

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 1 kwietnia 2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych dnia **5 marca 2014 r.** do **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez Zamawiającego, którym jest: **Uniwersytet Muzyczny Fryderyka Chopina ul. Okólnik 2, 00-368 Warszawa**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia **26 lutego 2014 r.**, znak: **UZP/DKD/WKZ/421/22(2)/14/GK; KNZ/14/14/DKD** w odniesieniu do zamówienia publicznego na: „Przebudowę Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ulicy Okólnik 2 w Warszawie.”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Bogdan Artymowicz

wyraża następującą opinię:

Nie uwzględnia zastrzeżeń Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina ul. Okólnik 2, 00-368 Warszawa, zgłoszonych pismem z dnia 4 marca 2014 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki znak: UZP/DKD/WKZ/421/22(2)/14/GK; KNZ/14/14/DKD z dnia 26 lutego 2014 r.

Uzasadnienie:

Zamawiający Uniwersytet Muzyczny Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie w dniu 30 września 2013 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie nr 394936-2013 o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) - na roboty budowlane obejmujące „Przebudowę Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ul. Okólnik 2 w Warszawie,” jako zamówienie uzupełniające do zamówienia na „Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku.”

W przebiegu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania przeprowadzonej w okresie od 20 lutego 2014 r. do 26 lutego 2014 r. w Informacji o jej wyniku, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania przedstawił następujący stan faktyczny i ocenę.

W dniu 26 września 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, obejmujące „Przebudowę Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ulicy Okólnik 2 w Warszawie,” które równocześnie uznał za zamówienie uzupełniające do zamówienia podstawowego na „Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku.”

Zamówienie podstawowe było realizowane na podstawie umowy z dnia 2 sierpnia 2013 r., natomiast zamówienie uzupełniające było wykonywane na mocy umowy z dnia 15 listopada 2013 r.

W toku przeprowadzonej kontroli Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia podstawowego i uzupełniającego były wyłącznie roboty budowlane świadczone dla Uniwersytetu i jej podstawowych jednostek organizacyjnych, związane z rozbudową infrastruktury koniecznej dla zapewnienia właściwego zaplecza dydaktycznego i socjalno-bytowego służącego pracownikom, a także studentom.

Zamawiający wskazał, że wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego nie przekroczyła 50% wartości zamówienia podstawowego i polegała na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień (zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego), a zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Dodał, że

możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego była przewidziana w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego. W ocenie Zamawiającego, realizacja potencjalnych zamówień uzupełniających (w przeciwieństwie do zamówień dodatkowych) nie musi odbywać się dokładnie w tym samym miejscu co zamówienie podstawowe (wyznaczonym np. obszarem murów, działki itp.). Zdaniem Zamawiającego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają jakichkolwiek rozstrzygnięć dotyczących dozwolonej lokalizacji zamówień uzupełniających w odniesieniu do miejsca wykonania zamówienia podstawowego. Zatem, Zamawiający przyjął z definicji zarzut „udzielenia zamówienia uzupełniającego w innej lokalizacji” za bezzasadny.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 tej ustawy.

Mając na uwadze, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić. Udzielając zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający podejmuje rokowania tylko z jednym wykonawcą i z nim zawiera umowę. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, określonych ustawowo sytuacjach.

Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli łącznie zaistniały następujące okoliczności: udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego, zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Wystarczy żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona, aby uznać, że Zamawiający niezasadnie skorzystał z przepisu art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy.

Analizując dokumenty przekazane przez Zamawiającego, Kontrolujący stwierdził, że zamówienie uzupełniające powierzone zostało temu samemu podmiotowi, który wykonywał zamówienie podstawowe, tj. firmie ASKO S.A. z siedzibą w Białymstoku przy ul. Brukowej

28, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego (zamówienie podstawowe zostało udzielone 2 sierpnia 2013 r., zaś zamówienie uzupełniające 15 listopada 2013 r.). Zamówienie podstawowe udzielone zostało w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, a Zamawiający w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu dla zamówienia podstawowego przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Wartość zamówienia uzupełniającego wynosząca 1 381 042,00 zł. nie stanowi więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego, którego wartość została ustalona na kwotę 19 954 103,42 zł.

Kontrolujący podnosił, że zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamówienie uzupełniające musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jednocześnie, w myśl art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), będącego podstawą implementacji na grunt prawa polskiego przepisów o zamówieniach uzupełniających, wskazano, że roboty budowlane lub usługi muszą pozostawać w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia. Zgodnie z treścią § 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego, zamówienie podstawowe polegało na wykonaniu: robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych, robót budowlanych w zakresie obiektów budowlanych związanych ze szkolnictwem wyższym, robót instalacyjno-elektrycznych, robót budowlanych w zakresie budowy rurociągów, instalacyjnych wodno-kanalizacyjnych i sanitarnych, instalacji elektrycznych, urządzeń audiowizualnych, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych oraz robót drogowych, czyli na budowie budynku dydaktycznego i garażu dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w Białymstoku przy ul. Kawaleryjskiej 5 (łącznie z wnętrzami, detalami i stolarką) z infrastrukturą techniczną, na działkach nr 127/1, 127/2, 129/1, 132/1, 124/1 i 126.

Zatem, w SIWZ zamówienia podstawowego Zamawiający określił zarówno zakres robót jak i miejsce ich wykonywania - siedziba Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w Białymstoku przy ul. Kawaleryjskiej 5. W konsekwencji, Kontrolujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego polegającego na realizacji robót budowlanych dotyczących przebudowy Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ul. Okólnik 2 w Warszawie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, czy też zgodne z podstawowym projektem, jak przewiduje to cytowany wyżej przepis dyrektywy. Przedmiot zamówienia uzupełniającego musi być zgodny z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ, w konsekwencji dla spełnienia w niniejszej

sprawie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp niezbędna była tożsamość w zakresie obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia podstawowego i uzupełniającego. Zdaniem Prezesa Urzędu wykonanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Ocena, czy w danym przypadku doszło do naruszenia przepisów ustawy uzależniona jest od specyfiki konkretnego zamówienia. W przedmiotowej sprawie zakres zamówienia podstawowego został ograniczony wyłącznie do obiektu budowlanego opisanego w przedmiocie tego zamówienia. Zatem udzielenie zamówienia uzupełniającego w Warszawie przy ul. Okólnik 2, tj. w innej lokalizacji - innej miejscowości, niż miejsce realizacji zamówienia podstawowego nie może być uznane za dopuszczalne.

Powyższą ocenę Kontrolujący wsparł stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym uchwałą z dnia 6 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 53/13), w której wskazano, że: „przedmiot zamówienia uzupełniającego musi dotyczyć zamówienia określonego w SIWZ, w konsekwencji dla spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy niezbędna jest tożsamość w zakresie obiektu budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia podstawowego i uzupełniającego”.

Kontrolujący wskazywał, iż przepis art. 67 ust. 2 ustawy Pzp 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 danego trybu udzielenia zamówienia. Zamawiający nie przesłał takiego zawiadomienia, pomimo, iż wartość przedmiotowego zamówienia przekroczyła ww. próg, czym naruszył przepis art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Reasumując, Kontrolujący stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie w chwili wszczęcia postępowania zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 4 marca 2014 r. złożonym 5 marca 2014 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki znak: UZP/DKD/WKZ/421/22(2)/14/GK; KNZ/14/14/DKD w trybie art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013r. Poz.

907 z późn. zm.). W szczególności kwestionował podstawowe ustalenie kontroli dotyczące naruszenia przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Ustalony w sprawie stan faktyczny nie budził większych wątpliwości Zamawiającego, jednakże nie zgodził się on z oceną prawną przedstawioną przez Prezesa Urzędu, ze względu na fakt, iż zostały wywiedzione z dorobku doktryny, stanu prawnego oraz orzeczeń zapadłych przed nowelizacją ustawy obowiązującą od dnia 24 października 2008 roku.

Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia treści zastrzeżeń Zamawiający podnosił, co następuje:

1. Przepisy zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej przedmiotu zamówienia. Obowiązujące przepisy wskazują jedynie, że przedmiotem zamówienia mogą być roboty budowlane, dostawy lub usługi. W tym stanie rzeczy za nieuprawnioną uznał tezę zawartą na str. 4 Informacji, że wskazanie miejsca wykonania robót jest konstytutywnym elementem przedmiotu zamówienia.

2. Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 12 lipca 2010 roku, sygn. akt V CA 1396/10 wskazał, iż: Pojęcie „przedmiotu zamówienia” należy odróżnić od pojęcia „opisu przedmiotu zamówienia”, natomiast literalne brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazuje na konieczność wystąpienia w zakresie możliwości przeprowadzenia zamówienia uzupełniającego z wolnej ręki, ich zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego, a nie z opisem przedmiotu zamówienia podstawowego. Jednocześnie, przy tym zwrócił uwagę na intencję stron (Zamawiającego i Wykonawcy) oraz cel, jaki przyświecał Zamawiającemu przy zleceniu przedmiotowych robót.

3. Art 29 i następne ustawy Pzp określające sposób opisu przedmiotu zamówienia nie wskazują, aby niedopuszczalnym było wskazanie w przedmiocie zamówienia robót uzupełniających w innym miejscu niż to, w którym wykonywane były roboty podstawowe. Należy przy tym zauważyć, iż jak trafnie wskazuje się w doktrynie - zamówienia uzupełniające są nowym i samodzielny zamówieniem (por. J. Jerzykowski Komentarz do art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. el. LEX).

4. Rozszerzenie możliwości stosowania zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień uzupełniających uznał Zamawiający za formę preferowaną przez ustawodawcę, który nowelą z 2007 r. zliberalizował przepisy umożliwiając udzielenie zamówień do wysokości 50% zamówienia podstawowego, a jeszcze wcześniej w ramach nowelizacji z 2006 roku umożliwił udzielanie przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki bez konieczności uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UZP.

5. W zakresie liberalizacji przepisu art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, ukazującej intencje ustawodawcy w przedmiocie preferowanego sposobu stosowania wskazanego przepisu zwrócił uwagę, iż nowelizacją z 2008 roku, ustawodawca zrezygnował ze sformułowania, zgodnie z którym zamówienie uzupełniające powinno dotyczyć przedmiotu zamówienia podstawowego, określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wprowadził nowe brzmienie, zgodnie z którym zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

6. Obecne brzmienie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp według Zamawiającego, wydaje się być pojęciem szerszym (poprzez zastosowanie sformułowania „zgodne z”) w stosunku do przepisu w poprzednim brzmieniu (dawne sformułowanie: „dotyczy”), co daje obecnie możliwość wykonywania zamówienia uzupełniającego w innym miejscu, niż miejsce wykonywania zamówienia podstawowego.

7. W niniejszej sprawie, przedmiot zamówienia uzupełniającego oraz zamówienia podstawowego są ze sobą niewątpliwie powiązane funkcjonalnie i związane z realizacją przez Zamawiającego szerszego projektu, związanego z wykonaniem obiektów kulturalno-dydaktycznych dla działalności Uniwersytetu. Intencją Zamawiającego nie było udzielenie zamówienia na roboty budowlane na stricte określonej działce ewidencyjnej, lecz wybór wykonawcy, który dysponowałby potencjałem do prawidłowego wykonania wskazanego zadania.

8. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 674/09; „W zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego. Nieuprawnione byłoby działanie Zamawiającego polegające na zleceniu w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych usług, niż przewidziane w specyfikacji”.

9. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp oparł się na łącznie występujących następujących okolicznościach:

- 1) wszczynając postępowanie zaproszenie skierował do podmiotu realizującego zamówienie podstawowe;
- 2) zaproszenie Wykonawcy nastąpiło w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego;
- 3) wartość zamówienia na roboty budowlane nie przekraczała łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego;

- 4) zamówienie polegało na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień;
- 5) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego;
- 6) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
- 7) zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

10. Zamawiający zgodził się z zawartym w Informacji stanowiskiem Prezesa UZP, iż *„w ocenie Prezesa Urzędu wykonywanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane są roboty podstawowe.”*

11. W świetle powyższego, zastrzeżenia Prezesa UZP, iż przedmiot zamówienia został ograniczony jedynie do obiektu budowlanego, znajdującego się w Białymstoku, przy ul. Kawaleryjskiej 5 i wyłącznie roboty w tym zakresie stanowiły przedmiot zamówienia, a zatem wszelkie roboty dokonywane poza tym terenem nie są zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, Zamawiający uznał za zbyt daleko idące, ponieważ przepisy prawa nie zawierają w tym zakresie żadnej regulacji. Jednocześnie wskazywał, iż jedynie Uczelnia zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 27 lipca 2005 roku Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. 2012.572 j.t. ze zm.) ma osobowość prawną, natomiast nie posiadają jej jednostki organizacyjne Uczelni w tym przypadku Wydział Instrumentalno-Pedagogiczny w Białymstoku.

12. Zamawiający zaznaczał, iż przy takim ograniczeniu, uzasadnienia nie znajduje, wskazywany powyżej fakt odrębności zamówienia uzupełniającego od zamówienia pierwotnego. W zaistniałym stanie faktycznym intencją Zamawiającego było wyłonienie rzetelnego Wykonawcy robót budowlanych wykonywanych w obiektach Uniwersytetu, pełniących funkcję dydaktyczno-kulturalną. Należy zatem, badając zgodny zamiar stron podpisujących umowę (vide art. 14 Pzp w zw. z art. 65 K.c.) zauważyć, że zainteresowany był nie tylko robotami wykonywanymi w Białymstoku, ale również w innych obiektach należących do Niego.

13. Wykonawca gotowy był do zarówno do wykonania robót podstawowych, jak i robót uzupełniających (co wynikało bezpośrednio z SIWZ).

14. Zwracał uwagę, iż za powierzeniem danemu Wykonawcy robót uzupełniających przemawiał fakt, iż roboty budowlane, dotychczas przez niego wykonywane zostały zrealizowane w terminie i z najwyższą starannością, zatem zamawiający chciał dalszej współpracy z solidnym kontrahentem. Postawił tezę, iż istotą zamówień uzupełniających jest właśnie możliwość kontynuowania współpracy ze sprawdzonym w postępowaniu podstawowym wykonawcą. Świadczy o tym fakt, iż zarówno zamawiającemu, jak i

wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zawarcie umowy na roboty uzupełniające, a jest ono jedynie dodatkową oddzielnie negocjowaną pomiędzy stronami umową.

15. Powyższe zostało potwierdzone w treści uzasadnienia wyroku KIO z dnia 17 lutego 2011 roku (KIO 226/11), w której Izba stwierdziła „Należy wskazać, że zamówienia uzupełniające nie są objęte przedmiotowo zamówieniem podstawowym. Stosownie do art. 32 ust 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek jedynie uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających w szacunku zamówienia podstawowego. Szczegółowy zakres świadczenia objęty zamówieniem uzupełniającym określany jest natomiast odrębnie w toku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, które nie musi być obowiązkowo udzielone. Jest to jedynie prawna możliwość zawarcia umowy z dotychczasowym wykonawcą usługi po wynegocjowaniu jej postanowień w toku wskazanego odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

16. Odnosząc się do powołanego w uzasadnieniu Informacji stanowiska Parlamentu Europejskiego i Rady wyrażonego w dyrektywie 2004/18/WE Zamawiający wskazywał, że wybiórczo przywołano zapisy art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) będącego podstawą implementacji na grunt prawa polskiego przepisów dot. zamówień uzupełniających, celem uzasadnienia postawionej tezy wskazując, iż „roboty budowlane lub usługi (z zamówienia uzupełniającego - przyp. wł. Zam.) muszą pozostawać w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia” pomijając zupełnie początkową treść art. 31 ust 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE.

17. Tymczasem pełna treść art. 31 ust. 4 lit. b: stanowi, że „Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach - w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane i usługi: w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 7. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia.”

18. Dokonane uproszczenie, zdaniem Zamawiającego, w istotny sposób wypacza istotę zawartej tam reguły działania prowadząc do błędnej jego interpretacji.

19. Ponadto Zamawiający podkreślał, iż Dyrektywa nie jest aktem bezpośrednio obowiązującym w polskim systemie prawnym, a jej celem jest określenie ram dla implementacji stosownych rozwiązań prawnych do prawodawstwa krajowego. Ewentualne niedoskonałości legislacyjne nie mogą, zatem obciążać Zamawiających, dla których jedynym obowiązującym wzorcem działania jest wzorzec wyznaczony powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

20. Odnosząc się na koniec do przywołanego w treści Informacji Orzeczenia KIO z dnia 6 czerwca 2013 roku, wskazywał, że dotyczyło ono stanu prawnego i sytuacji faktycznej, które miały miejsce przed nowelizacją opisaną w pkt 5, która weszła w życie 24 października 2008 roku, a zatem nie powinno mieć ono zastosowania w niniejszej sprawie.

21. Dodatkowo Zamawiający podał, że w dniu 30 września 2013 roku zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, wydawanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Ogłoszenie nr 483112-2013 o zamiarze zawarcia umowy na roboty budowlane w przedmiocie przebudowy Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ul. Okólnik 2 w Warszawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający wnosił o uznanie, że udzielenie zamówienia uzupełniającego dotyczącego przebudowy Klubu Studenckiego Gama odbyło się zgodnie z art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie nie nastąpiło naruszenie art. 7 ust.1 oraz art. 10 ust.2 przywołanej ustawy.

W odpowiedzi na pismo z dnia 4 marca 2014 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 26 lutego 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/22(2)/14/GK; KNZ/14/14/DKD), data wpływu 5 marca 2014 r. w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, iż w jego ocenie, Zamawiający - Uniwersytet Muzyczny Fryderyka Chopina w Warszawie nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.). Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, mimo iż ten podtrzymał swoje stanowisko, że zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 tej ustawy.

W pierwszej kolejności Kontrolujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z zasady ustanowionej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawa Prawo zamówień publicznych daje zamawiającym możliwość ukształtowania obiektywnych warunków udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dających gwarancję właściwej realizacji zamówienia.

Kontrolujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w zastrzeżeniach, że ustawodawca nie wprowadził zakazu realizacji robót uzupełniających w innym miejscu niż to, w którym wykonywane było roboty podstawowe. Prezes Urzędu zwracał uwagę w ślad za Informacją o wyniku kontroli, że o prawidłowości zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp decyduje nie sam fakt, wykonywania robót uzupełniających na terenie danej budowy, ale zgodność zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. Przedmiotem zamówienia podstawowego nie były roboty budowlane prowadzone na wszystkich obiektach należących do Zamawiającego, a jedynie wzniesienie konkretnego budynku w ściśle określonej lokalizacji. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego określił zarówno zakres robót jak i miejsce ich wykonywania - siedziba Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w Białymstoku przy ul. Kawaleryjskiej 5, wskazując konkretne działki, na których budowa będzie realizowana (nr 127/1, 127/2, 129/1, 132/1, 124/1 i 126). W SIWZ zamówienia podstawowego nie ma zapisów wskazujących na fakt, że w przedmiot zamówienia wpisuje się również teren budowy przy ul. Okólnik w Warszawie.

Odpowiadając na argument Zamawiającego, że mając na uwadze zapisy kolejnych nowelizacji ustawy, stosowanie zamówienia z wolnej ręki jest preferowane przez ustawodawcę w stosunku do innych trybów udzielenia zamówienia publicznego, Kontrolujący zaprzeczył takiej tezie, wskazując, że w dalszym ciągu aktualne jest, wielokrotnie podnoszone zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie, stanowisko, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (np. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO/KD 13/12).

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego dotyczącego kwestii, że przedmioty zamówienia uzupełniającego oraz zamówienia podstawowego są ze sobą powiązane funkcjonalnie i są związane z działalnością Zamawiającego - podnosił, iż przedmiot zamówienia uzupełniającego - przebudowa klubu studenckiego GAMA, nie tylko był realizowany w innym mieście niż przedmiot zamówienia podstawowego, ale też posiadał inne przeznaczenie i mógł działać niezależnie od budynku stanowiącego przedmiot zamówienia podstawowego.

Odpowiadając na argument Zamawiającego, że intencją Zamawiającego było wyłonienie rzetelnego Wykonawcy robót budowlanych wykonywanych w obiektach Uniwersytetu Kontrolujący argumentował, że Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, a jeżeli był zainteresowany wykonywaniem robót nie tylko w siedzibie Wydziału Instrumentalno - Pedagogicznego w Białymstoku, miał możliwość uwzględnienia takich robót na etapie opisu przedmiotu zamówienia dla zamówienia podstawowego.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, że za powierzeniem temu samemu wykonawcy robót uzupełniających przemawia fakt, że roboty budowlane dotychczas przez niego wykonywane zostały zrealizowane w terminie i z najwyższą starannością, tym samym zasadne było kontynuowanie współpracy z danym wykonawcą, wskazywał, iż argument ten nie odnosi się do dyspozycji powołanego przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy i nie może być podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Prezes Urzędu stwierdził, iż podziela stanowisko wyrażone w przywołanych przez Zamawiającego fragmentach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 647/09) oraz z dnia 17 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 226/11), przy czym wskazał, że wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 lipca 2010 r. (sygn. akt V Ca 1396/10) odnosił się do zamówienia publicznego na aktualizację systemu informacji prawnej prowadzonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy i nie ma bezpośredniego związku z przedmiotem kontroli - zamówieniem uzupełniającym na roboty budowlane.

Przywołany przez Zamawiającego fragment treści art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) stanowiący, że w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje udzieliły pierwotnego zamówienia, uznał za niezmienny sposób interpretacji ww. normy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że roboty uzupełniające są: nowymi robotami, polegają na wykonaniu podobnych robót (budowlanych) i muszą być powierzone wykonawcy zamówienia pierwotnego.

Reasumując Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Stanowisko Izby.

Izba podzieliła ocenę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki - niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na niezrealizowanie wszystkich łącznie wymaganych przesłanek wskazanych w art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. Nr 113, poz. 907, z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, a tym samym Zamawiający dopuścił się nieuprawnionego zaniechania stosowania przepisów tej ustawy, tj. art. 10 ust. 1 Pzp dotyczących trybów konkurencyjnych przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na roboty budowlane obejmujące przebudowę Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ul. Okólnik 2 w Warszawie był przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamówienie podstawowe było realizowane na podstawie umowy z dnia 2 sierpnia 2013 r. i obejmowało: Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku.

Zamówienie „uzupełniające” było wykonywane na podstawie umowy z dnia 15 listopada 2013 r., a postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 września 2013 r. i obejmowało przebudowę Klubu Studenckiego GAMA w siedzibie Uniwersytetu przy ulicy Okólnik 2 w Warszawie.

Zamawiający tłumaczył, że prognozowanie wykonania prac uzupełniających uzasadnione było strukturą finansowania robót budowlanych, które zostały zaplanowane do realizacji w roku 2013 i uzyskały finansowanie odpowiednio: w zakresie zamówienia podstawowego w dniu 9.04.2013 r., w zakresie zamówienia uzupełniającego w dniu 18.09.2013 r.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że wartość szacunkowa zamówienia na budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku, udzielonego w trybie przetargu nieograniczonego wynosiła 19 954 103,42 zł netto, co stanowi 4 964 201,27 euro. W tym wartość zamówienia podstawowego została ustalona na kwotę 13 302 735,61 zł netto, co stanowi równowartość 3 309 467,81 euro, natomiast wartość zamówienia uzupełniającego wynosiła 6 651 367,81 zł netto, co stanowi 1 654 733,76 euro. Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 16 362 365,00 zł brutto.

Ogłoszenie o zamówieniu podstawowym ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.06.2013 r. poz. 107569-2013.

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty:

1. Konsorcjum ANATEX Sp. z o.o. cena 10 890 000,00 zł;
2. ASKO S.A. cena 10 451 936,93 zł.

W oparciu o kryterium najniżej ceny Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ASKO S.A. ul. Brukowa 28, Białystok. Umowa została zawarta w dniu 5 sierpnia 2013 r. i ukazało się ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Zgodnie z treścią § 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego, zamówienie podstawowe polegało na wykonaniu: robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych, robót budowlanych w zakresie obiektów budowlanych związanych ze szkolnictwem wyższym, robót instalacyjno-elektrycznych, robót budowlanych w zakresie budowy rurociągów, instalacyjnych wodno-kanalizacyjnych i sanitarnych, instalacji elektrycznych, urządzeń audiowizualnych, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych oraz robót drogowych, czyli na budowie budynku dydaktycznego i garażu dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w Białymstoku przy ul. Kawaleryjskiej 5 (łącznie z wnętrzami, detalami i stolarką) z infrastrukturą techniczną, na działkach nr 127/1, 127/2, 129/1, 132/1, 124/1 i 126.

W § 12 SIWZ Zamawiający ustalił wynagrodzenie wykonawcy, jako ryczałtowe. Wykonawca zobowiązany był podać cenę brutto za wykonanie wszystkich VII Etapów zamówienia, tj.:

- a) wykopy wraz z fundamentami;
- b) stan zero z izolacjami, instalacjami zewnętrznymi i przekładkami;
- c) stan surowy otwarty;
- d) stan surowy zamknięty i dach;
- e) stan wykończeniowy,
- f) elewacje z ociepleniem;
- g) roboty drogowe wraz z robotami wykończeniowymi terenu.

W oparciu o § 3 umowy zakończenie realizacji przedmiotowej inwestycji przewidziano do dnia 31 sierpnia 2015 r.

Według § 19 SIWZ: załącznik nr 7 stanowił przedmiar, zał. nr 8 projekt budowlany i wykonawczy, zał. 9 STWiORB.

Zgodnie z § 17 lit. d. SIWZ Zamawiający dopuścił zmiany treści zawartej umowy w przypadku, gdy będzie posiadał środki finansowe umożliwiające realizację większej ilości etapów w danym roku budżetowym.

W dniu 26.09.2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie na przebudowę Klubu GAMA poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki do tej samej firmy ASKO S.A. z siedzibą w Białymstoku.

Zamawiający przekazał wykonawcy projekt budowlany, STWiORB oraz przedmiar robót. Prace budowlane polegały na przebudowie Klubu GAMA wraz z zapleczem magazynowym w budynku Uniwersytetu Muzycznego przy ul. Okólnik 2 w Warszawie.

Umowa z tą Firmą w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 15.11.2013 r. na kwotę brutto 1 549 800,00 zł.

Odnosząc się do podstaw zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przy udzieleniu tego zamówienia należało uwzględnić, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16 16/01). Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe, i jest wprost dopuszczone w ustawie Pzp.

Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek w nim wymienionych, a mianowicie:

- 1) udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy;
- 2) następuje ono w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- 3) wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego,
- 4) zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
- 5) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- 6) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
- 7) i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Wystarczy, zatem żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona w całości i prawidłowo, aby uznać, że Zamawiający niezasadnie skorzystał z przepisu art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Bez znaczenia w ocenie Izby pozostawało przytaczanie przez Zamawiającego historycznego brzmienia przepisu art. 67 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówień uzupełniających. Podstawą Informacji o wyniku kontroli oraz orzekania przez Izbę w odniesieniu do wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń stanowi przepis obowiązujący w dniu zaistnienia czynności prawnej, tj. udzielenia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki na roboty budowlane przebudowy Klubu GAMA wraz z zapleczem magazynowym w budynku Uniwersytetu Muzycznego przy ul. Okólnik 2 w Warszawie.

Bezsporne pozostawało, iż przesłanki zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, że:

- 1) udzielenie zamówienia uzupełniającego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- 2) następuje ono w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
- 3) wartość zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane nie przekracza łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego,
- 4) zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień,
- 5) zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- 6) zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;

- zostały przez Zamawiającego spełnione.

Kwestię sporną wymagającą rozważenia stanowił pkt 7 - zgodność udzielonego zamówienia z wolnej ręki z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że o zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego przesądzał sam charakter robót budowlanych, gdyż o tym stanowi wyspecyfikowany wyżej punkt 4, tj. - zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co nie jest równoznaczne z określeniem zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Jakkolwiek przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią płaszczyznę dla oceny legalności działań zamawiających, to ich interpretację opartą na wskazaniach dyrektywy należało uznać za w pełni uprawnioną.

Przepis art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) stanowi: Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach - w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane i usługi: w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem, że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 7. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia."

Z przytoczonych wyżej postanowień art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi jednoznacznie wynika, że obydwa akty prawne odwołują się do pojęcia zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego (inaczej mówiąc zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia).

W praktyce nie są odosobnione przypadki, że planowane przedsięwzięcia budowlane (objęte szerszymi projektami) wykonuje się etapowo w ramach kolejnych zadań inwestycyjnych, których termin realizacji może być uzależniony od pozyskania środków finansowych. W takiej sytuacji, gdy opis zamówienia podstawowego stwierdza, że jest ono realizowane w ramach oznaczonego projektu, nie zachodziłyby żadne przeszkody, aby udzielić z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego wykonawcy zamówienia podstawowego, ale z ograniczeniem do wartości nie większej niż łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego.

W rozpatrywanym przypadku zamówienie podstawowe na budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku, stanowiło samodzielny przedmiot zamówienia. W każdym razie Zamawiający nie wykazał, iżby inwestycja ta wchodziła w zakres szerszego projektu.

Rzeczą oczywistą jest, że każda instytucja zamawiająca, a w szczególności z sektora finansów publicznych prowadzi działalność w oparciu w własne plany rzeczowo-finansowe,

czy uchwały budżetowe, obejmując nimi zamierzenia inwestycyjne zgodne z działalnością statutową danej jednostki. Nie jest to jednak żaden wyróżnik, który zezwalałby na objęcie dowolnej roboty budowlanej, ujętej w planie finansowym Zamawiającego, umową z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą każdego jednego zamówienia publicznego w zakresie robót budowlanych, które zostało udzielone przez danego Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Taka interpretacja przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jakiej domaga się Zamawiający, prowadziłaby do wypaczenia celu udzielania zamówień uzupełniających i istotnego ograniczenia konkurencyjności postępowań przetargowych na zamówienia publiczne. Planów rzeczowo-finansowych nie można utożsamiać z podstawowymi projektami robót budowlanych.

Skoro zamawiający nie podał żadnego tożsamego projektu, zgodnie z którym było realizowane zamówienie podstawowe i „uzupełniające” - zasadnie Prezes Urzędu odniósł się do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, którym były obiekty budowlane: budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina przy ul. Kawaleryjskiej 5 w Białymstoku. Cechą obiektów budowlanych pozostaje, że są one ściśle zlokalizowane na oznaczonych działkach w oparciu o decyzje administracyjne o warunkach zabudowy i pozwolenia na budowę zatwierdzającego opracowaną na zlecenie Zamawiającego dokumentację projektową.

Z punktu widzenia ustawowych przesłanek dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki dla zamówień uzupełniających irrelewantne pozostaje, że Zamawiający uznał, iż wykonawca inwestycji w Białymstoku wykazał się najwyższą starannością, zatem chciał kontynuowania współpracy z solidnym kontrahentem. Trafna więc była argumentacja Prezesa Urzędu, że przesłanka ta nie odnosi się do dyspozycji powołanego przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i nie może być podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Jak była mowa wyżej, zakończenie realizacji przedmiotowej inwestycji Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu Muzycznego w Białymstoku przewidziano do dnia 31 sierpnia 2015 r. Tak więc ostateczna ocena efektów robót i terminowości wykonawcy tego zamówienia, tj. firmy ASKO S.A. będzie możliwa po zakończeniu i odbiorze prac.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że przedmiotowe postępowanie na przebudowę Klubu GAMA wraz z zapleczem magazynowym w budynku Uniwersytetu Muzycznego w Warszawie zostało przeprowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, ze względu na niezastnienie wszystkich łącznych

przesłanek wskazanych w art. 67 ust.1 pkt 6 tej ustawy, a tym samym Zamawiający dopuścił się nieuprawnionego zaniechania stosowania przepisów dotyczących trybów konkurencyjnych przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, przez co naruszył wymieniony przepis, jak również art. 10 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na zasadność stwierdzonych naruszeń, podanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, ujawnionych w protokole kontroli w oparciu o dokumentację postępowania, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....