

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
PRZY PREZESIE URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
z dnia 2 grudnia 2015 r.

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

Gmina Wałbrzych, Pl. Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKD/KND/26/15

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

Wykonanie robót dodatkowych określonych jako Projekt: „Rewitalizacja budynku nr 3” usytuowanego przy ul. Wysockiego nr 29 w Wałbrzychu, obręb nr 18 Biały Kamień, działka nr 218 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia”; POIS.11.01.00-00-005/0 w ramach działania 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytet XI Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 16 listopada 2015 r. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 listopada 2015 r. uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Wałbrzych w Wałbrzychu udzieliła zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, powołując się na przesłankę opisaną w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp). Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót dodatkowych określonych jako Projekt: „Rewitalizacja budynku nr 3” usytuowanego przy ul. Wysockiego nr 29 w Wałbrzychu, obręb nr 18 Biały Kamień, działka nr 218 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „*Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia POIS.11.01.00-00-005/0 w ramach działania 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytet XI Kultura i dziedzictwo kulturowe Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013*” do zamówienia podstawowego oznaczonego znakiem BO.271-132/12.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W uzasadnieniu powyższej informacji stwierdzono, co następuje:

W celu zawarcia ww. umowy w dniu 19 grudnia 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie robót dodatkowych do ww. zamówienia podstawowego określonych jako Projekt: „Rewitalizacja budynku nr 3” usytuowanego przy ul. Wysockiego nr 29 w Wałbrzychu, obręb nr 18 Biały Kamień, działka nr 218.

W uzasadnieniu faktycznym wyboru trybu postępowania Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są „roboty budowlane niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, nieprzekraczające 50% zamówienia podstawowego, których wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Roboty te były nieprzewidywalne na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Wynikają one ze sporządzonych protokołów konieczności. Umowa na zamówienie dodatkowe zostanie podpisana z dotychczasowym wykonawcą robót budowlanych wybranym w wyniku

rozstrzygnięcia postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego, po przeprowadzonych negocjacjach”.

Zamawiający jako podstawę prawną powołał art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.

W okresie od 26 kwietnia 2013 r. do dnia 17 grudnia 2013 r. sporządzono 30 protokołów konieczności dotyczących prac objętych zamówieniem dodatkowym. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego stwierdzono naruszenia w 16 poniżej wskazanych protokołach.

1. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-002 PK z dnia 17 maja 2013 r., którego przedmiotem była **szafka gazowa i gazomierz miechowy BK G16**, wskazano, że „dokumentacja przetargowa nie uwzględniała w przedmiarach szafki gazowej wnękowej wraz z zamontowaniem w niej gazomierza. W związku z tym, że na rzucie architektonicznym oznaczono szafkę wnękową o wymiarach 60x65x30 cm na kurek odcinający i gazomierz BK G16, Wykonawca w toku postępowania przetargowego pismem nr 193/12 z dnia 20 grudnia 2012 r. złożył zapytanie odnośnie pominięcia tego zakresu w przedmiarze robót, ale nie zostało ono uwzględnione w zakresie rzeczowym. W związku z tym, że powyższe prace nie występowały w dokumentacji przetargowej, wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 3.114,49 zł.

W wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r. Zamawiający, odnosząc się do ww. protokołu konieczności wskazał, że „Konieczność zlecenia zamontowania szafki gazowej wraz z gazomierzem była niezbędna, gdyż na rzucie architektonicznym naniesiona była tylko jedna szafka, którą wykonawca zastał już na budowie rozpoczynając prace. W szafce tej znajdował się reduktor gazu. W toku realizacji prac okazało się, że niezbędne jest także opomiarowanie zużycia gazu w obiekcie, a tym samym dołożenie dodatkowej szafki wraz z gazomierzem”.

2. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-005 PK z dnia 16 lipca 2013 r., którego przedmiotem był **zlewozmywak i umywalka w pomieszczeniu socjalnym 18 na I piętrze**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy nie przewidywał w pomieszczeniu socjalnym 18 na I piętrze budynku nr 3 żadnego wyposażenia sanitarnego. Zgodnie ze zmianami wprowadzonymi w projekcie zamiennym w pomieszczeniu tym należy wykonać podejścia i zamontować zlewozmywak dwukomorowy ze stali nierdzewnej na szafce meblowej oraz standardową umywalkę 50 cm wiszącą naścienną wraz z bateriami. W związku z tym, że powyższe prace nie występowały w projekcie, wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 737,61 zł.
3. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-006 PK z dnia 5 sierpnia 2013 r., którego przedmiotem była **zmiana lokalizacji hydrantów zgodnie z projektem zamiennym**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy nie przewidywał montażu hydrantu na II Piętrze budynku nr 3, ponieważ miała tam być jedynie kotłownia. Projekt zamienny

zakłada mniejszą kotłownię i dodatkowe pomieszczenie na tej kondygnacji, co zgodnie z przepisami ppoż powoduje konieczność wykonania dodatkowego hydrantu na II piętrze. Ponadto w wyniku zmian wprowadzonych w projekcie zamiennym występuje kolizja istniejących hydrantów z drogą ewakuacyjną oraz nowo projektowanymi drzwiami. W związku z tym zachodzi konieczność przeniesienia 3 istniejących hydrantów w nową lokalizację. W związku z tym, że powyższe prace nie występowały w projekcie, wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie”. – wartość prac: 5.125,80 zł.

4. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-010 PK z dnia 4 października 2013 r., którego przedmiotem była **dopłata do wykładziny**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy przewidywał w budynku nr 3 wykładzinę dywanową w rolce igłowaną, natomiast projekt zamienny wprowadza wykładzinę w płytkach o lepszych parametrach technicznych i walorach użytkowych. W związku z tym zachodzi konieczność dopłaty do wartości wykładziny projektowanej pierwotnie i wycenionej na etapie przetargu. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” – wartość prac: 26.242,75 zł.
5. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-012 PK z dnia 11 października 2013 r., którego przedmiotem były **zamki antypaniczne – dopłata**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy stanowiący podstawę do przygotowania oferty uwzględniał wyposażenie części drzwi budynku nr 3 w zamki antypaniczne podklamkowe stalowe. Projekt zamienny przewiduje dla drzwi położonych na drogach ewakuacyjnych zamki antypaniczne o wyższym standardzie. Niniejszy protokół konieczności obejmuje dopłatę wynikającą z tej zmiany. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie”. – wartość prac: 15.821,70 zł.
6. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-013 PK z dnia 14 listopada 2013 r., którego przedmiotem była **obudowa dachu płytą FERMACELL**, wskazano, iż „Projektant w odpowiedzi na zapytanie RFI 030 zalecił zabezpieczenie wszystkich elementów drewnianych dachu przeciwogniowo do stopnia NRO. Dodatkowo – zgodnie z załączoną notatką z dnia 11 października 2013 r. – zdecydowano, że krokwie widoczne na elewacji będą obudowane płytą Fermacell z wykończeniem gładkim przeznaczonym do malowania. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie”. – wartość prac: 26.784,95 zł. Zapytanie o informację (RFI) nr 030, o którym mowa w ww. protokole konieczności miało następujące brzmienie: „Jak wykończyć zewnętrzne elementy dachu – krokwie?”. Odpowiedź Projektanta była następująca: „Wszystkie elementy drewniane dachu należy zabezpieczyć przeciwogniowo do stopnia NRO”.
7. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-016 PK z dnia 19 listopada 2013 r., którego przedmiotem były **stopnie i spoczniki granitowe**, wskazano, iż „Projekt przewidywał

schody na antresolę wykonane w całości jako stalowe. W odpowiedzi na RFI nr 155 inspektor nadzoru poinformował, że Zamawiający zdecydował o wykonaniu stopnic oraz podestów schodów z płyt granitowych mocowanych do ramek stalowych. W uzupełnieniu Projektant przekazał rysunek wykonawczy dotyczący tego zakresu. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie". – wartość prac: 6.524,52 zł. Zgodnie z treścią RFI nr 155 „W projekcie schodów stalowych nie uwzględniono stopni, a jedynie kątowniki, na których te stopnie mają się wspierać. Z jakiego materiału mają być wykonane stopnie? Krata WEMA, granitowe, drewniane, czy również ze stali St3SX? W jaki sposób będą mocowane – rozłącznie, czy nierozłącznie? Jeżeli rozłącznie, to w jakim rozstawie przewidziane są otwory do mocowania stopni? (producent mógłby je od razu wywiercić montując kątowniki). Proszę o podanie wymiarów stopni – głównie grubości i głębokości (szerokość jest znana, gdyż wynika z szerokości schodów)". W odpowiedzi na powyższe kierownik robót wskazał, że „Zgodnie z dyspozycją Inwestora przekazaną firmie xxx na spotkanie w dniu 22.10.2013 r., stopnie oraz podesty biegów należy wykonać z płyt granitowych mocowanych do ramek stalowych. Malowanie całości schodów – proszkowo w systemie IGP-DURA face nr farby 5803E91909A1F – efekt anody. W załączniku info w tej sprawie z pracowni WPA”.

8. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-018 PK z dnia 20 listopada 2013 r., którego przedmiotem były **okna dachowe w gabinecie dyrektora (pomieszczenie 1/15)**, wskazano, iż „W związku ze zmianą funkcji pomieszczenia 1/15 stwierdzono, że jest ono niedostatecznie oświetlone i nie spełnia w tym zakresie wymagań określonych warunkami technicznymi. Zdecydowano, że konieczne jest doświetlenie tego pomieszczenia dodatkowymi oknami zlokalizowanymi w połaci dachowej – zgodnie z rysunkiem wykonawczym przekazanym przez Projektanta. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” – wartość prac: 19.358,69 zł.
9. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-020 PK z dnia 22 listopada 2013 r., którego przedmiotem była **zmiana typu podgrzewaczy ciepłej wody w łazienkach**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy stanowiący podstawę do opracowania oferty przewidywał montaż pojemnościowych podgrzewaczy ciepłej wody w łazienkach budynku nr 3. Projekt zamienny wprowadza zmianę podgrzewaczy pojemnościowych na podgrzewacze przepływowe. Niniejszy protokół konieczności rozlicza różnicę wynikającą z powyższej zmiany. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie”. – wartość prac: 3.702,66 zł.
10. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-021 PK z dnia 29 listopada 2013 r., którego przedmiotem była **wentylacja mechaniczna budynku nr 3**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy stanowiący podstawę do opracowania oferty nie zawierał projektu wentylacji. Jedynie na rzutach architektonicznych zaznaczono lokalizację elementów

wspomagania mechanicznego wentylacji oraz wskazanie do wykonania wentylacji „wg projektu branżowego”, którego w rzeczywistości nie było. W związku z tym projektant (WPA) przedstawił kompleksowe rozwiązania w zakresie wentylacji dla budynku nr 3 w dodatkowym projekcie. Niniejszy protokół konieczności rozlicza dopłatę wynikającą z dodatkowych elementów wentylacji zaprojektowanych przez WPA. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie”. – wartość prac: 32.840,73 zł.

W wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 17 marca 2015 r., odnosząc się do ww. protokołu konieczności Zamawiający wskazał, że „Pierwotnie projektant zakładał w wyznaczonych pomieszczeniach tylko wentylację grawitacyjną, która zgodnie z obowiązującymi normami byłaby wystarczająca. Podczas rewitalizacji obiektu zespół inżynierów biorących udział w procesie budowlanym (w tym także Projektant) stwierdził jednoznacznie, iż wentylacja grawitacyjna pomimo, że zgodna z normą, to w tym przypadku okazałaby się nieskuteczna w związku z czym należało wykonywać układy wentylacji mechanicznej”.

11. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-023 PK z dnia 29 listopada 2013 r., którego przedmiotem była **dopłata do płytek ceramicznych**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy przewidywał w budynku nr 3 okładziny ściennie z płytek ceramicznych o niższym standardzie, natomiast projekt zamienny wprowadza płytki ceramiczne o wyższym standardzie i lepszych walorach użytkowych. W związku z tym zachodzi konieczność dopłaty do wartości okładziny z płytek projektowanych pierwotnie i wycenionych na etapie przetargu. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” – wartość prac: 10.141,82 zł.

12. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-025 PK z dnia 4 grudnia 2013 r., którego przedmiotem były **drzwi ppoż aluminiowe**, wskazano, iż „Projekt zamienny wprowadza w budynku nr 3 drzwi ppoż aluminiowe. W kosztorysie ofertowym wykonawcy brak jest cen jednostkowych, na podstawie których można by rozliczyć ww. dodatkową stolarkę drzwiową. W związku z tym zachodzi konieczność wprowadzenia dodatkowego rozliczenia w formie niniejszego protokołu. Prac tych nie można było przewidzieć i w związku z tym nie były uwzględnione w ofercie wykonawcy.” – wartość prac: 70.528,48 zł.

W wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r., odnosząc się do ww. protokołu konieczności Zamawiający wskazał, że „Podczas realizacji prac budowlanych okazało się, że Projektant zaprojektował wypełnienie otworu drzwiowego zwykłą standardową stolarką drzwiową. Przy ostatecznym zatwierdzeniu stolarki drzwiowej przed jej skierowaniem do produkcji inspektor nadzoru stwierdził, że zastosowanie w tym przypadku stolarki bez odporności ogniowej jest niezgodne z obowiązującymi przepisami. Projektant swój błąd

skorygował wskazując na konieczność wykonania w strefie wokół paleniska posadzki betonowej”.

13. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-026 PK z dnia 4 grudnia 2013 r., którego przedmiotem była **dopłata do samozamykaczy drzwi zewnętrznych**, wskazano, iż „Projekt wykonawczy stanowiący podstawę do przygotowania oferty uwzględniał wyposażenie większości drzwi budynku nr 3 w samozamykacze. Projekt zamienny przewiduje dla drzwi zewnętrznych samozamykacze szynowe o wyższym standardzie wykonane ze stali nierdzewnej. Niniejszy protokół konieczności obejmuje dopłatę wynikającą z tej zmiany. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 2.296,20 zł.

14. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-027 PK z dnia 9 grudnia 2013 r., którego przedmiotem była **posadzka przy torowisku**, wskazano, iż „Na parterze budynku nr 3 (w trzech segmentach) znajduje się nieczynne torowisko ułożone na istniejącej wylewce betonowej. W sąsiedztwie torowiska projektowana jest posadzka z bruku dębowego. Poziom projektowanej posadzki odpowiada poziomowi główek szyn istniejącego torowiska a przestrzeń pomiędzy szynami znajduje się poniżej – co powoduje występowanie niebezpiecznego uskoku. W związku z tym, że torowisko pozostanie nieczynne zachodzi konieczność wypełnienia przestrzeni torowiska pomiędzy główkami szyn do poziomu projektowanej posadzki – zgodnie z rozwiązaniem przedstawionym przez projektanta w odpowiedzi na RFI nr 152. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 10.814,48 zł. Zgodnie z treścią zapytania o informację RFI nr 152 z dnia 21 października 2013 r. kierownik robót proszony o podanie „(...) czym wykończyć przestrzeń znajdującą się między torami w salach ekspozycyjnych” wskazał, że „posadzkę między szynami można wykonać w systemie naprawczym do betonu, np. F Sika – jako podkład – uniwersalną warstwę szczepną na stare podłoże betonowe można zastosować np. Sika Repair 10P, a jako wykończenie Verka”.

W wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r., odnosząc się do ww. protokołu konieczności Zamawiający wskazał, że „Podczas realizacji prac budowlanych okazało się, że Projektant zaprojektował posadzkę drewnianą (kostka dębowa). W bezpośrednim sąsiedztwie paleniska otwartego rozwiązanie takie jest nieprawidłowe. Projektant swój błąd skorygował wskazując na konieczność wykonania w strefie wokół paleniska posadzki betonowej”.

Dodatkowo, w piśmie z dnia 29 września 2015 r., Zamawiający wskazał, że prace opisane w niniejszym protokole konieczności były wynikiem powoływanej przez niego okoliczności – zapadnięcia koparki o jedną kondygnację. Wyjaśnienie to nie znajduje jednak odzwierciedlenia w protokole konieczności, jak również związek przyczynowo-skutkowy

między ww. okolicznością a koniecznością zlecenia przedmiotowych prac nie został wykazany.

15. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-029 PK z dnia 17 grudnia 2013 r., którego przedmiotem były **zmiany projektowe w zakresie instalacji elektrycznych i słaboprądowych w budynku nr 3**, wskazano, iż „W związku ze zmianami projektowymi wprowadzonymi przez projekt zamienny zachodzi konieczność rozliczenia różnic pomiędzy rozwiązaniami pierwotnymi oraz zamiennymi. Niniejszy protokół konieczności zawiera dopłatę wynikającą z dodatkowych elementów instalacji elektrycznych i słaboprądowych zaprojektowanych przez WPA. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 246.501,12 zł.

16. W protokole konieczności o nr 300446-78-315-030 PK z dnia 17 grudnia 2013 r., którego przedmiotem było **oświetlenie zewnętrzne budynków KWK „Julia”**, wskazano, iż „W celu poprawy bezpieczeństwa zachodzi konieczność wykonania oświetlenia terenu KWK „Julia” oraz doświetlenia elewacji wykończonych budynków. W tym celu należy zamontować dodatkowe lampy oświetleniowe, które zostaną wpięte do systemu projektowanego oświetlenia zewnętrznego z uwzględnieniem sterowania przez zegar astronomiczny. Powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie.” – wartość prac: 19.488,30 zł.

W wyjaśnieniach udzielonych pismem z dnia 17 marca 2015 r., odnosząc się do ww. protokołu Zamawiający wskazał, że „Podczas toczących się prac budowlanych w budynku nr 3 trwały jeszcze prace projektowe związane z zagospodarowaniem terenu. Projektant zdecydował o zmianie oświetlenia wokół budynku nr 3 wskazując na konieczność zamontowania oświetlenia na elewacji budynku. Ponieważ oświetlenie to musiało być zasilane w tym przypadku z wewnętrznej instalacji n/n obiektu konieczne okazało się wykonanie tych prac w ramach nie zagospodarowania terenu, a prac prowadzonych w obiekcie”.

Łączna wartość powyższych prac wyniosła 504.024,30 zł i stanowiła 15% wartości umownej realizowanego zamówienia podstawowego.

Umowa w sprawie ww. zamówienia została zawarta w dniu 23 stycznia 2014 r. z wykonawcą xxx Sp. z o.o. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2014 r. pod poz. 20283-2013. Termin wykonania zamówienia dodatkowego określono na dzień 24 stycznia 2014 r.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2014 r. pod numerem 20283-2014.

Zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia przedmiot ww. zamówienia obejmował wykonanie następujących robót budowlanych:

- 1.1 Wykonanie dodatkowych prac przy oknach żeliwnych na parterze - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78- 315-001 z dnia 26.04.2013r.
- 1.2 Montaż szafki gazowej i gazomierza miechowego BK G16 - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78- 315-002 z dnia 17.05.2013r.
- 1.3 Wykonanie dodatkowych prac na dachu - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-003 z dnia 17.07.2013r.
- 1.4 Montaż nawietrzników podokiennych oraz parapetów granitowych – zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-004 z dnia 16.07.2013r.
- 1.5 Montaż zlewozmywaków i umywalk w pomieszczeniu socjalnym 18 na I piętrze -zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-005 z dnia 16.07.2013r.
- 1.6 Zmiana lokalizacji hydrantów zgodnie z projektem zamiennym - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-006 z dnia 05.08.2013r.
- 1.7 Wycięcie stropu na antresoli - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-008 z dnia 04.10.2013r.
- 1.8 Wykonanie schodów stalowych na antresolę - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-009 z dnia 04.10.2013r.
- 1.9 Dostawa i montaż wykładziny- zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-010 z dnia 04.10.2013r.
- 1.10 Malowanie ogniochronne R30 konstrukcji stalowej dachu w segmencie 2 - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-011 z dnia 11.10.2013r.
- 1.11 Dostawa i montaż zamków antypanicznych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-012 z dnia 11.10.2013r.
- 1.12 Obudowa dachu płytą FERMACELL - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-013 z dnia 14.11.2013r.
- 1.13 Uzupelnienie filarów cegłą klinkierową - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-014 z dnia 18.11.2013r.
- 1.14 Uzupelnienie uskoku przy schodach płytą klimatyczną - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-015 z dnia 18.11.2013r.
- 1.15 Montaż stopni i spoczników granitowych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-016 z dnia 19.11.2013r.
- 1.16 Wykonanie reprofilacji schodów - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-017z dnia 19.11.2013r.
- 1.17 Montaż okna dachowego w gabinecie dyrektora (pomieszczenie 1/15)- zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-018 z dnia 20.11.2013r.
- 1.18 Wykonanie prac murowych przy kominach w segmencie II - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-019 z dnia 22.11.2013r.

- 1.19 Montaż podgrzewaczy przepływowych wody w łazienkach - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-020 z dnia 22.11.2013r.
- 1.20 Wykonanie wentylacji mechanicznej w budynku nr 3 - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-021 z dnia 29.11.2013r.
- 1.21 Naprawa tynków wewnętrznych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-022 z dnia 29.11.2013r.
- 1.22 Dostawa i montaż płytek ceramicznych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 000446-78-315-023 z dnia 29.11.2013r.
- 1.23 Wykonanie odbudowy paleniska - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-024 z dnia 03.12.2013r.
- 1.24 Montaż drzwi p.poż aluminiowych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-025 z dnia 04.12.2013r.
- 1.25 Dostawa i montaż samozamykaczy drzwi zewnętrznych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-026 z dnia 04.12.2013r.
- 1.26 Wykonanie posadzki przy torowisku - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-027 z dnia 09.12.2013r.
- 1.27 Dostawa i montaż urządzeń sanitarnych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-031 z dnia 17.12.2013r.
- 1.28 Roboty elektryczne - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-029 z dnia 17.12.2013r.
- 1.29 Oświetlenie zewnętrzne budynku - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-030 z dnia 17.12.2013r.
- 1.30 Dostawa i montaż płytek podłogowych - zgodnie z protokołem konieczności Nr 300446-78-315-028 z dnia 17.12.2013r.

W toku postępowania wyjaśniającego, pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r., Zamawiający wyjaśnił, że kompleks obiektów PWSK stanowił zdegradowaną masę niepoddawaną przez znaczny okres inwentaryzacji ani ocenie stanu technicznego. W związku z powyższym na etapie realizacji robót budowlanych pojawiały się problemy techniczne zgłaszane i rozwiązywane na bieżąco przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego były to problemy niemożliwe wcześniej do przewidzenia, gdyż dotyczyły elementów konstrukcji budowlanych lub też elementów zabytkowej architektury, które ujawnione zostały dopiero w chwili ich odkrycia, np. dotarcie do kondygnacji podziemnej nieuwzględnionej w planach – do odkrycia doszło wskutek zapadnięcia koparki podczas robót budowlanych. Na polecenie Konserwatora Zabytków odkryte elementy zabytkowej architektury należało zinwentaryzować, zabezpieczyć, odnowić, wykonać nowy strop oraz instalacje elektryczne i sanitarne.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że podczas realizacji robót budowlanych okazało

się, iż dokumentacja projektowa wykonana przez Pracownię xxx obarczona jest licznymi błędami, co spowodowało konieczność zlecenia robót dodatkowych niezbędnych do zrealizowania zamówienia podstawowego.

Zamawiający podniósł także, iż pomimo powierzenia innemu wykonawcy pełnienia nadzoru autorskiego nad wykonaną dokumentacją projektową, konieczność zlecenia wykonawcom robót dodatkowych nadal istniała ze względu na charakter rewitalizowanych obiektów. W opinii Zamawiającego odnawiany kompleks jest „(...) jedynym tak wielkim pokopalnianym kompleksem zachowanym na kontynencie europejskim. Rewitalizacja tych obiektów stanowi niespotykane dotąd wyzwanie zarówno dla Projektantów jak i dla Wykonawców (...)”.

Następnie, pismem z dnia 19 lutego 2015 r. Urząd Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, m.in. do:

1. wskazania przyczyn nieprzewidywalności wykonania robót dodatkowych zrealizowanych w ramach zamówienia oznaczonego znakiem BO.271-205/13;
2. wyjaśnienia faktu uzależnienia wykonania zamówienia podstawowego od wykonania zamówień dodatkowych;
3. wyjaśnienia braku uwzględnienia w dokumentacji projektowej poszczególnych robót, będących przedmiotem zamówień dodatkowych;
4. wskazania, czy Zamawiający zarządził i przeprowadził stosowne badania i ekspertyzy stanu budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej;
5. wskazania, czy przed przystąpieniem do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego Zamawiający wystąpił o wydanie opinii przez Konserwatora Zabytków oraz na jakim etapie Konserwator Zabytków przedstawił zalecenia;
6. wskazania wartości poszczególnych prac objętych protokołami konieczności w odniesieniu do każdego protokołu oddzielnie.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 17 marca 2015 r., Zamawiający ponownie powołał się na zabytkowy charakter rewitalizowanego obiektu oraz na jego zły stan techniczny – długoletnie wystawienie na szkodliwe działanie czynników zewnętrznych, brak zabezpieczenia przed dewastacją, jak również brak rejestrowania wykonywanych dotychczas prac, w tym także istotnych zmian konstrukcyjnych. Zamawiający wyjaśnił, że powyższe warunki pracy wiązały się z licznymi trudnościami, jakie napotymano w trakcie realizacji robót budowlanych w obiekcie: „Napotkane problemy techniczne, bezprecedensowe i inżynieryjnie nowatorskie sprawiły, że wielu projektantów nie sprostało zadaniom im postawionym. (...) Regułą było, iż po skuciu tynków ujawniały się potężne ściągi stalowe wykonane z dochodzących do 700 mm dwuteowników. Często elementy

te niestety znajdowały się w stanie wymagającym wymiany, a także ich pozostawienie wiązało się z koniecznością ich oczyszczenia, oceny stanu technicznego, analizy przydatności, a także zakonserwowania poprzez malowanie farbami podkładowymi, jak również farbami o odpowiedniej odporności ogniowej. Często elementy te po stosownym ich zabezpieczeniu należało dodatkowo zabudować płytami g-k lub bloczkami betonowymi. Także podczas prac ziemnych praktycznie każdy metr kwadratowy powierzchni, podczas zagospodarowania terenu odkrywał przed nami katastrofalny stan infrastruktury podziemnej. Liczne kanały podziemne, o których istnieniu nie wiedzieli nawet pracujący na tej kopalni górnicy, których niejednokrotnie proszono o udzielenie informacji na temat zastanych faktów (...).”

Zamawiający, odnosząc się do robót dodatkowych opisanych w poszczególnych protokołach konieczności, jako podstawę udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp wskazał błędy w dokumentacji projektowej stwierdzone w trakcie realizacji zamówienia i wynikającą z tego konieczność zlecenia prac zamiennych.

W odniesieniu do uzależnienia realizacji zamówienia podstawowego od wykonania zamówień dodatkowych Zamawiający wskazał, że wszystkie prace zleczone w ramach robót dodatkowych były niezbędne do oddania obiektu do użytkowania. W ocenie Zamawiającego „niemożliwym było np. pozostawienie pomieszczeń bez skutecznej wentylacji czy też posadzki bez jej fragmentu wokół paleniska, oświetlenia wejść do budynków, itd.”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że „Projektant przed przystąpieniem do prac projektowych dokonał m.in. inwentaryzacji rewitalizowanych obiektów, jak również po dokonaniu licznych odkrywek sporządził ekspertyzy budowlane przedstawiające stan poszczególnych budynków. Dokumentacja ta była podstawą do sporządzenia dokumentacji projektowej przekazanej Wykonawcy do realizacji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Dokumentacja budowlana przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę była uzgodniona z konserwatorem zabytków (...).”

W dalszej kolejności, w toku kontroli, wraz z dokumentacją przekazaną pismem z dnia 29 września 2015 r., Zamawiający przedstawił wyjaśnienia w zakresie prac objętych przedmiotowym zamówieniem dodatkowym, których wykonanie stało się konieczne z uwagi na powołaną przez Zamawiającego okoliczność – zapadnięcie koparki o jedną kondygnację. Zamawiający wskazał, że ww. prace zostały opisane w pozycjach nr 7, 8, 18, 23 i 26 specyfikacji technicznej, odpowiednio:

1. (7) wycięcie stropu na antresoli – wskazane w protokole konieczności nr „08”;
2. (8) wykonanie schodów stalowych na antresolę – wskazane w protokole konieczności nr „09”;
3. (18) wykonanie prac murowych przy kominach w segmencie II – wskazane w protokole konieczności nr „019” – prace nieobjęte kontrolą;

4. (23) wykonanie odbudowy paleniska – wskazane w protokole konieczności nr „024” – prace nieobjęte kontrolą;
5. (26) wykonanie posadzki przy torowisku – wskazane w protokole konieczności nr „027”.

W tak ustalonym stanie faktycznym w toku kontroli, Prezes Uzp stwierdził, co następuje:

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. Zamówienie z wolnej ręki jest zatem trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie treści do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może zastosować tryb 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 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. Tym samym, możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

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

Jednocześnie, dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Podkreślenia wymaga, że w związku z zabytkowym charakterem objętego zamówieniami obiektu, jak również w związku ze specyfiką wyrażającą się w jego szczególnym gospodarczym przeznaczeniu, są podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający powinien jeszcze przed przystąpieniem do inwestycji zlecić dodatkowe prace, mające na celu zbadanie stanu technicznego ww. obiektu.

Zgodnie bowiem z treścią art. 5 pkt 2) ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 z późn. zm.), dalej „uoz”, opieka nad zabytkiem sprawowana przez jego właściciela lub posiadacza polega, w szczególności, na zapewnieniu warunków prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku.

Realizacja wskazanych obowiązków właściciela lub posiadacza zabytku nieruchomego wpisanego do rejestru zabytków gwarantuje, że osoby zobowiązane do jego zachowania w jak najlepszym stanie będą posiadały należytą wiedzę specjalistyczną oraz niezbędne wytyczne dotyczące postępowania.

Z analizy dokumentacji zgromadzonej w toku niniejszego postępowania oraz z treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wynika, że w odniesieniu do robót objętych szesnastoma kwestionowanymi w toku niniejszej kontroli protokołami konieczności, nie wszystkie przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp zostały spełnione. Przede wszystkim należy zauważyć, że konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego.

Tymczasem w uzasadnieniach udzielenia zamówień na poszczególne roboty wskazanych w kwestionowanych protokołach konieczności przywołano okoliczności, takie jak:

- 1. brak uwzględnienia poszczególnych robót w dokumentacji przetargowej;*
- 2. niezweryfikowane błędy zawarte w dokumentacji projektowej;*
- 3. wprowadzenie zmian służących poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego;*
- 4. zmiany dokonane przez projektanta w odpowiedzi na zapytania skierowane do niego w toku realizacji zamówienia podstawowego – podyktowane decyzją Zamawiającego;*
- 5. zmiany wynikające ze zmiany funkcji pomieszczenia.*

W związku z powyższym, brak wykazania zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności stwierdzono w toku kontroli w odniesieniu do następujących prac:

- 1. Opomiarowanie zużycia gazu w obiekcie, a tym samym dołożenie dodatkowej szafki wraz z gazomierzem (protokół konieczności nr „02”).*

Z protokołu konieczności wynika, że zarówno szafka wnękowa, jak i gazomierz zostały oznaczone na rzucie architektonicznym, co jednak nie zostało odzwierciedlone w przedmiarze robót. Co więcej, w protokole przyznano, że w toku postępowania, jeszcze przed otwarciem ofert, Wykonawca złożył zapytanie odnośnie pominięcia tego zakresu w przedmiarze robót, ale nie zostało ono uwzględnione w zakresie rzeczowym. W wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r. Zamawiający wskazał, że na rzucie architektonicznym naniesiona była tylko jedna szafka, w której znajdował się reduktor gazu. W toku realizacji prac – jak twierdzi Zamawiający – okazało się, że niezbędne jest także opomiarowanie zużycia gazu w obiekcie, a tym samym dołożenie dodatkowej szafki wraz z gazomierzem. Zamawiający nie wykazał, by konieczność zamontowania szafki wraz z gazomierzem ujawniła się dopiero na etapie prowadzenia prac, zwłaszcza wobec faktu, że gazomierz został uwzględniony na rzucie architektonicznym. Okoliczność ta była przedmiotem zapytania Wykonawcy zgłoszonego jeszcze w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a zatem była Zamawiającemu znana. Na marginesie należy dodać, że warunki techniczne instalowania urządzeń pomiarowych zużycia gazu zostały określone w § 166 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania – Dz. U. z 2009 r., Nr 56 poz. 461).

- 2. Zlewozmywak i umywalka w pomieszczeniu socjalnym 18 na I piętrze (protokół konieczności nr „05”).*

Jak wynika z protokołu konieczności ww. prace nie zostały przewidziane w projekcie wykonawczym, zostały jednak wprowadzone dopiero w projekcie zamiennym. Brak ich uwzględnienia w projekcie wykonawczym jest zatem efektem braku należytej staranności Zamawiającego w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Wskazuje na to w szczególności charakter kwestionowanych prac, które należy ocenić jako typowe prace zlecane podczas wykonywania instalacji sanitarnej, zatem również możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej. Trudno także montaż zlewozmywaka i umywalki uznać za niemożliwe do przewidzenia, pojawiające się incydentalnie następstwo bieżących wad budowlanych.

3. *Zmiana lokalizacji hydrantów zgodnie z projektem zamiennym (protokół konieczności nr „06”).*
Jak wynika z protokołu konieczności – konieczność wykonania ww. prac ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego – projekt wykonawczy nie przewidywał bowiem montażu hydrantu na II piętrze budynku nr 3, ponieważ miała tam być jedynie kotłownia. Dopiero w projekcie zamiennym przewidziano dodatkowe pomieszczenie, co wymusiło konieczność wykonania dodatkowego hydrantu na II piętrze. Jednocześnie ani treść protokołu konieczności, ani też wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie wskazuje żadnej obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia okoliczności skutkującej koniecznością wykonania ww. prac.
4. *Dopłata do wykładziny (protokół konieczności nr „10”).*
Jak wynika z treści protokołu konieczności, wprowadzenie w ramach projektu zamiennego zmiany typu wykładziny miało na celu poprawienie parametrów technicznych i użytkowych. Stanowiło to zmianę ewidentnie wywołaną decyzją Zamawiającego, a zatem nie sposób przypisać ww. pracom charakteru nieprzewidywalnych.
5. *Zamki antypaniczne – dopłata (protokół konieczności nr „12”).*
Jak wynika z treści protokołu konieczności, wprowadzenie w ramach projektu zamiennego zamków antypanicznych o wyższym standardzie miało na celu poprawę standardów jakościowych. Stanowiło to zmianę ewidentnie wywołaną decyzją Zamawiającego, a zatem nie sposób przypisać ww. pracom charakteru nieprzewidywalnych i koniecznych do zrealizowania wskutek zaistnienia obiektywnej okoliczności.
6. *Obudowa dachu płytą FERMACELL (protokół konieczności nr „13”).*
Jak wynika z protokołu konieczności, zabezpieczenie przeciwogniowe elementów drewnianych dachu zostało przewidziane dopiero na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Tymczasem konieczność ochrony przeciwpożarowej budynków wynika m.in. z § 235 przywoływanego już Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Jednocześnie należy wskazać, że w zakres przedmiotu zamówienia podstawowego wchodziło m.in. pokrycie dachów. Zatem Zamawiający także w tym przypadku nie wykazał zaistnienia przesłanki nieprzewidywalności kwestionowanych prac.
7. *Stopnie i spoczniki granitowe (protokół konieczności nr „16”).*
Jak wynika z protokołu konieczności, projekt schodów nie zawierał informacji o materiale, z jakiego mają być wykonane stopnie schodów stalowych (przewidywał schody na antresole wykonane w całości jako stalowe). Zamawiający w dniu 22 października 2013 r. (na etapie realizacji zamówienia podstawowego)

wydał dyspozycję do zamocowania stopni i spoczników granitowych. Przedmiotowe prace były zatem wynikiem uzupełnienia/modyfikacji projektu, który w kwestionowanym zakresie zawierał istotne braki. Braki te, przy zachowaniu należytej staranności, do jakiej Zamawiający był zobowiązany, powinny zostać zweryfikowane przez niego na etapie oceny projektu i przygotowywania dokumentacji przetargowej. Nie były to bowiem prace nieprzewidywalne, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, lecz przeciwnie – wykonanie stopni i spoczników stanowi kluczowy element schodów, natomiast pominięcie ich w projekcie w oczywisty sposób wynika z braku decyzji Zamawiającego podjętej na odpowiednim etapie i jest konsekwencją zaniedbań i niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego.

8. Okna dachowe w gabinecie dyrektora (protokół konieczności nr „18”).

Jak wynika z treści protokołu konieczności, zlecenie wykonania kwestionowanych prac wynika ze zmiany funkcji pomieszczenia 1/15. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, by zmiana ta wynikała z okoliczności wcześniej nieprzewidywalnej, jej źródła należy zatem szukać – podobnie jak w przypadku ww. prac – w decyzji Zamawiającego podjętej na etapie realizacji zamówienia podstawowego.

9. Zmiana typu podgrzewaczy ciepłej wody w łazienkach (protokół konieczności nr „20”).

Zmiana podgrzewaczy z pojemnościowych na przepływowe została wprowadzona w ramach projektu zamiennego. Przedmiotowa zmiana ma charakter użytkowy i prowadzi jedynie do zmiany standardu wyposażenia. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, by zmiana ta wynikała z okoliczności wcześniej nieprzewidywalnej, jej źródła należy zatem szukać w decyzji Zamawiającego wynikającej ze zmiany koncepcji na etapie realizacji zamówienia podstawowego.

10. Wentylacja mechaniczna budynku nr 3 (protokół konieczności nr „21”).

Z protokołu konieczności wynika, że projekt wykonawczy nie zawierał projektu wentylacji (jedynie na rzutach architektonicznych odwołano się w tym zakresie do projektu branżowego, który w rzeczywistości nie istniał), natomiast w wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r. Zamawiający wskazał, że pierwotnie projektant zakładał wentylację grawitacyjną, jednak podczas rewitalizacji obiektu stwierdzono, że byłaby ona nieskuteczna, w związku z czym zdecydowano się wykonać układy wentylacji mechanicznej. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, by zmiana ta wynikała z okoliczności wcześniej nieprzewidywalnej. Jest ona natomiast konsekwencją niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego, jak bowiem wskazano w protokole

konieczności, projekt wykonawczy nie przewidywał wentylacji, jedynie rzut architektoniczny odnosił się w tym zakresie do nieistniejącego projektu branżowego. Z powyższego wynika zatem, że dokumentacja przetargowa nie została w tym zakresie przez Zamawiającego w sposób właściwy zweryfikowana. Zamawiający pominął bowiem fakt oczywistych braków istniejących w projekcie wykonawczym, a nawet brak projektu branżowego, na który powoływano się w dokumentacji.

11. Dopłata do płytek ceramicznych (protokół konieczności nr „23”).

Projekt wykonawczy przewidywał okładziny ścienne z płytek ceramicznych o niższym standardzie, natomiast projekt zamienny wprowadził płytki o wyższym standardzie i lepszych walorach użytkowych. Kwestionowane prace służą zatem jedynie polepszeniu parametrów użytkowych obiektu, co wprost zostało wskazane w protokole i jako takie nie spełniają przesłanki nieprzewidywalności.

12. Drzwi p.poż aluminiowe (protokół konieczności nr „25”).

W wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r. Zamawiający wskazał, że „podczas realizacji prac okazało się, że Projektant zaprojektował wypełnienie otworu drzwiowego zwykłą standardową stolarką drzwiową. Przy ostatecznym zatwierdzeniu stolarki drzwiowej przed jej skierowaniem do produkcji inspektor nadzoru stwierdził, że zastosowanie w tym przypadku stolarki bez odporności ogniowej jest niezgodne z obowiązującymi przepisami”. Nie sposób uwzględnić ww. wyjaśnień choćby z uwagi na fakt, że projekt wykonawczy znany był uczestnikom procesu budowlanego jeszcze przed rozpoczęciem realizacji prac, a zatem nieuprawnione jest stwierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym dopiero „podczas realizacji prac okazało się, że Projektant zaprojektował wypełnienie otworu drzwiowego zwykłą standardową stolarką drzwiową”. Zamawiający dysponował bowiem możliwością powzięcia tej wiedzy już na etapie zatwierdzania projektu wykonawczego. Nie zaistniała więc w tym przypadku przesłanka nieprzewidywalności prac.

13. Dopłata do samozamykaczy drzwi zewnętrznych (protokół konieczności nr „26”).

Wykonanie ww. prac – jak wynika z protokołu konieczności – zmierzało do podwyższenia standardu i parametrów użytkowych samozamykaczy drzwi zewnętrznych. Konieczność wykonania ww. prac ma zatem swoje źródło w decyzji Zamawiającego, nie zaś w zaistnieniu sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

14. Posadzka przy torowisku (protokół konieczności nr „27”).

W piśmie z dnia 29 września 2015 r., Zamawiający wskazał, że prace opisane w niniejszym protokole konieczności były wynikiem powoływanej przez niego

okoliczności – zapadnięcia koparki o jedną kondygnację. Wyjaśnienie to nie znajduje jednak odzwierciedlenia w protokole konieczności, jak również nie został wykazany związek przyczynowo-skutkowy między ww. okolicznością a koniecznością zlecenia przedmiotowych prac. W protokole konieczności wskazano bowiem, że „(...) poziom projektowanej posadzki odpowiada poziomowi główek szyn istniejącego torowiska, a przestrzeń pomiędzy szynami znajduje się poniżej – co powoduje występowanie niebezpiecznego uskoku. W związku z tym, że torowisko pozostanie nieczynne zachodzi konieczność wypełnienia przestrzeni torowiska pomiędzy główkami szyn do poziomu projektowanej posadzki(...)”. Natomiast w wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2015 r. wskazano, że podczas realizacji prac okazało się, iż projektant zaprojektował posadzkę drewnianą, która w bezpośrednim sąsiedztwie paleniska otwartego nie jest prawidłowa. Wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane za przekonywające z dwóch względów. Po pierwsze, treść projektu była znana uczestnikom procesu budowlanego już na wcześniejszym etapie – a zatem już wówczas można było błędy projektanta zweryfikować. Po drugie, jak wynika z protokołu konieczności z dnia 9 grudnia 2013 r. – u podstaw decyzji o konieczności wykonania posadzki przy torowisku leżały różnice w poziomie projektowanej posadzki i istniejącego torowiska, nieuwzględnione uprzednio w projekcie wykonawczym. Pierwotną przyczyną zlecenia przedmiotowych prac był zatem niezwyfikowany błąd w projekcie, nie zaś sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia.

15. Zmiany projektowe w zakresie instalacji elektrycznych i słaboprądowych w budynku nr 3 (protokół konieczności nr „29”).

Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, by przedmiotowe zmiany wynikały z okoliczności wcześniej nieprzewidywalnej, ich źródła należy zatem szukać w decyzji Zamawiającego podjętej na etapie realizacji zamówienia podstawowego. Zawarte w protokole konieczności stwierdzenie, zgodnie z którym „powyższe prace nie występowały w projekcie i wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” bynajmniej nie stanowi uzasadnienia zastosowania trybu przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b) ustawy Pzp – lecz przeciwnie – daje podstawy do uznania, że podstawę zlecenia ww. prac stanowiły niezwyfikowane braki projektu wykonawczego.

16. Oświetlenie zewnętrzne budynków KWK „Julia” (protokół konieczności nr „30”).

Z treści protokołu konieczności oraz z treści wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 17 marca 2015 r. wynika, że ww. prace zostały zleczone „w celu poprawy bezpieczeństwa”, natomiast związane były z trwającymi pracami projektowymi związanymi z zagospodarowaniem terenu. Jak wyjaśnił Zamawiający, ponieważ oświetlenie musiało być zasilane z wewnętrznej instalacji obiektu, konieczne

okazało się wykonanie tych prac w ramach prac prowadzonych w obiekcie, a nie w ramach zagospodarowania terenu. Powyższe prowadzi do wniosku, że w toku przygotowywania inwestycji całkowicie odrębnie potraktowano prace prowadzone wewnątrz i na zewnątrz budynku oraz nie przewidziano konieczności zamontowania oświetlenia na elewacji budynku. Niezależnie od tego, w ramach którego z zadań przedmiotowe prace należało wykonać (prac prowadzonych wewnątrz budynku czy też prac związanych z zagospodarowaniem terenu) należy stwierdzić, że Zamawiający przystępując do inwestycji obejmującej zarówno jedne jak i drugie prace powinien tak przeprowadzić proces inwestycyjny, by przewidzieć następstwa robót wykonanych na wcześniejszym etapie inwestycji, jak również występujące między prowadzonymi pracami oczywiste zależności. W przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniała zatem przesłanka nieprzewidywalności.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 29 maja 2014 r. (sygn. akt III SA/Łd 332/14) „O tym czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy u.p.z.p. decyduje dolożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu”.

Następnie

należy dodać, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 9/13) „Immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności. (...) Celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła ponadto, że naruszenie przesłanki nieprzewidywalności okoliczności uprawniających do udzielenia zamówienia w trybie

z wolnej ręki „(...) wynika często z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego, tymczasem w świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez Zamawiającego procesu inwestycyjnego. Izba przychyliła się również do stanowiska wyrażonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. (KIO/KD 90/10), że celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego”. W

dalszej kolejności wskazać warto, co zostało stwierdzone w odniesieniu do nieprzewidywalności okoliczności jako przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (w przedmiotowym stanie faktycznym w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 63/13): „Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia są w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, a więc wszelkiego rodzaju katastrofy i awarie”.

Z kolei w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 21/12) Izba stwierdziła, że „(...) zrozumiałe jest, że zamawiający nie ma i nie musi mieć odpowiedniej wiedzy zawodowej ani uprawnień zawodowych, dlatego wykonanie projektu zlecane jest projektantowi, na którego profesjonalnych umiejętnościach, doświadczeniu i rzetelności zamawiający musi polegać. Należy się jednak zgodzić z twierdzeniem Prezesa UZP, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od swojej winy, to zamawiający (na zasadzie ryzyka) ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu – a w niniejszym przypadku – za konieczność zlecenia innych prac niż zaprojektowane i wyboru trybu zamówienia. Z tego powodu konieczne jest – tak jak i w przypadku robót budowlanych – zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu, np. zlecenie dodatkowych badań lub ekspertyz budynku albo jego elementów, zwłaszcza jeśli jest to budynek blisko stuletni i nieposiadający dokumentacji projektowej”.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny oraz prawny sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp w odniesieniu do prac opisanych w kwestionowanych protokołach konieczności. W szczególności w przedstawionym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem, którego realizacji nie można było przewidzieć. Zamawiający bowiem już na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego powinien przewidzieć i włączyć do zakresu przedmiotu zamówienia kwestionowane roboty, których wykonanie było w jego

opinii niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, a w istocie polegało na wykonaniu robót budowlanych zamiennych lub robót dodatkowych, służących poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego oraz wynikało z niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego na etapie dokonywania opisu zamówienia podstawowego – niezweryfikowane błędy projektowe, jak również brak uwzględnienia pewnych prac w dokumentacji projektowej – do których to działań Zamawiający jako gospodarz postępowania i autor SIWZ był zobowiązany. Zamawiający nie wykazał, by zrealizowane w ramach zamówienia dodatkowe prace były nieprzewidywalne, w szczególności nie wynika to ze sporządzonych na ich okoliczność protokołów konieczności. Zawarte w nich sformułowania, w których stwierdzono, iż „w związku z tym, że powyższe prace nie występowały w dokumentacji przetargowej, wykonawca nie uwzględnił ich w swojej ofercie” bynajmniej nie stanowią wystarczającej podstawy do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zakres prac wykonanych w ramach zamówień dodatkowych był przy tym bardzo szeroki, a szereg tych prac trudno powiązać w sposób bezpośredni z zabytkowym charakterem obiektu, zdegradowanym i niezinventaryzowanym stanem technicznym, czy też z ujawnieniem kondygnacji podziemnej nieuwzględnionej w planach, do odkrycia której doszło w wyniku zapadnięcia koparki podczas robót budowlanych. Przeciwnie – kwestionowane prace objęte niniejszym zamówieniem dodatkowym w dużej mierze ocenić należy jako niezależne od ww. okoliczności wskazywanych w wyjaśnieniach Zamawiającego jako podstawa udzielenia ich w trybie pozaprzetargowym. Są one bowiem efektem zaniedbań poczynionych jeszcze na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. W szczególności ww. prace nie dotyczyły elementów konstrukcji budowlanych ani infrastruktury podziemnej, lecz elementów budynku stanowiących jego wyposażenie (dodatkowa szafka z gazomierzem, zlewozmywaki, umywalka), stanowiły prace zamienne (dopłata do wykładziny, zamki antypaniczne), bądź też konieczność ich wykonania wynikała z braku uwzględnienia ich w projekcie (wentylacja mechaniczna budynku nr 3), jak również z niezweryfikowanych błędów projektowych (posadzka przy torowisku) oraz zlecone zostały w celu poprawy parametrów i standardu budynku (oświetlenie zewnętrzne budynku KWK „Julia”, dopłata do płytek ceramicznych).

Reasumując w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z informacją o wyniku kontroli, Zamawiający w dniu 16 listopada 2015 r. wniósł zastrzeżenia, w których podtrzymywał stanowisko, że zamówienia udzielił prawidłowo,

twierdząc, że zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b Prawa zamówień publicznych do udzielenia zamówień dodatkowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP, i zważyła, co następuje.

Zastrzeżenia Zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione.

Izba w całości podzieliła ustalenia faktyczne Prezesa UZP podjęte w toku kontroli i wynikające z nich konsekwencje prawne. Jak dostrzega Zamawiający w zastrzeżeniach z dnia 16 listopada 2015 r., udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Prawa zamówień publicznych uwarunkowane jest między innymi koniecznością wykonania robót budowlanych na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nie można zaakceptować poglądu, że taką sytuacją - niemożliwą do przewidzenia - są błędy w przedmiarze czy w projekcie (m. in. w odniesieniu do szafki gazowej, gazomierza miechowego, zlewozmywaka i umywalki w pomieszczeniu socjalnym nr 18, posadzki przy torowisku) albo chęć podwyższenia standardu oczekiwanych prac (m.in. w odniesieniu do wykładziny, płytek ceramicznych, zamków antypanicznych itd. - co których w protokole konieczności wskazano, że projekt zamienny przewiduje wyższy standard, niż projekt wykonawczy będący podstawą przygotowania oferty). W ocenie Izby powyższa konstatacja przesądza o braku podstawy do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b Prawa zamówień publicznych do przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP odnośnie stwierdzonych naruszeń.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....