



Warszawa,

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.192.2021.JC

KND/208/21/DKZP

.....

X.Y.

Menedżer

Dział Zamówień Publicznych

Miejskiego Przedsiębiorstwa

Wodociągów i Kanalizacji S.A.

we Wrocławiu

ul. Na Grobli 19

50-421 Wrocław

W odpowiedzi na pismo z dnia 8 czerwca 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 maja 2022 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **Konserwacja stawów infiltracyjnych na terenach wodonośnych**, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko w sprawie stwierdzonego na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) naruszenia art. 433 pkt 4) w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 maja 2022 r., przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.192.2021.JC).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów 433 pkt 4) w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zapisów przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2022 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszenia wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 30 maja 2022 r. W zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający odnosząc się w pkt a) do naruszenia art. 99 ust. 1 wskazał, że w Jego ocenie, w toku kontroli doraźnej nie uwzględniono wyjaśnień Zamawiającego wskazujących na określenie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący oraz w pełni zgodny z art. 99 ustawy Pzp. W Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), zdaniem Zamawiającego, bez jakichkolwiek wątpliwości wskazano, że obowiązkiem Wykonawcy będzie wykonanie w pełni usługi polegającej na konserwacji wszystkich stawów infiltracyjnych (staw nr 18, 19, 20, 21, 22) zlokalizowanych na terenach wodonośnych Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, wraz z wywozem i zagospodarowaniem osadów oraz uzupełnieniem 8 cm (+/- 1 cm) warstwy piasku w każdym stawie (pkt 4.1 SWZ).

Wnoszący zastrzeżenia stwierdził, że w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazywał, że: *zakres przedmiotowy i terytorialny wykonania usługi określono jasno i przesądzono, że nie podlegają wyłączeniu z jej zakresu jakiegokolwiek czynności. Ponadto w szczegółowym OPZ wskazano (w jego punkcie 2) powierzchnię każdego stawu z dokładnością co do m² (co przy łącznej powierzchni ponad 60 000 m² jest wyjątkowo dokładnym wykonaniem obowiązku Zamawiającego). Podano też kubaturę dosypywanego piasku z dokładnością co do metra sześciennego (m³), co przy ilości metrów sześciennych wynoszącej ok. 5 500 m³ także jest opisem dokładnym. Również szacunkowa ilość osadów do usunięcia podana została z dokładnością do m³ mimo ich znaczącej liczby – ponad 26 000 m³. Już tylko te informacje podane w SWZ w opinii Zamawiającego wskazują na niezmiernie staranne podanie informacji o przedmiocie zamówienia. Równie precyzyjnie Zamawiający podał warstwę piasku do nadsypania tj. 8 cm z tolerancją 1 cm.*

Dalej w zastrzeżeniach Zamawiający podniósł, że: *podał wszystkie informacje jakie posiadał, w oparciu o najbardziej aktualne dane jakie istnieją. Osady denne, które powstają w procesie infiltracji wody (OPZ zawiera informacje o tym procesie) to wielkość niestała – zmienna w czasie i niemożliwa do całkowicie pewnego wyniku przy pomiarze skali ich zalegania. Sposób pomiaru grubości osadów zalegających na dnie stawów oraz ilość punktów pomiarowych osadu zalegającego w stawach zostały podane w tabeli nr 1 OPZ i były znane Wykonawcy na etapie postępowania przetargowego. Pomiar grubości osadów najlepszą metodą - sondą w kilku lub kilkunastu reprezentatywnych punktach w każdym stawie, zawsze obarczony jest błędem pomiarowym.*

Innego dostępu do wiedzy o osadach zalegających w stawie wypełnionym wodą, zdaniem Zamawiającego, nie ma, a tylko w ten sposób Zamawiający mógł dokonać tych pomiarów. Dopiero opróżnienie stawów z wody podczas usługi usuwania osadów daje obraz faktyczny skali ilości osadów. Niestety na użytek sporządzenia OPZ opróżnienie stawów jest niemożliwe – po ich opróżnieniu osady – ze względów środowiskowych, organizacyjnych i finansowych muszą być bezpośrednio usuwane, a nie zalegać w opróżnionych stawach.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli zarzucił, że: *Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pominął te wyjaśnienia i mimo iż w wyniku kontroli wskazane jest naruszenie art. 99 ust. 1 w ogóle nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego. Nie skorzystał także z opinii biegłego co do rzetelności wyjaśnień Zamawiającego, a jako organ o kompetencji prawniczej nie ma żadnej kompetencji do oceny czy wyjaśnienia te są prawidłowe czy też cokolwiek w nich pominięto.*

Zamawiający tym samym wniósł o pominięcie tych ustaleń w wyniku kontroli jako dokonanej bez wystarczającej kwalifikacji organu, który je mimo braku kwalifikacji merytorycznych w tym zakresie samodzielnie ustalił i mimo obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia sprawy nie wskazał z jakich przyczyn nie uwzględnił wyjaśnień Zamawiającego, który jest specjalistą w zakresie przedmiotu zamówienia, a ponadto korzystał (jak wskazywał w pismach kierowanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) z eksperckiej wiedzy w tym zakresie.

W odniesieniu do naruszenia art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, w pkt b) zastrzeżeń Zamawiający ocenił, że zarzut naruszenia ww. przepisu jest nietrafny.

Zamawiający stwierdził, że nie uchybił obowiązkowi wskazania minimalnego zakresu umowy do wykonania. Przeciwnie, zdaniem Zamawiającego, jak wskazywał w wyjaśnieniach w toku kontroli, Zamawiający gwarantował w przetargu, że Wykonawca wykona całość usługi opisanej w OPZ i nie przewidywał rezygnacji z jakiegokolwiek zakresu. Tym samym minimalny zakres wykonania wynosił 100% opisanych w OPZ czynności. Zamawiający ani w dokumentach zamówienia, ani w rzeczywistości podczas wykonywania umowy, nigdy nie ograniczył zakresu zamówienia w stosunku do opisanego w SWZ o najmniejszą nawet wartość. Nie doszło więc w ocenie Zamawiającego do naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, który takiej czynności zabrania. Tym samym za błędne należy uznać ustalenia wyników kontroli, że brak wskazania minimalnego zakresu czynności jakie wykona Wykonawca jest naruszeniem ww. przepisu. Zamawiający w szczególności wskazał, że *nie wie skąd Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wywiódł, że umowa musi wskazywać jasno minimalny zakres gwarantowanego świadczenia. Żaden przepis ustawy tak nie stanowi. Przepis art. 433 pkt 4) brzmi inaczej. Zamawiający nie musi wskazywać minimalnego zakresu do wykonania. Nie może jedynie ograniczać go bez wyraźnego wskazania tego w umowie. Zamawiający, w umowie poddanej kontroli nie zawarł zasad ograniczania jej zakresu, ale zakresu tego nie ograniczał. Zlecił do wykonania całość prac i wykonania ich w całości oczekuje.*

Zamawiający zwrócił jednocześnie uwagę, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* słusznie wskazał, że Zamawiający może wskazać zakres czynności do wykonania w sposób szacunkowy (str. 8 *Informacji*). *Zamawiający tak właśnie wskazał i zażądał wykonania całości prac. Nie wprowadzono zatem niedopuszczalnych mechanizmów ingerencji Zamawiającego w zakres świadczenia, decyzji o zmniejszeniu zakresu zamówienia, przed którą musiałby zostać chroniony Wykonawca. Przytoczone w wynikach kontroli przykłady z orzecznictwa w opinii Zamawiającego dotyczą zupełnie innych stanów faktycznych i pozostają bez wpływu na tę konkretną umowę. W przykładowym orzeczeniu Izby, na które powołuje się kontrolujący dochodziło bowiem (co zauważa Prezes Urzędu Zamówień Publicznych), że Zamawiający będzie uprawniony do ograniczenia zakresu świadczenia (a nie podano skali) – takiego uprawnienia nie przewidział dla siebie Zamawiający – MPWIK Wrocław, w kontrolowanym przetargu. Brak jest zatem w ocenie Zamawiającego porównywalności tych dwóch przetargów.*

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach zwrócił ponadto uwagę, że jego zdaniem dokonując kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wykroczył poza zakres swych kompetencji ustawowych. Zgodnie z art. 603 ust. 2 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może kontrolować czynność zawarcia umowy i jej zmian. Nie może natomiast kontrolować jej wykonywania. W tych okolicznościach faktycznych, w których kontrola została wywołana zawiadomieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Wykonawcę, który ją wykonuje, jej przeprowadzenie oznacza - zdaniem Zamawiającego - niedopuszczalną ingerencję organu administracji w stosunki umowne pomiędzy stronami umowy cywilnoprawnej, która może prowadzić do naruszenia równowagi stron w tej umowie. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych faktycznie nie ocenił bowiem czynności w postępowaniu, tj. wzorca umowy, lecz wkroczył w spór pomiędzy stronami umowy co do jej rozumienia. Co więcej – wkroczył w ten spór bazując na informacjach przekazanych przez Wykonawcę, który nie radząc sobie z realizacją zadania i posiadając wiedzę, że nie otrzyma maksymalnego wynagrodzenia za wykonanie umowy, sięgnął po argument poinformowania organu,

a organ wkroczył w spór umowny. Jest to nie tylko kontrola dokonana z przekroczeniem kompetencji własnych, ale też ingerencja w kompetencje władzy sądowniczej, która jako jedyna uprawniona jest do rozstrzygnięcia sporów między stronami umowy o zamówienie publiczne.

Zamawiający w konkluzji ww. pisma z dnia 8 czerwca 2022 r. wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń w całości i uchylenie wyników przeprowadzonej kontroli.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzejmie informuję, co następuje.

Prezes Urzędu podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 30 maja 2022 r.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Prezes Urzędu w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie stwierdził – wbrew stanowisku Zamawiającego wyrażonemu w zastrzeżeniach do wyniku kontroli – naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na *niejednoznacznym i nieprecyzyjnym określeniu ilości osadów przeznaczonych do usunięcia*. W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 433 pkt 4) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zapisów przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu w całości nietrafna jest argumentacja Zamawiającego przytoczona w pkt a) zastrzeżeń. W szczególności Prezes Urzędu w żadnym wypadku nie zignorował w toku prowadzonej kontroli ani też nie kwestionował argumentacji Zamawiającego zawartej w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach odnośnie istnienia obiektywnych trudności w precyzyjnym przewidzeniu, na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia, ilości zalegających w stawach osadów przed ich opróżnieniem. Przeciwnie, Prezes Urzędu uznał argumentację Zamawiającego w tym zakresie za przekonującą, czego wyrazem było cytowane przez Zamawiającego stwierdzenie zawarte na str. 8 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, że art. 99 ust. 1 w sposób automatyczny nie wyklucza możliwości określenia w opisie przedmiotu zamówienia wartości lub wielkości, mających wpływ na obliczenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy (w tym przypadku dotyczących ilości usuwanych osadów/dosypywanego piasku) w sposób szacunkowy. Zamawiający zdaje się jednak nie zauważać przy tym dalszej części wyводу Prezesa Urzędu, która brzmiała:

Niemniej jednak, niezależnie od zastosowanych metod i poziomu dokładności podawanych danych, w każdym przypadku niezbędne jest jasne wskazanie gwarantowanego minimum, które wynika z danego kontraktu. Jak wynika z powyższych ustaleń, w kontrolowanym postępowaniu warunek ten nie został spełniony.

Z powyższego wynikało, że naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny), zostało przez Prezesa Urzędu stwierdzone wyłącznie w kontekście naruszenia art. 433 pkt 4) ustawy Pzp (w związku z ww. artykułem ustawy), tj. z powodu braku wskazania przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia, nie zaś w związku z określeniem przez Zamawiającego

w OPZ ilości osadów przeznaczonych do usunięcia w sposób szacunkowy. Innymi słowy, dopuszczalne było w ocenie Prezesa Urzędu, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, podanie tych wartości w sposób przybliżony, jak również uzależnienie wysokości wynagrodzenia wykonawcy od faktycznej ilości tych osadów. Niezależnie od tego, Zamawiający jest jednakże zobowiązany do wskazania przynajmniej minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, do którego odwołuje się art. 433 pkt 4) ustawy Pzp. Tymczasem ani z treści umowy, ani też (szerzej rzecz ujmując) treści dokumentów zamówienia – taki minimalny gwarantowany zakres nie wynikał (czego Zamawiający nie kwestionuje, stwierdzając wprost we wniesionych zastrzeżeniach, że w jego ocenie brak jest generalnego ustawowego obowiązku do wskazywania takiego minimum).

W tym miejscu należy odnieść się do argumentów Zamawiającego zawartych w pkt b) zastrzeżeń. Zamawiający w przesłanych do Urzędu w toku kontroli doraźnej wyjaśnieniach oraz w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał, że zgodnie z treścią art. 433 pkt 4) ustawy Pzp warunkiem uznania, że doszło do naruszenia tego przepisu jest – oprócz braku wskazania „gwarantowanego” poziomu zamówienia - również istnienie postanowień umowy umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia. Powyższego stwierdzenia Zamawiającego Prezes Urzędu również nie kwestionuje i w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* zwracał uwagę na konieczność łącznego spełnienia tych dwóch przesłanek.

Przypomnieć należy, że zgodnie z § 6 ust. 3 wzoru umowy:

3. *Zamawiający zapłaci za rzeczywiste ilości usuniętych osadów i dosypanego piasku, obliczone na podstawie badań geodezyjnych na warunkach opisanych w Opisie Przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do Umowy), z zastosowaniem ryczałtowych cen jednostkowych i rzeczywistych ilości usuniętych osadów i dosypanego piasku.*

Z kolei § 4 ust. 7 wzoru umowy brzmiał:

7. *Wykonawca zrzeka się roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania Umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1.*

W tym miejscu należy również wskazać, że zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy:

1. *Strony ustalają wynagrodzenie wstępne za wykonanie całego przedmiotu Umowy w kwocie brutto:.....zł (słownie:) w tym kwota netto:..... zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, w tym:*

a) *Ryczałtowa cena jednostkowa brutto za usunięcie 1m³ osadów wynosi zł (słownie:) w tym kwota netto: zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami , obejmuje koszty czynności wymienionych w punktach 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6 OPZ;*

b) *Ryczałtowa cena jednostkowa brutto za dosypanie 1 m³ piasku wynosi zł (słownie:) w tym kwota netto:..... zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami , obejmuje koszty czynności wymienionych w punktach 3.4, 3.7 OPZ.*

Podstawę do wyliczenia ww. ryczałtowych cen jednostkowych (składających się na kwotę o której mowa w § 4 ust. 1), zgodnie z rozdz. 18.5 SWZ (Sposób obliczenia ceny oferty) stanowiły szacunkowe ilości osadów do usunięcia (26 279 m³) oraz piasku do dosypania (5 505 m³), wskazane w § 2 ust. 1 wzoru umowy:

Zamawiający zamawia a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi polegającej na konserwacji stawów infiltracyjnych (staw nr 18, 19, 20 21 i 22) zlokalizowanych na Terenach Wodonośnych Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, wraz z wywozem i zagospodarowaniem osadów oraz uzupełnieniem 8 cm(+/- cm) warstwą piasku w każdym stawie.

Szacunkowa ilość osadów do usunięcia wynosi 26 279 m³.

Kubatura dosypywanego piasku wynosi 5 505 m³.

a także w pkt 2.6 i 2.10 OPZ:

*2.6. Szacunkowa ilość Osadów do usunięcia dla całego przedmiotu zamówienia wynosi: **26 279 m³**.*

*2.10. Szacunkowa ilość piasku do dosypania dla całego przedmiotu zamówienia wynosi: **5505 m³***

Z powyższego zdaniem Prezesa Urzędu wynika, że zakres zamówienia obejmuje nie tylko rodzaje czynności, jakie zgodnie z OPZ należało wykonać w stosunku do każdego z 4 stawów podlegających konserwacji (prace określone w pkt 3.2-3.7 OPZ¹, do których odwołuje się § 4 ust. 1 wzoru umowy), ale również ich obmiar, w szczególności ilości osadów do usunięcia oraz piasku do dosypania (ustalona wstępnie na podstawie szacunkowych ilości wskazanych w OPZ i wzorze umowy i będącą podstawą do wyliczenia ceny oferty zgodnie z postanowieniami pkt 18.5 SWZ).

W przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach, jak również we wniesionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający wyraził stanowisko, że nie ograniczył zakresu zamówienia. Z argumentacji Zamawiającego jednakże wynika, że w odmienny sposób (węższy) aniżeli Prezes Urzędu interpretuje on wyrażenie „zakres zamówienia”, rozumiejąc pod tym pojęciem jedynie „rzeczowy” zakres prac do wykonania względem każdego stawu, zgodnie z pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, abstrahując przy tym od ilości osadów do usunięcia. Zdaniem Zamawiającego, tak wąsko rozumiany zakres zamówienia był niezmienny (niezależnie od ilości osadów mających stanowić „przedmiot” tych czynności), a zapisy wzoru umowy nie przewidywały możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu ze stanowiskiem takim nie można się zgodzić. Po pierwsze, jak wynika z przytoczonych powyżej zapisów wzoru umowy oraz postanowień pkt 18.5 SWZ, ilości usuwanych osadów i dosypywanego piasku w świetle zapisów OPZ, stanowią kluczowy parametr opisu przedmiotu zamówienia, który wpływa na podjęcie decyzji o ubieganiu się przez wykonawcę

¹ 3.2. Odwodnienie stawu poniżej poziomu zalegania Osadów przy zastosowaniu pomp i igłofiltrów. 3.3. Usunięcie metodą „na sucho” Osadów z dna stawu infiltracyjnego. 3.4. Wywiezienie wcześniej wydobytych Osadów ze stawu infiltracyjnego poza Tereny Wodonośne w miejsce zagospodarowania. (...). 3.5. Usunięcie występujących na dnie stawu porostów roślinnych oraz elementów systemu korzeniowego, trzciny i krzewów. (...). 3.6. Zagospodarowanie usuniętych Osadów zgodnie z obowiązującym Prawem. 3.7. Dosypanie piaskiem płukany warstwy o grubości 8 cm (+/- 1 cm) na dno stawu o uziarnieniu od 1 do 2 mm. Rozplantowanie/rozprowadzenie równomierne piasku na powierzchni dna stawu.

o udzielenie zamówienia lub sporządzenie oferty, w tym wysokość zaoferowanej ceny, pokrywając również koszt stałego zakresu prac.

Po drugie, przyjęcie odmiennego (zgodnego z poglądem Zamawiającego) zapatrywania prowadziłoby w ocenie Zamawiającego również do wypaczenia *ratio legis* przepisu art. 433 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem raz jeszcze podkreślić, że - jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli* - celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 433 było ograniczenie praktyk polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców oraz na nieuzasadnionym lub nadmiernym przerzuceniu ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Ustawodawca, mając na uwadze powyższe negatywne zjawisko, określił w art. 433 Pzp katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. Niedozwolone postanowienia umowne, czyli inaczej „klauzule abuzywne”, to termin wywodzący się z prawa cywilnego, który oznacza postanowienia wzorców umów, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes.

W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. W świetle postanowienia art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron. A contrario nie można uznać projektowanego postanowienia umowy za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4) Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.²

Przenosząc powyższe rozważania na grunt sprawy należy stwierdzić, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy skutkowały przeniesieniem na wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia całego ekonomicznego ryzyka kontraktowego związanego z tym, że na etapie realizacji zamówienia rzeczywisty poziom osadów mógł okazać się dowolnie inny (w tym również dowolnie mniejszy) aniżeli przewidywany w OPZ (na co wykonawca nie miał żadnego wpływu). Powyższe mogło mieć zaś bezpośrednie przełożenie na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. Przypomnieć bowiem należy, że (jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli*) zgodnie z pkt 4.3 OPZ: *Niezależna geodezyjna firma wybrana zgodnie z procedurami Zamawiającego dokona pomiaru dna stawu z Osadami, przed ich usunięciem, zgodnie z pkt 5.17-5.20, do 7 dni od zgłoszenia wykonania osuszenia stawu przez Wykonawcę, który utrzyma odwodnienie do momentu wykonania pomiaru geodezyjnego.* Powyższe oznacza, że na ustalenie rzeczywistego poziomu osadów, będącego – zgodnie z umową – podstawą do ustalenia wysokości wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia,

² Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza. Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa 2021.

wykonawca zgodnie z postanowieniami OPZ nie miał żadnego wpływu – czynność ta leżała bowiem w gestii Zamawiającego (jako zlecającego jej wykonanie wybranemu przez siebie podmiotowi). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu świadczy o tym, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy stanowiły zapisy ograniczające zakres zamówienia w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego, skutkujących przerzuceniem całego ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją zamówienia na wykonawcę (co stoi również w sprzeczności z zasadą równości stron umowy) przy zastrzeżeniu, że *Wykonawca zrzeka się roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania Umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1.*

Przy czym należy ponownie podkreślić, że w art. 433 pkt 4) ustawy Pzp nie ma generalnego zakazu zamieszczania w umowie postanowień ograniczających zakres zamówienia - zakazane jest jednakże zamieszczanie tego rodzaju postanowień wówczas, **gdy jednocześnie zamawiający nie zdefiniuje minimalnej wartości lub zakresu świadczenia stron. Tego rodzaju sytuacja miała zaś właśnie miejsce w kontrolowanym postępowaniu, ponieważ wprowadzając w umowie zapisy § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy, Zamawiający nie określił jednocześnie, jaka wartość lub jaki zakres świadczenia stron będzie pewny (gwarantowany). Na podstawie danych dostępnych dla wykonawców w momencie składania oferty brak było zatem możliwości ustalenia rzeczywistego i konkretnego (przynajmniej na poziomie minimalnym) zakresu przedmiotowego zamówienia.**

W ocenie Prezesa Urzędu nie ma również znaczenia, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy nie zawierają bezpośrednio sformułowań o „ograniczeniu zakresu zamówienia” lub podobnych. Dla oceny, czy ograniczają one zakres zamówienia decydujący jest bowiem ustalenie, czy ich zastosowanie może prowadzić do ograniczenia tego zakresu. W ocenie Prezesa Urzędu, w okolicznościach faktycznych sprawy, z całokształtu cytowanych powyżej postanowień zawartych w dokumentach zamówienia wynika, że tego rodzaju ograniczenie jest możliwe i jego wystąpienie jest uzależnione od jednostronnej czynności Zamawiającego (tj. wyników pomiarów dokonanych po udzieleniu zamówienia wykonawcy, przez firmę geodezyjną wybraną przez Zamawiającego).

Prezes Urzędu nie podziela również poglądu Zamawiającego wyrażonego we wniesionych zastrzeżeniach o braku porównywalności stanu faktycznego w postępowaniu podlegającym kontroli oraz w przywołanym w Informacji o wyniku kontroli orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok ten dotyczy bowiem – jak wynika z cytowanego fragmentu uzasadnienia orzeczenia – sytuacji, gdy cena oferty miała zostać wyliczona na podstawie historycznych (a więc również szacunkowych w odniesieniu do przewidywanych na przyszłość) danych dotyczących odebranych odpadów przy jednoczesnym braku wskazania w dokumentach zamówienia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów. Należy również zauważyć, że Izba w wyroku sygn. akt KIO 3233/21 orzekła w oparciu o przepisy ustawy, które obowiązywały także Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu. Niemniej jednak w ocenie Prezesa Urzędu, ww. wyrok dobrze ilustruje i wzmacnia jego wywód.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych postępowania wskazane w *Informacji o wyniku kontroli* zapisy umowne (tj. § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy) stanowiły postanowienia

ograniczające zakres zamówienia określony w SWZ z uwzględnieniem ilości osadów i piasku wskazanych w pkt 2.6 i 2.10 Opisu przedmiotu zamówienia oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy.

Odnosząc się na koniec do wyrażonego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli poglądu Zamawiającego o przekroczeniu przez Prezesa Urzędu poza zakres swych kompetencji ustawowych, ponieważ zgodnie z art. 603 ust. 2 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może kontrolować czynność zawarcia umowy i jej zmian, nie może natomiast kontrolować jej wykonywania, należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z art. 603 ust. 1 i 2 zd. 1 ustawy Pzp:

1. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań i zaniechań zamawiającego.
2. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy. (...)

Zgodnie natomiast z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wszcząć, z urzędu lub na wniosek, kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do **naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania** lub konkursu **albo zawarto** lub zmieniono **umowę** lub umowę ramową z **naruszeniem przepisów ustawy**.

Istotnie zatem, zgodnie z art. 603 ust. 2 ustawy Pzp, kontrola Prezesa Urzędu dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy. Znajduje to potwierdzenie również w treści art. 607 ust. 1 ustawy Pzp. Słusznie zatem wskazuje Zamawiający w swoich zastrzeżeniach, że etap realizacji umowy co do zasady nie podlega kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu i ewentualne spory z tym związane podlegają rozpatrzeniu przez sąd powszechny w trybie przepisów dotyczących odpowiedzialności kontraktowej.

Prezes Urzędu nie podziela jednakże poglądu Zamawiającego, że przeprowadzona przez niego kontrola dotyczyła etapu realizacji zamówienia i w ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie podaje przekonujących argumentów merytorycznych na poparcie swojej tezy. W szczególności okoliczność, że wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej wpłynął do Urzędu na etapie realizacji zamówienia sam w sobie nie stanowi żadnej przeszkody do jego rozpoznania, decydujące znaczenie ma bowiem treść stawianych Zamawiającemu zarzutów. Zarzuty wniosku dotyczyły treści art. 99 ust. 1 (czyli czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z przepisami ustawy) oraz art. 433 pkt 4) ustawy Pzp (zawarcie umowy z naruszeniem przepisów ustawy). Wyżej wskazane kwestie bez wątplenia podlegają, zgodnie cytowanym wyżej brzmieniem z art. 603 ust. 2 oraz art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, kontroli Prezesa Urzędu, niezależnie od daty złożenia wniosku o jej przeprowadzenie. Granicę w tym zakresie zawiera jedynie art. 607 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że możliwe (jak również statystycznie dość częste) jest dokonywanie kontroli udzielonego zamówienia, będącego w trakcie realizacji.

Po drugie, jak wynika z treści *Informacji o wyniku kontroli* dotyczącej kontrolowanego postępowania, ocenie Prezesa Urzędu w toku kontroli podlegała wyłącznie treść zapisów SWZ w kontrolowanym postępowaniu w kontekście wymagań wynikających z przepisów ustawy Pzp dotyczących obowiązku jasnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 99 ust. 1 oraz zakazu ograniczania zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, o którym mowa w art. 433 pkt 4) ustawy Pzp. Prezes Urzędu w żadnym miejscu *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie odnosił się więc ani do sposobu wykonywania zamówienia przez wykonawcę realizującego umowę, ani do stopnia rozbieżności pomiędzy przewidywanymi w dokumentacji postępowania a mającymi miejsce podczas realizacji zamówienia ilościami osadów. Kwestie te nie podlegały w ogóle ocenie Prezesa Urzędu w toku prowadzonej kontroli. Brak jest zatem w ocenie Prezesa Urzędu jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że podczas jej prowadzenia doszło do wykroczenia poza ustawowo przypisane Prezesowi Urzędu kompetencje.

W ocenie Prezesa Urzędu, zarzuty sformułowane we wniosku o kontrolę mogły równie dobrze być sformułowane już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zapisy SWZ wskazywane we wniosku były znane wykonawcom ubiegającym się o jego udzielenie. Okoliczność, że tak się nie stało, a wykonawcy w toku postępowania nie zgłaszali Zamawiającemu – jak wynika z przesłanych przez niego do Urzędu wyjaśnień oraz dokumentów – wątpliwości w tym zakresie, nie stanowi jednakże podstawy do uznania, że świadczy to o prawidłowości zakwestionowanych we wniosku o kontrolę zapisów SWZ. Ocenie Prezesa Urzędu (w ramach przyznanych mu kompetencji kontrolnych) podlega bowiem wyłącznie kwestia zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a okoliczność, czy wykonawcy w toku postępowania potencjalne nieprawidłowości zauważyli i zgłosili, czy nie, może mieć co najwyżej znaczenie pomocnicze.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 433 pkt 4) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zapisów przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stosownie do art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 1 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 19/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Konserwację stawów infiltracyjnych na terenach wodonośnych*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 19/22).

Załącznik:

odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 19/22).