

w postępowaniu, opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, oraz znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a także istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zmiany dotyczące kar umownych, sposobu wykonania zamówienia, warunków płatności, okresu gwarancji). Zmiana istotną będzie również istotna zmiana terminu wykonania zamówienia (np. zmiana liczby dni wyznaczonych na wykonanie zamówienia lub liczby dni na wykonanie poszczególnych etapów wykonania zamówienia).

Orzecznictwo

uchwała KIO z dnia 30 grudnia 2011 r., KIO/KD 107/11, www.uzp.gov.pl

W ocenie Izby, nie do przyjęcia jest również zaproponowane przez Zamawiającego podejście, aby pojęcie „warunków zamówienia” utożsamiać z przedmiotem zamówienia ujmowanym w ogólności. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż zakresem tego pojęcia objęte są z pewnością *essentialia negotii* umowy mającej w przyszłości wiązać strony. Zatem, to co świadczy o istocie danego zamówienia publicznego, które jest przecież odpłatną umową, musi być tożsame w trybach poprzedzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki i musi stanowić również istotę tego postępowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że podstawą skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, który jest trybem niekonkurencyjnym i daje możliwość udzielenia zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji, z jednym, wybranym przez zamawiającego wykonawcą, jest przeprowadzenie kolejnych postępowań na tych samych warunkach. Chodzi bowiem o to, aby zapobiec możliwości skorzystania przez wykonawcę z preferencyjnych warunków w trybie zamówienia z wolnej ręki, w której w poprzedzających postępowaniach wykonawcy na takie dogodności liczyć nie mogli, a tym samym nie byli w stanie im sprostać, co uniemożliwiło złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty.

Zamówienia dodatkowe

57. Zamówienia dodatkowe na usługi lub roboty budowlane mogą być udzielane wyłącznie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują udzielania zamówień dodatkowych na dostawy. Zamawiający może udzielić zamówień dodatkowych, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- 1) wykonawcą zamówień dodatkowych będzie dotychczasowy wykonawca usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem podstawowym;
- 2) zamówienia dodatkowe nie zostały objęte zamówieniem podstawowym;
- 3) zamówienia dodatkowe nie przekraczają łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego;
- 4) zamówienia dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;

- 5) wykonanie zamówień dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji nie-
możliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia do-
datkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia nie-
współmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania za-
mówienia dodatkowego.

58. Zamówieniem realizowanym (zamówieniem podstawowym) jest zamówie-
nie określone w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego z dotych-
czasowym wykonawcą usług lub robót budowlanych, udzielone także w innych
trybach niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony, w tym również
w trybie zamówienia z wolnej ręki.

59. Ustalając wartość zamówień dodatkowych, zamawiający nie może w celu
uniknięcia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych dzielić zamówień
dodatkowych na części lub zaniżać ich wartości. Wartości zamówień dodatkowych
nie sumuje się z wartością zamówień uzupełniających. Zamawiający może udzielić
jednego zamówienia dodatkowego lub wielu zamówień dodatkowych. Ponieważ
poszczególne zamówienia dodatkowe są nieprzewidywalne i nieobjęte zamówie-
niem podstawowym, wartość każdego zamówienia dodatkowego ustala się odręb-
nie, zgodnie z art. 32–35, ale łączna wartość udzielonych zamówień dodatkowych
nie może przekroczyć 50% wartości realizowanego zamówienia. Wartością reali-
zowanego zamówienia jest wynagrodzenie brutto dotychczasowego wykonawcy
usług lub robót budowlanych określone w zawartej umowie. Jeżeli wartość zamó-
wienia dodatkowego nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty
30 000 euro, zamawiający nie stosuje przepisów prawa zamówień publicznych¹⁵⁵.

¹⁵⁵ *Szacowanie wartości zamówienia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP*, Inf. UZP 2011, nr 4, s. 25: „W przypadku, gdy wartość zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego będzie niższa lub równa niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 14 000 euro, do udzielenia zamówienia procedury przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych nie będą miały zastosowania, ze względu na uregulowane w art. 4 pkt 8 Pzp. W takiej sytuacji możliwe będzie udzielenie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego innemu podmiotowi niż wykonawca zamówienia podstawowego”; *Zamówienia dodatkowe na usługi i roboty budowlane w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu*, Inf. UZP 2012, nr 2–3, s. 14: „Zamówienie dodatkowe nie może przekraczać łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego. Ustawa nie wyklucza udzielenia kilku zamówień dodatkowych dotyczących tej samej umowy podstawowej. Do szacowania wartości każdego z zamówień powinny być stosowane odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia określone w art. 32–35 Pzp, przy uwzględnieniu wartości już udzielonych zamówień, tak aby nie przekroczyć w sumie połowy wartości zamówienia podstawowego. Szacowanie wartości zamówienia przeprowadzane jest dla każdego z zamówień dodatkowych odrębnie, chyba że dane zadania ze względu na ich przedmiot spełniają przesłanki do uznania ich za jedno zamówienie dodatkowe. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku gdy szacowana wartość danego zamówienia ustalona na podstawie powyższych przepisów nie przekroczy wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 tys. euro, to biorąc pod uwagę art. 4 ust. 8 Pzp, zamawiający nie stosuje przy jego udzieleniu ustawy”.

60. W przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością realizowanego zamówienia będzie wartość realizowanego zamówienia w ramach danej jego części. Jeżeli zatem zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, może udzielić zamówień dodatkowych odrębnie dla zamówienia realizowanego w ramach danej części zamówienia, stanowiących nie więcej niż 50% wartości realizowanego zamówienia w ramach danej jego części.

61. Ponieważ zamówienia dodatkowe nie mogą być objęte zamówieniem podstawowym, przedmiotem zamówień dodatkowych nie mogą być usługi lub roboty budowlane, do których wykonania wykonawca zobowiązał się w ramach zamówienia podstawowego. Udzielenie zamówień dodatkowych może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy następuje rozszerzenie zakresu dotychczasowego realizowanego zamówienia (zamówienia podstawowego) ponad usługi lub roboty budowlane nieobjęte realizowanym zamówieniem.

62. Sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego, co oznacza, że nie może wynikać z niedochowania należytej staranności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, a także wykonywania robót budowlanych (np. zaniedbania kierownika budowy lub robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, nadzoru autorskiego). „Klasycznym przykładem dopuszczającym, co do zasady, możliwość udzielania zamówień dodatkowych jest ujawnienie koniecznych do wykonania robót już na etapie wykonawczym np. niezewidencjonowane instalacje, nieprzewidziane kolizje z sieciami kanalizacyjnymi, znacznie gorsze parametry gruntu w stosunku do przewidywanych lub zbadanych na etapie przygotowania dokumentacji zamówienia podstawowego, etc. Przesłanka ta natomiast nie zachodzi, gdy konieczność udzielenia zamówienia na dane roboty była wprost przewidywana, zaplanowana, a zamawiający ponadto poczynił kroki w celu realizacji tego zamówienia, zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym”¹⁵⁶. Uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie przyczyn stanowiących podstawę decyzji o udzieleniu zamówienia dodatkowego na roboty budowlane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 (m.in. wskazanie przyczyn, które stanowiły podstawę do stwierdzenia, że zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby pojąć decyzję, że wykonanie robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia). Uzasadnienie prawne powinno natomiast zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji zamawiającego o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5. Podkreślić należy, że zamawiający, podejmując

¹⁵⁶ UZP, *Wyniki przeprowadzonych w 2014 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli...*, s. 40.

decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5, powinien mieć na względzie art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W przypadku zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ciężar udowodnienia faktu spoczywa na zamawiającym. Przykładowo z uzasadnienia faktycznego opartego na protokole konieczności powinno wynikać, że wykonanie określonych robót związanych z istniejącą kanalizacją deszczową nie było możliwe do przewidzenia na etapie sporządzania dokumentacji projektowej stanowiącej część opisu przedmiotu zamówienia podstawowego. Prawidłowym uzasadnieniem niemożności przewidzenia konieczności wykonania robót związanych z istniejącą kanalizacją deszczową powinno być wskazanie w szczególności, że nie istnieje dokumentacja kanalizacji deszczowej, a po dokonaniu robót odkrywkowych wystąpiła konieczność wykonania robót wynikających z zastanego stanu technicznego tej kanalizacji.

63. W wyroku z dnia 29 maja 2014 r., III SA/Łd 332/14, LEX nr 1532035, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, odnosząc się do przesłanek udzielania zamówień dodatkowych na roboty budowlane, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5, wskazał, że: „W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego wskazuje się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających wprowadzenie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie ETS (zob wyroki: z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach C-20/01 i C-28/01, J. Nowicki, A. Bazan *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* LEX – W-wa 2014 str. 497, wyroki NSA: np. z 11.06.2011 r. sygn. II GSK 688/10, wyrok z 11 stycznia 2012 r. sygn. II GSK 1411/10)”. Wojewódzki Sąd Administracyjny zwrócił uwagę, że gdy chodzi o przesłankę sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, musi ona mieć charakter obiektywny i nie może wynikać z zaniechań zamawiającego. „Nieprzewidywalna sytuacja powinna mieć nie tylko charakter obiektywny i bezwzględny, ale także wynikać z przyczyn zewnętrznych, a nie przyczyn zależnych od zamawiającego. Może mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający nawet przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania specyfikacji zamówienia podstawowego, nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót. Chodzi więc w tym przypadku tylko o roboty budowlane niemożliwe do przewidzenia i tylko pod warunkiem spełnienia jednego z warunków wymienionych ppkt a lub b”. Powołując się na wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2013 r., III SA/Łd 829/12, zwrócił również uwagę, że „o tym, czy [ma – przyp. red.] miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. (...) Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie

uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu. Ocena organu, że ta właśnie przesłanka nie została spełniona, znajduje, zdaniem sądu, oparcie w zebranych materiale dowodowym, natomiast strona skarżąca mimo kwestionowania tej oceny nie przedstawiła w toku całego postępowania żadnych konkretnych dowodów i argumentów, które pozwalałyby zakwestionować tę ocenę i uznać, że udzielenie zamówienia na wykonanie robót dodatkowych z wolnej ręki było uzasadnione. Zawarte w podpisanych przez Zamawiającego i Wykonawcę «Protokołach konieczności» stwierdzenia (pkt 3), że «zmiany wynikają z aktualizacji zakresu robót w trakcie realizacji zadania» nie stanowią wystarczającego uzasadnienia zastosowania tego wyjątkowego trybu. Co więcej, sformułowanie «aktualizacja zakresu robót» wskazuje raczej na wprowadzanie zmian i korekt z przyczyn niekoniecznie nieprzewidywalnych” (zob. także wyrok NSA w Warszawie z dnia 22 marca 2000 r., II SA 2169/99, LEX nr 61953). „Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności” (uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10, www.uzp.gov.pl). W uchwale z dnia 15 grudnia 2011 r., KIO/KD 92/11, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „brak jest podstaw do stwierdzenia, że potrzeba udzielenia zamówienia dodatkowego powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Izba podzieliła pogląd wyrażony w informacji o wyniku kontroli, jak również w uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej: KIO/KD 83/11, KIO/KD 88/11, KIO/KD 89/11, że jest to przesłanka o charakterze obiektywnym i bezwzględnym, co oznacza to, że powinna wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie planowania inwestycji i opracowywania jej dokumentacji czy ze zmiany potrzeb Zamawiającego. Podobnie, za okoliczność uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki nie może być uznany fakt przedłużania się wykonania inwestycji, jak również finansowanie jej ze środków Skarbu Państwa. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, że okoliczności, na które powołuje się Zamawiający, były od niego niezależne. Należy bowiem zwrócić uwagę, że już na etapie opracowania dokumentacji dotyczącej zamówienia podstawowego wiadome było, że nie obejmuje ona całości koniecznych robót. Bez znaczenia dla oceny legalności zastosowania trybu z wolnej ręki jest podnoszona w zastrzeżeniach zmiana podmiotowa po stronie Zamawiającego i związany z tym fakt nieuczestniczenia Powiatu (...) w przygotowaniu specyfikacji zamówienia podstawowego. Należy bowiem stwierdzić, że Powiat (...), przejmując przedmiotową inwestycję

od Skarbu Państwa reprezentowanego przez Wojewodę (...), wstąpił w sytuację poprzednika prawnego i we wszystkie prawa i obowiązki Zamawiającego, stając się podmiotem w pełni odpowiedzialnym za przebieg procesu inwestycyjnego, w tym za podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia dodatkowego. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu także w kwestii podnoszonych przez Zamawiającego zmian stanu prawnego, uznając, że ze względu na potrzebę dostosowania inwestycji do obecnie obowiązujących przepisów już na etapie jej realizacji, wykonanie robót dodatkowych zmierza do realizacji inwestycji poza zakres określony w umowie podstawowej, stanowi więc nowe zamówienie, które winno być udzielone z zastosowaniem trybu konkurencyjnego. Stanowiska o niedopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki nie zmienia podniesiony przez Zamawiającego w zastrzeżeniach fakt wyrażenia przez Prezesa UZP zgody na udzielenie zamówienia z wolnej ręki w analogicznej sprawie (decyzji z dnia (...)) oraz pozytywnej oceny dokonanej przez NIK. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 89/11, nie wiadomo, jaki był zakres przeprowadzonej kontroli przez NIK, a decyzja administracyjna Prezesa UZP dotyczyła innych robót budowlanych niż zlecone w 2008 r.” W uchwale z dnia 9 grudnia 2011 r., KIO/KD 88/11, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do przesłanek konieczności wykonania zamówienia dodatkowego na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia stwierdziła, że „winny one mieć charakter obiektywny i bezwzględny, a tym samym powinny wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być bowiem następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności. Udzielenia zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym, w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może bowiem usprawiedliwiać niestaranność planowania i przygotowania całego procesu inwestycyjnego. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający już na etapie wszczynania postępowania na «Budowę Szpitala Powiatowego w (...)» miał świadomość, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie obejmuje wszystkich robót koniecznych do wykonania zamówienia. Powiat (...), przejmując inwestycje i prowadząc ostatni etap postępowania przetargowego na jej realizację, posiadał wiedzę na temat przebiegu dotychczasowego procesu inwestycyjnego, w tym o niekompletności dokumentacji projektowej i kosztorysowej (ówczesny Zamawiający (Wojewoda (...)) nie dysponował bowiem kompletną dokumentacją wykonawczą). Nie może więc obecnie powoływać się na tę okoliczność, gdyż wykluczone jest powoływanie się na takie okoliczności, które w przypadku starannej i rozsądnej oceny sytuacji można było przewidzieć. Brak pełnej dokumentacji technicznej stanowi niewątpliwie sytuację, której zaistnienie powinno stanowić podstawę do przewidzenia konieczności wykonania określonych robót w przyszłości. Bez znaczenia jest tu okoliczność, iż Zamawiającym był pierwotnie Wojewoda (...) działający w imieniu Skarbu Państwa, a następnie Powiat (...), będący – co zresztą Zamawiający podkreślał w złożonych zastrzeżeniach –

kontynuatorem działań oraz wszelkich założeń projektowych przedmiotowej inwestycji. Istotnie przejął on inwestycję już na określonym etapie. Niemniej jednak to właśnie Powiat (...), będąc następcą prawnym Wojewody (...), wstąpił w sferę jego stosunków prawnych, dotyczących realizowanej inwestycji. Okoliczność ta nie stanowi więc i nie może stanowić przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Okolicznością taką nie jest również przedłużający się w czasie okres realizacji inwestycji, jak i to, że środki przeznaczone na tę inwestycję były środkami pochodzącymi ze Skarbu Państwa i to właśnie od tych dotacji cały proces inwestycyjny był uzależniony. Przesłanki takiej ustawa bowiem nie przewiduje”. Odnosząc się następnie do przesłanki, że „wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego”, uznała, że „określone roboty, aby mogły być uznane za roboty dodatkowe, nie mogą być objęte przedmiotem pierwotnej umowy o zamówienie publiczne. Roboty dodatkowe stanowią bowiem nowe zamówienie. W niniejszym stanie faktycznym są to roboty, które – co konsekwentnie podkreślał Zamawiający – nie zostały ujęte w dokumentacji wykonawczej. Natomiast konieczność ich wykonania była niewątpliwie wynikiem zarówno zmiany potrzeb Zamawiającego powstałych na etapie realizacji przedmiotowej inwestycji, jak i zmiany obowiązujących przepisów, w konsekwencji powodując, iż zakres przedmiotowy realizowanej inwestycji faktycznie uległ zmianie. Niemniej jednak spełnienie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ma miejsce wtedy, gdy wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. A tej okoliczności Zamawiający nie wykazał, ograniczając się jedynie do ogólnikowych twierdzeń («zakres obu zamówień wzajemnie się uzupełniał»). Okoliczność, iż wykonanie robót dodatkowych determinowało odbiór, jak i przekazanie całej inwestycji nie oznacza jednocześnie, że udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe mogło być dokonane tylko i wyłącznie w trybie niekonkurencyjnym, a więc w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie wykazał bowiem, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego było niemożliwe. Zamawiający zastosowanie tego trybu uzasadniał przyczynami technicznymi i gospodarczymi w postaci utrudnienia odbiorów robót, a więc nie brakiem możliwości ich dokonania, ale co najwyżej utrudnieniem organizacyjnym. Można więc było dokonać odbiorów częściowych, a dopiero następnie odbioru całego obiektu. Podnosił także utrudnienie dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Wskazał zatem na przyczyny o charakterze organizacyjnym i gospodarczym, które nie stanowią przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy p.z.p. Nie wykazał natomiast, że określone roboty musiały być wykonywane jednocześnie z robotami podstawowymi. Tymczasem zamówienie dodatkowe musi być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego”.

64. Brak jest zatem podstaw do uznania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, gdy przesłanka ta nie ma charakteru obiektywnego i wynika z przyczyn zewnętrznych

niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania mógł przewidzieć konieczności wykonania usług lub robót budowlanych (uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2011 r., KIO/KD 95/11, www.uzp.gov.pl). Przykładowo, zamawiający nie może udzielić zamówień dodatkowych na roboty budowlane, jeżeli nie przewidział określonych robót budowlanych wskutek niezachowania należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (np. błędy w projekcie budowlanym, projektach wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych). Nie będzie również zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (np. wskutek zaniedbań w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego, kierowaniu robotami budowlanymi lub wskutek błędów w projekcie budowlanym). W uchwale KIO z dnia 23 lutego 2012 r., KIO/KD 21/12, www.uzp.gov.pl, wskazano, że „na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od swojej winy, to zamawiający (na zasadzie ryzyka) ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu – a w niniejszym przypadku – za konieczność zlecenia innych prac niż zaprojektowane i wyboru trybu zamówienia. Z tego powodu konieczne jest – tak jak i w przypadku robót budowlanych – zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu, np. zlecenie dodatkowych badań lub ekspertyz budynku albo jego elementów, zwłaszcza jeśli jest to budynek blisko stuletni i nieposiadający dokumentacji projektowej”. Zamówieniem dodatkowym jest zatem tylko takie zamówienie, bez którego wykonania przed zakończeniem realizacji zamówienia podstawowego lub równoległe z nim zamówienie podstawowe nie może być wykonane (zob. uchwała KIO z dnia 6 lipca 2011 r., KIO/KD 51/11, www.uzp.gov.pl). Udzielenie zamówienia dodatkowego musi być bezpośrednio związane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego. Oznacza to, że wskutek niewykonania zamówienia dodatkowego niemożliwe będzie wykonanie zamówienia podstawowego zgodnie z warunkami zamówienia określonymi dla zamówienia podstawowego, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia podstawowego. Ponadto udzielenie zamówień dodatkowych będzie możliwe tylko wówczas, gdy z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Zamówienia dodatkowe mogą być wykonywane tylko wówczas, gdy jest wykonywane zamówienie podstawowe, a zamówienia dodatkowe muszą być wykonane przed wykonaniem zamówienia podstawowego. Zamówieniem dodatkowym nie będzie zamówienie udzielone po wykonaniu zamówienia podstawowego. Takie zamówienie nie będzie bowiem niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamówienie udzielane po wykonaniu zamówienia podstawowego jest nowym zamówieniem. Aby wykazać, że wyko-

nanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego) konieczne jest wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. „Tym samym chodzi tu nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale aby nie mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego. W przedmiotowej sprawie zamówieniem podstawowym jest budynek wielofunkcyjny na potrzeby rozwoju kultury. Brak wyposażenia sali tańca w nagłośnienie czy sali konferencyjnej w system nagłaśniający, audiowizualny i system dyskusyjny z funkcją głosowania i elektroniczne opuszczanie rolet, nie spowoduje, że budynek nie będzie mógł być odebrany i oddany do użytkowania, a zakup i montaż objętych zamówieniami dodatkowymi urządzeń i instalacji jest możliwy także w oderwaniu od zamówienia podstawowego i nie wpływa na jego prawidłową realizację. Tym samym brak jest wypełnienia przesłanki niezbędności zamówienia dodatkowego dla zamówienia podstawowego. Względy gospodarcze czy techniczne i niewspółmierność kosztów mogą być bowiem oceniane jako przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki jedynie w sytuacji łącznego ich zaistnienia z kolejną przesłanką z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, jaką jest niezbędność robót dodatkowych. Klasycznym przykładem robót dodatkowych niezbędnych dla realizacji zamówienia jest konieczność wykonania opaski odwadniającej w sytuacji, gdy w ramach zamówienia podstawowego przeprowadzone badania geologiczne w chwili wszczęcia postępowania dla udzielenia zamówienia podstawowego wskazywały na teren słabo uwodniony, a dopiero w toku realizacji robót budowlanych okazało się, że występuje warstwa (...) podskórnych, których badania nie wykryły. Wówczas wykonanie opaski jest niezbędne dla robót podstawowych, gdyż jej niewykonanie groziłoby w przyszłości katastrofą budowlaną. Zamawiający na tego rodzaju niezbędność w przedmiotowej sprawie się nie powoływał. Izba stoi zatem na stanowisku, że Prezes Urzędu prawidłowo uznał, iż zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy” (zob. wyrok KIO z dnia 10 maja 2012 r., KIO/KD 46/12, www.uzp.gov.pl).

65. Zamówieniem dodatkowym na roboty budowlane nie mogą być roboty budowlane zamiennie, które w żaden sposób nie wpływają na prawidłowe wykonanie zakresu robót objętych zamówieniem podstawowym (zob. uchwała KIO z dnia 13 października 2011 r., KIO/KD 79/11, www.uzp.gov.pl). Udzielenie zamówień dodatkowych na roboty budowlane będzie możliwe w sytuacji, gdy wynagrodzeniem za roboty budowlane objęte zamówieniem podstawowym jest wynagrodzenie ryczałtowe. W wyroku z dnia 11 lutego 2013 r., KIO 212/13, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do możliwości udzielania zamówień dodatkowych lub uzupełniających na roboty budowlane, stwierdziła, że: „Z dyspozycji art. 632 § 1 k.c. wynika, że w sytuacji ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby w czasie zawar-

cia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wyjątkiem od wyżej określonej zasady jest taka zmiana stosunków, których nie można było przewidzieć, że wykonanie robót groziłoby przyjmującemu zamówienia rażąca stratą. Wówczas sąd może podwyższyć ustalony przez strony ryczałt lub rozwiązać umowę. Zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza także możliwości udzielenia wykonawcy zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. Zamawiający ma prawo także udzielić przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamówień uzupełniających, które wcześniej zostały przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu i które wykraczają poza określenie przedmiotu zamówienia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.” Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, LEX nr 274211, stwierdził, że „w umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawowe i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych”. Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, LEX nr 453070, w którym uznał, że „w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych” (zob. wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., KIO/UZP 345/09, www.uzp.gov.pl).

66. Pojęcia zamówień dodatkowych na roboty budowlane nie należy utożsamiać z pojęciem robót dodatkowych. Zamówienie dodatkowe na roboty budowlane to nowe zamówienie, którego przedmiot wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 następuje na podstawie odrębnej pisemnej umowy (zob. art. 139 ust. 2). Pojęcie robót dodatkowych należy utożsamiać z pojęciem prac dodatkowych występującym w art. 630 k.c., określającym sposób rozliczania przedmiotu umowy (dzieła) w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego. Przepis ten stanowi, że jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych. Roboty dodatkowe nie mogą wystąpić przy zastosowaniu przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego zdefiniowanego w art. 632 k.c. (zob. wyroki KIO z dnia 21 maja 2014 r., KIO 923/14, i z dnia 18 lipca 2013 r., KIO 1601/13, www.uzp.gov.pl).