

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 lipca 2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 10 lipca 2014 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Prezydenta Miasta Jeleniej Góry, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 czerwca 2014 roku, znak: KNZ/23/14/DKD dot. KZ/806/11 w zakresie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Emil Kuriata

Członkowie:

Luiza Łamejko

Honorata Łopianowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli są niezasadne.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Jelenia Góra, Plac Ratuszowy 58; 58-500 Jelenia Góra, dnia 1 czerwca 2011 roku, poprzez przekazanie zaproszenia do udziału w negocjacjach firmie ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej – wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie 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.), którego przedmiotem była „Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i Wolności w Jeleniej Górze – zamówienie uzupełniające.”.

Dnia 30 maja 2014 roku Prezes UZP wszczął kontrolę doraźną. W informacji o wyniku kontroli doraźnej, z dnia 30 czerwca 2014 roku, Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dnia 10 lipca 2014 roku zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, nie zgadzając się z ustaleniami wyników kontroli.

Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń do naruszeń stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika z akt postępowania kontrolnego, zamawiający – poprzez przekazanie zaproszenia do udziału w negocjacjach firmie ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej – wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie 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.), zwanej dalej „ustawą”. Przedmiotem postępowania było zamówienie pn. Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze – zamówienie uzupełniające do zamówienia pn. Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – Etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego. Umowa z wybranym Wykonawcą, tj. firmą ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej została zawarta w dniu 11 lipca 2011 r. (umowa nr IZP.272.51.2011). Przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmował, zgodnie z załącznikiem nr 5 do zaproszenia do negocjacji:

- budowę fontanny składającej się z dwóch niecek żelbetowych pokrytych kostką granitową;
- oświetlenie tryskającej wody energooszczędnymi, podwodnymi oprawami;
- budowę nawierzchni terenu z kostki granitowej;

- budowę elementów małej architektury oraz nowe nasadzenia;
- rozbudowę skarpy w północno-wschodnim rejonie działki wraz z rozbudową istniejących murków z granitu;
- przebudowę istniejącego, podziemnego pokoju technicznego;
- budowę instalacji elektrycznej i montaż opraw oświetleniowych typu parkowego.

Zamawiający wskazał, iż zamówienie podstawowe zostało udzielone po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego wykonawcy – firmie ANTI S. A. na podstawie umowy nr IZP.341-9/2010 z dnia 4 maja 2010 r. Zgodnie z treścią pkt 4 części 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane przy realizacji projektu wpisanego do rejestru zabytków pn.: Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego w zakresie obejmującym:

- rewaloryzację dróg i ścieżek – ok. 25 tys. m²;
- renowację zieleni parkowej – wykonanie trawników – ok. 5 ha;
- usuwanie drzew i nasadzenia;
- wykonanie infrastruktury parkowej: sieci wod.-kan.; oświetlenia parkowego, trzech fontann, małej architektury oraz ogrodzenia parkowego o dł. ok. 2 km.

Projekt rewitalizacji przewidywał, iż prace będą wykonywane na obiekcie objętym ochroną konserwatorską poprzez wpis do rejestru zabytków, położonego w strefie uzdrowiskowej.

Zamawiający wyjaśnił, iż uprzednio, tj. przed wszczęciem postępowania z wolnej ręki, w celu realizacji zadania pn.: Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie w BZP nr 102252-2011 z dnia 6 maja 2011 r.). Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 27 maja 2011 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż cena najkorzystniejszej oferty (1 100 027,07 zł) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (612 200,00 zł brutto).

Zamawiający wyjaśnił, iż wobec cen ofertowych znacznie przewyższających kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jego intencją było przeprowadzenie postępowania w trybie negocjacyjnym, gdyż tylko taki tryb pozwalał na wprowadzenie zmian projektowych w zakresie standardów stosowanych materiałów, bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej. Zamawiający podkreślił, iż celem powyższych działań było wykonanie przedmiotowego zadania w 2011 r. co – w ocenie Zamawiającego – byłoby niemożliwe z uwagi na niezbędny dodatkowy czas i środki na opracowanie kolejnego projektu uwzględniającego wnioskowane zmiany oraz przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym, które potrwałoby min.

22 dni, a także warunki klimatyczne Jeleniej Góry (obszar podgórski) i trwający krótko sezon budowlany. Z uwagi na fakt, iż w tym samym czasie finalizowano roboty budowlane w ramach zamówienia podstawowego, których zakres obejmował również przebudowę fontann, Zamawiający po przeanalizowaniu przesłanek wynikających z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki zapraszając w dnia 1 czerwca 2011 r. do negocjacji Wykonawcę zamówienia podstawowego. Dodatkowym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego były rzetelność Wykonawcy oraz dysponowanie przez niego (w miejscu realizacji zadania) zorganizowanym zapleczem sprzętowym i osobowym, co dawało – w ocenie Zamawiającego – gwarancję należytego wykonania zamówienia w wymaganym terminie.

Uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał, że wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego nie przekroczyła 50% wartości zamówienia podstawowego, możliwość udzielenia zamówień uzupełniających była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, jego przedmiot obejmował powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, jednocześnie zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający zaznaczył, że zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, w którego zakres wchodziło m. in. wykonanie fontann.

Zamawiający podkreślił, iż przesłanki ustawowe dają możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony w trybie konkurencyjnym, aby wykonał świadczenie o tożsamym zakresie, gdyż dysponuje wiedzą i doświadczeniem udokumentowanym w czasie realizacji zamówienia podstawowego. Ponadto wynegocjowane warunki realizacji zamówienia, w kontekście ofert złożonych w postępowaniu konkurencyjnym potwierdziły, iż wynegocjowana cena jest konkurencyjna w stosunku do najniższej złożonej we wcześniejszym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił również, iż przedmiot zamówienia określa sam zamawiający kodami CPV. Kody te nie mają odniesienia do miejsca realizacji zamówienia, lecz czynności wykonywanych w ramach zamówienia, zaś tożsamość czasu i miejsca jest warunkiem określonym przez ustawodawcę w katalogu przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy (zamówienie dodatkowe).

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

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, 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 zastosował przepis 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 – ANTI S. A. z siedzibą w Wysokiej, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego (zamówienie podstawowe zostało udzielone 4 maja 2010 r., zaś zamówienie uzupełniające 11 lipca 2011 r.). Zamówienie podstawowe udzielone zostało w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, a Zamawiający w sekcji II pkt 1.4 ogłoszenia o zamówieniu dla zamówienia podstawowego przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (w kwocie nieprzekraczającej 20 % zamówienia podstawowego). Wartość zamówienia uzupełniającego wynosząca 849 514,99 zł. nie stanowiła więcej niż 20 % wartości zamówienia podstawowego, którego wartość została ustalona na kwotę 14 267 180,32 zł.

Zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, 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 pkt 4 części 1 specyfikacji istotnych warunków

zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia były roboty budowlane przy realizacji projektu wpisanego do rejestru zabytków pn. Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych – etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego w zakresie obejmującym:

- rewaloryzację dróg i ścieżek – ok. 25 tys. m²;
- renowację zieleni parkowej – wykonanie trawników – ok. 5 ha;
- usuwanie drzew i nasadzenia;
- wykonanie infrastruktury parkowej: sieci wod.-kan.; oświetlenia parkowego, trzech fontann, małej architektury oraz ogrodzenia parkowego o dł. ok. 2 km.

Prace te miały być wykonane w Zabytkowym Parku Zdrojowym w Jeleniej Górze - Cieplicach Zdroju, zlokalizowanym w centralnej części miasta, w strefie uzdrowiskowej.

Zatem, w SIWZ zamówienia podstawowego Zamawiający określił zarówno zakres robót jak i miejsce ich wykonywania. W konsekwencji, nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego polegającego na realizacji robót budowlanych dotyczących przebudowy fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności w Jeleniej Górze było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, czy też zgodne z podstawowym projektem jak przewiduje to cytowany wyżej przepis dyrektywy. Nie jest wystarczające dla możliwości udzielenia zamówień uzupełniających sam fakt, iż przedmiot zamówienia obejmuje analogiczny zakres prac jak udzielone uprzednio zamówienie podstawowe. 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 konieczne jest powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonym zamierzeniem inwestycyjnym realizowanym w ramach zamówienia podstawowego. Należy w tym momencie podnieść, że w ocenie Prezesa Urzędu wykonanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. W ocenie Prezesa Urzędu, w sytuacji, w której zakres zamówienia podstawowego został ograniczony do rewitalizacji Zabytkowego Parku Zdrojowego w Jeleniej Górze - Cieplicach Zdroju, zlokalizowanego w centralnej części miasta, w strefie uzdrowiskowej, udzielenie zamówienia uzupełniającego polegającego na przebudowie fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i ul. Wolności, położonego poza obszarem Parku Zdrojowego oraz strefy uzdrowiskowej, nie może być uznane za dopuszczalne. Zakresu przedmiotu zamówienia uzupełniającego nie można zatem powiązać z zamierzeniem inwestycyjnym realizowanym w ramach projektu uatrakcyjnienia turystycznego Uzdrowiska Cieplice, gdyż miejsce realizacji prac objętych postępowaniem z wolnej ręki znajduje się poza granicami strefy

ochrony uzdrowiskowej. Tym samym, nie można uznać, iż Zamawiający uprawniony był do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż zamówienie uzupełniające nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Powyższa ocena jest zgodna ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 25/14).

Reasumując kontrolujący stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki był częścią szerszego projektu, czy przedsięwzięcia budowlanego, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe, a tym samym aby było ono zgodne z zamówieniem podstawowym. W związku z powyższym należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie w chwili wszczęcia postępowania nie zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, a Zamawiający – poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych – naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Zamawiający, pismem z dnia 7 lipca 2014 roku (wpływ do UZP w dniu 10 lipca 2014 r.), zgłosił zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej kontroli, nie zgadzając się z kontrolującym, iż Miasto Jelenia Góra bez podstawy prawnej zastosowało tryb zamówienia z wolnej ręki określony w art. 67 ust. 1 pkt. 6 pzp, w postępowaniu dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu u zbiegu ulic: Al. Wojska Polskiego i Wolności w Jeleniej Górze” i tym samym naruszyło ten przepis.

Zamawiający, co do zasady ma możliwość wyboru trybu. Art. 67. ust. 1 pkt.6 pzp ma charakter fakultatywny, co oznacza, że nie ma obowiązku stosowania tego trybu. Powyższa zasada wyboru trybu daje też ten efekt, że nawet w przypadku uprzedzenia o zamówieniach uzupełniających, możliwe jest wdrożenie procedury przetargowej, co w tym przypadku miało miejsce. Wyłonienie Wykonawcy w takim przypadku w sposób oczywisty wiąże Zamawiającego. Negatywny wynik przetargu (unieważnienie) otwiera drogę do skorzystania z wcześniej zakreślonych możliwości, z czego w tym przypadku skorzystano zgodnie z przepisami prawa.

Zastosowanie zamówienia z wolnej ręki poprzedzone zostało obiektywną oceną, czy zaszły okoliczności uzasadniające skorzystanie z tego trybu. Zamawiający analizował sytuację w jakiej dokonywał zamówienia uzupełniającego oraz brał pod uwagę możliwości wynikające z przebiegu postępowania w sprawie zamówienia podstawowego (zapisy legitymizujące udzielenie zamówień uzupełniających).

Treść protokołu pozwala przyjąć jednak, że kontrolujący brał pod uwagę również wyżej opisane postępowanie i w odniesieniu do faktu jego upublicznienia (ogłoszenie w BZP) wywodził negatywne skutki w treści informacji z kontroli.

Istota sprawy sprowadza się do tego czy Zamawiający miał prawo do zastosowania trybu niekonkurencyjnego określonego w art. 67 ust.1 pkt. 6 pzp. Ocena dokonana przez Kontrolującego w zakresie sposobu interpretacji wskazanego przepisu stoi w opozycji do zasady ugruntowanej w praktyce i orzecznictwie KIO, w myśl której wątpliwości nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy - w tym przypadku Zamawiającego w zakresie stosowania omawianego przepisu.

W świetle ustaleń kontroli bezsporne jest, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu pn. „Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych - etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego”, przewidział do wykonania roboty budowlane uzupełniające polegające na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. Tak w SIWZ (pkt.6 Tom I) jak i w ogłoszeniu nr 74412-2010 z dn. 17.03.2010 r. (sekcja 11.1.4.) zamówienie uzupełniające zostało przewidziane w kwocie nie przekraczającej 20% wartości zamówienia podstawowego oraz cyt: *„którego zakres będzie zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego”*.

Jak ustalono w kontroli, zakres zamówienia podstawowego obejmował między innymi wykonanie zagospodarowania terenu oraz budowę trzech fontann (str. 3 zdanie pierwsze informacji o wyniku kontroli).

Przepis art. 67 ust. 1 pkt.6 pzp, mówi o powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. Jak wyżej wskazano i ustalono w kontroli w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego było wykonanie fontann w ilości 3 szt. Z punktu widzenia tego zakresu rzeczowego (wykonanie fontann) miejsce realizacji nie ma żadnego znaczenia. Nie ma również znaczenia to czy obiekt jest wpisany czy też nie, do rejestru zabytków. Omawiany przepis nie wymaga tożsamości we wskazanym zakresie, wymaga tylko aby powtórzeniu ulegało wykonanie tego samego rodzaju zamówień. Skoro w zamówieniu podstawowym zakres robót był bardzo szeroki opisany na str. 2 i 3 informacji o wyniku kontroli to za dopuszczalną i prawnie uzasadnioną należy uznać ocenę, w myśl której wykonanie zamówienia uzupełniającego stanowiącego powtórzenie wykonanego zakresu zamówienia podstawowego jest dopuszczalne, tym bardziej wobec wskazania w przedmiocie zamówienia podstawowego wykonania trzech fontann.

Według ustaleń zawartych w protokole kontroli, czas realizacji zamówienia nie jest kwestionowany, kwestionowane zaś jest miejsce realizacji zamówienia.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt. 6 pzp w żaden sposób nie odnosi się do miejsca realizacji robót, tym samym stwierdzenie, że wymagana jest tożsamość miejsca wykonania robót podstawowych i uzupełniających jest nieupoważnione.

Kontrolujący z nazwy nadanej zamówieniu podstawowemu wywodzi skutki prawne dla zamówienia uzupełniającego.

Stosownie do art. 31 ustawy pzp zamówienie na roboty budowlane jest opisywane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumentacja ta zawiera rozwiązania przyjęte dla budowy fontann. Wykonanie robót zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego - według tej dokumentacji, pozwalana na powtórzenie tego samego rodzaju zamówień. Dla określenia rodzaju zamówień, wiodące znaczenie ma bowiem opis przedmiotu zamówienia. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajduje się taki element, który stanowić ma zamówienie uzupełniające, to przy zachowaniu pozostałych przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt. 6 pzp prawnie dopuszczalne jest stosowanie trybu z wolnej ręki.

Okoliczność, że Zamawiający w tym przypadku opisując przedmiot zamówienia podstawowego używał również nazwy zadania (*„Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację parków zdrojowych - etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego”*) wynikała z tego, że z uwagi na wymogi donatora, tytuł zadania z wniosku o dofinansowanie został „przeniesiony” na grunt postępowania o zamówienie publiczne. Tytuł ten, nie stanowił jednak w żaden sposób o merytorycznym zakresie robót do wykonania.

Zamawiający podkreślił, że rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. - tekst jednolity z dnia 10 maja 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129) nie zawiera zapisów z których by wynikał obowiązek wskazywania miejsca w którym projektowany obiekt miałby być usytuowany. Wobec tego o ile nawet Zamawiający w dokumentacji przetargowej wskaże miejsce wykonywania robót budowlanych w zamówieniu podstawowym, to dla stosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp w stosunku do robót tego samego rodzaju, nie ma to żadnego znaczenia. Gdyby intencją ustawodawcy było zachowanie również tożsamości miejsca, dałby temu wyraz w przepisie względnie w zapisach rozporządzenia. Tak się jednak nie stało.

Zamawiający, interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp dokonywał z punktu widzenia wiedzy jaką był w stanie uzyskać na dzień wdrożenia procedury tj. 01.06.2011 (zaproszenie do negocjacji).

W związku z tym logicznym wydaje się, aby w odniesieniu do tego samego poziomu wiedzy na temat interpretacji art. 67. ust. 1 pkt.6 pzp odniósł się kontrolujący. Zasada ta niestety nie została zachowana. Kontrolujący dokonał oceny z pozycji *ex post*, czego przykład stanowi odwołanie się do orzeczenia KIO/KD25/14 z dnia 01.04.2014 r. (str. 6 informacji o wyniku kontroli). Orzeczenie to zapadło na bazie innego stanu faktycznego, a zamówienie podstawowe i uzupełniające, w przywołanym przypadku były realizowane w innych miastach. Tymczasem, w rozpatrywanym stanie faktycznym istnieje tożsamość

miejsca rozumiana, jako granice administracyjne Miasta Jelenia Góra. Zamawiający zaznacza jednak, że w świetle art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia. Potwierdzenie tego stanowiska znalazło się w treści przytoczonego przez kontrolującego wyroku KIO/KD25/14 z dnia 01.04.2014 r. (str. 5 Uchwały KIO) cyt.: „*zdaniem Prezesa Urzędu wykonanie zamówień uzupełniających nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe*”.

W odpowiedzi na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli Prezes UZP podał, że nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego, podtrzymując w tym zakresie dotychczasową argumentację.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego, kontrolujący podał, co następuje.

Kontrolujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w zastrzeżeniach, że przewidzenie na etapie zamówienia podstawowego możliwości udzielenia zamówień uzupełniających nie wyłącza możliwości udzielenia zamówienia na przedmiot potencjalnych zamówień uzupełniających w drodze procedury otwartej. Nie można natomiast zgodzić się z Zamawiającym, iż negatywny wynik prowadzonego uprzednio postępowania w trybie przetargu otwiera możliwość skorzystania z możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż przesłanki określone w tym przepisie takiego związku nie przewidują. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki (w badanym stanie faktycznym – zamówień uzupełniających) wymaga, zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy, spełnienia określonych w ustawie przesłanek i pod tym kątem została dokonana analiza przedmiotowego stanu faktycznego. Nie można tym samym zgodzić się ze stawianym przez Zamawiającego zarzutem, iż Prezes Urzędu oparł ustalenia kontroli biorąc pod uwagę postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzone uprzednio wobec postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i na okolicznościach wynikających z tego postępowania oparł swoje rozstrzygnięcie. Należy wskazać, iż Prezes Urzędu przywołał postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jedynie w części opisującej stan faktyczny oraz przebieg prowadzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Żadne okoliczności związane z wcześniejszym postępowaniem nie stanowiły jednak podstawy do oceny spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, pomimo iż sam Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki do takich okoliczności się odwoływał.

Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem przyjętym w zastrzeżeniach przez Zamawiającego, iż wątpliwości w zakresie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki powinny być interpretowane na korzyść Zamawiającego. Należy ponownie podkreślić, iż 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. Takie stanowisko zostało wyrażone w informacji o wyniku kontroli i jest ono odzwierciedleniem ugruntowanego orzecznictwa zarówno sądów krajowych, jak również ETS.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy nie jest wystarczające, aby przedmiot zamówienia stanowiły elementy występujące w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego. Prezes Urzędu nie kwestionował, iż w ramach obu postępowań Zamawiający udzielał tego samego rodzaju zamówień (roboty budowlane). W ocenie Prezesa Urzędu, nie została spełniona przesłanka wymagająca zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego. Przedmiotem zamówienia podstawowego były roboty budowlane prowadzone w miejscu określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentacji projektowej, tj. zabytkowym parku zdrojowym w Jeleniej Górze - Cieplicach Zdroju. Miejsce to posiada swoją określoną charakterystykę i jest terenem wyodrębnionym ze względu na specyficzne właściwości, których pełniejszemu wykorzystaniu służyć miała realizacja zamówienia podstawowego. Zgodnie z przekazaną dokumentacją zamówienia podstawowego, głównym założeniem projektowym inwestycji realizowanej w ramach zamówienia podstawowego było podkreślenie uzdrowskiego charakteru parku oraz odtworzenie i podkreślenie jego historycznego charakteru (projekt rewitalizacji/rewaloryzacji Zabytkowego Parku Zdrojowego w Cieplicach Zdroju z września 2008 r.). Stąd, w ocenie Prezesa Urzędu, realizacja prac polegających na przebudowie fontanny wraz z zagospodarowaniem terenu w miejscu położonym poza obszarem Parku Zdrojowego oraz strefy uzdrowskiej, nie może być uznane za dopuszczalne, gdyż nie można powiązać tych prac z zamierzeniem inwestycyjnym, którego wyraz stanowi projekt realizowany w ramach zamówienia podstawowego.

Ponadto odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, iż Prezes Urzędu dokonał oceny *ex post*, pomijając stan wiedzy na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia tj. 01.06.2011 r., należy stwierdzić, iż zarzut ten jest nieuzasadniony. Należy podkreślić, iż brzmienie przepisu stanowiącego podstawę dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zostało ustalone ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Z kolei 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), będący podstawą implementacji na grunt prawa polskiego przepisów o zamówieniach uzupełniających stanowi, iż 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.

Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 25/14) „z postanowień art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy (...) 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 ocenie Prezesa Urzędu przywoływana przez Zamawiającego okoliczność, iż oba zamówienia były realizowane w granicach administracyjnych Miasta Jelenia Góra, nie jest wystarczająca dla uznania, iż stanowią one wspólne elementy szerszego projektu czy przedsięwzięcia inwestycyjnego, a tym samym nie został spełniony wymóg zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego. Zastosowanie do oceny przedmiotowego stanu faktycznego kryteriów oceny, wyrażonych w informacji o wyniku kontroli oraz cytowanej uchwale Krajowej Izby Odwoławczej, było zatem w pełni uzasadnione wobec faktu, iż stan prawny, będący przedmiotem oceny był tożsamy w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania oraz w momencie przeprowadzania kontroli.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, 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.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP (kontrolującego), dodatkowo podnosząc, co następuje.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Jak wynika zatem z treści przywołanego przepisu, poza wymogami odnoszącymi się do terminu udzielenia zamówienia uzupełniającego (w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego), jego określonego zakresu (nie przekraczającego 50 % wartości zamówienia podstawowego), oraz zachowania identyczności podmiotowej (co do wykonawcy dotychczas realizującego zamówienie) musi zachodzić tożsamość objawiająca się powtórzeniem tego samego rodzaju zamówień (w omawianym przypadku - roboty budowlane) oraz zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W ocenie Izby, w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli, zamawiający nie wykazał tego ostatniego elementu, a mianowicie, że zamówienie uzupełniające było udzielone zgodnie z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jak wynika bowiem z akt kontroli, zamówienie uzupełniające mimo zbieżności (acz niepełnej) co do zakresu wykonywanych robót podstawowych, nie wypełnia przesłanek wiążących zamówienie podstawowe z zamówieniem uzupełniającym w sposób ścisły. A taka okoliczność wynika wprost z 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), który stanowi, iż „(...) roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną”.

Skoro zatem zamówienie uzupełniające zostało wykonane w oparciu o odrębny projekt, który nie zawierał się w pierwotnie opracowanej dokumentacji, jak dla zadania podstawowego, to nie sposób uznać, że zamówienie uzupełniające pozostaje w zgodności z podstawowym projektem.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....