

Warszawa, dnia 28 grudnia 2015 r.

UZP/DKD/WKZ/421/63()/15/KL

KNZ/30/15/DKD

dot. KZ/554/14/DKD

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31 – 007 Kraków

Rodzaj zamówienia: robota budowlana

Przedmiot zamówienia: wykonanie prac projektowych i robót budowlano-montażowych związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 2.751.548,26 zł (651.269,44 euro)

Środki UE: nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania na „*wyłonienie wykonawcy zamówień dodatkowych dotyczących prac projektowych i robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie*”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli był przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający udzielił zamówienia podstawowego zawierając umowę w dniu 15 września 2010 r. z konsorcjum firm: Hochtief Polska S.A (lider) i Hochtief Construction AG, w wyniku przeprowadzonej procedury w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia podstawowego było: „*wyłonienie Generalnego Realizatora Inwestycji dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie*”. W dniu 26 maja 2014 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki. Zakres zamówienia dodatkowego został określony szczegółowo przez Zamawiającego w protokole konieczności z dnia 13 maja 2014 r., obejmującym między innymi:

1. Wykonanie prac projektowych – projektów zamiennych związanych z dodatkowymi instalacjami gazów technicznych oraz zmianami w pomieszczeniach [REDAKTOWANE]. Powyższe prace projektowe są konieczne dla zrealizowania robót instalacyjnych, oraz przygotowania obiektu do przeprowadzenia terminowego odbioru.
2. Montaż dodatkowych instalacji: azotu gazowego, odciągów z pomp próżniowych, gazów technicznych, odwadniających. W wyniku zakupu nowej aparatury w ramach projektu ATOMIN, powstały nowe laboratoria, które nie były uwzględnione na etapie przygotowywania pierwotnych planów budynku. W celu uruchomienia oraz optymalnego wykorzystania nowych urządzeń badawczych, konieczne jest przygotowanie powyższej infrastruktury.
3. Zamiana drzwi na te o większym „świecie” (zwiększenie szerokości i wysokości). Zmiany te podyktowane są zwiększeniem się gabarytów urządzeń, które będą wprowadzane do poszczególnych pomieszczeń/laboratoriów. Część urządzeń, np. platformy aktywne przeciwdrganiowe, mają wymiary ustalone dopiero w 2014 r. przez dostawców objętych odrębnym postępowaniem przetargowym.
4. Dodatkowe meble laboratoryjne oraz meble standardowe. Wydział pozyskał nową, unikalną aparaturę w ramach projektów realizowanych w „Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka”, współfinansowanym przez Unię Europejską z Europejskiego

Funduszu Rozwoju Regionalnego. W wyniku zakupu nowej aparatury w ramach projektu ATOMIN, powstały nowe laboratoria, które nie były uwzględnione na etapie przygotowywania pierwotnych planów budynku. W celu uruchomienia oraz optymalnego wykorzystania nowych urządzeń badawczych, konieczne jest dostosowanie wyposażenia meblowego do nowej aparatury (podejścia pod instalacje, zmiana obciążenia blatów itp.). Dlatego też wyposażenie w dodatkowe meble, musi odbywać się w tym samym czasie co montaż aparatury oraz urządzeń laboratoryjnych, gdyż jest ściśle związane z terminem odbioru budynku. Dostarczenie mebli dostosowanych do aparatury laboratoryjnej w terminie przed rozruchem instalacji i urządzeń w jednakowym czasie pozwala na kompleksowy rozruch oraz zrealizowanie w terminie zgodnym z terminem odbioru budynku. W wyniku zmian organizacyjnych Wydziału, utworzono nowy Zakład w ramach Zespołu Zakładów Fizyki Teoretycznej (Zakład Kwantowej Teorii Wielu Ciał – czerwiec 2013 r.). Ponadto nastąpił znaczący wzrost liczby doktorantów oraz wzrost liczby osób zatrudnionych do realizacji grantów (znaczący wzrost liczby projektów, zakwalifikowanych do finansowania, w tym sześć grantów Maestro, wymagający dodatkowych stanowisk pracy). Uzyskanie przez Wydział statusu Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego, wiąże się ze zmianą organizacji współpracy między jednostkami Wydziału.

5. Wykonanie instalacji odwadniających fundamenty pod platformy aktywne, dodatkowe systemy bezpieczeństwa w laboratoriach, w których zainstalowano czułą aparaturę naukową. Na podstawie uzyskanych danych technicznych od dostawcy platform aktywnych przeciw drganiowych, zachodzi konieczność wykonania pełnego monitoringu systemu detekcji wilgoci, zamontowania detektorów wycieku wody chłodzącej z sondą optoelektroniczną oraz sterowania zaworami, zasilaniem elektrycznym i wykonania instalacji automatyki przy blokach fundamentowych, na których będą zamontowane platformy aktywne. Tego przypadku nie można było przewidzieć przed sformułowaniem ostatecznych wymagań PFU i podpisaniem kontraktu z GRI. Powodem są wprowadzone wymagania techniczne dostawcy platform aktywnych, wybranego w przetargu w 2014 r.

6. Zmiany lokalizacji laboratoriów i urządzeń. Zmiana lokalizacji pomieszczeń laboratoriów Zespołu Zakładów Biofizyki i Fizyki Medycznej, które z uwagi na uwarunkowania związane z umiejscowieniem aparatury badawczej nie mogą być zlokalizowane w pomieszczeniach, pod którymi są prowadzone instalacje i kanały instalacyjne. Zachodzi konieczność wykonania instalacji automatyki i kontroli dostępu w nowej aranżacji pomieszczeń, aby instalacje budynkowe nie zakłócały pracy aparatury badawczej. Zmiany wynikają z dostosowania pomieszczeń do aktualnych wymagań użytkownika, których na etapie postępowania przetargowego nie można było przewidzieć.

Na podstawie powyższego zamawiający postanowił udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki konsorcjum wykonującemu zamówienie podstawowe. Przedmiotowa umowa została zawarta w dniu 6 czerwca 2014 r.

Zamawiający oznajmił, iż podjął informację o konieczności przeprowadzenia przedmiotowego zamówienia na końcowym etapie realizacji inwestycji, gdy poszczególne segmenty mieszczące specjalistyczne laboratoria były zrealizowane w 85%.

Poinformował również, iż na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania robót dodatkowych ujętych w zamówieniu dodatkowym. Stwierdził, iż w trakcie realizacji obiektu oraz specjalistycznych instalacji Zamawiający nie mógł przewidzieć, że pozyska nową, unikalną aparaturę w ramach projektów realizowanych w Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka, współfinansowanym przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, która będzie zainstalowana w wykonanych w 85% laboratoriach i skomplikowanych unikalnych instalacjach.

Zamawiający twierdził, iż nie mógł również przewidzieć, że w wyniku zakupu nowej aparatury w ramach projektu ATOMIN, powstaną nowe laboratoria, które nie były uwzględnione na etapie przygotowywania pierwotnych założeń oraz rozplanowania funkcji budynku. Wymagało to zmiany już wykonanych konstrukcji ścian działowych, zmiany instalacji (demontaż i ponowny montaż z wykorzystaniem elementów wcześniej zamontowanych przez Wykonawcę) dostosowany do wymagań nowo powstałych laboratoriów. Oświadczył również, iż Zamawiający nie mógł przewidzieć, że w wyniku postępu naukowo-technicznego koniecznym stało się wprowadzenie zmian organizacyjnych Wydziału. W czerwcu 2013 r. został utworzony nowy Zakład Kwantowej Teorii Wielu Ciał w ramach Zespołu Zakładów Fizyki Teoretycznej, dla którego niezbędną była adaptacja wykonanych w 85% pomieszczeń laboratoryjnych wraz ze specjalistycznymi instalacjami dla nowych celów badawczych. Ponadto Zamawiający wskazał, iż nie mógł przewidzieć, że Wydział w ramach konkursu uzyska statut Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego, jako flagowej jednostki polskiej nauki.

Zamawiający podniósł również, iż niemożliwe było rozdzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego bez poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów przez Zamawiającego ze względu m.in. na organizację robót, organizację placu budowy, kwestię gwarancji, rękojmi. W okresie gwarancji i rękojmi, Wykonawca daje gwarancję należytego wykonania umowy i rękojmię na wykonane roboty, co gwarantuje ubezpieczyciel, który wyklucza możliwość wprowadzenia innego Wykonawcy na teren budowy w trakcie realizacji inwestycji.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy.

Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy 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 ustawy niezbędne jest spełnienie co najmniej jednej z przesłanek określonych w lit. a) lub lit. b) art. 67 ust. 1 pkt 5. Zamawiający jest zatem obowiązany wykazać, iż 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.

Po pierwsze, zdaniem Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, jak wymaga tego wskazany powyżej przepis. Przypadek ten zachodzi, gdy wykonanie zamówienia podstawowego wymaga równoczesnego lub wcześniejszego wykonania zamówienia dodatkowego. W stanie faktycznym objętym niniejszą kontrolą nie zachodzi taka sytuacja. Z charakteru wskazanego zamówienia dodatkowego można wnioskować, iż pierwotnie zakładany zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny, a jego zmiana spowodowana jest jedynie dążeniem zamawiającego do dostosowania parametrów technicznych budowanego obiektu, do wymogów związanych z nabyciem nowej aparatury z środków Unii Europejskiej oraz rozwojem WFAiLS UJ. Taki charakter mają przede wszystkim zmiany lokalizacji laboratoriów i urzędzeń, wykonanie instalacji odwadniających fundamenty pod platformy aktywne, dodatkowe systemy bezpieczeństwa w laboratoriach, meble laboratoryjne oraz meble standardowe dla nowej aparatury i zwiększonej ilości stanowisk pracy, montaż dodatkowych instalacji, a także zamiana drzwi. Tym samym, skoro zamówienie podstawowe mogło zostać ukończone bez ww. robót, przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego – jest niemożliwa do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Argumenty podnoszone przez zamawiającego, w których stwierdza, że przedmiotowe roboty dostosują obiekt do nowej sytuacji nie znajdują uzasadnienia. Ponadto, przy podejmowaniu decyzji, co do wyboru trybu, nie mogą mieć znaczenia warunki gwarancji i trudności w ich egzekwowaniu przy wykonywaniu robót przez różnych wykonawców. Należy stwierdzić, iż 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. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego, polegającego na pracach budowlanych związanych z zastosowaniem innych rozwiązań w stosunku do pierwotnych założeń nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie.

Zakres udzielanego zamówienia wskazuje, iż wykonanie zamówienia dodatkowego związane było ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez zamawiającego w toku jej wykonywania. A więc wynika z subiektywnej decyzji zamawiającego (dotyczącej rozszerzeniem zakresu i wprowadzenia zmian technicznych przedmiotowego zamówienia) niezwiązanej z wykonaniem zadania w pierwotnie ustalonym zakresie. Tym samym, ma charakter zamówienia publicznego, które nie jest niezbędne dla należytego wykonania zamówienia podstawowego, jego brak nie spowoduje, że zamówienie podstawowe nie zostanie zrealizowane. W uchwale z dnia 31 lipca 2013 r. KIO/KD 68/13 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż *„aby wykazać zaistnienie przesłanki "zamówienia dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego" konieczne jest wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. Tym samym chodzi tu nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego, było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale o to, że nie będzie mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego”*.

Ponadto, w przedstawionym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 9 stycznia 2015 r. KIO/KD 119/14 *„możliwość skorzystania z procedury udzielania zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. wymaga m.in. wykazania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Elementem niezbędnym zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a niemożliwość ta 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 zauważyć, iż udział w projekcie współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej i pozyskanie nowej aparatury w ramach projektów unijnych, nie może być traktowany, jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia. Zamawiający bowiem sam zainicjował ubieganie się o dofinansowanie projektu, a program ATOMIN został zainicjowany przed wszczęciem zamówienia

podstawowego (realizowany był w latach 2009-2012). Jednocześnie odnośnie możliwości przewidzenia rozwoju nowych metod i technik pomiarowych, metod badawczych oraz pozyskiwanie nowoczesnej aparatury, należy zwrócić uwagę na uchwałę KIO z dnia 2 stycznia 2014 r. KIO/KD 117/13. Wynika z niej, iż *„nie jest wystarczające wykazanie, iż konkretny zamawiający nie przewidział w ramach prowadzonego postępowania określonego zakresu robót, ale że tego typu sytuacja była niemożliwa do przewidzenia z obiektywnego punktu widzenia”*, ponadto *„nawet sytuacja nieprzewidziana przez konkretnego zamawiającego może być z obiektywnego punktu widzenia sytuacją typową i możliwą do uwzględnienia przez profesjonalny podmiot, którego zachowaniem przypiszemy cechy należytej staranności”*.

W przedmiotowej sprawie nie mamy również do czynienia z przyczynami technicznymi czy gospodarczymi, z powodu których oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego rzeczywiście wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Względy gospodarcze, czy techniczne i niewspółmierność kosztów mogą być oceniane jako przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki jedynie w sytuacji łącznego ich zaistnienia z kolejną przesłanką z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy jaką jest niezbędność robót dodatkowych. W orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 2 grudnia 2013 r. BDF1/4900/69/73/13/RWPD-719 wskazano, iż *„zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, oddzielenie zamówienia musi nieść za sobą koszty "niewspółmiernie wysokie". Tym samym ustawodawca, w imię przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, dopuszcza możliwość poniesienia pewnych kosztów, a więc uznania, że realizowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym byłoby droższe, niż w ramach zamówienia dodatkowego. Ponieważ przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wymaga kosztów niewspółmiernie wysokich, ciężar ich wykazania i wyliczenia spoczywa na podmiocie, który decyduje się na zastosowanie powyższego trybu”*. W związku z powyższym Zamawiający nie wykazał konieczności poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Twierdzenie Zamawiającego, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy pozwoli ograniczyć koszty, jest jedynie jego przypuszczeniem, albowiem procedura otwarta może doprowadzić do wyboru wykonawcy realizującego dotychczasowe roboty bądź innego wykonawcy, który złoży ofertę korzystniejszą.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.