

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 lutego 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 28 grudnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**, dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki”, która to informacja została zawarta w piśmie z 28 grudnia 2015 r., (znak: UZP/DKD/WKZ/421/63(3)15KL KNZ/30/15/DKD) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: »Wykonanie prac projektowych i robót budowlano-montażowych związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego«

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Kisiel

Emil Kawa

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

Pismem z 26.05.2014 r. **zamawiający** przesłał **Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych** zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423), (zwanej dalej „ustawą” bez bliższego określenia lub „Pzp”), 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”.

Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, a podstawowa umowa została zawarta **15.09.2010 r.** z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik, lider) i Hochtief Construction AG.

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, **zamawiający** wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie zamówień dodatkowych dotyczących dodatkowych 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.

Do zawiadomienia **zamawiający** załączył zaakceptowany przez pełnomocnika **kierownika zamawiającego**, dziekana WFAiIS UJ, wniosek zatwierdzający tryb zamówienia z wolnej ręki, przedstawiający – według **zamawiającego** – pełne uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. **Zamawiający** wskazał, że zamówienie było wcześniej niemożliwe do przewidzenia, ale stało się niezbędne do wykonania umowy podstawowej. Zakres zamówień dodatkowych obejmował prace projektowe i roboty budowlano-instalacyjne wraz z dostawami elementów i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia. Przedmiot zamówienia dodatkowego nie przekraczał łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego. Wykonanie zamówienia dodatkowego stało się niezbędne do tego, aby można było wykonać i zakończyć umowę podstawową dotyczącą realizacji i pełnienia funkcji Generalnego Realizatora Inwestycji dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego, który to Wydział został zlokalizowany na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie. Umowa podstawowa została zawarta **15.09.2010 r.**

Zamawiający stwierdził, że zamówień dodatkowych nie można było przewidzieć na etapie podstawowego postępowania przetargowego i są one niezbędne do wykonania. Zamówień dodatkowych nie można było wcześniej przewidzieć, tj. przed sformułowaniem ostatecznych wymagań Programu Funkcjonalno-Użytkowego i podpisaniem kontraktu z GRI. Wykonanie zamówień dodatkowych jest nierozdzielnie związane z podstawowym zakresem umowy, nie można ich rozdzielić od podstawowego zakresu zamówienia i zakończenia jego realizacji oraz odbioru budynku. Wniosek zawierał informacje, że zakres robót dodatkowych opisany został szczegółowo w protokole konieczności z **13.05.2014 r.**, który obejmuje następujące klasy robót:

- 1) wykonanie prac projektowych – projektów zamiennych związanych z dodatkowymi instalacjami gazów technicznych i zmianami w pomieszczeniach;
- 2) montaż dodatkowych instalacji: azotu gazowego, odciągów z pomp próżniowych, gazów technicznych, odwadniających do nowych laboratoriów, które nie były uwzględnione na etapie przygotowywania pierwotnych planów budynku;
- 3) zamiana drzwi na drzwi o większym „świecie”, co było podyktowane zwiększeniem gabarytów urządzeń, które będą wprowadzane do poszczególnych pomieszczeń (laboratoriów), a gabaryty urządzeń zostały ustalone dopiero w 2014 r.;
- 4) konieczność instalacji dodatkowego wyposażenia, mebli i aparatury pozyskanych w ramach projektów realizowanych w „Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka”, współfinansowanym przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz konieczność rozmieszczenia znacząco większej liczby doktorantów i osób zatrudnionych do realizacji grantów, a ponadto uzyskanie przez Wydział FAiIS UJ statusu Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego, co 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;
- 6) konieczność zmiany lokalizacji laboratoriów i urządzeń, a zmiany wynikają z dostosowania pomieszczeń do aktualnych wymagań użytkownika, których na etapie postępowania przetargowego nie można było przewidzieć.

Zamawiający wskazał, że wnioskowane roboty należy zakwalifikować jako niedające się wcześniej przewidzieć, ponieważ konieczność ich zlecenia jest związana z ciągłym rozwojem nowych metod i technik pomiarowych, metod badawczych, w ramach powstających na **WFAiIS UJ** unikalnych kierunków badań silnie powiązanych z dydaktyką, a wymagających stworzenia w laboratoriach wyższych, niż pierwotnie zakładane, parametrów technicznych i funkcjonalnych. **Zamawiający** w trakcie realizacji umowy na zaprojektowanie i wykonanie

obiektu pozyskał nową, unikalną aparaturę w ramach projektów realizowanych w Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka, współfinansowanym przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Tego faktu nie można było przewidzieć na etapie formułowania ostatecznych wymagań Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia dla zamówienia podstawowego jak i przed podpisaniem kontraktu z **wykonawcą** inwestycji.

Według **zamawiającego** wykonanie zamówień dodatkowych w zakresie robót jest konieczne dla zakończenia prac podstawowych. Technologicznie zaś zakres tych robót przenika się i zazębia się z technologią robót podstawowych. Również pod względem organizacji robót i organizacji placu budowy, kwestii gwarancji itp., roboty podstawowe nie są możliwe do rozdzielenia od zamówienia dodatkowego. Ponadto nie można prawidłowo i należyście wykonać oraz zakończyć zakresu podstawowej umowy bez wykonania prac wynikających z zakresu zamówień dodatkowych.

Zamawiający stwierdził, że wykonanie wnioskowanych zamówień pozwoli na wykonanie zamówienia podstawowego, gdyż ze względów technicznych, technologicznych, organizacyjnych, przeciwpożarowych i sanitarnych, niemożliwym jest zakończenie podstawowego zakresu robót, bez realizacji zamówienia dodatkowego, co powoduje uzależnienie wykonania umowy podstawowej od wykonania dodatkowego zamówienia. Przy tym także przyczyny techniczne wskazują na to, że oddzielenie zamówienia podstawowego od dodatkowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, a nawet strat z uszczerbkiem dla finansów publicznych.

Zamawiający dodał, że uzyskał informacje o konieczności przeprowadzenia zamówienia dodatkowego na końcowym etapie realizacji inwestycji, gdy poszczególne segmenty mieszczące specjalistyczne laboratoria były zrealizowane w 85%.

Ponadto 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. **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 to Zakładu niezbędna była adaptacja wykonanych w **85%** pomieszczeń laboratoryjnych wraz ze specjalistycznymi instalacjami dla nowych celów badawczych.

Ponadto **zamawiający** wskazał, że nie mógł przewidzieć, że **Wydział** w ramach konkursu uzyska statut Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego, jako flagowej jednostki

polskiej nauki, co wiąże się z dodatkowym finansowaniem prac naukowo-badawczych na najwyższym poziomie, w tym wzmocnienie potencjału naukowego i badawczego, rozwój kadry naukowej i zapewnianie wysokiej jakości kształcenia. **Zamawiający** poinformował również, że kreowanie atrakcyjnych warunków pracy badawczej, budowanie silnej i rozpoznawalnej marki, a także zatrudnienie w Polsce zagranicznych uczonych, jest ściśle związane ze zmianą organizacji współpracy między jednostkami **Wydziału**, a to z kolei wiąże się z koniecznością stworzenia dodatkowej przestrzeni dyskusyjnej i seminaryjnej. **Zamawiający** nie mógł przewidzieć, że nastąpi tak znaczący wzrost liczby doktorantów oraz wzrost liczby osób zatrudnionych do realizacji grantów (znaczący wzrost liczby projektów, zakwalifikowanych do finansowania, w tym 6 grantów Maestro, wymagających dodatkowych stanowisk pracy), dla których zaszła potrzeba dostosowania pomieszczeń laboratoryjnych.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonanie zamówienia dodatkowego jest uzależnione i ściśle związane z zamówieniem podstawowym, gdyż wykonanie robót przez obecnego **wykonawcę** jest związane z pełną odpowiedzialnością za zrealizowany w **85%** budynek. Zamontowane urządzenia i zamontowane w większości instalacje, wymagały dostosowania do nowych założeń. W okresie gwarancji i rękojmi, **wykonawca** daje gwarancje należytego wykonania umowy i rękojmię na wykonane roboty, co gwarantuje ubezpieczyciel, który wyklucza możliwość wprowadzenia innego wykonawcy na teren budowy w trakcie realizacji (w tym wprowadzania koniecznych zmian w wykonanych instalacjach technologicznych i technologiach poszczególnych laboratoriów przez innego wykonawcę).

Jednocześnie **zamawiający** podkreślił, że oddzielenie zamówienia podstawowego od dodatkowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów wynikających z faktu, że Generalny Realizator Inwestycji, który obowiązany był do ubezpieczenia obiektu oraz rozruchu wykonanych instalacji i udzielenia gwarancji, mając na uwadze swoje zobowiązania nie wyraził zgody na prowadzenie robót w obiekcie przez innego **wykonawcę**, przed dokonaniem odbioru końcowego obiektu. Zatem roboty dodatkowe musiałyby zostać wykonane po przejęciu obiektu przez **zamawiającego**, który musiałby ponieść koszty ubezpieczenia obiektu na czas wykonywania robót, a ponadto koszty ochrony obiektu, a także zaopatrzenia w niezbędne media oraz przeprowadzonego powtórnie rozruchu instalacji wewnętrznych. Mając na uwadze, że czas potrzebny na zrealizowanie zakresu robót dodatkowych nie pozwoliłby na przejęcie obiektu do użytkowania w planowanym terminie, oprócz kosztów utrzymania obiektu, należy uwzględnić także koszty wynikające ze zwłoki w realizacji badań zakontraktowanych w ramach grantów uzyskanych przez uczelnię, przewidzianych do przeprowadzenia w nowych laboratoriach.

Zamawiający zgodnie z protokołem konieczności z **13.05.2014 r.** postanowił udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawo-

wego. Negocjacje z zaproszonym wykonawcą przeprowadzono **2.06.2014 r.**, a umowa została zawarta **6.06.2014 r.**

Prezes Urzędu, działając na podstawie **art. 165 ust. 1 Pzp**, przeprowadził kontrolę doraźną 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”. **Zamawiający** wskazał, że udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp** dotychczasowemu **wykonawcy** realizującemu **zamówienie podstawowe**, zgodnie z umową z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Hochtief Polska S.A (lider) i Hochtief Construction AG, która to umowa została zawarta **15.09.2010 r.** po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki. Przedmiotowa umowa została zawarta z wykonawcą **zamówienia podstawowego** w trybie zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na przepisy **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**.

W toku kontroli **zamawiający** oznajmił, że uzyskał informacje o konieczności przeprowadzenia zamówienia na końcowym etapie realizacji inwestycji, gdy poszczególne segmenty mieszczące specjalistyczne laboratoria były zrealizowane w 85%. **Zamawiający** poinformował również, że na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania robót dodatkowych ujętych w zamówieniu dodatkowym. **Zamawiający** stwierdził także, że w trakcie realizacji obiektu oraz specjalistycznych instalacji, 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 stwierdził, że 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. Ponadto **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 niezbędna była adaptacja wykonanych w **85%**

pomieszczeń laboratoryjnych wraz ze specjalistycznymi instalacjami dla nowych celów badawczych. **Zamawiający** również wskazał, że nie mógł przewidzieć, że Wydział w ramach konkursu uzyska statut Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego, jako flagowej jednostki polskiej nauki.

Zamawiający podniósł również, że 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, ubezpieczenia itd.

Jednak w ocenie **Prezesa Urzędu**, **zamawiający** nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**.

Kontrolujący stwierdził, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp** (na co powołał się **zamawiający**) 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,
- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów,
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zamawiający jest obowiązany wykazać, że 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.

Zdaniem **Prezesa Urzędu**, **zamawiający** nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, jak wymaga tego wskazany **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**.

Przypadek ten zachodzi, gdy wykonanie zamówienia podstawowego wymaga równoczesnego lub wcześniejszego wykonania zamówienia dodatkowego. Zdaniem kontrolującego w rozpoznawanym stanie faktycznym kontrolowanego postępowania 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 WFAiS UJ. Taki charakter mają przede wszystkim zmiany lokalizacji laboratoriów i urządzeń, wykonanie instalacji odwadniających fundamenty pod platformy aktywne, dodatkowe systemy bezpieczeństwa w laboratoriach, meble laboratoryjne oraz meble standardowe dla nowej aparatury i zwiększonej liczbę 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, że 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 wystąpiła taka sytuacja, 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 zakresie ustalonym w umowie z **wykonawcą**.

Zdaniem **kontrolującego** zakres udzielanego zamówienia wskazuje, że wykonanie zamówienia dodatkowego związane było ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji dokonanej przez **zamawiającego** w toku wykonywania i nie jest niezbędne dla należytego wykonania zamówienia podstawowego. Brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowoduje, że zamówienie podstawowe nie zostanie zrealizowane. **Kontrolujący** przytoczył treść uchwały **KIO** z 31 lipca 2013 r. (**KIO/KD 68/13**), gdzie **Izba** stwierdziła, że »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 **kontrolujący** stwierdził, że w przedstawionym stanie faktycznym nie ma do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego realizacji nie można było wcześniej

przewidzieć. Zgodnie z uchwałą **KIO** z 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«.

Kontrolujący zauważył, że 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** 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 2 stycznia 2014 r. (**KIO/KD 117/13**). Z uchwały wynika, że »nie jest wystarczające wykazanie, że 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 zachowaniom przypiszemy cechy należytej staranności”«.

Kontrolujący dodał, że w przedmiotowej sprawie nie występują również przyczyny techniczne czy gospodarcze, z których powodu oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego 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 Pzp** jaką jest niezbędność robót dodatkowych. W orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z 2 grudnia 2013 r. (**BDF1/4900/69/73/13/RWPD-719**) wskazano, że »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». **Zamawiający** nie wykazał konieczności poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Twierdzenie **zamawiającego**, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy pozwoli ograniczyć koszty, jest jedynie jego przypuszczeniem, bo procedura otwarta może doprowadzić do wyboru **wykonawcy** realizującego dotychczasowe roboty bądź innego **wykonawcy**, który złoży ofertę korzystniejszą.

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” **kontrolujący** podsumował, że w okolicznościach faktycznych sprawy, **zamawiający** nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. **Zamawiający** naruszył tym samym **art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp**.

Jednocześnie **Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** poinformował **zamawiającego**, że zgodnie z **art. 167 ust. 1 Pzp** od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający wniósł **11.01.2016 r.** pismem bez znaku zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej. Pismem z **22.01.2016 r.** **Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** podtrzymał swoje stanowisko i odmówił uwzględnienia zastrzeżeń **zamawiającego** oraz skierował sprawę do zaopiniowania przez **Krajową Izbę Odwoławczą**, zgodnie z **art. 167 ust. 2 Pzp**.

Izba stwierdza, że **zamawiający** podniósł, że udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**. Zamówienie dodatkowo pozostawało w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego i **zamawiający** podniósł, że:

- 1) zamówienie podstawowe zostało określone w umowie z **15.09.2010 r.**, a będący podstawowym dokumentem do tego zamówienia **PFU** nie był już aktualny w 2014 r., gdyż nie pozwalałby na prowadzenie badań na najwyższym światowym poziomie i nowy budynek nie mógłby być użytkowany zgodnie z najnowszym przeznaczeniem i nie można byłoby dokonać przeprowadzki **Wydziału FAiS UJ** do nowej siedziby (istotny cel realizacji inwestycji); nowy budynek nie byłby w pełni funkcjonalny;
- 2) w trakcie realizacji inwestycji w **2012 r. Wydział FAiS UJ** uzyskał status Krajowego Ośrodka Wiodącego (**KNOW**) w dziedzinie fizyki oraz w **2013 r. Wydział** uzyskał kategorię **A+** w dziedzinie badań naukowych, a więc realizowany obiekt musiał sprostać znacznie wyższym wymaganiom m.in. przez zakup w trakcie trwania inwestycji nowego sprzętu badawczego zwłaszcza z funduszy europejskich;

- 3) zamówienie podstawowe nie mogło zostać należycie zrealizowane bez wykonania dodatkowych robót, a wykonanie **zamówienia dodatkowego** było warunkiem koniecznym do prawidłowego i gospodarnego wykonania zamówienia podstawowego, bo w trakcie trwania realizacji inwestycji nastąpił ogromny rozwój **Wydziału** i cel inwestycji (stworzenie jak najbardziej nowoczesnego ośrodka badawczego) oraz zakładane funkcjonalności uległy również znaczącym rozszerzeniom; realizacja zadań inwestycji nie będzie mogła być spełniona bez wykonania robót dodatkowych, a wykonanie inwestycji bez tych robót dodatkowych spowodowałoby, że odebranie inwestycji w pierwotnych założeniach spowodowałoby konieczność natychmiastowego remontu, co nie byłoby zgodne z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych;
- 4) wspólne instalacje i system BMS (automatyki budynku i instalacji bezpieczeństwa) spowodowało niemożność odbioru przedmiotu umowy podstawowej bez wykonania zamówienia dodatkowego.

Zamawiający podkreślił, że zakładał wyposażenie nowego budynku w aparaturę najnowszej generacji, a tym samym zakładał dostosowanie nowo realizowaną inwestycję do wymogów tej aparatury. Instytucja **KNOW** została wprowadzona ustawą z dnia **18 marca 2011 r.** (zmiana ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym – Dz. U. Nr 84, poz. 455), a więc po pół roku od zawarcia umowy na realizację zamówienia podstawowego (**15.09.2010 r.**). **Zamawiający** uzyskał status **KNOW** w 2012 r., czyli 2 lata po zawarciu umowy na realizację zamówienia podstawowego, a rok później **zamawiający** otrzymał kategorię A+ w dziedzinie badań naukowych. Zmiana przepisów i przyznanie tak wysokiego statusu były niezależne od **zamawiającego** (choć **zamawiający** zapewne dołożył starań, aby uzyskać taki status). Również **zamawiający** nie mógł być pewny uzyskania takiego statusu oraz dofinansowań z funduszy europejskich. Ponadto **zamawiający** nie miał wpływu na zmianę przepisów prawa w zakresie kryteriów technicznych, które powinien spełniać ośrodek naukowy, ale **zamawiający** musi się dostosować do tych przepisów. W tym przypadku **Izba** musi stwierdzić, że wystąpiła konieczności przeprowadzenia robót niemożliwych do przewidzenia, a nie tylko robót nieprzewidzianych w na etapie udzielania zamówienia podstawowego. Podobnie uchwała **KIO** z 9 stycznia 2015 r. (**KIO/KD 119/14**).

Dodatkowo **Izba** przychyliła się do wyjaśnień **zamawiającego**, że celem zamówienia podstawowego nie było stworzenie nowej placówki naukowo-badawczej, ale uwzględnienie koniecznych dla tak nowoczesnego obiektu odpowiednich standardów, a w tym wymaganych znowelizowaną w **2011 r.** ustawą Prawo o szkolnictwie wyższym.

Również **Izba** musi wziąć pod uwagę argument **zamawiającego**, że ze względu na dynamicznie rozwijające się technologie oraz nowe możliwości, funkcjonalności i zadania

Wydziału nie było możliwe przewidzenie wszystkich uwarunkowań, które musi obecnie (po 4 latach od rozpoczęcia inwestycji) spełnić nowy budynek.

Kontrolujący przytoczył opinię rzecznika generalnego Michaela Bendik Elmera w sprawie **C-318/94 (Komisja przeciwko Niemcom)** z **8.02.1996 r.**, z której wynika, że gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych trybów zamówieniowych, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań, to zakres stosowania wyjątku (jakim jest możliwość odstąpienia od stosowania trybów podstawowych) byłby niezmiernie szeroki. Jednak **Izba** musi stwierdzić, że **zamawiający** nie wysunął argumentu zagrożenia realizacji zamówienia czy zobowiązań z którejkolwiek strony, ale **zamawiający** podkreślał, że wykonanie zamówienia w pierwotnym kształcie bez robót dodatkowych spowoduje, że będzie konieczne przeprowadzenie remontu i dostosowanie budynku do nowych wymagań, które nie były znane w momencie zawierania pierwotnej umowy w **2010 r.** Ponadto taka niezbędność przeprowadzenia remontu dostosowującego nowy budynek do nowych funkcjonalności spowoduje przesunięcie w czasie zasiedlenia i rozpoczęcia użytkowania budynku, co może również wpłynąć na możliwość wykonania innych zadań naukowo-badawczych przez **zamawiającego** i takie opóźnienie może być przyczyną wystąpienia znacznych strat dotyczących **zamawiającego**.

Na koniec **Izba** musi stwierdzić, że rzeczywiście **zamawiający** nie wykazał spełnienia wszystkich przywołanych przez siebie przesłanek określonych w **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp**, co wytknął **kontrolujący**. Jednak **zamawiający** i **kontrolujący** nie wzięli pod uwagę, że w przywołanych przepisach **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b Pzp** ustawodawca zastosował alternatywę nierozłączną przez użycie funktora prawdziwościowego »lub« łączącego **lit. a** i **lit. b**. Ponadto w samej **lit. a art. 67 ust. 5 Pzp** występuje alternatywa nierozłączna upoważniająca **zamawiającego** do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy z **przyczyn** technicznych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby **poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów**. Ustawodawca dał też możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdy z **przyczyn gospodarczych** oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby **poniesienia takich kosztów**.

Izba podkreśla, że przepis **art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp** brzmi:

»**Art. 67. 1.** Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: [...]

- 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

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

Ustawodawca uzależnił możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na zamówienia dodatkowe w przypadku określonym w **art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp** od wystąpienia siedmiu przesłanek:

- 1) zamówienia należy udzielić dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych;
- 2) zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym;
- 3) zamówienie dodatkowe nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia;
- 4) zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- 5) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne;
- 6) konieczność wykonania zamówienia wyniknęła na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia;
- 7a) z przyczyn technicznych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów;
- 7b) **z przyczyn gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów**;
- 7c) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Izba po analizie udzielonego zamówienia przez **zamawiającego** stwierdza, że w postępowaniu wystąpiły wszystkie przesłanki uprawniające **zamawiającego** do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określone w **art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp**, a więc **zamawiający** zasadnie zastosował ten tryb i **zamawiający** nie naruszył wskazanych przez **kontrolującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ad 1. **Zamawiający** udzielił zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, co jest bezsporne.

Ad 2. Również jest bezsporne, że zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym.

Ad 3. Wartość zamówienia podstawowego wynosi około **125 milionów zł**, a zamówienia dodatkowego wynosi około **3 mln zł**, a więc wartość zamówienia dodatkowego wynosi około **3%** zamówienia podstawowego i nie przekracza łącznie **50%** wartości realizowanego zamówienia.

Ad 4. Celem inwestycji było wybudowanie możliwie najbardziej nowoczesnego ośrodka (taki był jeden z niekwestionowanych celów inwestycji) i to ośrodka spełniającego coraz wyższe standardy związane z postępem nauki. Cel ten był również związany z nałożeniem na **Wydział** specyficznych zadań związanych z uzyskaniem przez **Wydział** statusu Krajowego Naukowego Ośrodka Wiodącego (**KNOW**) i rozszerzeniem zakresu prac naukowo-badawczych **Wydziału** oraz związanego z tym zwiększenia wyposażenia ośrodka w sprzęt naukowo-badawczy o różnych gabarytach, częstokroć większych niż wcześniej przewidziane. Z zastrzeżeń **zamawiającego** do Informacji o wyniku kontroli wynika również, że nie można byłoby prawidłowo wykorzystywać inwestycji bez przeprowadzenia natychmiastowego remontu nowego obiektu, aby móc budynek właściwie użytkować do celów, dla których obiekt został wzniesiony.

Ad 5. Zgodnie z niekwestionowaną przyczyną zawarcia umowy na zamówienie dodatkowe zamówienie dodatkowe stało się konieczne, a **kontrolujący** tylko kwestionuje udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Ad 6. Zamówienie podstawowe zostało udzielone **15.09.2010 r.**, a czynniki takie jak przyznanie statusu **KNOW** wystąpiło w **2011 r.** Było to związane przede wszystkim z uchwaleniem nowelizacji ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym w **2011 r.** Inne czynniki to przydzielenie **Wydziałowi** dodatkowych środków na wyposażenie z funduszy europejskich, rozpoczęcie prowadzenia prac naukowo-badawczych w nowych dziedzinach. Dlatego nie można powiedzieć, że **zamawiający** mógł przewidzieć zdarzenia przyszłe z wystarczającą dozą racjonalności. Czyli ziszczyła się kolejna przesłanka – wystąpiła konieczność wykonania zamówienia na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Ad 7b. Przyczynami gospodarczymi do wykonania zamówienia na roboty dodatkowe w rozpoznawanej sprawie była konieczność wykonania zamówienia (wraz z odpowiednim zamówieniem dodatkowym) we właściwym terminie, gdyż ewentualne przystosowanie budynku do nowych zadań mogłoby spowodować niemożliwość rozpoczęcia użytkowania przed rozpoczęciem zajęć akademickich, a przenoszenie **Wydziału** w trakcie roku akademickiego jest niemożliwe (czynnik również niekwestionowany przez **kontrolującego**). Utrzymywanie tylko dwóch lokalizacji **Wydziału** – zgodnie z wyliczeniami dokonanymi przez **zamawiającego** – spowodowałoby zbędne poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów w kwocie ponad 7 mln zł: za utrzymanie niemogącego być użytkowanym nowego budynku i za czynsz za dotychczas użytkowaną starą siedzibę **Wydziału**.

Inne przyczyny gospodarcze i finansowe zostały bliżej wyliczone na str. 6 przytaczanych zastrzeżeń na sumę ponad 8 mln zł. W przypadku wystąpienia przyczyn gospodarczych nie jest już niezbędne wykazywanie wystąpienia przyczyn technicznych (7a) i wykazywanie uzależnienia wykonania zamówienia podstawowego od wykonania zamówienia dodatkowego (7c) ze względu na zastosowanie w przepisie alternatywy nierozłącznej.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....