, odnośnie których należy z całą pewnością odnieść również wyjaśnienia złożone powyżej w zakresie niemożliwości wydzielenia robót dodatkowych z zakresu z zamówienia podstawowego, przez wzgląd na to, iż pomieszczenia pod promenadą stanowią część całego obiektu które są funkcjonalnie i technicznie ściśle połączone z resztą obiektu za sprawą różnego rodzaju instalacji.

Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/47(8)/15/LB; KNZ/21/15/DKD dot. KZ/1410/14/DKD) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że w całości nie uwzględnia zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego, podnosząc że zamawiający nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniósł, iż konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie wynikała z potrzeby zabezpieczenia siedziby nowo powstałej spółki komunalnej, w związku ze zmianą sposobu zarządzania obiektem sportowym. Zatem, bez znaczenia dla powyższej okoliczności pozostają przywoływane przez zamawiającego w zastrzeżeniach względy ekonomiczne związane z poniesieniem określonych wydatków w celu dokończenia budowy stadionu i ewentualnym uniknięciem zwrotu dofinansowania, czy też organizacyjne związane z reorganizacją dokonaną przez zamawiającego.

Nie zasługuje także na uwzględnienie argument zamawiającego dotyczący ewentualnej utraty dofinansowania z funduszy europejskich. Wydatkowanie środków pieniężnych w określonym terminie nie stanowi bowiem uzasadnienia dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu. Dodatkowo wskazał, iż nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek terminów przyznawania środków na finansowanie zamówienia. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

W konsekwencji, na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia, zatem trudno uznać ten argument za uzasadniający wybór trybu z wolnej ręki.

Prezes UZP podniósł także, iż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego konieczności realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, czyli nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego. Zamówieniem podstawowym w niniejszej sprawie było zamówienie objęte umową nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w regionie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym” zawarte z Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A. i Obrascon Huarte Lain S.A. Tym samym, okoliczności wskazywane przez zamawiającego, dotyczące umowy z dnia 25.05.2010 r. (Nr 14/2010) zawartej z Konsorcjum firm: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i Eiffage Construction S.A.S., w zakresie budowy „Stadionu piłkarskiego w regionie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”, w tym dotyczące odstąpienia od niej przez zamawiającego, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki objętej niniejszą kontrolą.

Nadto Prezes UZP podniósł, iż zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, iż wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą w obszarze od EY 13 – EY 18 wynikało z niemożliwości wydzielenia ich z zakresu zamówienia podstawowego. W związku z powyższym podał, iż w niniejszej sprawie nie było przeszkód aby inni wykonawcy zapoznali się z obiektem i jego dokumentacją techniczną w celu skoordynowania robót w obu częściach obiektu i połączeniu instalacji w jedną całość. Działanie takie umożliwiłoby udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie konkurencyjnym w szczególności w sytuacji, gdy roboty budowlane (związane z przearanżowaniem pomieszczeń biurowych) oraz zmianami w instalacjach (elektrycznych, teletechnicznych, teleinformatycznych) mogą zostać zrealizowane i zainstalowane przez wielu wykonawców obecnych na rynku.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że z przyczyn gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Przesłanka ta odnosi się bowiem do porównania kosztów oddzielenia prac, w sytuacji, gdyby dodatkowe prace okazały się niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Kwestia ewentualnych kosztów związanych ze zleceniem zamówienia dodatkowego innemu wykonawcy, w przedmiotowym stanie faktycznym, nie może stanowić uzasadnienia dla skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 23 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

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

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.”

Zamawiający może - zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp - udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli (...) 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 (...). Ziszczenie się ww. przesłanek uzasadnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, co jednak w tym konkretnym stanie faktycznym nie miało miejsca. W postępowaniu tym zamówieniem dodatkowym objęte jest wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18. Jest to, jak wprost wynika już z nazwy przedmiotowej realizacji, zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”. Zamówienie dodatkowe dotyczy zamówienia podstawowego, które zostało udzielone w trybie konkurencyjnym, co było z kolei konsekwencją odstąpienia przez zamawiającego od umowy na realizację tej inwestycji z pierwotnie wybranym wykonawcą.

Przedmiot zamówienia dodatkowego nie może być objęty zakresem zamówienia podstawowego. I rzeczywiście, w tym stanie faktycznym, nie był nim objęty. Powinien być jednak niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego, a jego wykonanie musi stać się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i ta niemożliwość musi mieć charakter obiektywny. Przedmiotem zamówieniem podstawowego było dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w regionie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”. Natomiast przedmiotem zamówienia dodatkowego było wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 na

potrzeby zabezpieczenia siedziby utworzonej przez miasto spółki komunalnej, co było związane – jak podkreślał zamawiający – ze zmianą modelu zarządzania stadionem. Bez powołania spółki komunalnej nie byłoby – jak dalej podnosił zamawiający – możliwości dokończenia inwestycji stadionu. Przedmiotu zamówienia podstawowego nie stanowiła więc umowa, od której odstąpił zamawiający. Wobec tego nieuprawnionym jest odnoszenie zamówienia dodatkowego do tego postępowania (postępowania zakończonego zawarciem umowy nr 14/2010 w dniu 25 maja 2010 r.). Zamówienie dodatkowe należy bowiem odnieść do zamówienia, do którego ono bezpośrednio się odnosi. Tak więc kwestia odstąpienia przez zamawiającego od pierwotnej umowy jest bez znaczenia z punktu widzenia zasadności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Przesłanką uzasadniającą zlecenie zamówienia dodatkowego musi być także okoliczność konieczności zrealizowania zamówienia na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Tymczasem zamawiający wiedział, już przed wszczęciem postępowania podstawowego, jaka jest sytuacja ekonomiczna miasta, gdyż przeprowadzał „wówczas symulacje ekonomiczne dotyczące kosztów dokończenia projektu”. Dokonywał bowiem nie tylko analizy kosztów, jakie będzie musiało ponieść miasto w przypadku kontynuowania rozpoczętej już inwestycji, ale badał również wszelkie aspekty prawne i finansowe przyszłego rozwiązania. Tym samym mógł przewidzieć z jakimi kwestiami przyjdzie mu się zmierzyć w zależności od wyboru sposobu realizacji inwestycji oraz modelu jej zarządzania. Zmiana koncepcji realizacji inwestycji nie była więc zmianą obiektywnie nieprzewidywalną. Zamawiający już na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na realizację zamówienia podstawowego, mógł przy dołożeniu należytej staranności, przewidzieć konieczność realizacji zamówienia, którego następnie udzielił w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zmiana modelu zarządzania realizacją inwestycji, w tym zlokalizowanie siedziby spółki komunalnej (nowego zarządcy obiektu) na terenie budowanego obiektu miało być rozwiązaniem optymalnym dla realizacji tej inwestycji zarówno pod względem funkcjonalnym, jak i technicznym. Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych przeznaczonych dla nowego zarządcy obiektem dotyczyło przestrzeni zlokalizowanych na terenie objętym przedmiotem zamówienia podstawowego. Na terenie tym – zgodnie z dokumentacją zamówienia podstawowego - miały być zlokalizowane niewykończone przestrzenie komercyjne, przeznaczone do wynajmu. Możliwym było więc ukończenie inwestycji (zrealizowanie zamówienia podstawowego) bez konieczności wykonywania dodatkowych robót, które zostały następnie objęte zamówieniem dodatkowym. Niewykonanie pomieszczeń administracyjno – biurowych o określonym standardzie, w miejsce planowanych niewykończonych przestrzeni komercyjnych, nie powodowało braku możliwości wykonania tej inwestycji. Inwestycja ta mogła być

zrealizowana. Nie było też przeszkód, aby roboty te wydzielić z robót zlokalizowanych na terenie, na którym miały być następnie wykonywane roboty dodatkowe. Istotnie przeprojektowanie obiektu i rozdzielenie inwestycji w części dotyczącej robót dodatkowych inwestycji, mogło powodować pewne trudności, lecz nie było niemożliwe. Z powyższego więc, że o konieczności zrealizowania określonych robót w ramach zamówienia dodatkowego przesądziło nie to, że bez ich wykonania nie było możliwe zrealizowanie inwestycji będącej przedmiotem zamówienia podstawowego, lecz konieczność zapewnienia siedziby zarządcy powstającego obiektu. Tymczasem bez realizacji zamówienia dodatkowego możliwym było wykonanie zamówienia podstawowego.

Zmawiający nie wykazał, mimo iż bardzo szczegółowo odniósł się do sytuacji ekonomicznej miasta Białystok, że bez wykonania robót dodatkowych niemożliwe było zrealizowanie robót podstawowych.

Bez znaczenia dla zasadności zastosowanego trybu są także podnoszone przez zamawiającego kwestie ekonomiczne oraz organizacyjne związane z utworzeniem spółki komunalnej – zarządcy realizowanego obiektu, a tym bardziej związane z utratą finansowania przedmiotowej inwestycji. Utrata przez zamawiającego dofinansowania z funduszy europejskich nie uzasadnia bowiem - jak słusznie podniósł Prezes UZP - zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający nie wykazał także, mimo iż dokonał zestawienia kosztów w III wariantach, iż oddzielenie zamówienia dodatkowego (niezbędnego dla realizacji zamówienia podstawowego) od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernych kosztów. Przedstawione przez niego wariantowe symulacje kosztów wykonania pomieszczeń pod promenadą nie dotyczą tych zależności a pokazują jedynie koszt jaki musi ponieść zamawiający na realizację tej inwestycji w zależności od wyboru danego wariantu jej realizacji. Okoliczność ta także nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przedmiotowej sprawie - nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych w zakresie pomieszczeń administracyjno – biurowych zlokalizowanych pod promenadą od ul. Słonecznej w obszarze osi EY 13 – EY 18 – jako zamówienie dodatkowe do umowy nr 5/DRiRI/2012 z dnia 23.05.2012 r. na dokończenie budowy „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno – wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym”

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....