

**Sygn. akt KIO/KD 43/18**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 2 stycznia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 3 grudnia 2018 r., pismem z 29 listopada 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Gmina i Miasto Grójec  
ul. Józefa Piłsudskiego 47  
05 - 600 Grójec**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/WKZ3/421/31(4)/18/LB z dnia 16 listopada 2018 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

**roboty dodatkowe nie objęte umową podstawową Nr 86/2016 z dnia 15 marca 2016 r.  
na przebudowę basenu krytego w Grójcu**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska  
Członkowie: Anna Osiecka  
Anna Packo**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej  
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Gmina i Miasto Grójec (dalej: Zamawiający) przeprowadziła, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986; dalej: ustawa Pzp albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na roboty dodatkowe nie objęte umową podstawową Nr 86/2016 z dnia 15 marca 2016 r. na przebudowę basenu krytego w Grójcu. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 15 października 2016 r. Wartość postępowania, w którym przeprowadzono kontrolę, oszacowano na kwotę 588 931,38 zł, co stanowiło równowartość 141 064,79 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której w informacji o wyniku kontroli z dnia 16 listopada 2018 r. stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Prezes UZP ustalił, co następuje:

Zamawiający w dniu 15 marca 2016 r. zawarł z Wykonawcą A. Ż., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A.Ż. w Warszawie umowę o realizację zamówienia podstawowego, którego przedmiotem była przebudowa basenu krytego w Grójcu (nr umowy 86/2016). Zgodnie z § 1 pkt 1 ww. umowy: „Roboty związane z realizacją przedmiotu zamówienia Wykonawca wykona zgodnie z:

1.1. ofertą,

1.2. projektem budowlanym i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz uzgodnionymi z Zamawiającym zmianami podjętymi w trakcie realizacji inwestycji,

1.3. aktualnie obowiązującymi przepisami prawnymi i sztuką budowlaną”.

W dniu 15 października 2016 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki, będące przedmiotem niniejszej kontroli, poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy zamówienia podstawowego.

Z analizy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na roboty dodatkowe nie objęte umową podstawową Nr 86/2016 z dnia 15 marca 2016 r. na przebudowę basenu krytego w Grójcu, był art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 19 października 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta umowa o wykonanie zamówienia, objętego kontrolą (nr umowy: 196/2016). Zgodnie z § 1 pkt 1 ww. umowy: „Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do wykonania roboty dodatkowe nie objęte umową podstawową Nr 86/2016 z dnia 15.03.2016 r. na „Przebudowę basenu krytego w Grójcu”. Szczegółowy zakres robót oraz ich wartość określają załączniki tj. protokoły konieczności Nr 1 i Nr 2 oraz oferty i kosztorysy ofertowe”.

W załączeniu do zaproszenia do negocjacji Wykonawcy zamówienia podstawowego Zamawiający przekazał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z dnia 15 października 2016 r. na roboty dodatkowe nie objęte umową podstawową Nr 86/2016 z dnia 15.03.2016 r. na przebudowę basenu krytego w Grójcu, w którym wyjaśnił, iż „Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP są roboty budowlane, które nie były objęte umową podstawową gdyż nie były wykazane w dokumentacji projektowej. Niemniej w trakcie realizacji zamawiający w porozumieniu z uczestnikami tego procesu uznał o pilnej potrzebie zwiększenia zakresu wykonywanych prac. Ich niezwłoczne i sukcesywne wykonywanie nierzadko warunkuje prawidłowe wykonanie kolejnych robót, poza tym są niezbędne dla właściwego i bezpiecznego funkcjonowania tego obiektu sportowego. W niektórych zaś przypadkach dopiero po częściowym odsłonięciu i demontażu, można było ocenić stan poszczególnych elementów i urządzeń. Zatem w interesie zamawiającego i użytkownika basenu jest rozszerzenie prac o rzeczywiście niezbędny zakres gwarantujący równocześnie dotrzymanie umownego terminu”. W załączeniu przekazano wyszczególnione dodatkowe roboty budowlane, które przyporządkowano protokołom konieczności Nr 1 i Nr 2.

Zgodnie z protokołem konieczności Nr 1 z dnia 28 lipca 2016 r. zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował wykonanie robót dodatkowych takich jak: wymiana stolarki aluminiowej; odbicie głuchych tynków oraz odchodzącej siatki elewacyjnej; wymiana rynien od strony zachodniej; pogłębienie izolacji ścian fundamentowych z wymianą opaski; roboty związane z wymianą obróbek attyk na części rehabilitacyjnej; zabudowa antresoli z malowaniem; malowanie podbasenia; balustrada do natrysków + wykończenie skrzynek rozprężnych; remont czerpni — wyrzutni; remont pomieszczeń; wykonanie przeciwprądu; wykonanie wentylacji; wyposażenie basenu; roboty sanitarne — roboty dodatkowe wariant z czyszczeniem kanałów; wymiana grzejników w holu; wymiana grzejników w szatniach męskiej i damskiej; wymiana grzejników w korytarzu przy szatniach; wymiana grzejników w pomieszczeniu ratownika; wymiana grzejników w szatni głównej; montaż dodatkowego hydrantu ppoż wewnętrznego; odprowadzenie wody z dwóch rur spustowych do studni; wymiana armatury w łazience ratownika; rynna wschodnia i dachu wysokiego, podkonstrukcja pod panel elewacyjny, zamiany sufitów podwieszanych, obróbka

szytu, podkonstrukcja OSB; zabezpieczenie antykorozyjne + remont sufitu 1 piętro hali; włączenie puszek na słupach; wymiana grzejników w kawiarni; wymiana grzejników przy kawiarni; izolacja PE Thermaflex FRZ gr. 13 mm; wymiana rury wodnej ocynkowanej; roboty dodatkowe wentylacyjne; wymiana dysz do basenu wraz z uszczelnieniem 2 przecieków; dodatkowe elementy ESOK dla basenu.

Szczegółowa analiza dokumentów związanych z protokołem konieczności Nr 1 wykazała, iż część ww. robót została przedstawiona w kosztorysach sporządzonych przed zawarciem umowy podstawowej (tj. przed dniem 15 marca 2016 r.) np. kosztorysy w zakresie wykonania robót dotyczących: zabudowy antresoli z malowaniem; remontu czerpni — wyrzutni; rynny wschodniej i dachu wysokiego, podkonstrukcji pod panel elewacyjny, zamiany sufitów podwieszanych, obróbki szytu, podkonstrukcji OSB i zabezpieczenia antykorozyjnego + remont sufitu 1 piętro hali, które zostały opracowane w dniu 16 lutego 2016 r.

W protokole konieczności Nr 2 z dnia 14 października 2016 r. określono następujący zakres robót budowlanych: wymiana grzejników w pomieszczeniach okołosanitarnych; wymiana instalacji i montaż dodatkowej kamery — skatepark; przeniesienie gniazd na antresoli; wykonanie instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej; wykonanie instalacji i montaż dodatkowych gniazd w recepcji; wykonanie dodatkowych zasilania w serwerowni; naprawa betonu konstrukcyjnego podbasenia; dodatkowe wyspy sufitu podwieszonego w recepcji; wzmocnienie stropów pod konstrukcję zjeżdżalni wodnej i schody stalowe (kręte); montaż wywiewek kanalizacyjnych; kratka basenowa (na korycie przelewowym) + regeneracja maskownic; dodatkowa izolacja wentylacyjnego kanału wywiewnego z centrali zaplecza — dostawa + montaż; automatyczne sterowanie wentylacji w szatniach i natryskach oraz podbaseniu; schody ewakuacyjne; docieplenia pasa podrynnowego.

Dokumenty związane z protokołem konieczności Nr 2 wskazują na fakt, iż część ww. robót została uwzględniona w kosztorysach sporządzonych dwa miesiące przed wszczęciem postępowania w trybie z wolnej ręki, np. w dniu 8 sierpnia 2016 r. w zakresie realizacji: wymiany instalacji i montażu dodatkowej kamery — skatepark; przeniesienia gniazd na antresoli; wykonania instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej; wykonania instalacji sterowania i montażu dodatkowych gniazd w recepcji; wykonania dodatkowych zasilania w serwerowni.

Zamawiający zarówno w protokole konieczności Nr 1 jak i Nr 2 powołał się na to samo uzasadnienie wykonania prac wskazując, iż: „Roboty dodatkowe dotyczą tych prac, które nie były objęte umową podstawową nr 86/2016 z dnia 15 marca 2016 r., a dotyczyły

zwiększonego zakresu robót budowlanych. Konieczność ich wykonania bierze się z faktu, iż są one niezbędne do wykonania dla prawidłowego funkcjonowania tego obiektu sportowego, bądź warunkują prawidłowe wykonanie kolejnych robót. Wartość robót została określona na podstawie kosztorysów ofertowych na roboty dodatkowe zweryfikowanych przez inspektorów nadzoru”.

Zamawiający odnośnie braku możliwości przewidzenia na etapie opracowania projektu wykonania robót objętych zamówieniem z wolnej ręki stwierdził, iż wiele robót, a mianowicie te, których konieczność wykonania została potwierdzona w protokołach konieczności Nr 1 i Nr 2 nie zostały rzeczywiście przewidziane w dokumentacji projektowej.

Dodał, iż projektant na etapie przygotowania tej dokumentacji mógł je pominąć z następujących powodów:

1. Zakres przebudowy basenu obejmował w istocie roboty remontowe, a więc związane z istniejącymi już elementami, urządzeniami, które znajdowały się już i funkcjonowały na obiekcie około 18 lat. Ich stan techniczny, a co za tym idzie i dalsze ich efektywne wykorzystanie nie zawsze można było precyzyjnie ocenić na tym etapie, gdyż wgląd w nie był niemożliwy — były niedostępne np. kanały wentylacyjne, czy rynny, a raczej zabudowane koryta odprowadzające wodę z dachu. Ich zewnętrzne oględziny nie wskazywały rzeczywistego stopnia zużycia w tym wypadku skorodowania. Podobnie wyglądała kwestia np. obróbek blacharskich, w tym połączenie fasady aluminiowej z dachem, pojawiające się problemy z prawidłowym uszczelnieniem i dociepleniem, które rozwiązywano na budowie.

2. Projektant w uzgodnieniu z inwestorem kierował się zasadą tzw. minimalizacji kosztów, przez co należy rozumieć zastosowanie materiałów i urządzeń jakościowo dobrych, ale nie najdroższych (choć zamontowane centrale wentylacyjne to rzeczywiście najwyższej klasy urządzenia). W związku z tym zakres niezbędnych prac i wymiana niektórych urządzeń zostały ograniczone na etapie przygotowania dokumentacji. Natomiast w trakcie realizacji modernizacji w porozumieniu z użytkownikiem i projektantem wprowadzono pewne niezbędne zmiany chociażby związane z wymianą głównych drzwi wejściowych, dodatkową wymianą drzwi wewnętrznych, wymianą kaloryferów, malowaniem podbasenia. Zmiany te dotyczyły sprawnych elementów i urządzeń, które jednakże były eksploatowane przez 18 lat i chociaż znajdowały się w stanie technicznym zadawalającym, to jednakże rażąco odbiegały standardem od nowo wybudowywanych i brak ich wymiany nie pozwalałby na uzyskanie pełnego celu inwestycji — decydowały tu zatem względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne.

3. Konieczność wykonywania niektórych robót wynikała z błędów projektowych. Dotyczy to np. konieczności wzmacniania istniejącego stropu pod konstrukcję zjeżdżalni i stalowych schodów krętych oraz np. dodatkowe drzwi i schody ewakuacyjne od strony zachodniej.

Projektant nie wykazał się tu „dostateczną dalekowzrocznością”. W ramach nadzoru wprowadzono więc niezbędne korekty.

4. Niektóre zmiany wprowadzono po wnioskach zarządcy basenu np. uznano za pożyteczne montaż dodatkowej kamery zewnętrznej na budynku, co wzmocniło poziom bezpieczeństwa na otaczającym terenie — skateparku.

Odnośnie przesłanki dotyczącej nieleżących po stronie Zamawiającego przyczyn, ze względu na które zaistniała potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia Zamawiający wskazał, iż zdawał sobie sprawę z tego, że przebudowa krytego basenu jest przedsięwzięciem skomplikowanym od strony organizacyjnej, łączącym się z pełnym wyłączeniem go z użytkowania. Dlatego już na etapie rozpoczęcia procedury przetargowej założono cykl realizacyjny sześciomiesięczny — od maja do końca października. Za takim terminem przemawiały względy podawane przez użytkownika/zarządcę — Grójecki Ośrodek Sportu. Z uwagi na to, że jest to obiekt powszechnie wykorzystywany przez młodzież szkolną, na którym znalazło zatrudnienie 21 osób, termin obejmujący okres letni, wakacyjny i urlopowy zdawał się być tym optymalnym. Jednocześnie należy dodać, że ten półroczny okres wyłączenia obiektu z eksploatacji stanowił o istotnym uszczupleniu przychodów GOS, który nie zarabiając na basenie, musi jednakże ponosić wysokie stałe koszty związane z dostawą mediów, w tym za energię elektryczną i ciepło związane mocą zamówioną. Również w tym okresie musieli pobierać wynagrodzenie pracownicy GOS na stałe zatrudnieni na obiekcie. Zatem wyłączenie obiektu z użytkowania było pewnym problemem organizacyjnym i finansowym, w związku z czym, szczególnie uczulił wykonawcę robót na potrzebę dotrzymania terminu ostatecznego zakończenia prac.

Zamawiający dodał, iż Wykonawca — firma ZAB-BUD A. Ż. w Warszawie dysponujący dużym potencjałem realizacyjnym już od początku zapowiadał, że ze względu na wysoce specjalistyczny charakter niektórych prac, będzie posiłkował się podwykonawcami. W przypadku realizacji postępowania niezwykle istotną rzeczą było dokładne wypełnienie harmonogramu prac. W tym zwrócono m.in. uwagę na to, że pewne prace można było wykonać tylko w ściśle określonej kolejności — jedno po drugim. Tego wymagała technologia np. związana z reprofiliacją, izolacją i ułożeniem okładzin w nieckach basenowych. Przed przystąpieniem do tych prac w pierwszej kolejności należało ukończyć np. prace związane z zabezpieczeniem konstrukcji dachu od wewnątrz — czyszczenie, malowanie antykorozyjne i zabezpieczenie przeciwpożarowe. Wynikła również potrzeba modernizacji węzła cieplnego przez jego użytkownika — firmę Celsius ze Skarżyska (Gmina nie poniosła tu kosztów), co z kolei musiało być zakończone przed uruchomieniem wentylacji. Osobnym wyzwaniem była technologia wody basenowej. Po montażu licznych urządzeń i instalacji, wykonaniu kilku niezbędnych uszczelnień (które nie były planowane w

projekcie — likwidacja nieszczelności), należało wodę basenową jeszcze oczyścić i uzdatnić do pobrania próbek. Drugim wspomnianym problemem była potrzeba wykonania robót dodatkowych. Wielokrotnie roboty podstawowe mogły być prawidłowo wykonane i zakończone tylko po uprzednim wykonaniu robót dodatkowych, czy uzupełniających. Ich opóźnienie przez wybór i wprowadzenie innego wykonawcy lub wykonawców — zakłóciłoby pożądaną kolejność robót, o której nadmieniono powyżej. I tak np. dopiero po zakończeniu robót związanych z instalacjami elektrycznymi, sanitarnymi, c.o. wentylacją, wymianą drzwi — można było zakończyć prace związane z montażem sufitów podwieszonych, roboty malarskie i okładzinowe. Tylko więc sukcesywne wykonywanie robót dodatkowych i rozwiązywanie wielu problemów na miejscu budowy przez wszystkie służby i przy pełnej ich mobilizacji pozwoliło na dotrzymanie umownego terminu.

Zamawiający podkreślił, iż każda zwłoka w udzieleniu zamówienia na roboty dodatkowe w konsekwencji wydłużyłaby znacznie termin zakończenia robót i tym samym wyrządziłaby Gminie szkodę majątkową, a nawet mogłaby narazić prowadzących przebudowę na zarzut niegospodarności.

Prezes UZP stwierdził, co następuje:

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, a w konsekwencji - naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Na wstępie Prezes UZP wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, 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. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01 ,C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo — skutkowy oraz związek czasowy.

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP wskazał na następujące okoliczności:

1. pominięcie robót przez projektanta na etapie przygotowania dokumentacji z uwagi na niedostępność wglądu oraz błędy projektanta;
2. pozostałe elementy rażąco odbiegały standardem od nowo wybudowywanych i brak ich wymiany nie pozwalałby na uzyskanie pełnego celu inwestycji — względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne. Zmiany te dotyczyły sprawnych elementów i urządzeń, które jednakże były eksploatowane przez 18 lat (wymiana głównych drzwi wejściowych .dodatkowa wymiana drzwi wewnętrznych, wymiana kaloryferów, malowanie podbasenia);
3. wniosek zarządcy basenu związany ze zwiększeniem użyteczności basenu (montaż dodatkowej kamery zewnętrznej na budynku), celem wzmocnienia poziomu bezpieczeństwa na otaczającym terenie — skateparku;
4. konieczność dotrzymania terminu wynikającego z umowy podstawowej, tj. 31 października 2016 r.

W ocenie Prezesa UZP, wskazane przez Zamawiającego okoliczności faktyczne nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia określonych w ww. przepisie przesłanek dotyczących wyjątkowości i nieprzewidywalności



zaistniałej sytuacji, konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia oraz braku przyczyn powstania tej sytuacji po stronie Zamawiającego.

W orzecznictwie oraz doktrynie podkreśla się, że za wyjątkową sytuację, której nie można było przewidzieć, należy uznać zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. (uchwała KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15; J. E. Nowicki, Komentarz do art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pkt 40, LEX nr 479968). Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności w ocenie Prezesa UZP zdarzeń takich nie stanowią.

Zamawiający wskazał, iż roboty realizowane w wyniku postępowania wszczętego w trybie z wolnej ręki obejmują swym zakresem wykonanie robót nie objętych umową podstawową, ze względu na fakt, iż nie były wykazane w dokumentacji projektowej i wynikały z błędów projektowych. Wskazał, iż ich rzeczywisty brak w ww. dokumentacji wynikał m.in. z następujących powodów:

- projektant kierował się tzw. zasadą minimalizacji kosztów, co w efekcie spowodowało rezygnację z wykonania niektórych prac i wymiany niektórych urządzeń już na etapie przygotowywania dokumentacji;
- błędów projektowych z uwagi na fakt, iż projektant nie wykazywał się tzw. „dostateczną dalekowzrocznością”, dotyczyło to m.in. konieczności wzmocnienia istniejącego stropu pod konstrukcję zjeżdżalni i stalowych schodów krętych.

Mając na względzie powyższe argumenty podniesione przez Zamawiającego, zdaniem Prezesa UZP nie można się zgodzić, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zaistniała wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Po pierwsze, to Zamawiający opracowuje opis przedmiotu zamówienia i poprzez zawarte w nim informacje określa swoje wymagania i oczekiwania względem końcowego efektu zamówienia. Po drugie, to na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji sporządzonej dokumentacji projektowej. Powyższe zostało potwierdzone w uchwale z dnia 2 stycznia 2017 r. (sygn.: KIO/KD 77/16), w którym Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła stanowisko, iż: to zamawiający w pełni odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, toteż bez znaczenia dla oceny zasadności późniejszego zastosowania zamówienia z wolnej ręki pozostają błędy i przyjęte przez projektanta rozwiązania, o ile z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa oraz technologii wykonywania robót nie może ich zakwalifikować, jako obiektywnych. Ponadto, Zamawiający jest nie tylko odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne lecz również za nadzór nad jego wykonaniem. Niedochowanie przez Zamawiającego należytej staranności w

nadzorze nad realizacją zamówienia nie może stanowić podstawy do zastosowania zamówienia z wolnej ręki.

Nie można zatem uznać, że ww. okoliczności stanowiły sytuację wyjątkową i nieprzewidywalną dla Zamawiającego.

Należy zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego. W świetle okoliczności faktycznych nie sposób przyjąć, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją.

Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, iż pozostałe elementy rażąco odbiegały standardem od nowo wybudowywanych i brak ich wymiany nie pozwalałby na uzyskanie pełnego celu inwestycji — decydowały tu zatem względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne. Zmiany te dotyczyły sprawnych elementów i urządzeń, które jednakże były eksploatowane przez 18 lat (wymiana głównych drzwi wejściowych, dodatkowa wymiana drzwi wewnętrznych, wymiana kaloryferów, malowanie podbasenia). Jednocześnie Zamawiający dodał, iż z uwagi na wniosek zarządcy basenu związany ze zwiększeniem użyteczności basenu dokonano montażu dodatkowej kamery zewnętrznej na budynku, celem wzmocnienia poziomu bezpieczeństwa na otaczającym terenie — skateparku.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UZP stwierdził, że zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki związane było ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez Zamawiającego w toku jej wykonywania (względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne). Wynikło zatem z subiektywnej decyzji Zamawiającego (dotyczącej rozszerzenia zakresu i wprowadzenia zmian technicznych przedmiotowego zamówienia) niezwiązanej z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia na skutek wyjątkowych i nieprzewidzianych okoliczności. Tym samym, ma charakter zamówienia publicznego, którego głównym celem było poprawienie funkcjonalności czy też użyteczności wykonywanej inwestycji. Powyższe okoliczności nie wypełniają przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie przedstawił również argumentów uzasadniających konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, ze względu na krótki termin wykonania niniejszego zamówienia. Za taką okoliczność nie mogą być uznane wyjaśnienia Zamawiającego, iż udzielenie niniejszego zamówienia musi nastąpić w terminie pozwalającym na dotrzymanie terminu wynikającego z umowy podstawowej, tj. do dnia 31 października 2016 r. W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek

działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiający przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu.

W ocenie Prezesa Urzędu, realizacja zobowiązań umownych w określonym terminie nie może być także uznana za sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Należy stwierdzić, iż to Zamawiający określił termin wykonania umowy. Nie można zatem dojść do wniosku, że realizacja ww. umowy w ustalonym uprzednio terminie była dla niego sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną.

Należy zauważyć, iż zamówienie z wolnej ręki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie nie zostały spełnione powyższe okoliczności. Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie żadne nadzwyczajne zdarzenie nie miało miejsca, jednocześnie ustalony zakres zamówienia nie miał na celu zapobieżenie skutkom określonego zdarzenia lecz wynikał z błędów projektanta albo jak wskazał Zamawiający, dotyczył głównie zmian sprawnych elementów i urządzeń na nowe w celu z zapobieżeniu rażącemu odbieganiu standardem od nowo wybudowywanych) — decydowały tu zatem względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne.

W uchwale z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/KU/7/08) zostało stwierdzone, iż „zamówienie z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy może być udzielone w zakresie w jakim jest to absolutnie konieczne — przykładowo, jeśli w wyniku katastrofy zniszczeniu ulegnie dach budynku, to Zamawiający może prowadzić negocjacje w celu zawarcia umowy dotyczącej jego naprawy, ale już nie w zakresie remontu pozostałej części budynku”.

W tym kontekście roboty budowlane obejmujące m.in.: wymianę stolarki aluminiowej, odbicie głuchych tynków oraz odchodzącej siatki elewacyjnej, wymianę rynien, zabudowę antresoli z malowaniem, balustradę do natrysków; remont pomieszczeń, wymianę grzejników w holu, w szatniach męskiej i damskiej, w korytarzu przy szatniach, w pomieszczeniu ratownika, w szatni głównej, w kawiarni, przy kawiarni, w pomieszczeniach okołosanitarnych, zamianę sufitów podwieszanych, zabezpieczenie antykorozyjne + remont sufitu, wymianę

rury wodnej ocynkowanej, roboty dodatkowe wentylacyjne, wykonanie instalacji i montaż dodatkowej kamery — skatepark, przeniesienie gniazd na antresoli, wykonanie instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej, wykonanie instalacji i montaż dodatkowych gniazd w recepcji, wykonanie dodatkowych zasilań w serwerowni, dodatkowe wyspy sufitu podwieszonoego w recepcji, montaż wywiewek kanalizacyjnych, automatyczne sterowanie wentylacji w szatniach i natryskach, schodów ewakuacyjnych, docieplenia pasa podrynowego, nie miały charakteru prac absolutnie koniecznych i niezbędnych do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia.

Zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazał także spełnienia określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. KIO/KD 26/12), natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca.

Z protokołu z negocjacji w celu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z dnia 18 października 2016 r. wynika, iż podstawą negocjacji były kosztorysy ofertowe na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających oraz im przypisane protokoły konieczności Nr 1 i Nr 2 z dnia odpowiednio 28 lipca 2016 r. i 14 października 2016 r. wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP zauważał, że niektóre z prac ujętych w protokole konieczności Nr 1 zostały wymienione w kosztorysach opracowanych jeszcze przed zawarciem umowy podstawowej, tj. przed dniem 15 marca 2016 r. w zakresie wykonania: zabudowy antresoli z malowaniem, remontu czerpni — wyrzutni, rynny wschodniej i dachu wysokiego, podkonstrukcji pod panel elewacyjny, zamiany sufitów podwieszanych, obróbki szytu, podkonstrukcji OSB zabezpieczenia antykorozyjnego + remont sufitu 1 piętro hali — kosztorysy z dnia 16 lutego 2016 r.

Ponadto, niektóre z prac wymienionych w protokole konieczności Nr 2 zostały określone w kosztorysach sporządzonych dwa miesiące przed wszczęciem postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. przed dniem 15 października 2016 r., w zakresie wykonania: wymiany instalacji i montażu dodatkowej kamery — skatepark, przeniesienia gniazd na antresoli, wykonania instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej, wykonania instalacji sterowania i montażu dodatkowych gniazd w recepcji, wykonania dodatkowych zasilań w serwerowni — kosztorysy z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż Zamawiający posiadał wiedzę o konieczności wykonania zamówienia co najmniej kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W tej sytuacji nie można mówić o spełnieniu przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 3 grudnia 2018 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

Zdaniem Zamawiającego, wybór trybu nastąpił z zachowaniem wymogów określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Organ dokonujący kontroli dokonując oceny działań zamawiającego pominął istotny fakt, że potrzeba wykonania robót dodatkowych wynikała w czasie realizacji inwestycji. Dotyczy to robót, których nie można było przewidzieć z uwagi na ujawnianie się potrzeb i konieczności, wraz z odsłanianiem niektórych elementów budynku i urządzeń, które były przedmiotem robót remontowych. Była o tym mowa w składanych przez zamawiającego wyjaśnieniach, które zostały w sposób subiektywny ocenione. Nie można zakwestionować faktu, że w związku z prowadzonym koniecznym remontem basen został wyłączony z użytkowania. Nie spowodowało to jednak zaniechania ponoszenia kosztów związanych z jego utrzymaniem. Dostawcy mediów nie zgodzili się na obniżenie na czas remontu opłat za moc zamówioną i musiały być one ponoszone. W tym czasie basen nie przynosił przychodów związanych z opłatami za korzystanie z niego. Stąd konieczność zakończenia wykonywania umowy w ściśle określonym przez zamawiającego terminie. Ta okoliczność niewątpliwie zdaniem Zamawiającego wskazuje, że zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. O ile termin umowy co do umowy głównej był zależny od zamawiającego, to już termin do wykonania robót dodatkowych, już nie. Stąd wskazywane w uchwale KIO z 6.03.2012 r. wskazówki (k. 11), nie mogą mieć bezpośredniego zastosowania do stanu faktycznego związanego z niniejszą sprawą. To, że na niektóre elementy były kosztorysy ofertowe z wcześniejszą datą niż 15.10.2016 r. nie powodowało jeszcze tego, że wtedy musiały być roboty objęte nimi wykonywane. Konieczność ich wykonania powstała dopiero wtedy gdy ujawniono większą ilość owych dodatkowych robót, które zostały uznane za niezbędne do wykonania dla osiągnięcia celu inwestycji. Nie sposób uznawać błędnej daty opracowania na druku (pierwszej stronie kosztorysu) za datę ostatecznego zweryfikowania

tego kosztorysu i przedstawienia go zamawiającemu (tak, jak wspomniany na k.12 kosztorys z 16.02.2016, gdzie ostateczna data przedstawienia zamawiającemu to lipiec 2016 r.).

Pojedyncze, ujawniane w związku z postępowaniem roboty dodatkowe, które powinny być wykonane, nie dają podstaw do przyjmowania tezy, że już wtedy powinny być ogłaszane przetargi na ich wykonanie. Zakłóciłoby to w sposób istotny proces inwestycyjny, na którego jak najszybsze zakończenie oczekiwała społeczność lokalna. W konsekwencji Zamawiający wskazywał, że wybór trybu udzielenia zamówienia na wykonanie robót dodatkowych mieścił się w dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W żaden sposób nie ucierpiała konkurencyjność udzielania zamówienia, mając na uwadze etap realizacji inwestycji, na którym zostało udzielone. Zamawiający również zwracał uwagę na względy celowości i gospodarności dotyczące gospodarowania mieniem komunalnym, które wymagały zastosowania wskazywanego trybu.

Prezes UZP nie zgodził się z powyższą argumentacją Zamawiającego i podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2018 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do naruszeń stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli z dnia 16 listopada 2018 r.

Jak zauważył Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli, udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem – zasadą jest udzielanie zamówień w trybach konkurencyjnych. Zamawiający powoływał się na art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- wyjątkowa sytuacja,
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,

– nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Izba zgodziła się z Prezesem UZP, że postępowaniu, w którym przeprowadzono kontrolę, wymienione wyżej przesłanki możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki nie wystąpiły. Zgromadzona dokumentacja nie wskazuje na wyjątkowość sytuacji. Zamawiający sam się przyczynił do jej powstania, bezpośrednio (np. dodatkowa kamera w skateparku, nieobjęta projektem) lub pośrednio (przez wcześniejszą akceptację projektu prac budowlanych, który zawierał błędy).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zauważono, że „zamówienie z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy może być udzielone w zakresie w jakim jest to absolutnie konieczne — przykładowo, jeśli w wyniku katastrofy zniszczeniu ulegnie dach budynku, to Zamawiający może prowadzić negocjacje w celu zawarcia umowy dotyczącej jego naprawy, ale już nie w zakresie remontu pozostałej części budynku” (sygn. akt KIO/KU/7/08).

Zamawiający mógłby udzielić zamówienia z wolnej ręki w pewnym zakresie – w odniesieniu do prac, których nie można było z przyczyn obiektywnych przewidzieć na etapie projektowania. Zamawiający podawał, że w odniesieniu do niektórych istniejących urządzeń i elementów wyposażenia nie można było ocenić konieczności ich wymiany bez bezpośredniego wglądu - „ich stan techniczny, a co za tym idzie i dalsze ich efektywne wykorzystanie nie zawsze można było precyzyjnie ocenić na tym etapie, gdyż wgląd w nie był niemożliwy — były niedostępne np. kanały wentylacyjne, czy rynny, a raczej zabudowane koryta odprowadzające wodę z dachu. Ich zewnętrzne oględziny nie wskazywały rzeczywistego stopnia zużycia w tym wypadku skorodowania.” („Informacja – wyjaśnienia 1” Zamawiającego z dnia 14 marca 2016 r.). Wydzielenie tych zamówień jako możliwych do udzielenia w trybie z wolnej ręki byłoby zgodne z przepisami tylko wówczas, gdyby Zamawiający mógł wykazać, że rzeczywiście na etapie projektowania wgląd w te urządzenia/elementy nie był możliwy. Jeżeli wgląd taki był jednak możliwy pod względem technicznym, a zakres projektu został ustalony przez Zamawiającego – to w takich okolicznościach Zamawiający sam się przyczynił do zaistnienia sytuacji, w której udzielono zamówienia w kontrolowanym postępowaniu.

Reasumując, skoro przyczyny powstania sytuacji, w której udzielono zamówienia w kontrolowanym postępowaniu leżą po stronie Zamawiającego (błędy projektowe, ustalenie zakresu projektu na poziomie minimalnym, „ulepszanie” projektu w trakcie prac budowlanych), to wyłącza to możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wnosząc zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli zwracał uwagę na względy celowości i gospodarności dotyczące gospodarowania mieniem komunalnym, które według niego wymagały zastosowania trybu z wolnej ręki – jednak kontrola Prezesa UZP nie obejmuje celowości i gospodarności. Celowość i gospodarność nie należą również do przesłanek zastosowania trybu przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....