

Sygn. akt: KIO/KD 48/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 27 sierpnia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 7 sierpnia 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Prezydenta Miasta Wałbrzycha, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 lipca 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/30(4)/15/GK) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na wykonaniu robót dodatkowych określonych jako Projekt: *Zagospodarowanie terenu Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia*”, w ramach zadania inwestycyjnego pn.: *„Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie I projektu PW Stara Kopalnia”* znajdującego się przy ul. Wysockiego 20 w Wałbrzychu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie :	Katarzyna Brzeska Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b, art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówień dodatkowych na wykonanie konstrukcji stalowej na rampie żelbetonowej wejściowej oraz zakup, dostawę i montaż podnośnika dla osób niepełnosprawnych przy budynku nr 11.

W pozostałym zakresie zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na wykonaniu robót dodatkowych określonych jako Projekt: *Zagospodarowanie terenu Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia*”, w ramach zadania inwestycyjnego pn.: *„Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie I projektu PW Stara Kopalnia” znajdującego się przy ul. Wysockiego 20 w Wałbrzychu.*

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b, art. 10 i art. 7 ust. 1 oraz 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 15 maja 2014 r., po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, zawarł umowę z wykonawcą Buprus Development Sp. z o.o. na wykonanie robót budowlanych *Zagospodarowanie terenu Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia*”, w ramach zadania inwestycyjnego pn.: *„Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadania I projektu PW Stara Kopalnia*”. W okresie od 30 września do 2 grudnia 2014 r. sporządzono trzynaście protokołów konieczności dla zamówienia dodatkowego:

- 1) W protokole z dnia 30 września 2014 r. wskazano, że dokumentacja projektowa przewiduje wykonanie konstrukcji stalowej na rampie żelbetowej wejściowej. W drugiej edycji przetargu na zagospodarowanie terenu konstrukcja ta została wyłączona z zakresu rzeczowego. Aktualnie decyzją Zamawiającego wykonanie konstrukcji stalowej na rampie zostało włączone do zakresu Wykonawcy zagospodarowania terenu. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku konstrukcji rampy wejściowej planował jej nie realizować, jednak dopiero po wykonaniu ukształtowania terenu okazało się, że konstrukcja rampy stanowić musi element ciągłości ogrodzenia, jak również zabezpiecza ona osoby wchodzące na teren Kopalni przed przypadkowym upadkiem z wysokości – w niektórych miejscach uskok w terenie dochodzi do 1,7 m.
- 2) W protokole z dnia 3 października 2014 r. wskazano, że w trakcie prowadzonych robót ziemnych w miejscu projektowanej rampy wejściowej natrafiono na dużą ilość przewodów elektrycznych w tym przewodów pod napięciem. W związku z tym zachodzi konieczność zabezpieczenia przewodów przez firmę TAURON. W celu likwidacji kolizji

energetycznych z projektowaną rampą wejściową konieczne jest przełożenie linii energetycznej wokół rampy.

- 3) W protokole z dnia 3 października 2014 r. wskazano, że podczas prowadzenia prac związanych z wymianą gruntu w pobliżu budynku nr 11 odkryto linie kablowe, stanowiące własność firmy TAURON. W związku z tym zachodzi konieczność zabezpieczenia ich zgodnie z wymaganiami TAURON. Zamawiający wyjaśnił, że podczas realizacji prac związanych z rekultywacją terenu natrafiono na linie kablowe niskiego oraz średniego napięcia. Przewody te nie zostały nigdy naniesione na mapy znajdujące się w zasobach geodezyjnych miasta co spowodowało, że projektant nie miał wiedzy o ich istnieniu.
- 4) W protokole z dnia 3 października 2014 r. wskazano, że podczas prowadzenia prac związanych z wymianą gruntu w pobliżu budynku nr 4 odkryto linie kablowe stanowiące własność firmy TAURON. W związku z tym zachodzi konieczność zabezpieczenia ich zgodnie z wymaganiami TAURON.
- 5) W protokole z dnia 20 października 2014 r. wskazano, że zgodnie z zezwoleniem na usunięcie drzew i krzewów (Decyzja Nr 271/2012 DWKZ) konieczne jest wykonanie nasadzeń zastępczych w ilości około 1300 sztuk. Z uwagi na brak miejsca na tak dużą ilość nowych nasadzeń na terenach zielonych, Zamawiający w uzgodnieniu z projektantem zdecydował, że część nasadzeń zastępczych zostanie zrealizowana w donicach wykonanych z betonu architektonicznego, które będą ustawione na nawierzchniach z płyt lub kostki.
- 6) W protokole z dnia 20 października 2014 r. wskazano, że zgodnie z dokumentacją podnośnik dla niepełnosprawnych przy budynku nr 11 występował w zakresie dotyczącym budynku nr 11. Prace związane z rewitalizacją budynku nr 11 zostały zakończone już w 2012 r. Podnośnik wyłączono z zakresu budynku nr 11 ze względu na gwarancję dla tego urządzenia – jej termin upłynąłby przed rozpoczęciem użytkowania podnośnika.
- 7) W protokole z dnia 20 października 2014 r. wskazano, że zgodnie z dokumentacją stanowiącą podstawę do przygotowania oferty, w zakresie przetargu na zagospodarowanie terenu nie występowały nasadzenia drzew i krzewów. W związku z wymaganiami odnośnie nasadzeń zastępczych określonymi w decyzji o usunięciu drzew i krzewów (Decyzja Nr 271/2012 DWKZ), zachodzi konieczność wykonania dodatkowych prac ogrodnich. Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach podniósł, że nasadzenie drzew w donicach stanowi najtańszy sposób wzbogacenia otoczenia w zieleń. Zamawiający wyjaśnił, że nasadzenia podziemne okazały się być niemożliwe

ze względu na liczne uzbrojenie znajdujące się pod nawierzchniami (sieci energetyczne, kanalizacja sanitarna, deszczowa, sieć gazowa, telekomunikacyjna oraz liczne kanały i chodniki podziemne o konstrukcji żelbetowej). O braku możliwości dokonania nasadzeń drzew oraz roślinności w terenie Zamawiający dowiedział się dopiero podczas bezskutecznych prób wskazania odpowiednich do nasadzeń miejsc.

- 8) W protokole z dnia 3 listopada 2014 r. wskazano, że w związku ze zmianami w dokumentacji projektowej w zakresie oświetlenia zewnętrznego oraz iluminacji, zachodzi konieczność rozliczenia oprav, których nie przewidział projekt podstawowy. Protokół konieczności rozliczał dopłatę do oprav zamiennych oraz oprav dodatkowych wynikających z powyższych zmian projektowych wprowadzonych w trakcie realizacji. Zamawiający wyjaśnił, że dopiero pod koniec realizacji niektórych elementów robót budowlanych można było stwierdzić jakiego typu oprawy oświetleniowe przyniosą pożądany efekt podczas podświetlenia obiektów oraz eksponatów muzealnych. Zamawiający dodał, że liczne próby wykonywane przy udziale Konserwatora Zabytków pozwoliły na podjęcie decyzji o wyborze prawidłowych oprav oświetleniowych.
- 9) W protokole z dnia 7 listopada 2014 r. wskazano, że w wyniku zmian w dokumentacji projektowej zostały przeprojektowane szafki oświetleniowe. W związku z tym zmianie uległo wyposażenie i obudowa szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5. Protokół konieczności rozliczał dopłatę wynikającą z powyższych zmian projektowych wprowadzonych w trakcie realizacji w stosunku do projektu podstawowego obowiązującego na etapie przetargu.
- 10) W protokole z dnia 7 listopada 2014 r. wskazano, że w wyniku zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych w trakcie realizacji, została przez projektanta dodana dodatkowa szafka oświetleniowa SO-6, która nie występowała w projekcie podstawowym obowiązującym na etapie przetargu. W związku z tym zachodziła konieczność rozliczenia kosztów wykonania dodatkowej szafki oświetleniowej.
- 11) W protokole z dnia 18 listopada 2014 r. wskazano, że projekt pierwotny przewidywał oświetlenie podświetlające szklane ogrodzenie montowane przed tym ogrodzeniem. W związku ze zmianą koncepcji montażu oprav w szklanym ogrodzeniu, decyzją Projektanta oraz Zamawiającego uzgodniono, że oświetlenie podświetlające ogrodzenie szklane od strony ul. Wysockiego będzie wykonane jako montowane pod taflami szklanymi z zastosowaniem pasków LED. Protokół konieczności rozliczał dopłatę wynikającą z powyższych zmian projektowych wprowadzonych w trakcie realizacji.
- 12) W protokole z dnia 18 listopada 2014 r. wskazano, że w związku ze zmianami w dokumentacji projektowej w zakresie oświetlenia zewnętrznego, zachodzi konieczność

rozliczenia oprav Z5b, których nie przewidywał projekt podstawowy. Protokół rozliczał dopłatę wynikającą z różnicy pomiędzy występującymi pierwotnie w projekcie oprawami Z5 i oprawami zamiennymi Z5b wprowadzonymi w trakcie realizacji.

- 13) W protokole z dnia 2 grudnia 2014 r. wskazano, że dokumentacja projektowa obowiązująca na etapie przetargu zawierała jedynie ogólną informację o możliwym sterowaniu oświetleniem zewnętrznym bez określenia urządzeń i rodzaju sterowania. W trakcie realizacji prac nastąpiła zmiana dokumentacji projektowej, w której określono urządzenia i rodzaj sterowania. W związku z tym zachodziła konieczność rozliczenia dopłaty związanej z dostawą urządzeń i uruchomieniem sterowania.

Zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki zostało wystosowane 8 grudnia 2014 r. do wykonawcy zamówienia podstawowego, tj. Buprus Development Sp. z o.o. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 r. zawarł z ww. wykonawcą umowę nr UM/BSZ/11/49/1/9-10/2015 na wykonanie zamówienia dodatkowego do zadania inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja na cele kulturalne byłej KWK Julia – Zadanie 1 projektu PW Stara Kopalnia” – Zagospodarowanie terenu Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia. Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 ww. umowy przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót dodatkowych polegających na:

- 1) wykonaniu konstrukcji stalowej na rampie żelbetonowej wejściowej,
- 2) usunięciu kolizji kabli energetycznych z rampą wejściową,
- 3) zabezpieczeniu linii kablowej wzdłuż budynku nr 11,
- 4) zabezpieczeniu linii kablowej wzdłuż budynku nr 4,
- 5) zakupie, dostawie i montażu donic 120x120,
- 6) zakupie, dostawie i montażu podnośnika dla osób niepełnosprawnych przy budynku nr 11,
- 7) zakupie i montażu opraw oświetleniowych Z1b, Z5a, Z6a, Z12, Z13, Z22,
- 8) zakupie i montażu szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5,
- 9) zakupie i montażu szafki oświetleniowej SO-6,
- 10) zakupie i montażu opasek LED,
- 11) zakupie i montażu opraw oświetleniowych Z5b,
- 12) wykonaniu prac ogrodniczych,
- 13) wykonaniu sterowania oświetleniem zewnętrznym.

Zamawiający wskazał, że w związku z faktem, że zamówienie dotyczyło robót budowlanych i zostało oszacowane na kwotę 1.191.018,04 zł netto i nie przekraczało kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, nie poinformował Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki gdyż nie zaszła taka konieczność.

Oceniając powyższe ustalenia 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. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy. Stosownie do przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy, Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jednocześnie, Zamawiający jest obowiązany wykazać, iż wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy. Po pierwsze Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Jeżeli Zamawiający może zrealizować zamówienie podstawowe bez udzielenia zamówień dodatkowych, to nie może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie wykonanie zamówienia dodatkowego nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie. Zamówienie podstawowe mogło zostać wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, bez konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało bowiem ze zmiany sposobu realizacji inwestycji. Tym samym inwestycja była realizowana zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego.

Ponadto Prezes Urzędu wskazał, że zamówienie dodatkowe nie było zamówieniem, którego realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. W przedmiotowej sytuacji nie sposób, zgodzić się z twierdzeniem, że udzielenie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Nie jest wystarczające, aby dane

roboty nie zostały przewidziane na etapie zamówienia podstawowego – roboty te powinny być niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania przez Zamawiającego należytej staranności.

Prezes Urzędu wskazał, że o wyłączeniu wykonania konstrukcji stalowej na rampie żelbetowej wejściowej z uprzednio prowadzonego postępowania przetargowego zdecydował Zamawiający. Jak wynika z protokołu konieczności z dnia 30 września 2014 r. *„dokumentacja projektowa przewiduje wykonanie konstrukcji stalowej na rampie żelbetowej wejściowej. W drugiej edycji przetargu na zagospodarowanie terenu konstrukcja ta została wyłączona z zakresu rzeczowego. Aktualnie decyzją Zamawiającego wykonanie konstrukcji stalowej na rampie zostało włączone do zakresu Wykonawcy zagospodarowania terenu”*. W związku z powyższym ww. prace nie były niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego. Również wykonanie usunięcia kolizji kabli energetycznych z rampą wejściową nie miało wpływu na wykonanie zamówienia podstawowego. Wynikało bowiem ze zmiany sposobu realizacji rampy wejściowej. Roboty te nie mogą więc zostać uznane za nieprzewidywalne.

W kwestii zakupu i montażu opraw oświetleniowych Z1b, Z5a, Z6a, Z12, Z13, Z22, zakupu i montażu szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5, zakupu i montażu szafki oświetleniowej SO-6, zakupu i montażu opasek LED, zakupu i montażu opraw oświetleniowych Z5b Prezes Urzędu stwierdził, że wykonanie tych prac spowodowane było zmianą koncepcji realizacji zamówienia dokonanej przez Zamawiającego w trakcie wykonywania umowy podstawowej. Trudno uznać za nieprzewidywalne zamówienia, których wykonanie wynikało ze zmian dokumentacji projektowej, wprowadzonych decyzją Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia podstawowego.

Nieuzasadnione było również udzielenie zamówienia dodatkowego w zakresie nasadzenia drzew, towarzyszących robót związanych z zakupem, dostawą i montażem donic 120x120 oraz wykonaniem prac ogrodnich. Konieczność wykonania tych prac spowodowana była zmianą koncepcji realizacji zamówienia dokonanej przez Zamawiającego w trakcie wykonywania umowy podstawowej i była możliwa do przewidzenia na etapie tworzenia SIWZ zamówienia podstawowego, szczególnie w sytuacji, kiedy decyzja w przedmiocie zastępczego nasadzenia drzew została podjęta w 2012 r., a więc na dwa lata przed wszczęciem postępowania podstawowego. Było więc możliwe przeprowadzenie inwentaryzacji terenu i zidentyfikowanie potencjalnych problemów z tym związanych.

W odniesieniu do dostawy i montażu podnośnika dla niepełnosprawnych przy budynku nr 11, Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z protokołem konieczności z dnia 20 października 2014 r. prace związane z rewitalizacją budynku nr 11 zostały ukończone

w 2012 r. a więc dwa lata przed zawarciem umowy podstawowej. Dostawy i montażu podnośnika zaniechano ze względu na kwestie związane z gwarancją urządzenia. Zamówienie ma więc charakter nowego zamówienia, niezwiązanego z zamówieniem podstawowym i nie ma wpływu na zakończenie realizacji zamówienia podstawowego w założonym przez Zamawiającego kształcie. Nie można również uznać, że roboty związane z dostawą i montażem podnośnika dla osób niepełnosprawnych w budynku nr 11 wypełniają przesłankę nieprzewidywalności wykonania zamówienia.

Prezes Urzędu dodał, że brak doprecyzowania w dokumentacji projektowej urządzeń i rodzaju sterowania oświetleniem (protokół konieczności z dnia 2 grudnia 2014 r.) nie wypełnia przesłanki sytuacji niemożliwej do przewidzenia.

Ponadto, zdaniem Prezesa Urzędu, Zamawiający naruszył też przepis art. 67 ust. 2 ustawy, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, Zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Zamawiający nie przesłał takiego zawiadomienia, mimo że wartość zamówienia wyniosła 1.191.018,04 zł (co stanowi równowartość 281.904,43 euro), tj. przekroczyła ww. próg (który w dacie wszczęcia postępowania wynosił 207.000 euro).

W dniu 7 sierpnia 2015 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia, w których podniósł, że udzielenie zamówień dodatkowych było prawidłowe. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, brak było podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, co następuje:

1) protokół nr 1 – wykonanie konstrukcji rampy stalowej na ramie żelbetowej wejściowej

Wykonanie ww. konstrukcji stalowej było niezbędne dla realizacji zamówienia podstawowego i Zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności wykonania tej konstrukcji. Faktem jest, że Zamawiający zrezygnował z konieczności wykonania tej konstrukcji, dlatego nie objął jej drugim przetargiem, w wyniku którego wyłoniono wykonawcę robót budowlanych. Niemniej jednak zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy zakładał, że konstrukcja nadziemna rampy miała charakter tylko i wyłącznie estetyczny, który nawiązywać miał do architektury związanej z funkcjonującą w latach ubiegłych kopalnią. Rzędna jej posadowienia w założeniach projektanta miała być równa

z otaczającym ją terenem na całej jej długości. Tym samym, skoro rampa miała być równa z terenem ją otaczającym, nie było celowym i uzasadnionym wykonywanie dodatkowej konstrukcji stalowej. Dopiero podczas realizacji robót budowlanych, gdy napotkano na nigdzie wcześniej nieinwentaryzowane miejskie uzbrojenie podziemne, Wykonawca zmuszony został do korekty lokalizacji rampy wejściowej. Rampa jest obiektem o dużych gabarytach, którego wbudowanie w teren wypełniony sieciami podziemnymi, o których istnieniu nikt nie wiedział, było zadaniem bardzo trudnym, a które realizowano podczas stałego pobytu przy rampie pracowników Wykonawcy, trzech inspektorów nadzoru, głównego inżyniera firmy Tauron (kolizja dotyczyła także sieci średniego napięcia) oraz dwóch projektantów (konstruktor oraz elektryk). Ostatecznie, po wielu dniach prac związanych z odkryciem całego uzbrojenia w okolicy rampy, obecny na budowie zespół inżynierów podjął decyzję o konieczności dokonania przekładek sieci miejskich oraz zmianą posadowienia rampy. Wszystkie te uzgodnienia dokonywane były bezpośrednio na placu budowy. Każda z osób biorąca udział w rozwiązaniu tego problemu (w tym także Inżynier kontraktu) z całą stanowczością potwierdzały, że problem budowlany z jakim przyszło się zmierzyć w trakcie realizacji umowy, był niemożliwy do poprawnego zaprojektowania pomimo rzetelności pracy jaką wykonali projektanci na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Ostatecznie, wprowadzone zmiany poskutkowały między innymi zmianą rzędnej posadowienia rampy oraz rzędnych terenu wokół niej. Tym samym okazało się, że konstrukcja rampy, której elementy już znajdowały się na placu budowy, wymaga modernizacji celem jej wyposażenia w konstrukcję nadziemną stalową. Brak nadziemnej konstrukcji stalowej spowodowałby, że wykonana w ramach zamówienia podstawowego rampa nie mogłaby zostać przekazana do użytkowania, gdyż po dokonaniu zmian rzędnych jej lokalizacji, z przyczyn wyżej wskazanych, stanowiłaby zagrożenie dla zdrowia osób ją użytkujących. Tym samym, skoro wykonanie projektu okazało się niemożliwe ze względu na ujawnione w trakcie jego realizacji sieci podziemne i niezbędne było dokonanie zmiany projektu, Zamawiający nie mógł przewidzieć, że wykonanie konstrukcji stalowej będzie niezbędne do realizacji zamówienia, a jej niewykonanie będzie miało wpływ na zakończenie realizacji tego zamówienia. Tak więc wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania tego zamówienia dodatkowego.

2) protokół nr 2 – przełożenie linii energetycznej wokół rampy

Konieczność przełożenia kabli powstała w związku z ujawnionym brakiem możliwości realizacji ww. rampy, zgodnie z projektem. Tym samym zarówno protokół nr 1 jak i protokół nr 2 są ze sobą ściśle powiązane. Gdyby bowiem w trakcie wykonywania rampy przewidzianej projektem nie ujawniła się konieczność zmiany jej położenia i zmiany jej

konstrukcji, nie byłoby konieczności zmian położenia ujawnionego uzbrojenia podziemnego. Prac związanych z przełożeniem sieci energetycznych Zamawiający nie mógł opisać w SIWZ, gdyż o przedmiotowym uzbrojeniu podziemnym w chwili rozpoczęcia prac ziemnych nikt nie wiedział. Mapy pochodzące z zasobów geodezji jakie wykupił Projektant nie informowały o istnieniu uzbrojenia podziemnego z jakim się napotkano podczas prowadzenia prac ziemnych. Także kilkadziesiąt odwiertów geologicznych nie wskazywało na kolizję nowo projektowanych obiektów z uzbrojeniem podziemnym. W wyniku wielokrotnego uszkodzenia napotkanych kabli energetycznych firma Tauron oddelegowała wyznaczone osoby do stałego monitorowania prac ziemnych prowadzonych na terenie PWSK oraz dokonywania bieżących uzgodnień w zakresie odkrytych, a wcześniej nigdzie nie zinwentaryzowanych przewodów. W przypadku każdego z odkrytych elementów uzbrojenia podziemnego na bieżąco podejmowano decyzje o konieczności przekładania, pogłębiania czy też usuwania uzbrojenia. Prace te ewidentnie niemożliwe były do ich prawidłowego opisanie w SIWZ. Zamawiający, mimo dochowania należytej staranności, nie mógł przewidzieć, że usunięcie tych kabli będzie niezbędne do realizacji umowy, a ich niewykonanie będzie miało wpływ na zakończenie realizacji całego zamówienia. Tak więc wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania tego zamówienia dodatkowego.

- 3) Protokoły nr 3 (przełożenie linii kablowych w pobliżu budynku nr 11) i nr 4 (przełożenie linii kablowych w pobliżu budynku nr 4)

Z uwagi na niezewidencjonowanie wszystkich linii kablowych, niemożliwe było przewidzenie konieczności ich przełożenia już na etapie sporządzania zarówno projektu jak i formułowania SIWZ, a co za tym idzie, projektu umowy z wykonawcą. Prac związanych z przełożeniem sieci energetycznych Zamawiający nie mógł opisać w SIWZ, gdyż o przedmiotowym uzbrojeniu podziemnym w chwili rozpoczęcia prac ziemnych nikt nie wiedział. Mapy pochodzące z zasobów geodezji jakie wykupił Projektant nie informowały o istnieniu uzbrojenia podziemnego z jakim się napotkano podczas prowadzenia prac ziemnych. Także kilkadziesiąt odwiertów geologicznych nie wskazywało na kolizję nowo projektowanych obiektów z uzbrojeniem podziemnym. W wyniku wielokrotnego uszkodzenia napotkanych kabli energetycznych firma Tauron oddelegowała wyznaczone osoby do stałego monitorowania prac ziemnych prowadzonych na terenie PWSK oraz dokonywania bieżących uzgodnień w zakresie odkrytych, a wcześniej nigdzie nie zinwentaryzowanych przewodów. W przypadku każdego z odkrytych elementów uzbrojenia podziemnego na bieżąco podejmowano decyzje o konieczności przekładania, pogłębiania czy też usuwania uzbrojenia. Przeniesienie linii kablowych nie tylko jest niezbędne do prawidłowego wykonania

zamówienia podstawowego, ale też nie można go było wcześniej przewidzieć, a ponadto, wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania tego zamówienia dodatkowego.

4) Protokół nr 5 (realizacja nasadzeń zastępczych) i nr 7 (realizacja nasadzeń zastępczych)

W związku z zezwoleniem na usunięcie drzew i krzewów konieczne było wykonanie nasadzeń zastępczych w ilości ok. 1300 sztuk. Na terenach zielonych brak było miejsc na tak dużą ilość nowych nasadzeń, co związane było z licznymi uzbrojeniami terenu znajdującymi się pod nawierzchniami. O braku możliwości dokonania nasadzeń powzięto informację dopiero podczas bezskutecznych prób wskazania miejsc odpowiednich do nasadzeń. Uznano zatem za konieczną realizację części nasadzeń w donicach wykonanych z betonu architektonicznego. Nasadzenia drzew wkopanych w ziemię na terenie PWSK Zamawiający planował wykonać w ramach odrębnego postępowania przetargowego. Jednak podczas prac związanych z zagospodarowaniem terenu okazało się, że ze względu na liczne uzbrojenie podziemne, tj. sieci gazowe, sieci ciepłownicze, wodociągowa, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej, sieci energetyczne oraz niskoprądowe oraz, co stanowiło największy problem, potężne podziemne konstrukcje żelbetowe, niemożliwym będzie wkopanie drzew w miejscach zaplanowanych w Projekcie zieleni. Jediną możliwością okazało się wykonanie nasadzeń drzew w dużych donicach betonowych. Ponieważ donice te stanowią bardzo duże obciążenie dla nawierzchni Wykonawca przed ułożeniem nawierzchni w miejscach gdzie stoją donice wykonać musiał warstwy podbudowy pozwalające na osadzenie obiektów o dużym nacisku punktowym – ok. 2,5 tony na 1 m². Tym samym mimo wcześniejszego wydania decyzji w zakresie nasadzeń drzew, nie było możliwe przewidzenie na etapie sporządzania SIWZ, że będzie zachodziła konieczność nasadzenia części tych drzew w specjalnych donicach. Jak wskazano, ich wykonanie wymagało uprzedniego odpowiedniego przygotowania nawierzchni, na których miały one być posadowione. Wykonanie tych prac pozostawało zatem w ścisłym związku z podstawowym zakresem prac wykonywanych przez firmę Buprus Development Sp. z o. o., a wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego i nie było możliwe do wcześniejszego przewidzenia.

5) protokół nr 6 – realizacja podnośnika dla niepełnosprawnych

Prezes UZP pominął fakt, że do zadań wykonawcy należało wykonanie pochylni dla niepełnosprawnych. Faktem jest, że Zamawiający podczas wykonywania prac związanych z rewitalizacją budynku nr 11 zrezygnował z montażu podnośnika dla niepełnosprawnych sugerując się głównie względami praktycznymi oraz ekonomicznymi. Montaż podnośnika

na dwa lata przed rozpoczęciem jego użytkowania byłby nieracjonalny. Zamiast tego podnośnika miała być wykonana pochylnia dla niepełnosprawnych. Tym samym czynnikiem decydującym o braku umieszczenia prac związanych z montażem podnośnika w SIWZ dla prac związanych z zagospodarowaniem terenu był fakt, że Zamawiający planował zrezygnować z montażu podnośnika w zamian za wykonanie pochylni dla niepełnosprawnych. Rysunki takie zostały sporządzone oraz przekazane Zamawiającemu oraz Wykonawcy, jednak podobnie jak w przypadku rampy prace ziemne wykonane przez Wykonawcę w miejscu wytyczonym pod pochylnię wykazały kolizję z podziemnymi konstrukcjami żelbetowymi. Powrócono do koncepcji przedstawiającej konieczność zabudowania podnośnika jako urządzenia na stałe wbudowanego w warstwy nawierzchni. Ze względu na zmiany rzędnych terenu w miejscu bezpośrednio przylegającym do podnośnika prace związane z wykonaniem fundamentu pod urządzenie jak również sam montaż dźwigu wykonać musiał ten sam Wykonawca gdyż pozostawały one w ścisłym związku z podstawowym zakresem prac wykonywanym przez Wykonawcę, tj. fundament pod urządzenie, zasilanie energią elektryczną, przymocowanie dźwigu w taki sposób, aby jego wyjścia stanowiły wspólną płaszczyznę z nawierzchniami wykonanymi w ramach zagospodarowania terenu. Skoro zatem Zamawiający zrezygnował z budowy podnośnika na rzecz pochylni, a dopiero na etapie jej budowy okazało się, że w miejscu, gdzie miała ona zostać wybudowana, istnieje kolizja z podziemnymi konstrukcjami żelbetowymi, brak było wcześniejszej możliwości przewidzenia konieczności jego wybudowania. Co więcej, budowa podnośnika zamiast pochylni, stanowiła element konieczny wykonania zamówienia, podstawowego, a co za tym idzie, wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

- 6) Protokoły nr: 8 (realizacja oświetlenia zewnętrznego oraz iluminacji – rozliczenie opraw zamiennych i dodatkowych, 9 (dopłata w zakresie realizacji szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5), 10 (dodatkowa szafka SO-6), 11 (dopłata w związku z montażem oświetleń LED pod szklanymi taflami), 12 (rozliczenie opraw Z5b), 13 (sterowanie oświetleniem zewnętrznym)

Montaż opraw i szafek oświetleniowych czy też opasek typu LED spowodowany był faktem, że po zakończeniu prac związanych z oświetleniem okazało się, że poszczególne strefy Parku znajdują się w obszarach zbyt słabego doświetlenia z punktu widzenia zabezpieczenia obiektów oraz muzealiów przed kradzieżami, jak również z punktu widzenia zaprezentowania eksponatów czy też elementów architektury obiektów dawnej KWK Julia. Mając na uwadze niespotykany charakter rewitalizowanych obiektów dopiero poprzez przeprowadzane próby oświetlenia dobierano oprawy niezbędne do zainstalowania celem uzyskania zamierzonego efektu. Prace te pozostawały w ścisłym

związku z podstawowym zakresem prac wykonywanych przez Głównego Wykonawcę zadania i niemożliwym było ich wydzielenie celem zlecenia innemu Wykonawcy w ramach odrębnego postępowania przetargowego. Faktem jest, że projekt oświetlenia wraz z osprzętem niezbędnym do użytkowania tego oświetlenia, przewidziany był w projekcie SIWZ, niemniej jednak przy tak specyficznej inwestycji nie było możliwe przewidzenie, że zaprojektowane oświetlenie wraz z osprzętem będzie gwarantowało zapewnienie zarówno bezpieczeństwa Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia, jak i bezpieczeństwo eksponatów. Dopiero po wykonaniu zasadniczych elementów i na etapie testowania oświetlenia okazało się, że zaprojektowane oświetlenie jest niewystarczające dla tego obiektu. Skoro zatem Zamawiający dopiero na etapie wykonywania oświetlenia miał możliwość oceny, czy jest ono wystarczające, mimo dochowania należytej staranności brak było wcześniejszej możliwości przewidzenia konieczności dokonania zmian tego oświetlenia. Wykonanie oświetlenia stanowiło element konieczny wykonania zamówienia podstawowego.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego, sytuacje, które powodowały konieczność dokonania zamówień dodatkowych, objętych protokołami 1-13, wystąpiły niezaplanowanie. Były one niemożliwe do przewidzenia na etapie formułowania SIWZ, co Zamawiający uzasadnił powyżej. Jednocześnie wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania wszystkich tych zamówień dodatkowych. Prezes UZP pominął, że udzielenie zamówień dodatkowych nie było wynikiem zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku jakichkolwiek potrzeb czy też pomysłów Zamawiającego, a w wyniku niemożliwych do przewidzenia na etapie projektowania oraz przygotowywania SIWZ problemów napotkanych w trakcie realizacji robót budowlanych. Wbrew twierdzeniom Prezesa UZP, Zamawiający spełnił przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odnosząc się do stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że zgodnie z § 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1735), obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określonych w pkt 1 (czyli zamówień udzielanych m.in. przez jednostki samorządu terytorialnego), z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3 i 4 (nie są to zamówienia będące przedmiotem postępowania), jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 207.000 euro – dla dostaw lub usług, 5.186.000 euro – dla robót budowlanych.

Zdaniem Zamawiającego, obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP powstaje zatem dopiero w chwili, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza 5 186 000 euro. Z kolei wartość zamówienia będącego przedmiotem kontroli, wynosiła 281 904,43 euro.

Zdaniem Zamawiającego, z informacji o wyniku kontroli wynika, że zamówienie będące przedmiotem kontroli zostało zakwalifikowane przez Prezesa UZP jako dostawa, na co wskazuje wprost wskazanie na kwotę progową dla dostaw, tj. 207.000,00 euro. Jednocześnie w informacji tej nie wskazano i nie wyjaśniono, na jakiej podstawie dokonano takiej kwalifikacji zamówienia, mimo że Zamawiający w korespondencji kierowanej do Urzędu Zamówień Publicznych w tej sprawie cały czas akcentował, że zamówienie dotyczyło robót budowlanych, a nie dostaw, co jednoznacznie ze wszystkich dokumentów postępowania.

Zamawiający wskazał, że podstawę kwalifikacji zamówienia jako robót budowlanych stanowił art. 6 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych. Taka właśnie kwalifikacja została potwierdzona przez kody CPV umieszczone w treści zaproszenia do negocjacji. Co istotne, w przypadku zamówienia na roboty budowlane i jednocześnie dostawy niezbędne dla wykonania robót budowlanych ustawa w art. 6 ust. 3 nakazuje stosowanie przepisów dla robót budowlanych, nawet jeśli wartość dostaw jest większa od wartości tzw. robocizny. Dla samej kwalifikacji zamówienia jako robót budowlanych, dostaw czy też usług istotne znaczenie ma rozstrzygnięcie, która część zamówienia jest tą podstawową, a która stanowi jej uzupełnienie. W niniejszym postępowaniu częścią podstawową były roboty budowlane.

Zamawiający podniósł, że przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Z kolei dostawy, zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy, to nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Ponadto Zamawiający podniósł, że przedmiotem postępowania było udzielenie zamówienia dodatkowego. Ustawa nie przewiduje możliwości udzielenia zamówienia dodatkowego na dostawy. Brak było zatem podstaw do zakwalifikowania przez Prezesa UZP kontrolowanego zamówienia jako dostawa.

Tym samym nie wystąpiła przesłanka uzasadniająca powstanie obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu poinformował, że uwzględnia zastrzeżenia w odniesieniu do części zamówienia obejmującego przełożenie linii energetycznych wokół rampy wejściowej (protokół konieczności z dnia 3 października 2014 r.), nie uwzględnia natomiast zastrzeżeń w pozostałym zakresie. Jednocześnie Prezes Urzędu wskazał, że w informacji o wyniku kontroli nie kwestionował prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki w odniesieniu do zamówień związanych z przełożeniem linii kablowych w pobliżu budynków nr 4 oraz 11 (protokoły konieczności z dnia 3 października 2014 r.) – wskazanych w pkt 3 i 4 na str. 2 i 3 informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej wykonania konstrukcji stalowej na rampie żelbetowej wejściowej Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający w zastrzeżeniach przedstawił dodatkowe uzasadnienie wykonania ww. robót opierające się na okoliczności napotkania niezainwentaryzowanego uzbrojenia podziemnego na miejscu posadowienia rampy. Kontrolujący podniósł, że uzasadnienie to odnosi się do zmian w budowie konstrukcji żelbetowej rampy, nie zaś do wykonania konstrukcji stalowej. Prezes Urzędu podkreślił, że nie neguje konieczności ochrony życia i zdrowia osób użytkujących rampę poprzez wykonanie konstrukcji stalowej, jednak w przypadku niewyłączenia konstrukcji rampy stalowej z przedmiotu zamówienia w drugim przetargu wykonywanie zamówienia dodatkowego w obecnym kształcie nie byłoby konieczne. Tak więc konieczność wybudowania konstrukcji stalowej rampy wejściowej w trybie zamówienia z wolnej ręki ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego, nie zaś w okolicznościach obiektywnych i jako taka nie może zostać uznana za wypełniającą przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

Odnosząc się do zamówień związanych z realizacją nasadzeń zastępczych Prezes Urzędu podkreślił, że – jak wskazał sam Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli – zamówienia te zostały przewidziane do realizacji w ramach odrębnego zamówienia publicznego. Jednakże w trakcie realizacji zamówienia podstawowego Zamawiający podjął decyzję o włączeniu tych prac w zakres zamówień dodatkowych. Tym samym nie można uznać, że zamówienia te były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamawiający miał odpowiednią ilość czasu, aby właściwie przygotować się do prac związanych z sadzeniem drzew (inwentaryzując teren), a więc przesłanka nieprzewidywalności udzielenia zamówień dodatkowych nie może być uznana za spełnioną.

W kwestii realizacji podnośnika dla osób niepełnosprawnych, sam Zamawiający przyznał, że rezygnacja z montażu podnośnika dla niepełnosprawnych spowodowana była jego decyzją uzasadnioną względami praktycznymi i ekonomicznymi. Nie ma przy tym znaczenia wykrycie kolizji pochylni dla niepełnosprawnych z niezainwentaryzowanymi podziemnymi konstrukcjami żelbetonowymi. W przypadku gdyby Zamawiający nie dokonał zmian w koncepcji realizacji inwestycji możliwe byłoby kontynuowanie inwestycji w uprzednio

zamierzonym kształcie. Tym samym nie można uznać, że roboty związane z dostawą i montażem podnośnika dla osób niepełnosprawnych w budynku nr 11, wypełniają przesłankę nieprzewidywalności wykonania zamówienia. Zamówienie to należy uznać za nowe zamówienie, niezwiązane z zamówieniem podstawowym.

W kwestii zakupu i montażu opraw oświetleniowych Z1b, Z5a, Z6a, Z12, Z13, Z22, zakupu i montażu szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5, zakupu i montażu szafki oświetleniowej SO-6, zakupu i montażu opasek LED, zakupu i montażu opraw oświetleniowych Z5b oraz sterowania oświetleniem zewnętrznych Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że wykonanie ww. zamówień nie ma wpływu na prawidłowe wykonanie zamówienia dodatkowego, które było realizowane zgodnie z treścią SIWZ, a omawiane zamówienia dodatkowe wiążą się ze zmianami dokumentacji projektowej. Z tego też względu nie można wskazanych zamówień uznać za nieprzewidywalne.

Ponadto Prezes Urzędu poinformował, że nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on obowiązku w terminie 3 dni od wszczęcia przedmiotowego postępowania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu. Należy wskazać, że stosowanie przepisu art. 67 ust. 2 ustawy nie ogranicza się tylko do zamówień na usługi i dostawy, lecz ma zastosowanie także w przypadku zamówień na roboty budowlane. Próg kwotowy wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wyznacza próg obowiązku informowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki dla wszystkich rodzajów zamówień.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zakres zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu zamówień dodatkowych oraz częściowe uwzględnienie zastrzeżeń Zamawiającego, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby dotyczącego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy Pzp nie było udzielenie zamówień dodatkowych w następującym zakresie: przełożenie linii energetycznych wokół rampy wejściowej oraz przełożenie linii kablowych w pobliżu budynków nr 4 oraz 11.

W ocenie Izby zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b, art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówień dodatkowych na wykonanie konstrukcji stalowej na rampie żelbetonowej wejściowej oraz zakup, dostawę i montaż podnośnika dla osób niepełnosprawnych przy budynku nr 11.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W ocenie Izby w przypadku ww. zamówień dodatkowych spełnione zostały przesłanki określone w przywołanym przepisie.

W odniesieniu do wykonania konstrukcji stalowej na rampie żelbetonowej Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, jak również że konieczność wykonania tych robót nie była możliwa do przewidzenia. Głównym argumentem wskazanym przez Prezesa Urzędu było stwierdzenie, że nieuwzględnienie na etapie zamówienia podstawowego wykonania konstrukcji stalowej na rampie żelbetonowej wejściowej wynikało bezpośrednio z decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska Prezesa Urzędu należy zwrócić uwagę na fakt, że decyzja o rezygnacji z wykonania konstrukcji stalowej po pierwszym przetargu podjęta była w okolicznościach, w których wykonanie tej konstrukcji według ówczesnej wiedzy Zamawiającego było zbędne. Jak wskazał Zamawiający w zastrzeżeniach, zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy zakładały, że konstrukcja nadziemna rampy miała charakter tylko i wyłącznie estetyczny, bowiem rzędna jej posadowienia w założeniach projektanta miała być równa z otaczającym ją terenem na całej jej długości. Z kolei konieczność wykonania tej konstrukcji ujawniła się na etapie realizacji zamówienia podstawowego i wynikała z napotkania podczas robót budowlanych na nieinwentaryzowane wcześniej miejskie uzbrojenie podziemne, co zmusiło do korekty lokalizacji rampy wejściowej. Zmiany wynikające z przyczyn ujawnionych w trakcie realizacji projektu poskutkowały między innymi zmianą rzędnej posadowienia rampy oraz rzędnych terenu wokół niej, a w konsekwencji

niezbędne stało się wyposażenie rampy w konstrukcję nadziemną stalową. Powyższe okoliczności nie zostały zanegowane przez Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym Izba nie podziela tezy przedstawionej w odpowiedzi na zastrzeżenia, że konieczność wybudowania konstrukcji stalowej rampy wejściowej w trybie zamówienia z wolnej ręki ma swoje źródło w decyzji Zamawiającego. Decyzja Zamawiającego była bowiem podjęta w okolicznościach, w których według jego wiedzy wykonanie konstrukcji stalowej rampy było niecelowe, zaś konieczność jej wykonania (w celu zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników, a nie w celach wyłącznie estetycznych) ujawniła się dopiero podczas wykonywania robót budowlanych. Tym samym źródłem konieczności wykonania konstrukcji stalowej były okoliczności ujawnione podczas realizacji zamówienia podstawowego, a nie decyzja Zamawiającego, polegająca na rezygnacji z możliwości budowy konstrukcji niebędącej w dacie jej podjęcia niezbędnym elementem zamówienia. Innymi słowy, gdyby podczas robót budowlanych nie napotkano na niezinventaryzowane uzbrojenie terenu, nie wystąpiłaby konieczność zmiany posadowienia rampy, a w konsekwencji konieczność wykonania konstrukcji stalowej. Ta sama okoliczność (nieznane wcześniej Zamawiającemu uzbrojenie terenu) spowodowała konieczność wykonania przełożenia linii energetycznej wokół rampy, które zostało przez Prezesa Urzędu uznane za uzasadnione (zastrzeżenia w tym zakresie zostały uwzględnione).

Nie można również podzielić stanowiska Prezesa Urzędu, że przedstawione w zastrzeżeniach uzasadnienie odnosi się do zmian w budowie konstrukcji żelbetowej rampy, nie zaś do wykonania konstrukcji stalowej. Stanowisko to pomija bowiem podkreślony przez Zamawiającego związek, jaki występuje pomiędzy zmianą w budowie konstrukcji żelbetowej a koniecznością wykonania konstrukcji stalowej. W tym zakresie podkreślić należy, że uzasadnienie, jakie przedstawił Zamawiający ma istotne znaczenie dla oceny dopuszczalności udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Wskazuje ono, że na etapie wykonywania zamówienia podstawowego stało się konieczne dokonanie zmiany posadowienia rampy, a zmiana tego posadowienia względem otaczającego ją terenu (jak wskazał Zamawiający – w niektórych miejscach uskok w terenie dochodzi do 1,7 m), spowodowała konieczność zabezpieczenia rampy konstrukcją stalową. Okolicznościom tym Prezes Urzędu nie zaprzeczył. Istnieje zatem ścisły związek pomiędzy odkryciem niezinventaryzowanego uzbrojenia terenu, a koniecznością wykonania konstrukcji stalowej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że spełnione zostały wszystkie zakwestionowane przez Prezesa Urzędu przesłanki warunkujące możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego z wolnej ręki. Po pierwsze, wykonanie konstrukcji stalowej było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Po drugie – wykonanie robót dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Należy bowiem zgodzić się z Zamawiającym, że okoliczności powodujące tę konieczność (niezinwentaryzowane uzbrojenie terenu) mogły być ujawnione dopiero po rozpoczęciu robót budowlanych, a Prezes Urzędu nie tylko nie wskazał, aby była możliwość uprzedniego powzięcia wiedzy o tych okolicznościach, ale uznał za uzasadnione wynikające z tych samych okoliczności zlecenie w trybie z wolnej ręki wykonania przełożenia linii energetycznej wokół rampy. Skoro w odniesieniu do ww. robót Prezes Urzędu uznał, że uzbrojenie terenu i związana z tym zmiana posadowienia rampy były okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia (o czym należy wnioskować z faktu uwzględnienia zastrzeżeń w tym zakresie), to trudno uznać za uzasadniony pogląd, że w kontekście wykonania innych robót te same okoliczności Zamawiający mógł i powinien przewidzieć. Jednocześnie wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Wykonanie konstrukcji stalowej warunkowało zakończenie zamówienia podstawowego, gdyż brak tej konstrukcji skutkowałby brakiem możliwości wykonania rampy mogącej być dopuszczoną do użytkowania.

Analogicznie ocenić należy dopuszczalność zlecenia w trybie z wolnej ręki dostawy i montażu podnośnika dla osób niepełnosprawnych przy budynku nr 11.

W tym zakresie Prezes Urzędu uznał, że zamówienie podstawowe mogło zostać wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, bez konieczności udzielania zamówienia dodatkowego, a fakt, że ten element został wyłączony decyzją Zamawiającego z zakresu zamówienia ze względu na warunki gwarancji urządzenia sprawia, że nie jest spełniona przesłanka nieprzewidywalności wykonania zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że formułując powyższy zarzut Prezes Urzędu pominął okoliczność, że do zadań wykonawcy należało wykonanie pochylni dla osób niepełnosprawnych. Jak podniósł Zamawiający w zastrzeżeniach, zrezygnował on z dostawy i montażu podnośnika na rzecz wykonania pochylni. Dopiero w trakcie prac ziemnych wykonanych w miejscu wyznaczonym na pochylnię zostały ujawnione kolizje z podziemnymi konstrukcjami żelbetowymi. Jak wskazał Zamawiający, ze względu na zmiany rzędnych terenu w miejscu bezpośrednio przylegającym do podnośnika prace związane z wykonaniem fundamentu pod urządzenie, jak również sam montaż dźwigu, musiał wykonać ten sam wykonawca, gdyż pozostawały one w ścisłym związku z podstawowym zakresem prac (fundament pod urządzenie, zasilanie energią elektryczną, przymocowanie dźwigu w taki sposób, aby jego wyjścia stanowiły wspólną płaszczyznę z nawierzchniami wykonanymi w ramach zagospodarowania terenu). Wystąpieniu powyższych okoliczności Kontrolujący nie zaprzeczył.

W ocenie Izby, wobec ujawnionej dopiero na etapie wykonywania robót niemożliwości zbudowania pochylni należy uznać, że konieczność zamontowania podnośnika dla osób niepełnosprawnych spełnia przesłankę nieprzewidywalności. Bezpośrednim źródłem tej konieczności nie była decyzja Zamawiającego (który nie zrezygnował z wykonania robót dostosowujących budynek do potrzeb osób niepełnosprawnych, a jedynie zastąpił początkowo zakładany do realizacji podnośnik pochylnią), ale okoliczności ujawnione w trakcie robót. Gdyby nie wykryto kolizji z uzbrojeniem terenu, nie byłoby konieczne zlecenie dostawy i montażu podnośnika, gdyż w takiej sytuacji przystosowanie budynku do potrzeb osób niepełnosprawnych nastąpiłoby – zgodnie z planami Zamawiającego – poprzez budowę pochylni. Jednocześnie wykonanie tych robót było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, gdyż bez ich wykonania zamówienie podstawowe w uprzednio określonym zakresie nie zostałoby zrealizowane.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia dotyczące dopuszczalności udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówienia na realizację nasadzeń zastępczych. W tym zakresie Prezes Urzędu uznał, że wykonanie tych robót nie miało wpływu na zakończenie zamówienia podstawowego oraz że konieczność wykonania tych prac była możliwa do przewidzenia na etapie tworzenia SIWZ zamówienia podstawowego, zwłaszcza że decyzja w przedmiocie zastępczego nasadzenia drzew została podjęta w 2012 r., w związku z czym Zamawiający miał czas i możliwości, aby przeprowadzić inwentaryzację terenu i zidentyfikować potencjalne problemy z tym związane.

W ocenie Izby nie ma podstaw do zanegowania przedstawionej przez Zamawiającego okoliczności, że potrzeba wykonania nasadzeń w donicach została ujawniona dopiero w trakcie realizacji zamówienia podstawowego i wynikała z uzbrojenia terenu w liczne sieci. Niemniej jednak wykonania tych nasadzeń nie można uznać za warunkujące możliwość wykonania zamówienia podstawowego. Jak sam Zamawiający przyznał, nasadzenia drzew wkopanych w ziemię na terenie PWSK planował wykonać w ramach odrębnego postępowania przetargowego. Tym samym wykonanie nasadzeń zastępczych nie było elementem przedmiotu zamówienia, w związku z czym zmiana sposobu wykonania tych nasadzeń (nasadzenia w donicach zamiast drzew wkopanych w ziemię) nie wpływa na możliwość wykonania zamówienia podstawowego w ustalonym wcześniej zakresie.

Nie było w ocenie Izby przeszkód, aby zamówienie dotyczące nasadzeń zastępczych zostało udzielone w trybie konkurencyjnym, niezależnie od realizacji zamówienia podstawowego. Oceny tej nie zmienia powołana przez Zamawiającego konieczność

dostosowania nawierzchni do osadzenia obiektów o dużym nacisku punktowym. Powyższe nie jest bowiem tożsame z koniecznością zlecenia wykonania samych nasadzeń.

Nie zasługują również na uwzględnienia zastrzeżenia dotyczące stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów poprzez udzielenie zamówień dodatkowych na:

- zakupie i montażu opraw oświetleniowych Z1b, Z5a, Z6a, Z12, Z13, Z22,
- zakupie i montażu szafek oświetleniowych SO-1, SO-2, SO-3, SO-4, SO-5,
- zakupie i montażu szafki oświetleniowej SO-6,
- zakupie i montażu opasek LED,
- zakupie i montażu opraw oświetleniowych Z5b,
- wykonaniu prac ogrodniczych,
- wykonaniu sterowania oświetleniem zewnętrznym.

Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, że o dopuszczalności udzielenia zamówień w tym zakresie w trybie z wolnej ręki świadczy fakt, że po zakończeniu prac związanych z oświetleniem okazało się, że poszczególne strefy Parku znajdują się w obszarach zbyt słabego doświetlenia z punktu widzenia zabezpieczenia obiektów oraz muzealiów przed kradzieżami, jak również z punktu widzenia zaprezentowania eksponatów czy też elementów architektury obiektów dawnej KWK Julia. Odnosząc się do powyższej argumentacji podkreślić należy, że niezadowalający efekt osiągnięty w wyniku realizacji zasadniczych elementów zamówienia podstawowego nie jest okolicznością usprawiedliwiającą udzielenie zamówień dodatkowych z wolnej ręki. Zamawiający nie przedstawił żadnych obiektywnych okoliczności, które sprawiłyby, że na etapie opracowywania SIWZ nie było możliwe właściwe zaprojektowanie oświetlenia wraz z osprzętem. Twierdzenie o takiej niemożliwości nie zostało poparte wskazaniem żadnych konkretnych przyczyn tej niemożliwości. W związku z powyższym Zamawiający nie wykazał, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Niezasadne są zastrzeżenia dotyczące stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Faktem bezspornym jest, że Zamawiający nie zawiadomił Prezesa Urzędu o udzieleniu zamówień dodatkowych o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Natomiast twierdzenie Zamawiającego o braku takiego obowiązku nie ma oparcia w przepisie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił w zgłoszonych zastrzeżeniach wywód mający potwierdzać, że zamówienie objęte trybem z wolnej ręki zostało prawidłowo określone jako roboty budowlane. Tymczasem okoliczność ta nie stanowi ani przyczyny, ani istoty naruszenia art. 67 ust. 2 ustawy Pzp i jest obojętna przy ocenie zgodności zaniechania Zamawiającego z ww. przepisem. Prezes Urzędu nie kwestionował prawidłowości takiej kwalifikacji, stwierdzając jedynie, że wartością, która w dacie wszczęcia postępowania decydowała o obowiązku zawiadomienia, jest wartość 207.000 euro. Stanowisko to Izba w pełni podziela.

Przepis art. 67 ust. 2 ustawy Pzp nie uzależnia obowiązku zawiadomienia o wszczęciu postępowania na roboty budowlane od przekroczenia progu kwotowego określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy dla robót budowlanych. Przepis ten w ogóle nie odwołuje się do progu kwotowego dla robót budowlanych. Obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki aktualizuje się w przypadku każdego rodzaju zamówienia (również w przypadku robót budowlanych) w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia jest równa lub przekracza próg określony dla dostaw i usług (tylko do takiego progu kwotowego odwołuje się art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Zatem nie kwestionując prawidłowości zakwalifikowania przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych, Izba wskazuje, że wartość tego zamówienia była wyższa niż kwota, do której odwołuje się art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, tj. kwota od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Zamawiający miał więc obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, czego w żaden sposób nie zmienia fakt, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane. Wobec powyższego zaniechanie takiego zawiadomienia stanowiło naruszenie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....