

Sygn. akt KIO/KD 42/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 grudnia 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 7 listopada 2018 r., pismem z dnia 7 listopada 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wola 01-003 Warszawa, Al. Solidarności 90

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/ DKZP/ WKZ3/ 421/ 29 (3)/ 18/ JB z dnia 28 października 2018 r., w przedmiocie zamówienia publicznego pn:

„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych drogowych, organizacji ruchu i energetycznych dla ul. Sowińskiego w Warszawie w ramach realizacji zadania: Asfalt i latarnie na ul. Sowińskiego”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Odrzywolska
Członkowie:	Izabela Niedziałek-Bujak
	Marzena Teresa Ordysińska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wola 01-003 Warszawa, Al. Solidarności 90 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych drogowych, organizacji ruchu i energetycznych dla ul. Sowińskiego w Warszawie w ramach realizacji zadania: Asfalt i latarnie na ul. Sowińskiego” – dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - dalej: „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną, w konsekwencji której, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego: art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia oraz §18 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i ograniczający możliwość prawidłowej wyceny ofert przez wykonawców (tj. Dz.U. z 2013 r., poz. 1129) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – dalej „Rozporządzenie”; art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 77 §1 kodeksu cywilnego, poprzez dokonanie zmiany postanowień umowy w stosunku do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – dalej „SIWZ” oraz treści oferty, bez spełnienia ustawowych przesłanek.

Prezes UZP ustalił, co następuje: Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wola w dniu 10 kwietnia 2015 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych drogowych, organizacji ruchu i energetycznych dla ul. Sowińskiego w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 kwietnia 2015 r. pod numerem 50093-2015. SIWZ została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 10 kwietnia 2015 r. do dnia 27 kwietnia 2015 r.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. ZIEL-BUD W.R.; cena brutto: 358 000,00 zł., okres gwarancji: 48 miesięcy (dalej „ZIEL-BUD”);
2. W.K. K. Zakład Robót Drogowych i Inżynieryjno-Instalacyjnych; cena brutto: 535 050,00 zł., okres gwarancji: 48 miesięcy (dalej „KROL”).

Zamawiający dokonał wyboru oferty ZIEL-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Z wykonawcą ZIEL-BUD została zawarta umowa nr UD-XVII-WIR-C/WOL/I/P2/10/16/2015/691 w dniu 11 maja 2015 r. Umowa została następnie zmieniona dwukrotnie: aneksem nr 1 z dnia 23 listopada 2015 r. (zmiana terminu wykonania dokumentacji projektowej) oraz aneksem nr 2 z dnia 10 grudnia 2015 r. (zmiana terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy).

Przedmiotem zamówienia było, zgodnie z Częścią II pkt 2 ppkt 1 SIWZ, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych drogowych, organizacji ruchu i energetycznych dla ul. Sowińskiego w Warszawie w ramach realizacji zadania „Asfalt i latarnie na ul. Sowińskiego”. Zgodnie z zapisem w Części II pkt 2 ppkt 3 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zakres i wymagania dotyczące wykonania i odbioru przedmiotu zamówienia określa:

- a) Program funkcjonalno-użytkowy, stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ (dalej „PFU”);
- b) Wzór umowy, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ.

Ponadto, zgodnie z Częścią II pkt 2, ppkt 4 SIWZ, przed sporządzeniem oferty wykonawca powinien zapoznać się z PFU, miejscem przyszłych robót budowlanych oraz zapisami Części X SIWZ.

W części I, pkt 1.1. PFU Zamawiający wskazał, że zamówienie obejmuje odcinek ulicy Sowińskiego o długości 270 m, w części I pkt 1.2. ppkt 1 PFU określił, że długość drogi podlegającej przebudowie w ramach niniejszego zamówienia wynosi 270 m, zaś w części I sekcja „Wymagania dla etapu II” przewidział, że roboty należy wykonać na podstawie opracowanego projektu oraz uprawomocnionego zgłoszenia robót budowlanych dla ulicy Sowińskiego na odc. ul. Pustola – ul. Nakielska. W tej samej sekcji, w pkt 2 Zamawiający opisując zakres wykonania robót wymienił w szczególności: roboty rozbiórkowe istniejących nawierzchni drogowych, wykonanie koryta pod konstrukcję nawierzchni ulicy, wykonanie wykopów liniowych – oświetlenie uliczne, wykonanie zaprojektowanych warstw konstrukcji nawierzchni (jezdni, zjazdu i chodniki). Z kolei w pkt 9 Zamawiający zaznaczył, że wykonawca powinien brać pod uwagę sytuację, że rodzaje i ilość robót określone w niniejszym opracowaniu mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. Z zapisu w pkt 10 wynikało natomiast, że szczegółowe rozwiązania, wpływające na zwiększenie wartości i zakresu robót stanowią ryzyko wykonawcy i nie będą traktowane jako

roboty dodatkowe. Zgodnie z PFU – Część I, pkt 2.3., ppkt 1 Zamawiający wskazał, że w zakresie nawierzchni drogowych wymaga wykonania jezdni z asfaltobetonu. Do PFU została załączona kopia mapy ul. Sowińskiego z zakresem robót, na której zaznaczono kolorem żółtym ul. Pustola, ul. Sowińskiego oraz nieopisaną ulicę, która odpowiada ul. Nakielskiej.

Zgodnie z zapisem we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ - §1 ust. 1 Zamawiający zleca a wykonawca przyjmuje do wykonania: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych drogowych, organizacji ruchu i energetycznych dla ul. Sowińskiego w Warszawie w ramach realizacji zadania „Asfalt i latarnie na ul. Sowińskiego”, w oparciu o PFU stanowiący załącznik nr 1 do umowy. Postanowienie o analogicznej treści zostało zamieszczone w umowie nr UD-XVII-WIR-CWOL//P2/10/16/2015/691 z dnia 11 maja 2015 r. zawartej z wykonawcą ZIEL-BUD.

W toku realizacji umowy wykonawca ZIEL-BUD, po przeprowadzeniu wizji w terenie i dokonaniu odkrywek oraz po analizie konstrukcji podbudowy przez projektanta stwierdził bardzo niską nośność. W porozumieniu z Zamawiającym dokonano zmiany zakresu robót, uwzględniając stan techniczny wcześniej wykonanych odcinków (oceniony jako poprawny) tj. odc. ul. Sowińskiego pomiędzy ulicami Smolki i Szulborską (ok. 62 m) oraz pomiędzy ulicami Szulborską i Nakielską (ok. 100 m), które wcześniej były realizowane przez deweloperów, czego Zamawiający miał świadomość. Jak wyjaśniał Zamawiający, w piśmie kierowanym do Prezesa UZP z dnia 8 września 2017 r., był on związany treścią wniosku z budżetu partycypacyjnego a także zakładał, że zaistnieje konieczność ujednoczenia całej drogi, bądź też mogą wystąpić trudności w zakresie gwarancji lub kolizje w zakresie geometrii drogi czy technologii z innymi inwestycjami. Z tego też powodu w pkt 9 PFU zawarto zapis, że rodzaje i ilości robót mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji. W jego ocenie PFU opisywał ogólny charakter zadania, z dopuszczeniem zmian zakresu na etapie projektowania. Dostosowanie do realnych i technicznych potrzeb miało zostać doprecyzowane w dokumentacji projektowej. Zamawiający podkreślał, że wyraźnie wskazywał, że zakres robót ma charakter otwarty a rodzaje i ilości faktycznie wykonanych robót zależą od sporządzonej dokumentacji projektowej. W jego ocenie rozwiązanie takie jest charakterystyczne dla zamówień udzielanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W związku ze stwierdzeniem bardzo niskiej nośności podbudowy i w związku z tym, że Zamawiający dysponował niewielką ilością środków finansowych uznano, że realizacja zamówienia zgodnie z pełnym opisem zawartym w PFU byłaby niegospodarnością. Ustalono, że zakres przebudowy oświetlenia ulicznego pozostanie bez zmian, natomiast w zakresie robót drogowych przyjęto do realizacji odcinek z nawierzchnią z trylinki, zmieniono zakres robót dotyczący nawierzchni drogi, asfalt do wykonania na krótkim odcinku a zamiennie przyjęto do wykonania: wzmocnioną podbudowę, krawężniki,

chodniki, zjazdy bramowe na odc. od ulicy Pustola do ulicy Smolki. Z treści przesłanej Prezesowi Urzędu dokumentacji technicznej przebudowy ulicy Sowińskiego na odcinku od ulicy Pustola do ulicy Smolki, wraz z przebudową oświetlenia na odcinku od ulicy Pustola do ulicy Nakielskiej w Warszawie w Dzielnicy Wola – zadanie realizowane w ramach budżetu partycypacyjnego „Budowa ul. Sowińskiego” na odcinku od ulicy Pustola do ulicy Smolki, w części II pkt 2.1. wskazano, że odcinek ulicy objęty przebudową wynosi 93,42 mb. Tym samym zakres robót zrealizowanych przez wykonawcę ZIEL-BUD objął odcinek o ww. długości, pomiędzy ulicą Pustola a ulicą Smolki.

Wobec powyższych ustaleń, Prezes UZP zauważył, że Zamawiający sformułował zapisy PFU w sposób naruszający zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określone w przepisach ustawy Pzp oraz §18 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia. Sformułowanie postanowień w tym dokumencie w taki sposób, że zakres robót dotyczy drogi o długości 270 m a roboty należy wykonać na podstawie opracowanego projektu oraz uprawnionego zgłoszenia robót dla ulicy Sowińskiego na odcinku ulica Pustola – ulica Nakielska, z jednoczesnym wskazaniem, że Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany rodzaju i ilości robót po opracowaniu dokumentacji projektowej, należy uznać za naruszający zakaz sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie narusza to również zasady dotyczące sporządzenia opisu ogólnego przedmiotu zamówienia w PFU, o których mowa w Rozporządzeniu a nakazujące Zamawiającemu wskazanie charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych. W przypadku zamówienia obejmującego przebudowę drogi niewątpliwie takim charakterystycznym parametrem jest długość odcinka podlegającego przebudowie.

Ponadto podkreślił, że z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że miał on świadomość, że część odcinków drogi o których była mowa w PFU, została zrealizowana przez deweloperów, zaś zmiana zakresu była podyktowana względami ekonomicznymi. Wskazuje też na niekonsekwencje w tych wyjaśnieniach albowiem Zamawiający z jednej strony twierdzi, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej i składania zapytań do SIWZ, z drugiej wskazuje, że dopiero na etapie prac projektowych można było stwierdzić niską nośność konstrukcji podbudowy. Tymczasem to Zamawiający jest odpowiedzialny za dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, podstawą dla skalkulowania przez wykonawców ceny za realizację zamówienia jest PFU a zatem należy w nim uwzględnić wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę oferty.

W ocenie Prezesa UZP nietrafione są również argumenty Zamawiającego odnoszące się

do specyfikacji zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Nie upoważnia to Zamawiającego do dokonania tak daleko idących zmian w dokumentacji projektowej, w stosunku do zakresu zamówienia opisanego w PFU. Należy zauważyć, że Zamawiający zrezygnował z przebudowy odcinka drogi o długości 160 m, co stanowiło około 60% całej długości drogi, która zgodnie z PFU podlegać miała przebudowie, zmienił też w znacznym stopniu zakres robót, rezygnując z wykonania nowej asfaltowej nawierzchni na większej części drogi, przyjmując zamiennie do wykonania: wzmocnioną podbudowę, krawężniki, chodniki i zjazdy bramowe na odcinku około 90 m (od ulicy Pustola do ulicy Smolki). Stwierdzić też należy, że tak daleko idąca zmiana musiała mieć wpływ na wycenę ofert, co potwierdza duża różnica w cenie ofertowej wykonawcy ZIEL-BUD (358 000,00 zł.) a wartością kosztorysu inwestorskiego (404 200,42 zł.) oraz w kosztorysie sprawdzającym (423 101,22 zł.), opartych na zmienionym zakresie robót.

Zdaniem Prezesa UZP, w przedmiotowej sprawie, żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie na etapie składania ofert nie mógł wiedzieć w jakim stopniu Zamawiający będzie dążył do dokonania zmian w zakresie robót, przez co nie było możliwe skalkulowanie tego ryzyka w cenie oferty. Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia nie mają już możliwości dostosowania ceny do nowych wymagań Zamawiającego w szczególności, jeśli Zamawiający przewidział wynagrodzenie w formie ryczałtowej.

Prezes UZP stwierdził również, że ostatecznie zrealizowany przedmiot umowy był konsekwencją zmian w treści PFU a nie jedynie skutkiem mieszczącej się w rozsądnych granicach interpretacji czy też dopracowania wymagań opisanych w tym dokumencie. Tym samym uznać należy, że uzgodnienie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą ZIEL-BUD, odmiennego zakresu robót budowlanych w stosunku do treści PFU, a także w stosunku do treści oferty i umowy po jej zawarciu, stanowiło dorozumianą zmianę treści umowy, której dopuszczalność podlega ocenie przez pryzmat obowiązujących przepisów ustawy Pzp i KC. Analiza dokonanych zmian umowy w niniejszej sprawie wskazuje, że miały one charakter istotny, uznać zatem należy, że strony ponownie negocjowały podstawowe ustalenia dotyczące zakresu zamówienia w stosunku do treści PFU, oferty i pierwotnej treści umowy.

Ustawodawca w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dopuścił możliwość dokonywania zmiany istotnych postanowień umowy w stosunku do treści oferty, jeśli Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. W tym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość dokonywania zmian w treści umowy (§14 ust. 5, §14 ust. 6 w zw. z §14 ust. 9 umowy) zastrzegając, że nie mogą one wykroczać poza zakres świadczenia opisanego w umowie, który to zakres określa §1 umowy a

ten z kolei odsyła do PFU. Oznacza to, że niedopuszczalne są zmiany w treści umowy wykraczające poza zakres robót budowlanych wynikający z PFU. Zamawiający dokonując istotnych zmian w stosunku do treści PFU Zamawiający naruszył ww. przepis ustawy Pzp. Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy po zmianie, nie jest tożsamy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie, co stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał również, że dorozumiana zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokonana bez zachowania formy pisemnej, stanowi naruszenie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 77 §1 KC, z których wynika konieczność zachowania dla zmiany umowy takiej formy, jaką ustawa przewidziała dla jej zawarcia a zatem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 7 listopada 2018 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, w których polemizował ze stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów ustawy Pzp i KC.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli. W konsekwencji, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Ustalenia faktyczne Prezesa UZP nie budziły też wątpliwości zamawiającego, a jedynie polemizował on z wnioskami Prezesa UZP co do konsekwencji prawnych podjętych ustaleń faktycznych.

Izba podzieliła w całości stanowisko Prezesa UZP co do stwierdzonych naruszeń.

Odnosząc się do naruszenia przez Zamawiającego: art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz §18 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia, w brzmieniu obowiązującym na

dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, skład orzekający zgadza się ze stwierdzeniem, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył obowiązujące przepisy, wskazane przez Prezesa Urzędu.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia publicznego jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, czyli udzielenie zamówienia w tzw. Formule „zaprojektuj i wybuduj” Zamawiający ma obowiązek sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego. W celu jego opracowania Zamawiający nie musi dysponować szczególnymi opracowaniami koncepcyjnymi, odnoszącymi się do planowanej inwestycji. Do prawidłowego jego sporządzenia wystarczające jest, aby Zamawiający sprecyzował swoje indywidualne wymogi odnośnie funkcji oraz cech użytkowych obiektu. Formalne wymogi odnośnie do zakresu i formy programu funkcjonalno-użytkowego zawiera Rozporządzenie. Istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, udzielanego w formule „zaprojektuj i wybuduj” ma jednak takie sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, który jest jedynym wyrazem potrzeb Zamawiającego, aby z jego części opisowej wynikało możliwie jak najdokładniejsze opisanie potrzeb, wymogów i oczekiwań zamawiającego. Wytyczne w zakresie elementów niezbędnych, które winny znaleźć się w programie funkcjonalno-użytkowym, znajdują się w § 18 Rozporządzenia. Przepis ten stanowi bezpośrednie nawiązanie do art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uszczegółowienie, co musi zawierać część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego, a więc część, która de facto stanowi opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Wskazane w § 18 elementy części opisowej, zostały uznane przez prawodawcę za wystarczające do właściwego określenia przedmiotu zamówienia, tj. w sposób umożliwiający wykonawcom przygotowanie oferty uwzględniającej oczekiwania zamawiającego. W zakresie dotyczącym opisowej części programu funkcjonalno-użytkowego ma zastosowanie również ogólna zasada wynikająca z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z której wynika, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający w PFU sprecyzował elementy składające się na przedmiot zamówienia wskazując, że zakres robót budowlanych do wykonania stanowi droga o długości 270 m. Parametr długości drogi był w tym przypadku obligatoryjnym elementem, składającym się na opis,

co wynika z treści § 18 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia, nakazującego wskazanie co najmniej wielkości obiektu lub zakresu robót budowlanych do wykonania. Tymczasem, jak przyznał Zamawiający w piśmie z dnia 8 września 2017 r., kierowanym do Prezesa Urzędu, miał on świadomość co do faktu, że część robót (dwa odcinki drogi ok. 62 m od ulicy Smolki do ulicy Szulborskiej i około 100 m od ulicy Szulborskiej do ulicy Nakielskiej) były realizowane przez deweloperów. Ponadto z treści wyjaśnień udzielonych Prezesowi UZP w piśmie z dnia 8 listopada 2017 r. wynika, że remont na pierwszym z wymienionych odcinków drogi zakończył się 28 listopada 2017 r., natomiast na drugim z wymienionych fragmentów drogi 14 listopada 2014 r. a więc okoliczności te były znane Zamawiającemu w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania i z pewnością winny być wzięte pod uwagę przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby bez znaczenia dla oceny czy doszło do naruszenia cytowanych przepisów, pozostaje fakt, że Zamawiający był związany treścią wybranego wniosku z Budżetu Partycypacyjnego oraz zakładał, że zaistnieje konieczność ujednoczenia całej drogi bądź mogą wystąpić trudności w zakresie gwarancji lub kolizje w zakresie geometrii drogi i technologii z innymi inwestycjami.

Zamawiający, przewidując w pkt 9 PFU, że rodzaje i ilości robót mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji, dopuszczając na etapie opracowania dokumentacji projektowej tak daleko idącą zmianę zakresu udzielanego zamówienia, która prowadziła do zmiany rodzaju i ilości realizowanych robót, naruszył przepis art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, nakazujący Zamawiającemu sporządzenie opisu w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, kalkulując cenę ofertową, kierują się bowiem przede wszystkim opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Fakt, że mają oni możliwość dokonania wizji lokalnej i zadawania pytań do treści SIWZ jest istotny, ale nie kluczowy dla wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający sam przyznał, że kwestia stwierdzenia niskiej nośności konstrukcji drogi możliwa była do stwierdzenia dopiero na etapie wykonywania przez wybranego wykonawcę prac projektowych. Zamawiający naruszył również cytowane wyżej przepisy Rozporządzenia, formułując postanowienia PFU, określając, że zakres prac dotyczy drogi o długości 270 m, roboty należy wykonać na podstawie opracowanego projektu i prawomocnego zgłoszenia robót budowlanych dla ulicy Sowińskiego na odcinku od ulicy Pustola do ulicy Nakielskiej, wskazując szczegółowy zakres wykonania robót, mając wiedzę co do istnienia okoliczności mogących spowodować zmianę w zakresie faktycznie zrealizowanego zakresu zamówienia. W rezultacie doprowadziło to do ograniczenia przebudowy ulicy tj. zlecenia wykonania prac budowlanych na

odcinku mierzącym 93,42 m, w zmienionym zakresie.

Izba uznała za nietrafne argumenty Zamawiającego, odnoszące się do specyfiki udzielanego zamówienia, które realizowane było w formule „zaprojektuj i wybuduj” i wynikającej stąd możliwości opisanego przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, pozwalający na dokonanie tak znacznej modyfikacji co do zakresu zrealizowanego zamówienia, w stosunku do założeń pierwotnie przewidzianych w PFU. Jakkolwiek PFU jest dokumentem, którego stopień szczegółowości odbiega od możliwości jakie daje w tym zakresie dokumentacja projektowa, to jednak musi on wskazywać na charakterystyczne elementy odnoszące się do obiektu budowlanego, który będzie realizowany. Takim elementem, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest budowa/ przebudowa drogi jest z pewnością miejsce wykonywania robót, długość odcinka drogi i zakres prac do wykonania. Te bowiem elementy są niezbędne dla wykonawców, którzy składają ofertę, aby możliwe było dokonanie kalkulacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do stwierdzonych przez Prezesa Urzędu naruszeń art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 77 §1 kodeksu cywilnego, poprzez dokonanie zmiany postanowień umowy w stosunku do treści SIWZ oraz treści oferty, bez spełnienia ustawowych przesłanek Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”.

Zamawiający w PFU opisał przedmiot zamówienia określając długość odcinka drogi, jaki ma zostać poddany przebudowie oraz zakres robót do wykonania. Na skutek przeprowadzenia wizji lokalnej, po zawarciu umowy z wykonawcą ZIEL-BUD, Zamawiający w porozumieniu z nim, podjął decyzję o zmianie zakresu prac, które zostaną wykonane. W piśmie z 8 września 2017 r. wskazywał, że ograniczenie zakresu zamówienia podyktowane było względami ekonomicznymi a realizacja zamówienia w pełnym zakresie opisanym w PFU byłaby niegospodarnością. Sam Zamawiający potwierdził, że dokonał zmian w stosunku do zakresu opisanego w PFU a nie jedynie dookreślił, w granicach opisanych w tym dokumencie, niektóre parametry składające się na pis przedmiotu zamówienia, mieszczące się w PFU. W ocenie Izby, w opisywanym stanie faktycznym, modyfikacje dokonane przez Zamawiającego, należy traktować jako zmianę zakresu robót budowlanych, co stanowi dorozumianą zmianę treści zawartej z wykonawcą umowy.

Tym samym należało rozstrzygnąć czy dokonane zmiany były zmianami istotnymi, o których stanowi art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a jeśli tak czy zostały one przewidziane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ i czy w dokumentach tych określono warunki takiej zmiany. W tym zakresie Izba, po analizie zmian dokonanych przez zamawiającego,

Izba doszła do przekonania, że dokonane zmiany w zakresie zrealizowanych faktycznie robót budowlanych, w stosunku do pierwotnie przewidzianych w SIWZ – miały charakter istotny. Zauważyć należy, że Zamawiający zrezygnował z realizacji dużej części zamówienia, ograniczając odcinek przebudowywanej drogi o około 60%, w pozostałym zakresie zmianie uległ również zakres prac. Z kolei z treści dokumentacji przetargowej, w szczególności z zapisów zawartych we wzorze umowy, w §14 ust. 5, §14 ust. 6 w zw. z §14 ust. 9 (analogiczne postanowienia powtórzono w umowie z wykonawcą ZIEL-BUD) wynika, że Zamawiający przewidział możliwość dokonywania zmian w treści umowy zastrzegając jednak, że nie mogą one wykraczać poza zakres świadczenia opisanego w umowie. Zakres świadczenia wykonawcy opisano w §1 umowy a ten z kolei odsyłał do postanowień PFU. Zamawiający przesądził zatem, że niedopuszczalne są zmiany w treści umowy wykraczające poza zakres robót budowlanych wynikający z PFU. Tymczasem możliwości ograniczenia zakresu prac co do ilości i parametrów robót nie wynikały z zapisów tego dokumentu.

Należy też podzielić stanowisko Prezesa Urzędu stwierdzające, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy po zmianie, nie jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, co stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto dorozumiana zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokonana bez zachowania formy pisemnej, stanowi naruszenie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 77 §1 KC, z których wynika konieczność zachowania dla zmiany umowy takiej formy, jaką ustawa przewidziała dla jej zawarcia, a zatem formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Reasumując, naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz KC, stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej wystąpiły w kontrolowanym postępowaniu, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień Zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....