

KAW. 1710.04.2012
1710.02.2013



Warszawa, dnia 14.02 2013 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Zamówień
Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej

UZP/DKUE/W2/425/8(6)/13/JL
dot. SK/448/12/DKUE

Szymon Bień,

W odpowiedzi na pismo z dnia 13.09.2012 r. zawierające wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej w zakresie „zlecenia wykonania zadań nie objętych zamówieniem publicznym” dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Jastrzębie Zdrój pn. „Modernizacja i nadbudowa hali Widowiskowo – Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju”, uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził postępowanie wyjaśniające. W jego wyniku ustalono, co następuje.

W ww. piśmie zarzucono zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp poprzez niezasadne zlecenie wykonawcy prac nieobjętych ww. zamówieniem bez zastosowania przepisów ustawy Pzp, polegających na:

1. zmianie posadowienia agregatu wody lodowej;
2. wymianie spalonych silowników;
3. wykonaniu słupków przeszkodowych,

4. wykonaniu kanałów pod trybunami, kłap ppoż., szatni na poziomie 0, dodatkowych tłumików, wyrzutni agregatów wody lodowej, wentylacji bufetów, dodatkowych kłap ppoż. i wentylacji piwnic, dodatkowej automatyki, wentylacji budynku socjalnego, wentylacji pomieszczeń reżyserki, serwerowni, szybu windowego;
5. wykonaniu dodatkowej podbudowy i rozbiórki asfaltu.

Jak wynika z wniosku o kontrolę wykonanie ww. prac spowodowało zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy ww. zamówienia o kwotę 574.819,76 zł.

Z dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania wyjaśniającego wynika, iż ogłoszenie o ww. zamówieniu publicznym zostało przekazane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29 kwietnia 2009 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009 S 83 – 119484 z dnia 30 kwietnia 2009 r.

Zamawiający oszacował całkowitą wartość zamówienia podstawowego na kwotę 30.223.376,16 zł, co stanowi równowartość 7.795.356,36 euro, w tym wartość etapu I na kwotę 28.852.327,62 zł (7.441.729,03 euro).

Przedmiot ww. zamówienia obejmował wykonanie prac związanych z rozbudową, nadbudową i modernizacją hali widowiskowo – sportowej wraz z zapleczem socjalnym przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju, w tym:

- roboty rozbiórkowe podłoża betonowych;
- zagospodarowanie terenu: parkingi dla ok. 130 samochodów, place, drogi a także zielen i mała architektura;
- wykonanie instalacji wewnętrznych sanitarnych (wody, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, c.o., wentylacji i ppoż.);
- wykonanie nowych zewnętrznych sieci kanalizacji deszczowej, sanitarnej i wodociągowej;
- remont sieci ciepłej;
- wykonanie instalacji elektrycznych, teletechnicznych, instalacji odgromowej i oświetlenia zewn.;
- wykonanie zabudowy agregatu prądotwórczego wraz z instalacją elektryczną.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena – waga: 100%. W terminie składania ofert (16.06.2009 r.) złożono 8 ofert. W wyniku przeprowadzonego postępowania zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., Mostostal Puławy S.A., Acciona Infraestructuras S.A. z ceną brutto 32.495.150,62 zł.

W dniu 22.12.2009 r. została zawarta umowa Nr IKI – 08130-272-W/2009 pomiędzy zamawiającym a ww. wykonawcą. Termin wykonania zamówienia określono na dzień 30.04.2012 r. Zgodnie z § 10 ust. 1 umowy: „strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu

umowy zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie uzgodnionych cen wyszczególnionych w kosztorysach ofertowych wykonawcy, zaakceptowanych przez zamawiającego oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót”.

Jak wynika z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia powstał spór między zamawiającym a wykonawcą dotyczący zapłaty wynagrodzenia za następujące roboty zrealizowane przez wykonawcę w trakcie wykonywania zamówienia:

1. Zmiana posadowienia agregatu wody lodowej – wartość szacunkowa 26.161,27 zł netto.
2. Wymiana siłowników w drzwiach napowietrzających i oknach oddymiających - wartość szacunkowa 49.555,00 zł netto.
3. Montaż słupków przeszkodowych - wartość szacunkowa 4.218,67 zł netto.
4. Zwiększony zakres robót w instalacjach wentylacji ujęty w pozycjach:
 - kanały pod trybunami (wynikający z różnicy długości między projektem a pomiarami powykonawczymi) – wartość szacunkowa 52.932,51 zł netto,
 - klapy ppoż. szatnie poz. 0,00 – wartość szacunkowa 12.999,40 zł netto,
 - dodatkowe tłumiki – wartość szacunkowa 17.486,06 zł netto,
 - wyrzutnie agregatów wody lodowej – wartość szacunkowa 12.303,50 zł netto,
 - wentylacja bufetu – wartość szacunkowa 33.350,60 zł netto,
 - wentylacja piwnic (przyczółek B) + wentylacja piwnic – wartość szacunkowa 5.740,00 zł netto,
 - automatyka dla wentylacji budynku socjalnego – wartość szacunkowa 11 680,00 zł netto,
 - wentylacja pomieszczeń reżyserki, sanitariatów i szybu windowego – wartość szacunkowa 15.115,15 zł netto.
5. Dodatkowa podbudowa i rozbiórka asfaltu – wartość szacunkowa 225.790,93 zł netto.

Z uwagi na odmowę zapłaty wynagrodzenia za wykonanie ww. robót wykonawca w dniu 30 marca 2012 r. skierował sprawę na drogę sądową. W wyniku przeprowadzonych mediacji w dniu 19 października 2012 r. została zawarta ugoda między stronami przed mediatorem Grzegorzem Frączek z Ośrodka Mediacji Fundacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, zobowiązująca zamawiającego do zapłaty na rzecz wykonawcy kwoty 550.000,00 zł. Postanowieniem z dnia 5 listopada 2012 r. (sygn. akt II C 87/12) Sąd Okręgowy w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku zatwierdził ww. ugodę i nadał jej klauzulę wykonalności.

Mając na uwadze powyższe należy przede wszystkim podkreślić, iż w świetle art. 353¹ KC strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie kształtowania treści

stosunku prawnego oraz w zakresie kształtowania treści umowy po jej zawarciu. Natomiast stosownie do treści przepisu art. 184 kodeksu postępowania cywilnego, sprawy cywilne, których charakter na to zezwala mogą być uregulowane w drodze ugody zawartej przed wniesieniem pozwu. Granicą swobody kontraktowania są jednak przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego, przewidujące ściśle określone regulacje, niepodlegające wyłączeniu na mocy postanowień umownych. Do takich regulacji należą przepisy ustawy Pzp, tym art. 144 ust. 1 zakazujący istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Należy podnieść, iż sąd w trakcie postępowania pojednawczego ma obowiązek zbadania, czy zawarcie ugody pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie narusza przepisów prawa, zasad współżycia społecznego oraz czy uгода nie zmierza do obejścia prawa. W razie stwierdzenia którejs z ww. przesłanek sąd uznaje ugode za niedopuszczalną. Podkreślenia wymaga, iż jakkolwiek uгода sądowa stanowi tytuł egzekucyjny umożliwiający prowadzenie na jej podstawie przymusowej egzekucji (art. 777 § 1 pkt 1 kpc), nie jest orzeczeniem sądowym i nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2000 r., sygn. akt I CKN 738/99). Powyższe oznacza, iż w aspekcie materialnoprawnym uгода sądowa podlega weryfikacji pod względem ważności tak jak uгода pozasądowa. W tym zakresie dopuszczalne jest powództwo o stwierdzenie nieważności ugody sądowej na podstawie art. 189 kpc (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., sygn. akt V CKN 953/00).

Odnosząc się do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy podkreślić, iż w umowie o zamówienie publiczne na roboty budowlane zamawiający może ustalić wynagrodzenie ryczałtowe bądź kosztorysowe na podstawie obmiaru robót. Obmiar robót, stanowiący podstawę ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego wypłacanego w oparciu o umowę o zamówienie publiczne na roboty budowlane, dokonywany jest w oparciu o rzeczywiste nakłady jednostek przedmiaru, a zatem co do zasady oddawać powinien rzeczywiste nakłady wynikające z zakresu określonego dokumentacją postępowania. Tym samym, podstawę do dokonywania prawidłowego obmiaru robót, a w konsekwencji wypłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy ustalonym wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowi w istocie przedmiar robót.

Warto zwrócić uwagę, że zakres obmiaru robót wykonanych, stanowiący podstawę obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, może dotyczyć tylko robót uwzględnionych w przedmiarze robót. Nie jest natomiast możliwe uwzględnienie przy rozliczeniu

kosztorysowym robót stanowiących wprowadzić niezbędny element zamówienia, ale nieprzewidzianych w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia. W takiej sytuacji konieczne staje się udzielenie nowego zamówienia. Okoliczności konkretnego przypadku mogą w szczególności wskazywać na możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego. Przy spełnieniu przesłanek szczegółowo określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dopuszczane jest w takim stanie faktycznym zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności należy ustalić, czy określona robota budowlana wchodzi w zakres zamówienia podstawowego, czy też nie. Stosownie do postanowienia art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane realizowane metodą „wybuduj” stosuje się dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, ze zm.) dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się z projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Tak więc zakres robót wchodzących w zakres zamówienia na roboty budowlane określa przede wszystkim dokumentacja projektowa, jak również wynikające z niej opracowania, w tym przedmiar robót. Tym samym z zamówieniem dodatkowym (robotami dodatkowymi) mamy do czynienia w przypadku robót, które nie zostały przewidziane w przygotowanej dokumentacji projektowej zamówienia podstawowego (por. też art. 649 k.c.).

W przypadku ustalenia, że dana robota nie jest objęta zakresem przedmiotowym zamówienia podstawowego, a w konsekwencji stwierdzenia, że ustalone w umowie wynagrodzenie (określone w umowie podstawowej) nie obejmuje wykonania takiej roboty

należy uznać, iż brak jest przeszkód prawnych do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przy założeniu ziszczenia się pozostałych przesłanek określonych w tym przepisie.

Odnosząc powyższe ustalenia do poszczególnych robót zleconych wykonawcy w ramach ww. umowy sądowej należy stwierdzić co następuje.

Ad. 1.

W odniesieniu do zmiany posadowienia agregatu wody lodowej należy podkreślić, że samo zainstalowanie agregatu zostało przewidziane w dokumentacji zamówienia podstawowego. W przedmiarach robót zamawiający opisał ww. pozycję w następujący sposób: agregat wody lodowej chłodzony powietrzem z wentylatorami osiowymi, podstawą antywibracyjną i zestawem do pracy w trybie chłodzenia w temperaturach zewn. poniżej 20 C np. NRL 650 w standardowe, ze zbiornikiem buforowym firmy AERMEC (z okablowaniem, orurówaniem, izolacją zimnochronną) lub równorzędny technicznie. Natomiast w zakres zamówieni podstawowego nie wchodziły prace związane ze zmianą jego posadowienia.

W wyjaśnieniach przekazanych Prezesowi UZP w toku postępowania wyjaśniającego zamawiający uzasadniał zmianę posadowienia agregatu koniecznością ograniczenia poziomu hałasu przenoszonego do wnętrza hali, która wyniknęła dopiero na etapie budowy, kiedy znane były wszystkie parametry urządzenia zamówionego przez wykonawcę zgodnie z dokumentacją projektową. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż zmiana ta wynikała z wejścia w życie Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7.06.2010 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. nr 109, poz. 719). Zgodnie z § 28.1 pkt 5 oraz 29.1 pkt 2 ww. rozporządzenia w obiektach takich jak hala widowiskowo – sportowa o liczbie miejsc powyżej 1500 musi być stosowany system sygnalizacyjny pożaru oraz dźwiękowy system ostrzegawczy, a zbyt duży hałas od pracującego agregatu zabudowanego wewnątrz budynku zakłócałby komunikaty DSO.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że zamawiający w dokumentacji projektowej nie określił dopuszczalnego poziomu hałasu emitowanego przez agregat, zatem na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego nie był w stanie przewidzieć, że agregat zakupiony przez wykonawcę będzie emitował dźwięki o takim natężeniu, że konieczna będzie zmiana jego lokalizacji.

Wobec powyższego w opisanym stanie faktycznym zachodziły przesłanki do zlecenia ww. roboty na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. zmiana posadowienia agregatu nie była objęta zamówieniem podstawowym, była niemożliwa do przewidzenia i niezbędna do realizacji zamówienia podstawowego.

Ad. 2.

Uzasadniając wymianę siłowników zamawiający powołał się na § 15.1 pkt 4 oraz § 28.1 pkt 5 ww. rozporządzenia MSWiA z 2010 r. Należy jednak podkreślić, iż § 28.1 pkt 5 ww. rozporządzenia ma identyczne brzmienie jak § 24.1 pkt 5 rozporządzenia MSWiA z 21.04.2006 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. nr 80, poz. 563). Podobnie § 15.1 pkt 4 jest odpowiednikiem poprzednio obowiązującego § 11.1 pkt 4. Zatem w omawianym zakresie nie doszło do zmiany prawa skutkującej koniecznością wymiany siłowników.

Wobec powyższego powyższa wymiana była możliwa do przewidzenia na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Nie można zatem uznać ww. zmiany za zamówienie dodatkowe, ponieważ nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w szczególności odnoszące się do nieprzewidywalności.

Jednak wobec faktu, iż wartość szacunkowa ww. roboty wynosiła 49.555,00 zł, co stanowi 12.781,46 euro wg kursu na dzień wszczęcia postępowania zamawiający nie miał obowiązku zlecenia wykonania ww. roboty w oparciu o przepisy ustawy Pzp, gdyż zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ma ona zastosowanie do zamówień o wartości przekraczającej 14 000 euro.

Ad. 3.

W odniesieniu do roboty polegającej na wykonaniu słupków przeszkodowych zamawiający wyjaśnił, iż konieczność ograniczenia ruchu pojazdów pojawiła się z chwilą rozbiórki murowanej stacji Trafo, która na etapie przygotowania zamówienia podstawowego uniemożliwiała przejazd wokół hali. Stacja ta została rozebrana pod koniec budowy hali i droga od strony zachodniej i północnej stała się przejezdna. Zamawiający zaznaczył, że „ze względu na dojazd wozów bojowych jest to korzystny układ, gdyż możliwy jest objazd wokół hal. Jednocześnie taki układ drogowy wokół hali umożliwia również korzystanie z drogi pożarowej wszystkim pojazdom. Dla skutecznego ograniczenia ruchu pojazdów wokół hali oraz ochronę przejezdności zdecydowano o zabudowie słupków przeszkodowych. Zamawiający powołał się na § 5 ww. rozporządzenia MSWiA z 2010 r. nakazujący właścicielom oraz zarządcom terenów utrzymywanie znajdujących się na nich dróg pożarowych w stanie umożliwiającym wykorzystanie tych dróg przez pojazdy jednostek ochrony przeciwpożarowej. Należy podkreślić, że brzmienie cytowanego przepisu nie zmieniło się w stosunku do rozporządzenia z 2006 r. Niemniej, należy uznać, że na etapie przygotowania zamówienia podstawowego zamawiający nie mógł przewidzieć wyburzenia stacji Trafo należącej do odrębnego podmiotu.

Wobec powyższego oraz wobec faktu, iż ww. roboty nie były uwzględnione w dokumentacji zamówienia podstawowego należy uznać, że były one konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i mogły być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ad. 4.

Uzasadniając konieczność zwiększenia zakresu robót w instalacjach wentylacji zamawiający wskazał na konieczność wykonania dodatkowych klap pożarowych i zabezpieczeń pożarowych przy przejściach przez strefy pożarowe wraz z instalacją sterowania i instalacją sygnalizacji pożaru. Ponadto wyjaśnił, iż „dla ograniczenia poziomu hałasu od pracującej wentylacji niezbędnym było zainstalowanie dodatkowych tłumików na kanałach wentylacyjnych. Konieczność wykonania w/w prac wynikła w trakcie trwającej kontroli Państwowej Straży Pożarnej oraz pomiarów akustycznych i hałasu.”

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu ustalono kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Obliczenia należnego wynagrodzenia w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego dokonuje się dopiero po wykonaniu dzieła na podstawie kosztorysu. Jeśli zachodzi konieczność zwiększenia wynagrodzenia, odbywa się to z reguły na podstawie kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego rzeczywiste ilości pracy i jej jakość, z uwzględnieniem uzgodnionych cen jednostkowych, wynikających z zastosowanych podstaw rozliczenia, którymi zazwyczaj są powszechnie dostępne cenniki, a także uzgodnionych przez strony klauzul waloryzacyjnych. Zazwyczaj wartość ostatecznego wynagrodzenia (kosztorysowego) określa się na podstawie szczegółowych uregulowań zawartych w umowie lub uzgodnień między stronami.

Wobec powyższego zwiększenie zakresu ilościowego ww. robót przewidzianych w kosztorysie ofertowym było możliwe na podstawie kosztorysu powykonawczego i nie wymagało ani zmiany umowy, ani udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ad. 5.

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku postępowania wyjaśniającego dokumentacja projektowa przewidywała wymianę całej nawierzchni asfaltowej na kostkę brukową. Nie obejmowała natomiast rozbiórki istniejącej podbudowy. Zamawiający wskazał, że „zamówienie podstawowe było przygotowane na bazie dokumentacji opracowanej w 2007 roku. Według zakresu ujętego w projekcie Parkingi i place z istniejących nawierzchni przewidziane do rozbiórki były krawężniki i obrzeża, a istniejąca nawierzchnia asfaltu przed wejściem do hali nie była przewidziana do rozbiórki. Z tego

samemu projektowi wynika, że ukształtowanie terenu dostosowano do posadowienia Hali i poziomu 0,00 posadzki istniejącej w przyczółku A, tym samym rozbiórka asfaltu była konieczna. Ponadto w ww. projekcie przedstawiono profil istniejących nawierzchni, gdzie istniejący asfalt występuje, a z pkt 4.6 wynika, że nawierzchnia dróg manewrowych i miejsc parkingowych zaprojektowana została z kostki betonowej z wykorzystaniem istniejącej podbudowy, lecz bez sprawdzenia grubości istniejącej warstwy asfaltowej, co okazało się błędnym założeniem, które ujawniło się na etapie realizacji robót budowlanych”.

Zamawiający wskazał również, że „przed rozpoczęciem przedmiotowego postępowania w ramach dokumentacji projektowej były wykonane odwierty geotechniczne w czterech narożnikach istniejącej hali. Z kart dokumentacyjnych otworów wiertniczych wynika, że w tym rejonie występuje warstwa asfaltu z tłuczniem o średniej grubości 0,6. Jednak odwierty te były wykonane w rejonie posadowienia projektowanych klatek schodowych aktualizowanej dokumentacji, a nie w rejonie, gdzie zaprojektowano place manewrowe, przed wejściem głównym z uwzględnieniem wykorzystania istniejącej nawierzchni asfaltowej i podbudowy. Dla pełnego obrazu rzeczywistego stanu istniejącej nawierzchni asfaltowej i podbudowy przed wejściem głównym do hali projektant powinien zlecić wykonanie odwiertów w kilku miejscach projektowanych placów. Był to błąd projektanta na etapie wykonywania dokumentacji projektowej, polegający na zaprojektowaniu wejścia do Hali w poziomie istniejącej nawierzchni asfaltowej, lecz bez uwzględnienia nowej nawierzchni z kostki betonowej, a skutkujący brakiem pozycji „rozbiórka asfaltu” w przedmiarach dokumentacji załączonych do dokumentacji przetargowej.”

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że w opinii Ministerstwa Infrastruktury wyrażonej w piśmie z dnia 4 maja 2005 r. (sygn. BAW-022-4/05) wskazano, iż projekt budowlany ma charakter nadrzędny zarówno nad projektem wykonawczym, jak również przedmiarem. Oznacza to, że w świetle Prawa zamówień publicznych zakresem zamówienia podstawowego na roboty budowlane objęte są wszystkie roboty niezbędne do wykonania obiektu budowlanego opisanego w projekcie budowlanym. Powyższe potwierdza m.in. okoliczność, iż stosownie do przepisów Kodeksu cywilnego przedmiotem umowy o roboty budowlane jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a obowiązkiem inwestora jest w szczególności dostarczenie projektu. Należy również zauważyć, iż w świetle postanowień dyrektywy klasycznej dodatkowe roboty budowlane mogą mieć miejsce w odniesieniu do tych, które nie zostały przewidziane we wstępnie rozpatrywanym projekcie, co wskazuje pośrednio na tezę, iż projekt wyznacza zakres zamówienia podstawowego, a nie opracowania o niższej randze. W przypadku, gdy w trakcie realizacji inwestycji budowlanej zostaną stwierdzone ewentualne braki w

przedmiarze, powinny one zostać uzupełnione w taki sposób, aby zapewnić zgodność przedmiaru z projektem budowlanym. W konsekwencji, wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, ale nie zostały ujęte w przedmiarze wchodzi w zakres umowy w sprawie wykonania zamówienia podstawowego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wymiana nawierzchni asfaltowej była objęta zakresem zamówienia podstawowego. Natomiast rozbiórka istniejącej podbudowy asfaltowej nie była ujęta w dokumentacji projektowej. W takiej sytuacji konieczne stało się udzielenie nowego zamówienia.

Należy w tym miejscu podkreślić, że zamawiający zlecając wykonanie dokumentacji projektowej podmiotowi profesjonalnemu nie mógł przewidzieć, iż w wyniku błędu projektanta wykonanie rozbiórki podbudowy nie zostanie przewidziane w dokumentacji projektowej. Ponadto w opisanej sytuacji niemożliwe byłoby oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego z uwagi na fakt, że rozbiórka była konieczna do wymiany nawierzchni, przewidzianej zamówieniem podstawowym. Wobec powyższego należy uznać, że w opisanym stanie faktycznym dopuszczalne było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Reasumując należy stwierdzić, iż roboty wymienione w pkt 4 wniosku o kontrolę były objęte zakresem zamówienia podstawowego i podlegały zasadom rozliczenia wg obmiaru, natomiast robota wskazana w punkcie 2 nie była objęta obowiązkiem stosowania ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do robót wymienionych w pkt 1, 3 i 5 należy uznać, iż okoliczności ich udzielenia wskazują na możliwość uznania ich za roboty dodatkowe. Zamawiający powierzając ich wykonanie wykonawcy zamówienia podstawowego powinien zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym udzielenie zamówienia na ww. roboty bez przetargu nie stanowiło naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z treścią art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Niemniej jednak, z uwagi na fakt, iż w wyniku zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wykonanie zamówienia zostałoby również powierzone wykonawcy zamówienia podstawowego ww. naruszenie nie może stanowić podstawy do wszczęcia kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania.

10
Dyrektor Departamentu
Kontroli Zamówień
Współfinansowanych ze środków...

Ewelina Górska
Ewelina Górska