

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 października 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 2 września 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego: **Gmina Stara Kiszewa, ul. Ogrodowa 1, 83-430 Stara Kiszewa**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 sierpnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/117/2016) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *wykonanie robót dodatkowych do umowy podstawowej nr UG.ZP.342/15/2010 na Budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej obejmującej miejscowości Nowe Polaszki, Stare Polaszki, Wilcze Błota i części Starej Kiszewy*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Grzegorz Matejczuk
Izabela Kuciak**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 26 sierpnia 2016 r. – nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego Gmina Stara Kiszewa w trybie zamówienia z wolnej ręki na roboty budowlane pn. *wykonanie robót dodatkowych do umowy podstawowej nr UG.ZP.342/15/2010 na Budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej obejmującej miejscowości Nowe Polaszki, Stare Polaszki, Wilcze Błota i części Starej Kiszewy*, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu”, wskazał w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 sierpnia 2016 r., zwanej dalej „Informacją o wyniku kontroli”, stwierdzone naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający – Gmina Stara Kiszewa – wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie stwierdzonego naruszenia – pismo z dnia 2 września 2016 r.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń, podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz przedstawił zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 20 września 2016 r.).

Stan faktyczny sprawy w zakresie podlegającym opiniowaniu, przedstawiający stanowiska Prezesa Urzędu i Zamawiającego, jest następujący.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej. 2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień Zamawiającego Prezes Urzędu ustalił, że postępowanie na wykonanie robót dodatkowych do umowy podstawowej nr UG-ZP.342/15/2010 na *Budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej obejmującej miejscowości Nowe Polaszki, Stare Polaszki, Wilcze Błota i części Starej Kiszewy* przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zakres kontrolowanego zamówienia obejmował: a) Przyłącza kanalizacyjne D=160 - 190 mb; b) Przyłącza wodociągowe D=40 - 678 mb; c) Roboty ziemne - 1 kpl.

Z protokołu konieczności sporządzonego przez Zamawiającego wynika, że *„wykonanie ww. prac dodatkowych leży w interesie lokalnej społeczności, pozwoli na zwiększenie zakładanego efektu ekologicznego, podłączenie posesji do lokalnego układu kanalizacji i wodociągu i jest korzystne ze względów technicznych.”*

Szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosi 236 707,10 zł, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro.

Umowa Nr UG.RG/31/2012 w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 15.11.2012 r. z wykonawcą zamówienia podstawowego – EKOMEL Sp. z o.o. na kwotę 218 846,88 zł brutto.

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający w piśmie z dnia 04.04.2016 r. (znak: RG-I.7011.35.2016) wskazał, że *„(...) od momentu opracowania projektu budowlanego (tj. maj 2009 r.) do czasu wykonywania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego (tj. październik 2010 r. do grudzień 2012 r.) na obszarze objętym inwestycją powstała nowa zabudowa mieszkaniowa, którą należało włączyć do nowo budowanej sieci wodno-kanalizacyjnej. Ponadto w trakcie wykonywania robót budowlanych przy modernizacji istniejącego wodociągu okazało się, że stare przyłącza wodociągowe po istniejącym wodociągu z rur stalowych ocynkowanych należało wymienić z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania. Roboty dodatkowe nie były ujęte przez zamawiającego w projekcie budowlano-wykonawczym zamówienia podstawowego, gdyż na etapie opracowywania tejże dokumentacji zamawiający nie był w stanie przewidzieć zaistniałej sytuacji.”*

W dalszych wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa Urzędu przy pismach z dnia 27.04.2016 r. oraz 08.06.2016 r. Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa robót dodatkowych obejmujących podłączenie nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej, pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej, została ustalona na kwotę 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro). Zamawiający wyjaśnił, że *„1. Lokalizacja nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej dotyczy miejscowości Wilcze Błota i Stare Polaszki. 2. Projekty budowlane nowopowstałej zabudowy były sporządzone w latach 2008 - 2011, a prace budowlane rozpoczęto w latach 2010 - 2012.”* Jednocześnie zamawiający dołączył do wyjaśnień decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę dla poszczególnych budynków mieszkalnych, z których wynika, że zostały one wydane na przestrzeni lat 2008 - 2012, tj. -nr AB.7351-281(2)/08 z dnia 29.04.2008 r., -nr AB.7351-543(2)08 z dnia 25.09.2008 r., -nr AB.7351-143(1)/09 z dnia 20.05.2009 r., -decyzja nr AB.7351-181/2/2010 z dnia 20.04.2010 r., -nr AB.6740.771.2.2011 z dnia 15.12.2011 r., -nr AB.6740.66.2.2012 z dnia 21.02.2012 r.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego oraz ustalonego w toku postępowania wyjaśniającego stanu faktycznego, Prezes Urzędu wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie 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 tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie

zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli; a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Z powyższego wynika, że możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wskazanych okoliczności, zwanych dalej przesłankami obligatoryjnymi: 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy, 2) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane, 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, 5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Spełnienie przez zamawiającego wskazanych przesłanek jednak nie powoduje jeszcze, że może on udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Muszą w danym stanie faktycznym zachodzić również okoliczności wymienione w lit. a) lub lit. b) artykułu 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99).

Na podstawie opisanego stanu faktycznego, Prezes Urzędu wskazał: należy przyjąć, że w stosunku do części robót dodatkowych wynikających z konieczności wymiany starych

przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności, ich wykonanie stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Stwierdził, że dochowując należytej staranności Zamawiający przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, nie był w stanie przewidzieć, że stare przyłącza wodociągowe na istniejącym wodociągu z rur stalowych ocynkowanych były zużyte i zbyt silnie skorodowane. Ponadto, były one niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

Mając jednocześnie na uwadze wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego odnośnie wartości dodatkowych robót budowlanych, z których wynika, że wartość robót dodatkowych obejmujących roboty budowlane wynikające z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych wynosiła 42 884,89 zł netto (tj. 10 610,19 euro), wskazał, że Zamawiający mógł je zlecić wykonawcy do realizacji bez obowiązku stosowania ustawy Pzp. Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania – przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000,00 euro.

Z kolei odnośnie pozostałych robót obejmujących podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych, pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej, o wartości 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro) wskazał, że nie została spełniona przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie, z którą udzielenie zamówienia dodatkowego musi być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, tzn. takiego wykonania tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia dodatkowe nie mogą służyć jedynie poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego, czy rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować. Tymczasem wykonanie przyłączy do nowej zabudowy mieszkaniowej, która powstała już po wszczęciu postępowania o zamówienie podstawowe, stanowiło rozszerzenie inwestycji o nowe roboty dotyczące nowych budynków. Przyłączenie tych nowych budynków do sieci nie było niezbędne dla realizacji zamówienia podstawowego w jego pierwotnym kształcie. Wykonanie zamówienia w zakresie przyłączy do nowej zabudowy mieszkaniowej było w istocie udzieleniem nowego zamówienia z pominięciem zasad konkurencji.

Ponadto, w odniesieniu do części obejmującej budynki mieszkalne, dla których przed wszczęciem postępowania na zamówienie podstawowe (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP w dniu 19.05.2010 r. pod nr 128745) wydano decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę, nie została spełniona także przesłanka,

zgodnie z którą konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania specyfikacji zamówienia podstawowego przy zachowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Nie jest uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie wolnej ręki fakt, że zamawiający go nie przewidział, ale musi być nim fakt, że zamawiający nie był w stanie go przewidzieć. Wymieniona przesłanka stosowania trybu z wolnej ręki występuje w sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia dodatkowego wynika z okoliczności obiektywnie niezależnych od zamawiającego, których zamawiający w ogóle nie mógł przewidzieć przystępując do przygotowywania inwestycji. Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego, etc. Tymczasem cztery pierwsze decyzje o pozwoleniu na budowę, z wymienionych wyżej, zostały wydane przed wszczęciem postępowania o zamówienie podstawowe, a zatem powinny być znane zamawiającemu, który mógł uwzględnić zakres wynikających z nich robót w zamówieniu podstawowym. Nie były to roboty nieprzewidywalne.

Reasumując, wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych nie było: 1) niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego – możliwe było wykonanie zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego pierwotnym zakresie, w tym także nie wpłynąłby na jego funkcjonalność zakładaną w podstawowym zakresie. Zamówienie dodatkowe służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować; 2) konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia – przynajmniej 4 z 6 nowopowstałych budynków mieszkaniowych posiadały pozwolenie na budowę w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, tj. 19.05.2010 r., a ich ewentualne przyłączenie do realizowanej przez zamawiającego kanalizacji było możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Powyższe oznacza, że w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający naruszył przepis. Naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zastrzeżenia Zamawiającego.

Zamawiający – Gmina Stara Kiszewa – zgłosił zastrzeżenia o treści jak niżej.

1. W Informacji o wyniku kontroli podano, że szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosi 236 707,10 zł, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro. Zamawiający poinformował, że podana kwota 236 707,10 zł jest wartością kosztorysową brutto zamówienia na roboty dodatkowe. W związku z powyższym szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosiła kwotę 194 022,21 zł, stanowiącą wartość netto, co w przeliczeniu na euro stanowi kwotę 48 269,03 euro.

2. Ponadto część robót dodatkowych wynikających z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, została skosztorysowana na kwotę 168 192,27 zł netto (tj. 41 843,04 euro), a nie jak wskazano w informacji pokontrolnej kwotę 42 684,89 zł netto (tj. 10 619,19 euro).

Z kolei odnośnie pozostałych robót obejmujących podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych, pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej, to ich wartość stanowiła kwotę 25 829,94 zł netto tj. 6 426,00 euro), jak podano w piśmie nr RG-I.7011.56.2016 z dnia 30.06.2016 r., a nie kwotę 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro), jak podano w informacji o wyniku kontroli.

3. Jednocześnie zamawiający wskazał, że kwota o wartości 194 022,21 zł netto, która została podana w piśmie nr RG-I.7011.39.2016 z dnia 27.04.2016 r., w odpowiedzi na pismo Urzędu Zamówień Publicznych nr UZP/DKUE/FP/W2/425/175(4)/16/DD(3438) dot. WK/175/16/DKUE z dnia 19.04.2016 r., dotyczy wartości szacunkowej netto wszystkich robót stanowiących roboty dodatkowe.

4. Nawiązując do art. 67 ust. 1 pkt 5 ppkt a) i b) ustawy Pzp, udzielone przez Gminę Stara Kiszewa zamówienie na roboty dodatkowe wynikało z wymienionych w ustawie przesłanek, a mianowicie z przyczyn technicznych i gospodarczych nie mogło zostać oddzielone od zamówienia podstawowego, gdyż wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów oraz wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Powyższe przesłanki zostały spełnione łącznie, choć ustawa wymaga spełnienia co najmniej jednej z nich. W związku z powyższym, zamówienie na roboty dodatkowe obejmujące wymianę starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, których wartość szacunkowa wyniosła 168 192,27 zł netto (tj. 41 843,04 euro), a nie jak błędnie wskazano w informacji pokontrolnej kwotę 42 684,89 zł netto (tj. 10 619,19 euro), spełnia przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując Zamawiający podkreślił, że wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych w ilości 6 szt., stanowiło tylko minimalną wartość w stosunku do całości zamówienia, które w większości stanowiło wymianę starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 sierpnia 2016 r., przekazanej przy piśmie nr UZP/DKUE/W2/421/121(3)/16/DD odnośnie wskazanego w Informacji naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przedstawiając następujące uzasadnienie:

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej wskazano, że działanie Zamawiającego polegające na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia zamówienia w zakresie obejmującym podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej, stanowi naruszenie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na fakt, że w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazane w tym przepisie, tj. w szczególności wykonanie powyższych prac budowlanych nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz nie stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Tym samym stwierdzono, że Zamawiający naruszył przepis ustawy Pzp.

Wnosząc zastrzeżenia, Zamawiający poinformował, że *„W informacji o wyniku kontroli podano, że szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosi 236 707,10 zł, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro. Informujemy, że podana kwota 236 707,10 zł jest wartością kosztorysową brutto zamówienia na roboty dodatkowe. W związku z powyższym szacunkowa wartość zamówienia dodatkowego wynosiła kwotę 194 022,21 zł, stanowiącą wartość netto, co w przeliczeniu na euro stanowi kwotę 48 269,03 euro.”*

Ponadto Zamawiający podniósł, że wartość robót obejmujących podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej stanowiła kwotę 25 829,94 zł netto, tj. 6 426,00 euro, a nie kwotę 194 022,21 zł netto (tj. 48 269,03 euro) jak podano w informacji o wyniku kontroli. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że *„(...) kwota o wartości 194 022,21 zł netto, która została podana w naszym piśmie nr RG-I.7011.39.2016 z dnia 27.04.2016 r. (...) dotyczy wartości szacunkowej netto wszystkich robót stanowiących roboty dodatkowe.”*

Następnie Zamawiający wskazał, że *„Nawiązując do art. 67 ust. 1 pkt 5 ppkt a) i b) ustawy Pzp, udzielone przez Gminę Stara Kiszewa zamówienie na roboty dodatkowe wynikało z wymienionych w ustawie przesłanek, a mianowicie z przyczyn technicznych i gospodarczych nie mogło zostać oddzielone od zamówienia podstawowego, gdyż*

wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów oraz wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Powyższe przesłanki zostały spełnione łącznie, choć ustawa wymaga spełnienia co najmniej jednej z nich. W związku z powyższym zamówienie na roboty dodatkowe obejmujące wymianę starych przyłączy wodociągowych i z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, których wartość szacunkowa wyniosła 168 192,27 zł netto (tj. 41 843,04 euro), a nie jak błędnie wskazano w informacji pokontrolnej kwotę 42 684,89 zł netto (tj. 10 619,19 euro) spełnia przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Urząd Zamówień Publicznych poinformował, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 163 ust. 3 ustawy Pzp Prezes Urzędu prowadząc kontrolę ustala stan faktyczny na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów.

W trakcie prowadzenia postępowania wyjaśniającego oraz kontroli postępowania ustalono, że zgodnie z pkt 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-WR) szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w październiku 2012 r. na kwotę 236 707,10 zł, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro.

Ponadto wskazał, że pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. (nr UZP/DKUE/FP/W2/425/175(4)/16/DD) Prezes Urzędu poprosił Zamawiającego o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących postępowania, tj. o wskazanie, *„jaka była wartość szacunkowa zamówienia na roboty dodatkowe obejmujące podłączenie nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej, pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej”*. W odpowiedzi, pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r. (nr RG-I.7011.39.2016), Zamawiający wyjaśnił, że *„wartość szacunkowa zamówienia na roboty dodatkowe obejmujące podłączenie nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej, pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej, została ustalona na kwotę 194 022.21 zł netto”* (tj. 48 269,03 euro).

Następnie pismem z dnia 24 maja 2016 r. (nr UZP/DKUE/FP/W2/425/175(6)/16/DD) Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie dalszych wyjaśnień dotyczących postępowania, a w szczególności informacji kiedy został sporządzony projekt budowlany nowopowstałej zabudowy. W odpowiedzi, pismem z dnia 8 czerwca 2016 r. (nr RG-I.7011.48.2016), Zamawiający przekazał decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę dla poszczególnych budynków mieszkaniowych, z których wynika, że decyzje zostały wydane na przestrzeni lat 2008 -2012, tj.: -nr AB.7351-281(2)/08 z dnia 29.04.2008 r., -nr AB.7351-543(2)/08 z dnia 25.09.2008 r., -nr AB.7351-143(1)/09 z dnia

20.05.2009 r., -nr AB.7351-181/2/2010 z dnia 20.04.2010 r., -nr AB.6740.771.2.2011 z dnia 15.12.2011 r., -nr AB.6740.66.2.2012 z dnia 21.02.2012 r.

W związku z wyjaśnieniami, pismem z dnia 22 czerwca 2016 r. (nr UZP/DKUE/FP/W2/425/175(8)/16/DD) Prezes Urzędu poprosił Zamawiającego o wyjaśnienie „*jaka była wartość szacunkowa podłączenia nowopowstałych budynków, na które zostały wydane decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenie na budowę: -nr AB.7351-281(2)/08 z dnia 29.04.2008 r., -nr AB.7351-543(2)/08 z dnia 25.09.2008 r., -nr AB.7351-143(1)/09 z dnia 20.05.2009 r., -nr AB.7351-181/2/2010 z dnia 20.04.2010 r.*”, tj. poproszono o stosowne wyjaśnienia odnośnie wartości szacunkowej podłączenia czterech (z sześciu) nowych budynków.

W odpowiedzi, pismem z dnia 30.06.2015 r. (nr RG-I.7011.56.2016), Zamawiający poinformował, że „*wartość szacunkowa podłączenia nowo powstałych budynków, na które zostały wydane decyzje zatwierdzające projekt budowlany oraz pozwolenia na budowę wyniosła 25 829,94 zł netto*”, (tj. 6 728,30 euro).

Mając na uwadze powyższe dokumenty i wyjaśnienia ustalono, że: -wartość szacunkowa kontrolowanego zamówienia wynosi 236 707,10 zł netto, co stanowiło równowartość 58 888,22 euro, w tym: wartość szacunkowa robót obejmujących podłączenie nowopowstałej zabudowy mieszkaniowej, pierwotnie nie ujętej w dokumentacji projektowej, wynosi 194 022,21 zł netto, co stanowiło równowartość 48 269,03 euro, -w konsekwencji wartość szacunkowa robót wynikających z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych – jako różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a wartością robót obejmujących podłączenie nowopowstałej zabudowy – wynosiła 42 684,89 zł netto, co stanowiło równowartość 10 619,19 euro.

Jednocześnie ustalono, że wartość szacunkowa robót obejmujących podłączenie czterech (z sześciu) nowych budynków wynosiła 25 829,94 zł netto, co stanowiło równowartość 6 728,30 euro.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazał, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana jest przez zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wartościach netto (bez podatku VAT). Z protokołu postępowania (pkt 2.2.) jasno wynika, że całkowita wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 236 707,10 zł. To, że w tym zakresie wskazano kwotę podaną w wartości netto, potwierdza dodatkowo ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, gdzie w pkt 1V.5. wskazano na tożsamą kwotę podaną w wartościach netto (wprost wskazano „bez VAT”). Dla ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia nie może mieć znaczenia *post factum* wartość oferty złożonej w postępowaniu, czy też wynegocjowane z wykonawcą w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki warunki finansowe realizacji przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa – jak wskazano wyżej – ustalana jest przez

zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim w celu ustalenia, jakie procedury udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie w konkretnych warunkach.

W drugiej kolejności Prezesa Urzędu podniósł, że przedmiotem ustaleń w toku postępowania wyjaśniającego i kontrolnego było ustalenie, jaka była wartość szacunkowa (netto) robót objętych przedmiotem zamówienia odnoszącym się do dotychczasowych przyłączy wynikających z istniejącego wodociągu i nowych przyłączy. Powyższe ustalenie było niezbędne w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego udzielonymi w piśmie z dnia 4 kwietnia 2016 r. (znak: RG-I.7011.35.2016), które wyraźnie wskazywały na dwie podstawy przeprowadzenia i udzielenia zamówienia publicznego. Jedna wskazywała na sytuację nieprzewidywalną i dotyczyła starych przyłączy wodociągowych, które okazały się zużyte i silnie skorodowane, czego projektant nie był w stanie przewidzieć i w konsekwencji – uwzględnić w projekcie budowlanym zamówienia podstawowego. Druga sytuacja dotyczyła wykonania nowych przyłączy, co nie wskazywało wprost na spełnienie przesłanki nieprzewidywalności wykonania zamówienia dodatkowego. Z tych też względów, w piśmie Urzędu z dnia 19 kwietnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/FP/W2/425/175(4)/16/DD) Zamawiający został poproszony wyraźnie o wskazanie wartości robót wynikających z wykonania nowych przyłączy. Zamawiający w tym zakresie udzielił jednoznacznej odpowiedzi pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r. (nr RG-I.7011.39.2016), wskazując na wartość 194 022,21 zł netto, co aktualnie w zastrzeżeniach jest przez Zamawiającego kwestionowane.

Ponadto Zamawiający pismem Urzędu z dnia 22 czerwca 2016 r. (znak: UZP/DKUE/FP/W2/425/175(8)/16/DD) został poproszony o podanie wartości szacunkowej nowych przyłączy podłączonych do czterech budynków, na które wydano konkretne decyzje o pozwoleniu na budowę (wymieniono numery decyzji). Ustalenie tej wartości szacunkowej dotyczyło podłączenia nowych przyłączy do tylko tych czterech (z sześciu) budynków, dla których decyzje o pozwoleniu na budowę zostały wydane przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, co wskazywało dodatkowo na niespełnienie w tym zakresie przesłanki nieprzewidywalności. Pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. (znak: RG-I.7011.56.2016) Zamawiający jednoznacznie wskazał, że ww. wartość szacunkowa wynosi 25 829,94 zł, która to wartość jest aktualnie w zastrzeżeniach kwestionowana.

Odnosząc się do zastrzeżeń, Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego informacje dotyczące wartości zamówienia dodatkowego znacząco odbiegają od wskazanych w dokumentacji postępowania oraz wyjaśnieniach złożonych w trakcie prowadzenia postępowania wyjaśniającego i kontroli. W tym miejscu jeszcze raz podkreślił, że stan faktyczny i wyniki kontroli ustalane są na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, a także wyjaśnień przekazanych Prezesowi Urzędu na jego żądanie. Zamawiający udzielił w trakcie postępowania wyjaśniającego i kontroli wyżej

cytowanych wyjaśnień, którym obecnie zaprzecza w zastrzeżeniach do wyniku kontroli. Jednocześnie Zamawiający nie wyjaśnia w zastrzeżeniach, dlaczego udzielił uprzednio cytowanych wyżej wyjaśnień i z czego wynika fakt, że są one całkowicie rozbieżne z kwotami podawanymi obecnie w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, jak też nie przekazał żadnych dowodów na potwierdzenie, które kwoty (podane poprzednio w trakcie postępowania wyjaśniającego i kontroli, czy podawane obecnie w zastrzeżeniach) są prawidłowe. Wobec braku wyjaśnienia przez Zamawiającego rozbieżności i braku udowodnienia prawidłowości wyliczeń wskazanych w zastrzeżeniach w stosunku do wyliczeń wskazywanych uprzednio Prezesowi Urzędowi, wartości podawane obecnie w zastrzeżeniach należy uznać za nieudowodnione i gołosłowne, nie dające podstawy do zmiany ustaleń kontrolnych.

Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł również, że zamówienie na roboty dodatkowe obejmujące wymianę starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, spełnia przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w tym w szczególności zachodziły przesłanki uprawniające go do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 a) i b) ustawy Pzp, ponieważ z przyczyn technicznych i gospodarczych zamówienie dodatkowe nie mogło zostać oddzielone od zamówienia podstawowego, gdyż wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów oraz wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W tym miejscu Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że naruszenie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wykazane w Informacji o wyniku kontroli dotyczyło jedynie robót w zakresie podłączenia nowych budynków. Nie kwestionowano natomiast prawidłowości zastosowania wskazanego przepisu odnośnie robót związanych z wymianą starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie.

Odnośnie zamówienia na roboty dodatkowe obejmujące podłączenie nowych budynków, w pierwszej kolejności Prezes Urzędu przypomniał, że Zamawiający udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, podejmuje negocjacje tylko z jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, określonych ustawowo sytuacjach. Przepis art. 67 ust. 1 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie okoliczności, w których Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny, wielokrotnie podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta.

Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wskazanych niżej

okoliczności, zwanych dalej przesłankami obligatoryjnymi: 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy, 2) przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane, 3) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, 4) wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, 5) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Dodatkowo muszą w danym stanie faktycznym zachodzić również okoliczności wymienione w lit. a) lub lit. b) artykułu 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu wskazał, że w Informacji o wyniku kontroli nie zakwestionował wszystkich przesłanek zastosowania trybu. Wskazano jednak, że wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego (gdyż służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których mogło ono funkcjonować, a brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego pierwotnym zakresie) oraz konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (gdyż przynajmniej 4 z 6 budynków posiadały pozwolenie na budowę w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, zatem Zamawiający musiał wiedzieć o ich planowanej budowie).

W związku z powyższym, Prezes Urzędu ponownie wskazał, że jedną z przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia dodatkowego w wymienionym trybie jest konieczność jego prawidłowego wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć przy tym charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Dotyczy to sytuacji, w których Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi o roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności. Ponadto, kolejną obligatoryjną przesłanką do zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia dodatkowego jest to, aby zamówienie dodatkowe było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamówieniem podstawowym mogą być objęte tylko takie roboty lub usługi, bez których zamówienie podstawowe nie może funkcjonować.

Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, że brak jest w nich nowych argumentów, w tym wskazania okoliczności z których by wynikało, że udzielenie zamówienia dodatkowego obejmującego podłączenie

nowopowstałych obiektów budowlanych pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej do nowo budowanej sieci wodno-kanalizacyjnej, stało się konieczne na skutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia oraz wykonanie robót dodatkowych było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.

W świetle dokumentacji przekazanej do kontroli uznał, że możliwe było przewidzenie prac wchodzących w zakres zamówienia dodatkowego i dotyczących przyłączenia nowopowstałej zabudowy do powstającej sieci kanalizacyjnej. Jednocześnie podkreślił, że dla zrealizowania zamówienia podstawowego nie było niezbędne wykonanie ww. robót dodatkowych. Również zachowanie w podstawowym zakresie funkcjonalności zamówienia podstawowego w żadnym wypadku nie było uzależnione od podłączenia do sieci nowopowstałych budynków. W przedmiotowej sprawie, zamówienie dodatkowe w ww. zakresie polegało na rozszerzeniu zamówienia podstawowego o dodatkowe roboty, bez których zamówienie podstawowe mogło spełniać swoje przeznaczenie i które stanowiły w istocie nowe, odrębne zamówienie.

Reasumując, Prezes Urzędu wskazał: przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie podłączenia nowopowstałych obiektów budowlanych pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej do nowo budowanej sieci wodno-kanalizacyjnej, nie zasługują na uwzględnienie.

Tym samym Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 sierpnia 2016 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazał je w ww. zakresie do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, na podstawie analizy stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej oraz zastrzeżeń zamawiającego uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Opinia – w rozumieniu wskazanego przepisu – ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny

prawnej Prezesa Urzędu, z drugiej argumentacji zamawiającego, która ze swej istotny – zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej – powinna zmierzać do zasadnego zakwestionowania i podważenia stanowiska przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli.

Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia – stanowisko zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej następczej oraz ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp.

Izba podzieliła w pełni stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 sierpnia 2016 r. oraz w informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego z dnia 20 września 2016 r.

Zgodnie z ustawą Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są tryby konkurencyjne (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp – przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony). Udzielanie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowiącym wyjątek od zasady, stosowanym w myśl ust. 2 art. 10 w przypadkach określonych w ustawie, należy traktować w sposób ścisły.

W orzecznictwie podkreślano, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Sądy – Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny – w wyrokach: NSA z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00 i z dnia 1 października 2001 r., sygn. akt II SA 2802/00, SN z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01. Podobnie ETS w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01, C-28/01. Także Izba, przykładowo w uchwale z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt KIO/KD 81/12.

Przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i lit. b ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do udzielania zamówienia z wolnej ręki, gdy występują łącznie okoliczności, zwane przesłankami obligatoryjnymi: *pkt 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.*

Prezes Urzędu oceniając zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w zakresie obejmującym podłączenie nowopowstałych obiektów budowlanych pierwotnie nie ujętych w dokumentacji projektowej, jako stanowiące naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec faktu niespełnienia w okolicznościach faktycznych sprawy przesłanek uprawniających zamawiającego do zastosowania tego trybu, w szczególności uznania, że: wykonanie prac budowlanych nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz nie stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, nie zakwestionował w Informacji o wyniku kontroli wszystkich przesłanek zastosowania trybu. Wskazał jedynie, że wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, gdyż służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe mogło funkcjonować i brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego pierwotnym zakresie. Stwierdził niewystąpienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, gdyż przynajmniej 4 z 6 budynków posiadały pozwolenie na budowę w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, co świadczy, że Zamawiający musiał wiedzieć o planowanej budowie budynków. Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć przy tym charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Dotyczy to sytuacji, w których Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi o roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności. Ponadto, kolejną obligatoryjną przesłanką do zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia dodatkowego jest to, aby zamówienie dodatkowe było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamówieniem dodatkowym mogą być objęte tylko takie roboty lub usługi, bez których zamówienie podstawowe nie może funkcjonować.

Cytat z Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (str. 5-6): „(...) wykonanie robót dodatkowych w zakresie podłączenia nowych obiektów mieszkalnych nie było: 1) niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego – możliwe było wykonanie zamówienia podstawowego bez wykonania zamówienia dodatkowego. Brak wykonania zamówienia dodatkowego nie spowodowałby niemożności wykonania zamówienia w jego pierwotnym zakresie, w tym także nie wpłynąłby na jego funkcjonalność zakładaną w podstawowym zakresie. Zamówienie dodatkowe służyło rozszerzeniu zakresu zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy, bez których zamówienie podstawowe może

funkcjonować. 2) konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia – przynajmniej 4 z 6 nowopowstałych budynków mieszkaniowych posiadały pozwolenie na budowę w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, tj. 19.05.2010 r., a ich ewentualne przyłączenie do realizowanej przez zamawiającego kanalizacji było możliwe do przewidzenia na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Powyższe oznacza, że w okolicznościach faktycznych rozpatrywanej sprawy nie zostały spełnione przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”

W tym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu, z czym Izba identyfikuje się w całości.

Zamówienie na roboty dodatkowe obejmujące wymianę starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, nie było kwestionowane w wyniku kontroli, jako niespełniające przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Cytat z Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (str. 4): „Na podstawie opisanego powyżej stanu faktycznego należy przyjąć, że w stosunku do części robót dodatkowych wynikających z konieczności wymiany starych przyłączy wodociągowych z uwagi na ich zużycie i zbyt silne skorodowanie, czego projektant nie był w stanie przewidzieć na etapie projektowania, spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności, ich wykonanie stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Należy bowiem stwierdzić, że dochowując należytej staranności zamawiający przed wszczęciem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, nie był w stanie przewidzieć, iż stare przyłącza wodociągowe na istniejącym wodociągu z rur stalowych ocynkowanych były zużyte i zbyt silnie skorodowane. Ponadto, były one niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego.”

Przedstawione ustalenia wynikają z treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej oraz pisma Prezesa Urzędu z dnia 20 września 2016 r.

Izba podzieliła również stanowisko Prezesa Urzędu odnośnie ustalonej wartości zamówienia, uznając za w pełni zasadną argumentację: „Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego należy stwierdzić, iż przedstawione przez Zamawiającego informacje dotyczące wartości przedmiotowego zamówienia dodatkowego znacząco odbiegają od wskazanych w dokumentacji postępowania oraz wyjaśnieniach złożonych w trakcie prowadzenia postępowania wyjaśniającego i kontroli. W tym miejscu jeszcze raz należy podkreślić, iż stan faktyczny i wyniki kontroli ustalone są na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, a także wyjaśnień przekazanych Prezesowi Urzędu na jego żądanie. Zamawiający udzielił w trakcie postępowania

wyjaśniającego i kontroli wyżej cytowanych wyjaśnień, którym obecnie zaprzecza w zastrzeżeniach do wyniku kontroli. Jednocześnie Zamawiający nie wyjaśnia w zastrzeżeniach, dlaczego udzielił uprzednio cytowanych wyżej wyjaśnień i z czego wynika fakt, że są one całkowicie rozbieżne z kwotami podawanymi obecnie w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, jak też nie przekazał żadnych dowodów na potwierdzenie, które kwoty (podane poprzednio w trakcie postępowania wyjaśniającego i kontroli, czy podawane obecnie w zastrzeżeniach) są prawidłowe. Wobec braku wyjaśnienia przez Zamawiającego ww. rozbieżności i braku udowodnienia prawidłowości wyliczeń wskazanych w zastrzeżeniach w stosunku do wyliczeń wskazywanych uprzednio Prezesowi Urzędowi, wartości podawane obecnie w zastrzeżeniach należy uznać za nieudowodnione i gołosłowne, nie dające podstawy do zmiany ustaleń kontrolnych.”

Izba nie stwierdziła podstaw, by w świetle powyższego, w szczególności sposobu ustalenia wartości zamówienia przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego, uznać, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w pkt 1-3 zastrzeżeń, w istocie *pro forma*, a nie *meritum* zagadnienia, miało jakikolwiek wpływ na ustalenia w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....