

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 lipca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 29 maja 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Gminę Jedlina-Zdrój**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 25 maja 2019 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i budowę ciągu pieszo-rowerowego w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo-rowerowego w m. Jedlina-Zdrój”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 20 maja 2019 r. zakończył kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i budowę ciągu pieszo-rowerowego w ramach zadania pn. Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo-rowerowego w m. Jedlina-Zdrój”, prowadzonego przez zamawiającego – Gminę Jedlina-Zdrój w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego 27 maja 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 135648.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP wskazał na naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym poprzez nieuregulowanie stanu prawnego gruntów, na których planowany był przebieg ciągu pieszo-rowerowego, czym Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 19 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 z uwagi na niezawarcie informacji niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych,

2. art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wydłużenie terminu realizacji umowy dokonane aneksami nr 1-4 do umowy z 22 czerwca 2016 r.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Zgodnie z ustaleniami kontroli przedmiotowa inwestycja została ujęta w planie zadań drogowych zgodnie z przyjętym przez Zarząd Województwa Dolnośląskiego „Programem infrastruktury drogowej” w roku 2016 pod nazwą: Budowa trasy pieszo rowerowej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 381 w Jedlinie-Zdroju. Przedmiot zadania obejmował sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), opracowanie dokumentacji projektowej i realizację robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj. O wytypowaniu zadania do realizacji Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (DSDiK) poinformowała Gminę pismem z 17 lutego 2016 r. Pismem z 26 lutego 2016 r. Gmina potwierdziła DSDiK wolę współuczestnictwa w zadaniu. W celu współdziałania przy realizacji powyższego zadania strony, tj. Gmina i Województwo Dolnośląskie dążyły do zawarcia porozumienia w sprawie powierzenia do realizacji Gminie zadania własnego Województwa Dolnośląskiego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo-rowerowego w m. Jedlina Zdrój” w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych oraz przyjęcia pomocy rzeczowej na rzecz Województwa Dolnośląskiego od Gminy Miasta Jedlina Zdrój, które przez obie strony zostało zawarte w 7 czerwca 2016 r. (nr DSDiK/45/2016), przy czym Gmina podpisała jednostronnie przedmiotowe porozumienie 28 kwietnia 2016 r. oraz przesłała je do DSDiK.

Z treści porozumienia wynikało, że jego przedmiotem było m.in. opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, a Gmina zobowiązała się do nieodpłatnego pełnienia funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania, przy czym rozpoczęcie wszelkich prac winno być poprzedzone uzgodnieniami z DSDiK, m.in. w zakresie wytycznych do PFU. Gmina zobowiązała się też do dopełnienia wszystkich wymaganych formalności administracyjnych

w tym m. in.: w przypadku rozwiązań projektowych, które powodują zajęcie terenów obcych – uzyskania decyzji na realizację inwestycji drogowej (ZRID), co do której Gmina mogła złożyć wniosek we właściwym organie dopiero po podpisaniu odpowiednich porozumień dotyczących pokrycia przez Gminę kosztów odszkodowań z tytułu nabycia nieruchomości decyzją ZRID.

W rozdziale I pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazano, że przedmiot zamówienia miał zostać wykonany zgodnie z wytycznymi programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 7.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmował:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie zgodnym z wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym wraz ze wszystkimi opracowaniami projektowymi i uzgodnieniami koniecznymi do wykonania tej dokumentacji,
- 2) uzyskanie wymaganych prawem decyzji administracyjnych, uzgodnień i pozwoleń, niezbędnych do wykonania robót budowlanych,
- 3) sprawowanie nadzoru autorskiego w okresie wykonania robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej,
- 4) wykonanie robót budowlanych na podstawie zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej.

Program funkcjonalno-użytkowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ został przygotowany w kwietniu 2016 r. przez Pracownię Projektową AR-PROJECT A. R.. PFU nie było konsultowane z DSDiK przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

22 czerwca 2016 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą – Świdnickim Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. umowa nr 4/16, w ramach której wykonawca przyjął do wykonania zamówienie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej i na jej podstawie wykonanie robót budowlanych. Przedmiot zamówienia obejmował elementy wymienione w rozdziale I pkt 7.1 SIWZ. Szczegółowy zakres robót budowlanych określał PFU stanowiący załącznik do umowy.

W związku z niezgodnionym przez DSDiK przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego PFU, DSDiK wielokrotnie korespondowała z Zamawiającym w sprawie nieuregulowanej kwestii dotyczącej własności gruntów pod planowany ciąg pieszo-rowerowy.

Pismem z 17 czerwca 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę o tym, że „zakres rzeczowy zgodny z przesłanym do DSDiK drogą elektroniczną w dniu 7 czerwca 2016 r. zakresem przedstawionym w PFU może być realizowany po wcześniejszych uregulowaniach własności

gruntu w sposób formalny. (...) PFU nie zawiera informacji, w jaki sposób zostaną przeprowadzone uregulowania własności gruntów”. DSDiK poprosiła również o określenie, kiedy i w jaki sposób gmina ureguluje kwestię własności gruntu.

W odpowiedzi, pismem z 30 czerwca 2016 r., Gmina przesłała do DSDiK uchwałę Rady Miasta z 30 czerwca 2016 r. w sprawie wyrażenia zgody na dokonanie darowizny nieruchomości (dotyczyła tylko działek gminnych, w stosunku do działek Polskiego Związku Działkowców trwała procedura mająca na celu przejęcie ich przez gminę).

W kolejnym piśmie z 31 sierpnia 2016 r. DSDiK, mimo braku uregulowania kwestii gruntowych, dokonała analizy wstępnej otrzymanego PFU, w związku z czym przesłano najbardziej istotne uwagi do weryfikacji:

1. zmiana nazwy, na etapie PFU powinno być określone, czy zadanie będzie realizowane w pasie drogowym czy poza,
2. brak czytelnego załącznika graficznego z zaznaczonymi granicami działek oraz oczekiwanymi parametrami ciągu pieszo-rowerowego, dołączony szkic był zbyt ogólny,
3. w PFU wyspecyfikowane zostały działki objęte inwestycją, co do których należało określić właścicieli oraz sposób i termin przejęcia/przekazania, co miało skutkować określeniem prawa do dysponowania gruntem i podstawą realizacji robót budowlanych,
4. w PFU wprowadzono zapisy odnośnie likwidacji stawu – poproszono o opisanie jego obecnej funkcji, statusu, wpływu na gospodarkę wodną terenu przyległego oraz zgody jego właściciela na zasypanie,
5. wprowadzenie uzasadnienia budowy dwóch dodatkowych przepustów,
6. brak informacji dotyczącej stanu technicznego rowów po przeciwnej stronie oraz informacji o tym, czy są w stanie przyjąć wodę,
7. przedmiotem zamówienia winno być także uzyskanie wszelkich prawomocnych pozwoleń,
8. „elementy towarzyszące” są zadaniem własnym gminy, mogły być uwzględnione w opracowaniu, ale należało wprowadzić zapis, że koszt ich realizacji winien być wyspecyfikowany i poniesiony przez gminę.

W piśmie z 15 września 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę, że otrzymane PFU pozostało bez uzgodnienia oraz, że preferowaną formą regulacji gruntowych jest uzyskanie decyzji ZRID, ale biorąc pod uwagę podjęte już uchwały w kwestiach gruntowych przez Radę Miasta Jedlina-Zdrój, DSDiK dopuściła zaproponowaną formę regulacji gruntowych. Poprosiła również o deklarację co do formy i terminów załatwienia wszystkich formalności.

W odpowiedzi, pismem z 29 września 2016 r., Gmina poinformowała, że przekazanie działek nastąpi na podstawie umowy darowizny w formie aktu notarialnego.

W ocenie Prezesa UZP prowadzi to do następujących konkluzji prawnych.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z kolei art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy powinien obejmować opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zatem, zgodnie z ww. przepisami, sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji.

Program funkcjonalno-użytkowy, zgodnie z regulacjami 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, winien zawierać opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia (§ 18 ww. rozporządzenia). Powinien również w części informacyjnej obejmować dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oświadczenie zamawiającego zawierające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego, inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych (§ 19 ww. rozporządzenia).

Jakość PFU jest jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu kontraktu, gdyż w zamówieniach realizowanych w formule „projektuj i buduj” stanowi opis przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z § 19 ww. rozporządzenia w programie funkcjonalno-użytkowym zamawiający powinien zawrzeć oświadczenie zawierające jego prawo do dysponowania nieruchomością

na cele budowlane. W cz. III pkt 2 PFU Zamawiający zapisał: „Zamawiający oświadcza, że posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w ramach planowanego przedsięwzięcia. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania Wykonawcy wszelkich niezbędnych dokumentów potwierdzających prawo do dysponowania nieruchomościami, na terenie których prowadzone będą roboty budowlane.”

W części I pkt 1.6.1 PFU Zamawiający wskazał: „Ścieżkę pieszo-rowerową należy zaprojektować i wykonać z uwzględnieniem istniejących warunków gruntowych, przebiegu istniejącego chodnika oraz drogi wojewódzkiej nr 381, a także działek sąsiednich. Obecnie na terenie inwestycji znajduje się chodnik wykonany z kostki betonowej z obrzeżami, część terenu porośnięta jest krzewami i drzewami. Na 400 m długości ciągu, na terenie działki nr 491/2 znajduje się staw, który należy zlikwidować. (...) W projekcie należy przewidzieć usunięcie kolidujących drzew, likwidację stawu, usunięcie zieleni w rejonie budowy ciągu pieszo-rowerowego, wykonanie nasadzeń i trawników.” W części II pkt 4 PFU Zamawiający wskazał: „Przewiduje się rozbiórkę istniejącego chodnika, likwidację stawu oraz usunięcie drzew, krzewów i ogrodzenia z terenu objętego projektem budowlanym”.

Zdaniem Prezesa UZP powyższe postanowienia wskazują, iż przebieg planowanego ciągu pieszo-rowerowego został zaplanowany nie tylko w miejscu istniejącego chodnika, ale również w miejscu istniejącego stawu, rosnących drzew, krzewów oraz istniejącego ogrodzenia. A zatem wyjaśnienia Zamawiającego z 14 lutego 2019 r., iż Gmina „planowała realizację inwestycji w miejscu istniejącego chodnika położonego w części na działkach będących własnością Gminy Jedlina-Zdrój, a w części na działkach będących własnością Województwa Dolnośląskiego w trwałym zarządzie DSDiK, bez konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego”, należy uznać za niezgodne z zapisami PFU. Zgodnie z przyjętym sposobem realizacji inwestycji Gmina, 7 czerwca 2016 r., zawarła porozumienie nr DSDiK/45/2016 w sprawie powierzenia do realizacji Gminie Miastu Jedlina-Zdrój zadania własnego Województwa Dolnośląskiego w zakresie budowy przedmiotowego ciągu pieszo-rowerowego w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych oraz przyjęcia pomocy rzeczowej na rzecz Województwa Dolnośląskiego od Gminy Miasta Jedlina-Zdrój. Treść tego porozumienia znana była Zamawiającemu wcześniej, bowiem Gmina jednostronnie podpisała ww. porozumienie 28 kwietnia 2016 r.

Przedmiotowe postępowanie, w tym PFU, Zamawiający przygotowywał w kwietniu 2016 r. i wszczął 27 maja 2016 r.

PFU nie zostało skonsultowane z DSDiK i nie zostało przez DSDiK zatwierdzone przed 27 maja 2016 r. Przed wszczęciem postępowania nie zostało również podpisane porozumienie pomiędzy Gminą a Województwem Dolnośląskim, które zawarte zostało 7 czerwca 2016 r.

W tym samym dniu Zamawiający przesłał PFU do konsultacji z DSDiK. Termin składania ofert upłynął 14 czerwca 2016 r.

Pismem z 17 czerwca 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę o tym, że zakres rzeczowy zgodny z przesłanym 7 czerwca 2016 r. PFU może być realizowany po wcześniejszych uregulowaniach własności gruntu w sposób formalny. Pismo to wpłynęło do Zamawiającego 21 czerwca 2016 r., w przeddzień zawarcia umowy (do pracownika merytorycznego zajmującego się niniejszą sprawą ww. pismo wpłynęło już po podpisaniu umowy). W odpowiedzi na pismo z 17 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował, iż „w stosunku do działki będącej w użytkowaniu wieczystym Polskiego Związku Działkowców, trwa procedura przejścia jej przez Gminę” (pismo z 30 czerwca 2016 r.).

Zatem podjęcie przez Zamawiającego działań dotyczących uregulowania stanu prawnego działek nastąpiło już po podpisaniu umowy z wykonawcą.

W piśmie z 31 sierpnia 2016 r. DSDiK poinformowała, iż PFU nadal pozostaje bez uzgodnienia ze względu na brak uregulowań gruntowych.

W ocenie Prezesa UZP z powyższego wynika, iż PFU stanowiące opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu nie zostało przygotowane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez nieuregulowanie stanu prawnego gruntów, na których planowany był przebieg ciągu pieszo-rowerowego, czym Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo, Zamawiający naruszył § 19 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 z uwagi na niezawarcie w PFU informacji niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.

Zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

W trakcie kontroli poczyniono następujące ustalenia faktyczne.

Zgodnie z treścią rozdziału I pkt 16 SIWZ wymagano terminu wykonania zamówienia do 30 września 2016 r., w tym: 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy, 2) wykonanie robót budowlanych w terminie do dnia 30 września 2016 r. Takie terminy zostały też wskazane w § 1 ust. 4 umowy nr 4/2016 z 22 czerwca 2016 r.

W ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w przypadku, gdy potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od wykonawcy i Zamawiającego, a wydłużeniu ulegnie termin obowiązywania niniejszej umowy w szczególności:

- a) wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wskazującego czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy,
- b) wskutek niekorzystnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,
- c) wystąpienia kolizji budowlanych obiektów z elementami istniejącej infrastruktury,
- d) konieczności modyfikacji przyjętych rozwiązań projektowych,
- e) zaszła konieczność wykonania robót, których wykonanie w sposób obiektywny uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,
- f) prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy,
- g) zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów.

Pismem z 14 września 2016 r. wykonawca – Świdnickie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. (ŚPBDiM) złożył wniosek o przedłużenie terminu realizacji umowy informując, że w trakcie uzyskiwania pozwolenia na budowę Urząd Wojewódzki odrzucił wniosek w związku z faktem nowego podziału działek. Konsekwencją tego jest konieczność zmian projektowych i ponowne złożenie wniosków. Wykonawca wniósł o przedłużenie terminu realizacji umowy do 30 października 2016 r.

30 września 2016 r. zawarty został aneks nr 1 do umowy, na podstawie którego, w oparciu o ww. wniosek wykonawcy i z § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) umowy ustalono termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do 10 listopada 2016 r., w tym: opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej – w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy, wykonanie robót budowlanych – w terminie do 10 listopada 2016 r.

Pismem z 9 listopada 2016 r. wykonawca ŚPBDiM zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 15 kwietnia 2017 r. ze względu na to, że po rozpoczęciu prac projektowych i uzyskaniu mapy do celów projektowych 15 lipca 2016 r. stwierdzono niemożność realizacji zadania zgodnie z wytycznymi PFU bez uregulowania spraw formalnych w zakresie przekształceń własnościowych działek. Z uwagi na fakt, że trasa ciągu biegła w części na działce gminnej, a w części na działce DSDiK, Wojewoda odmówił przyjęcia zgłoszenia dla tak położonej ścieżki. Projektant zaproponował przesunięcie ścieżki na działkę gminną i uzyskanie dla tak wykonanego projektu pozwolenia na budowę

w starostwie. Taki też projekt został sporządzony i złożony w starostwie 16 sierpnia 2016 r. Równocześnie w lipcu 2016 r. Zamawiający podjął działania na rzecz przekazania działek pod ścieżkę DSDiK. W związku z powyższym dokonał podziału działki 491/5. Podział ten został ujawniony w ewidencji gruntów 7 września 2016 r.

10 listopada 2016 r. zawarty został aneks nr 2 do umowy. W oparciu o ww. wniosek z 9 listopada 2016 r. i § 16 ust. 1 pkt 5 litera g) umowy ustalono termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do 15 kwietnia 2017 r., w tym: opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy, wykonanie robót budowlanych w terminie do 15 kwietnia 2017 r.

Pismem z 6 lutego 2017 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego (DWINB) przesłał zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie budowy przedmiotowego ciągu pieszo-rowerowego realizowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia, zaś 6 kwietnia 2017 r. wydał postanowienie o nałożeniu na inwestora – Gminę Jedlina-Zdrój obowiązku wstrzymania prowadzenia robót budowlanych oraz zabezpieczenia terenu budowy przed dostępem osób postronnych poprzez jej wyгородzenie i oznakowanie oraz obowiązku przedłożenia w terminie do 31 sierpnia 2017 r.: zaświadczenia Burmistrza Miasta Jedlina-Zdrój o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego; czterech egzemplarzy projektu budowlanego opracowanego i sprawdzonego przez osoby uprawnione wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi oraz zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane aktualnym na dzień opracowania projektu; oświadczenia inwestora, złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowane.

14 kwietnia 2017 r. zawarty został aneks nr 3 do umowy, na podstawie którego, z uwagi na nadal trwające postępowanie przed DWINB, na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 litera g) umowy, ustalono termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do 16 czerwca 2017 r., w tym: opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy, wykonanie robót budowlanych w terminie do 16 czerwca 2017 r.

Pismem z 12 maja 2017 r. Gmina przesłała do DWINB żądane zaświadczenie o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, cztery egzemplarze projektu budowlanego, zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego, i oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. 13 czerwca 2017 r. DWINB wydał postanowienie

nakładające na inwestora obowiązek uzupełnienia nieprawidłowości w przedłożonym projekcie budowlanym.

16 czerwca 2017 r. zawarty został aneks nr 4 do umowy; na podstawie którego, z uwagi na trwające postępowanie przed DWINB, na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 litera g) umowy ustalono termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do 16 czerwca 2017 r., w tym: opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy i wykonanie robót budowlanych w terminie do dnia 31 października 2017 r.

Pismem z 10 sierpnia 2017 r. Gmina przesłała do DWINB wymagane dokumenty: zaświadczenie o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

W toku czynności wyjaśniających Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych, z uwzględnieniem brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniających dokonanie zmiany umowy.

Zamawiający wskazał na opisane powyżej okoliczności oraz, że jednocześnie trwała procedura związana ze zmianą własności gruntów, przez które miała przebiegać część ciągu pieszo-rowerowego. Zamawiający poinformował również, że, mając na uwadze postanowienia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 16 projektu umowy, przewidział dopuszczalne zmiany treści zawartej umowy w postaci jednoznacznych postanowień umownych. Podstawą do wprowadzenia aneksów w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia był § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) umowy z 22 czerwca 2016 r.

Prezes UZP poprosił również o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych, w związku z którymi Zamawiający na etapie planowania inwestycji nie mógł przewidzieć, iż zaistnieje konieczność uzyskania danych, zgód, bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów w odniesieniu do nowego podziału działek oraz o odniesienie się do kwestii uregulowania spraw formalnych w zakresie przekształceń własnościowych działek, biorąc pod uwagę, że trasa ciągu pieszo-rowerowego biegła w części na działce gminnej, a w części na działce DSDiK.

Zamawiający wskazał, że w sierpniu 2015 r. Gmina złożyła do DSDiK wnioski o ujęcie ww. zadania w planie zadań drogowych. W lutym 2016 r. DSDiK poinformowała, że zadanie zostało wytypowane do realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W ramach pomocy rzeczowej Gmina miała współfinansować zadanie w wysokości 45% kosztów realizacji

i wykonać zadanie w zastępstwie inwestorskim. Sporządzono PFU i w czerwcu 2016 r. przekazano do akceptacji DSDiK. Gmina planowała realizację inwestycji w miejscu istniejącego chodnika położonego w części na działkach będących własnością Gminy, a w części na działkach będących własnością Województwa Dolnośląskiego w trwałym zarządzie DSDiK, bez konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego.

21 czerwca 2016 r. Gmina otrzymała pismo od DSDiK informujące o konieczności uregulowania własności gruntu. Zanim przedmiotowe pismo zostało rozpatrzone, Gmina zawarła umowę z wyłonionym wykonawcą. Gmina niezwłocznie rozpoczęła procedurę przekazania działek na rzecz Województwa Dolnośląskiego, która zakończyła się 9 listopada 2016 r.

Zamawiający został poproszony także o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych, w związku z którymi na etapie planowania inwestycji nie mógł przewidzieć, iż zaistnieje konieczność uzyskania danych, zgód, bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów w odniesieniu do nowego podziału działek, w rezultacie czego zawarł aneks nr 1 i 2 do umowy.

W § 3 ust. 2 umowy wskazano, m.in. że do obowiązków wykonawcy należy wykonanie dokumentacji projektowej wraz ze wszystkimi niezbędnymi opracowaniami, uzyskanie niezbędnych pozwoleń, uzgodnień i opinii oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych zatwierdzeń dokumentacji projektowej w drodze decyzji o pozwoleniu na budowę lub w drodze przyjęcia zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę. W punkcie 4.3. PFU wskazano, że Zamawiający posiada pismo, w którym DSDiK wyraża zgodę na realizację inwestycji, zaś wykonawca zobowiązuje się do uzyskania wszelkich zgód, opinii i pozwoleń na własny koszt.

Prezes UZP poprosił również o wyjaśnienie okoliczności braku uzyskania przez wykonawcę pozwolenia na budowę, a w konsekwencji zawarcia aneksu nr 3 i 4 do umowy.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że Gmina po raz pierwszy realizowała zadanie w takiej formule we współpracy z DSDiK, dlatego też nie posiadała wiedzy na temat konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego. Również Województwo Dolnośląskie 7 czerwca 2016 r. zawarło z Gminą porozumienie, pomimo że część działek stanowiła własność Gminy. Dopiero 21 czerwca 2016 r. wpłynęło pismo od DSDiK informujące o konieczności uregulowania własności gruntu. Gmina niezwłocznie podjęła działania w tym celu, co spowodowało wydłużenie terminu realizacji zadania.

Procedura podziału działek i przekazania ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego spowodowała, że mapa do celów projektowych, którą dysponował wykonawca, przestała być aktualna, o czym wykonawca nie wiedział. Wykonawca złożył projekt budowlany do Starostwa Powiatowego w Wałbrzychu celem uzyskania pozwolenia na budowę, wtedy okazało się, że występuje rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem granic i numeracją działek a mapą do celów projektowych, rozbieżność była wynikiem podziału działek. Wykonawca, po podziale działek i przekazaniu ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego, w celu uzyskania pozwolenia na budowę rozpoczął prace projektowe na nowo na aktualnej już mapie do celów projektowych.

Poproszona przez Prezesa UZP o wyjaśnienia DSDiK pismem z 1 kwietnia 2019 r. wskazała, że na etapie planowania inwestycji w roku 2015 nie brano pod uwagę zmiany granic pasa drogi wojewódzkiej nr 381, a budowa ciągu pieszo-rowerowego miała być zlokalizowana w miejscu istniejącego chodnika. Na etapie opracowania SIWZ Gmina ani DSDiK nie posiadały informacji na temat konieczności dzielenia i przejmowania działek niezbędnych pod budowę drogi. Po ogłoszeniu przetargu i wyłonieniu wykonawcy, podczas prac projektowych, pozyskana została aktualna mapa zasadnicza zawierająca m.in. przebieg granic ewidencyjnych działek i możliwa stała się szczegółowa analiza terenowo-prawna. Dopiero na etapie uzgadniania dokumentacji projektowej, na podstawie opracowanego planu zagospodarowania terenu można było określić numery działek i ich powierzchnię niezbędną pod budowę planowanej ścieżki pieszo-rowerowej o parametrach zgodnych z przepisami techniczno-budowlanymi. Na tym etapie DSDiK postawiła warunek dalszej realizacji inwestycji polegający na uporządkowaniu spraw formalnoprawnych dotyczących własności gruntów. Przed zakończeniem procesu inwestycyjnego Gmina przekazała na rzecz Województwa Dolnośląskiego wydzielone wcześniej działki. Przedsięwzięcie zostało zakończone 9 stycznia 2018 r. wydaniem decyzji udzielającej pozwolenia na użytkowanie.

W ocenie Prezesa UZP prowadzi to do następujących konkluzji prawnych.

Art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania stanowi o zakazie 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.

Zatem z literalnej wykładni ww. przepisu wynika generalna zasada, jaką jest zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario* inne, nieistotne zmiany umowy są dopuszczalne i można je wprowadzać do umów zawieranych na gruncie ustawy Prawo

zamówień publicznych w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, badaniu podlega wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotna zmiana postanowień umowy w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie bowiem zawsze miała miejsce, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone.

Powyższy kierunek wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnia wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, w którym Trybunał wskazał, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.

Zatem, *a contrario*, do zmian nieistotnych zaliczają się wszelkie modyfikacje postanowień umowy o charakterze ubocznym, o których wiedza na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik tego postępowania.

Ocena istotności zmiany umowy jest przeprowadzana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalnego wpływu zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym, dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

W ocenie Prezesa UZP, w przypadku kontrolowanego postępowania, zmiana terminu wykonania umowy, gdyby była znana wykonawcom przed upływem terminu składania ofert, mogłaby mieć wpływ na ich decyzję o ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W wyniku dokonanych w drodze aneksów nr 1-4 zmian umowy określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin realizacji zamówienia uległ zmianie z nieco ponad 3 miesięcy do ponad 1 roku i 4 miesięcy. W kontekście okresu, o jaki został prolongowany termin wykonania zamówienia, pierwotny termin wykonania umowy jawi się jako stosunkowo krótki. Przy tak krótkim terminie można założyć, że wykonawcy, kalkulując cenę swojej oferty, uwzględniali zapisy § 6 umowy, w którym Zamawiający zastrzegł prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 1% wartości umowy za każdy dzień zwłoki za opóźnienia w opracowaniu dokumentacji projektowej lub w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP, zmiana ww. terminu modyfikowała równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia, co mogło mieć wpływ na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, jak i na sposób kalkulacji ceny. Powyższe nakazuje uznać, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia stanowiło istotną zmianę umowy.

Zamawiający poinformował, że podstawą do wprowadzenia aneksów w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia był § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) umowy.

W § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) wzoru umowy dopuszczono zmianę terminu realizacji umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy w przypadku konieczności modyfikacji przyjętych rozwiązań projektowych, natomiast w lit. g) dopuszczono zmianę terminu realizacji umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy, jeśli zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów.

Z powyższych postanowień w pierwszej kolejności wynika, iż konieczność zmiany umowy nie może wynikać z przyczyn zależnych od Zamawiającego lub wykonawcy. A zatem, jeśli na konieczność zmiany umowy miały wpływ czynności lub brak ich podjęcia przez którąkolwiek ze stron, zmiany takie nie mogły zostać wprowadzone do umowy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, aneksy nr 1 i 2 zostały zawarte z uwagi na nieuregulowanie przez Zamawiającego stanu prawnego gruntów, na których planowany był przebieg ciągu pieszo-rowerowego na etapie przygotowania programu funkcjonalno-użytkowego będącego opisem przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym konieczność wydłużenia terminu realizacji zamówienia wynikała z przyczyn zależnych od Zamawiającego, który w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Z uwagi na rozpoczęcie przez Zamawiającego działań mających na celu uregulowanie kwestii gruntowych dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca nie miał możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia w terminie określonym pierwotnie w umowie.

Jednocześnie zmiany umowy wprowadzone aneksami nr 1 i 2 nie były uzasadnione żadną z okoliczności wskazanych w § 16 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy.

W przypadku aneksów nr 3 i 4 wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z postanowienia z 6 kwietnia 2017 r. Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nakładającego obowiązek wstrzymania prowadzenia robót budowlanych oraz zabezpieczenia terenu budowy przed dostępem osób postronnych poprzez jej wygrodzenie i oznakowanie z uwagi na realizowanie inwestycji bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia.

Roboty budowlane związane z budową ciągu pieszo-rowerowego rozpoczęto w sierpniu 2016 r. na działkach będących własnością Gminy. W dniu rozpoczęcia robót inwestor nie posiadał wymaganej przepisami Prawa budowlanego decyzji o pozwoleniu na budowę lub zgłoszenia budowy ww. ciągu pieszo-rowerowego. Gmina, aktem notarialnym z 9 listopada 2016 r., darowała na rzecz Województwa Dolnośląskiego prawo własności działek z przeznaczeniem na cel publiczny – drogi rowerowe. Tym samym nastąpiła zmiana szerokości drogi, a zarazem zmiana granic pasa drogowego drogi wojewódzkiej nr 381, a w świetle obowiązujących przepisów inwestor, na budowę przedmiotowego ciągu pieszo-rowerowego powinien legitymować się pozwoleniem na budowę.

W ocenie Prezesa UZP, w świetle powyższych okoliczności, nie sposób uznać, iż wstrzymanie przez DWINB prac z uwagi na realizowanie inwestycji bez wymaganego Prawem budowlanym pozwolenia na budowę stanowiło uzasadnienie do zawarcia aneksów do umowy przedłużających termin realizacji zgodnie z określonymi w § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) wzoru umowy warunkami. Przede wszystkim nie można uznać, iż realizowanie robót budowlanych bez wymaganych przepisami prawa pozwoleń, w tym wypadku pozwolenia na budowę, wynikało z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy. Zamawiający jako inwestor ma obowiązek posiadania pozwolenia na budowę, nawet gdy obowiązek uzyskania tego pozwolenia zostanie nałożony na wykonawcę w ramach realizacji zamówienia publicznego. Reasumując, brak posiadanego pozwolenia na budowę, w konsekwencji czego nastąpiła konieczność wstrzymania robót budowlanych do czasu uzyskania pozwolenia na wznowienie robót budowlanych nie uzasadnia możliwości dokonania zmian umowy przewidzianych w SIWZ w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zmiany umowy polegające na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia o ponad 13 miesięcy stanowiły istotne zmiany umowy, ponieważ prowadziły do zmiany równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy, co mogłoby wpłynąć na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia, gdyby Zamawiający od początku określił tak długi termin realizacji zamówienia. Co więcej, zmiany te nie były uzasadnione przewidzianymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

okolicznościami, gdyż nie spełniały warunków w nim określonych, w szczególności nie wynikały z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy.

Tym samym dokonane przez Zamawiającego zmiany umowy dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia nie wypełniały przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc nastąpiły z naruszeniem tego przepisu.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniami kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszeń.

W zakresie zarzucanego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zamawiający wskazał, że PFU został opracowany w sposób należyty, tj. zgodnie z właściwymi przepisami prawa oraz z uwzględnieniem stanu faktycznego i prawnego nieruchomości będących przedmiotem przedsięwzięcia. Kontrolujący podniósł, że PFU w części informacyjnej powinien zawierać „oświadczenie zamawiającego zawierające jego prawo do dysponowania na cele budowlane, inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych”. W swojej treści PFU zawiera oświadczenie Zamawiającego wskazujące na jego prawo do dysponowania działkami na cele budowlane. Oświadczenie to odpowiadało prawdzie i dotyczyło tych działek, na których inwestycja miała zostać realizowana.

Kontrolujący zarzucił, że brak opinii DSDiK do treści PFU przed wszczęciem postępowania stanowi o jego wadzie (w domyśle – opinie te mogłyby wpłynąć na zmianę treści PFU). Tymczasem w zakresie zasadności sformułowanego zarzutu brak tej opinii nie ma żadnego znaczenia. Jak słusznie bowiem podniósł Kontrolujący, właścicielem części działek był Zamawiający, więc z natury rzeczy jako właściciel dysponował nieruchomością na cele budowlane. Późniejsze przeniesienie prawa własności na Województwo Dolnośląskie w zakresie prawidłowości tego oświadczenia nic nie zmienia. Wymóg przekazania działek należących do Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego został wskazany w piśmie DSDiK, które wpłynęło do Gminy 21 czerwca 2016 r., już po podpisaniu porozumienia pomiędzy Gminą a Województwem Dolnośląskim, dotyczącego realizacji przedmiotowej inwestycji. W zawartym porozumieniu jest zapis dotyczący rozwiązań projektowych, które powodują zajęcie terenów obcych, jednak ciąg pieszo-rowerowy nie miał przebiegać przez tereny obce, tylko przez tereny należące do Gminy i do Województwa Dolnośląskiego, dlatego też nie przewidywano korzystania z tej procedury.

Kontrolujący zarzucił także, że PFU nie zawiera informacji, w jaki sposób zostaną przeprowadzone uregulowania własności gruntu. PFU nie mógł takich informacji zawierać, ponieważ na etapie jego opracowywania własność gruntu była uregulowana, tj. ciąg pieszo-rowerowy miał przebiegać w miejscu istniejącego chodnika w części na działkach gminnych,

a w części na działkach Województwa Dolnośląskiego w zarządzie DSDiK bez konieczności jakiegokolwiek późniejszego przekazywania działek. Kwestie wskazane w uwagach DSDiK nie skutkowały wydłużeniem terminu realizacji zadania. Jedna z uwag do PFU wskazuje, że należy określić właścicieli oraz sposób i termin przejęcia/przekazania, co miało skutkować określeniem prawa do dysponowania gruntem i podstawą realizacji robót budowlanych – Gmina posiadała prawo do dysponowania gruntem, część działek była gminna, a część Województwa Dolnośląskiego.

W informacji pokontrolnej zarzucono, że wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące planowania przebiegu ciągu pieszo-rowerowego są niezgodnie z PFU, ponieważ w PFU jest zapis, że „przewiduje się rozbiórkę istniejącego chodnika, likwidację stawu oraz usunięcie drzew, krzewów i ogrodzenia z terenu objętego projektem budowlanym”, a to, zdaniem Kontrolującego, wskazuje, że przebieg planowanego ciągu pieszo-rowerowego został zaplanowany nie tylko w miejscu istniejącego chodnika, ale również w miejscu istniejącego stawu, rosnących drzew, krzewów oraz istniejącego ogrodzenia. Jest to nieprawdziwe ustalenie, ponieważ ciąg pieszo-rowerowy miał przebiegać w miejscu istniejącego chodnika, a likwidacja stawu oraz usunięcie drzew i krzewów oraz ogrodzenia miała służyć uporządkowaniu terenu bezpośrednio przy ówczesnym chodniku, a docelowo przy planowanym ciągu pieszo-rowerowym.

Podsumowując, w momencie opracowywania PFU przedmiotowy dokument opracowano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz na podstawie stanu faktycznego istniejącego w momencie jego sporządzania, bez konieczności późniejszego przekazywania działek.

Wynika to również z charakteru PFU, który stosuje się w przypadku zamówień na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Dokładne ustalenia w zakresie niezbędnych prac i przekształceń własnościowych oraz konieczności uzyskania stosownych pozwoleń możliwe są dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, co leży w gestii już nie Zamawiającego, ale wykonawcy. W konsekwencji, zakładając, że gmina skorygowałaby PFU o uwagi wskazane przez DSDiK, to stan faktyczny i prawny nie uległby zmianie – gmina posiadała prawo do dysponowania terenem i nie zakładała przekazywania terenu na rzecz innego podmiotu, ponieważ żadne dokumenty w momencie opracowywania PFU i przeprowadzania procedury przetargowej nie wskazywały na taki obowiązek.

Co do zarzucanego naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie przedłużenie terminu realizacji umowy, dokonane wskazanymi aneksami, wykonane zostało zgodnie z postanowieniami umowy, w związku z czym nie stanowi ono naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ogłoszeniu o zamówieniu i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w przypadku, gdy potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od wykonawcy i Zamawiającego, a wydłużeniu ulegnie termin obowiązywania niniejszej umowy w szczególności:

- a) wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wskazującego czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy,
- b) wskutek niekorzystnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,
- c) wystąpienia kolizji budowlanych obiektów z elementami istniejącej infrastruktury,
- d) konieczności modyfikacji przyjętych rozwiązań projektowych,
- e) zaszła konieczność wykonania robót, których wykonanie w sposób obiektywny uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,
- f) prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy,
- g) zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów.

Przedłużenia terminu realizacji zamówienia ze względu na ww. postanowienia umowy należy kwalifikować jako działania zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych ze względu na okoliczności realizacji przedmiotowej inwestycji, opisane powyżej.

Wyjaśniając okoliczności faktyczne oraz prawne, w związku z którymi na etapie planowania inwestycji Zamawiający nie mógł przewidzieć, iż zaistnieje konieczność uzyskania zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów w odniesieniu do nowego podziału działek, w rezultacie czego zawarł aneks nr 1 i 2 do umowy na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 lit. g), Zamawiający wskazał, iż Gmina po raz pierwszy realizowała zadanie w takiej formule we współpracy z DSDiK, dlatego też nie posiadała wiedzy na temat konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego, jak też Województwo Dolnośląskie zawarło z Gminą porozumienie, pomimo że część działek stanowiła własność Gminy. Dopiero 21 czerwca 2016 r. wpłynęło pismo od DSDiK informujące o konieczności uregulowania własności gruntu i Gmina niezwłocznie podjęła działania w celu uregulowania stanu prawnego, co spowodowało wydłużenie terminu realizacji zadania.

Procedura podziału działek i przekazania ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego spowodowała, że mapa do celów projektowych, którą dysponował wykonawca, przestała być aktualna, o czym wykonawca nie wiedział składając projekt budowlany celem uzyskania pozwolenia na budowę. Wykonawca, po podziale działek i przekazaniu ich na rzecz

Województwa Dolnośląskiego, w celu uzyskania pozwolenia na budowę, rozpoczął prace projektowe na nowo na aktualnej już mapie do celów projektowych.

Również DSDiK wyjaśniła, że na etapie planowania inwestycji w roku 2015 nie brano pod uwagę zmiany granic pasa drogi wojewódzkiej nr 381, a budowa ciągu pieszo-rowerowego miała być zlokalizowana w miejscu istniejącego chodnika. Na etapie opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia Gmina ani DSDiK nie posiadały informacji na temat konieczności dzielenia i przejmowania działek niezbędnych pod budowę drogi. Po ogłoszeniu przetargu i wyłonieniu wykonawcy, podczas prac projektowych, pozyskana została aktualna mapa zasadnicza zawierająca m.in. przebieg granic ewidencyjnych działek i możliwa stała się szczegółowa analiza terenowo-prawna. Dopiero na etapie uzgadniania dokumentacji projektowej, na podstawie opracowanego planu zagospodarowania terenu można było określić numery działek i ich powierzchnię niezbędną pod budowę planowanej ścieżki pieszo-rowerowej o parametrach zgodnych z przepisami techniczno-budowlanymi.

Wszystkie powyższe okoliczności, sygnalizowane zarówno przez samego Zamawiającego, jak i przez DSDiK, potwierdzają tezę, iż wystąpienie podstaw aneksowania umowy było niezależne od jej stron, na etapie opracowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak było bowiem informacji na temat konieczności dzielenia i przejmowania działek niezbędnych pod budowę drogi. Taka okoliczność ujawniła się dopiero w późniejszym czasie, już po rozstrzygnięciu przetargu na wykonanie tego zadania i była spowodowana zmianą pierwotnej koncepcji realizacji inwestycji przez podmiot trzeci dla samego zamówienia publicznego, jakim w tym przypadku jest DSDiK.

Zamawiający w takich okolicznościach nie może się zgodzić z twierdzeniami zawartymi w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”, iż konieczność zawarcia aneksów nr 1 i 2 była wynikiem nieuregulowania przez Zamawiającego stanu prawnego gruntów, na których planowany był przebieg ciągu pieszo-rowerowego na etapie przygotowania PFU, a także, że z tego właśnie powodu zaistniała konieczność wydłużania terminu realizacji zamówienia, co, zdaniem Kontrolującego, należy kwalifikować jako okoliczność zależną od Zamawiającego. Na etapie przygotowywania przetargu konieczność podjęcia dodatkowych czynności celem uregulowania stanu prawnego gruntu, na którym została zrealizowana inwestycja, nie była przewidywana. W takich okolicznościach nie sposób przyjąć, aby wystąpienie takiej konieczności uznawać za zdarzenie zależne od Zamawiającego i zmiany umowy, poprzez jej każdorazowe przedłużenie, znajdowały swoje umocowanie w treści § 16 ust. 1 pkt 5 lit. g umowy.

Konieczność zawarcia aneksów nr 3 i 4 była również konsekwencją żądań DSDiK, które wpłynęły na ostateczny przebieg ciągu pieszo-rowerowego. Pierwotne założenia inwestycji zakładały przebudowę istniejącego chodnika i realizację w jego śladzie przyszłego ciągu pieszo-rowerowego. Z tego względu konieczność uzyskania pozwolenia na budowę na

etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej nie mogła być przewidziana. Modyfikacje projektowe, wymagane przez podmiot trzeci, stanowią niewątpliwie realizację przesłanek do przedłużenia umowy na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 lit. d) umowy. Biorąc pod uwagę, iż modyfikacja ta była wynikiem inicjatywy podmiotu, który nie pełnił roli zamawiającego albo wykonawcy, ale ze względu na fakt, iż wykonywane zadanie było zadaniem własnym Województwa Dolnośląskiego, realizowanym przez Gminę jedynie w ramach porozumienia, to wytyczne tego podmiotu musiały być uwzględniane przez podmioty realizujące zamówienie. Podmiot ten przyznał, że konieczność pewnych modyfikacji pierwotnych założeń inwestycji zaistniały dopiero na etapie tworzenia dokumentacji projektowej.

Reasumując, pierwotny termin realizacji umowy został właściwie określony, rozmiar inwestycji nie był znaczny, termin został skalkulowany z uwzględnieniem czasu potrzebnego na opracowanie dokumentacji, uzyskanie zgód i zezwoleń oraz wykonanie robót. Konieczność podziału działek i przekazanie ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego, która wynikła w trakcie trwania inwestycji, spowodowała wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Gdyby nie te okoliczności, wcześniej niemożliwe do przewidzenia, wykonawca zrealizowałby zamówienie w terminie.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Z „informacji o wyniku kontroli doraźnej” wynika, że Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym poprzez nieuregulowanie stanu prawnego gruntów, na których planowany był przebieg ciągu pieszo-rowerowego, czym Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 19 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 z uwagi na niezawarcie informacji niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych,

2. art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wydłużenie terminu realizacji umowy dokonane aneksami nr 1-4 do umowy z 22 czerwca 2016 r.

W stanie prawnym obowiązującym dla niniejszego postępowania art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowił, 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.

W art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano zaś, że jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Szczegółowa treść programu funkcjonalno-użytkowego została opisana w ww. rozporządzeniu Ministra Infrastruktury, w którym w przywołanym § 19 wskazano, że część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

- 1) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów,
- 2) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane,
- 3) przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego,
- 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:
 - a) kopię mapy zasadniczej,
 - b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
 - c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
 - d) inwentaryzację zieleni,
 - e) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
 - f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
 - g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie

architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,

h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,

i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Przepisem art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazano 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.

W ogłoszeniu o zamówieniu i w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – § 16 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w przypadku, gdy potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od wykonawcy i Zamawiającego, a wydłużeniu ulegnie termin obowiązywania niniejszej umowy w szczególności:

a) wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wskazującego czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy,

b) wskutek niekorzystnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,

c) wystąpienia kolizji budowlanych obiektów z elementami istniejącej infrastruktury,

d) konieczności modyfikacji przyjętych rozwiązań projektowych,

e) zaszła konieczność wykonania robót, których wykonanie w sposób obiektywny uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia,

f) prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy,

g) zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym sprawy oraz stanowiskami Prezesa UZP i Zamawiającego (Gminy) Izba stwierdziła, iż w ogólności podziela stanowisko Prezesa UZP, jakkolwiek zauważa, co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, oba sformułowane przez Prezesa UZP zarzuty są ze sobą nierozzerwalnie związane, a ich wystąpienie jest ich wzajemną konsekwencją, gdyż gdyby Zamawiający nie sformułował w taki sposób założeń programu funkcjonalno-użytkowego, a następnie, po zawarciu umowy, nie dokonywał zmiany tych założeń, nie byłoby konieczności wprowadzania kwestionowanych zmian do umowy. Natomiast gdyby nie zmiany do umowy, nie postawiono by zarzutu dotyczącego nieprawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia – PFU.

Podobnie zarzutów w tym kształcie by nie postawiono, gdyby Zamawiający w inny sposób uregulował termin realizacji zamówienia (ustalenie zamkniętej, dziennej daty realizacji umowy, co do której od lat wskazuje się, że jest problematyczna, zamiast terminu otwartego, np. 60 dni od dnia uzyskania pozwolenia na budowę/dokonania skutecznego zgłoszenia robót) i zasady zmiany umowy, np. w tym wypadku niepowiązanie ich z przyczynami niezależnymi od Zamawiającego.

Niekwestionowany jest więc sam charakter programu funkcjonalno-użytkowego jako zbioru pewnych wstępnych założeń robót budowlanych oraz to, że dokładne ustalenia, w tym w zakresie niezbędnych prac i przekształceń własnościowych oraz konieczności uzyskania stosownych pozwoleń czynione są dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, więc nie ta kwestia sama w sobie byłaby zarzutem, gdyby nie sposób określenia terminu realizacji umowy i warunków jego zmiany zawartych w § 16 umowy.

Po drugie, również w ocenie Izby wszystkie problemy związane z realizacją umowy i naruszenia prawa, które miały miejsce w niniejszej sprawie, miały swoje źródło w zbyt pośpiesznym (Zamawiający wszczął postępowanie nie czekając nawet na formalne zawarcie porozumienia z DSDiK) i niedokładnym przygotowaniu przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez przeprowadzenia stosownych, dokładnych i ostatecznych uzgodnień z Województwem Dolnośląskim i DSDiK co do istotnych założeń inwestycji zawartych m.in. w PFU, w tym co do kwestii własności gruntów – nawet jeśli objawiły się one i miały swoje konsekwencje dopiero po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy zawarciu umowy.

Należy tu podkreślić, że niezależnie od roli formalnej w procesie budowlanym przypisanej Gminie i Województwu Dolnośląskiemu (DSDiK) przez ustawę Prawo budowlane i faktu, że inwestorem zastępczym i prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego była Gmina – Zamawiający, to oba te podmioty tj. Gmina i Województwo Dolnośląskie za pośrednictwem DSDiK na mocy porozumienia z 7 czerwca 2016 r. były współinwestorami w tej inwestycji, jej pomysłodawcami i podmiotami zainteresowanymi jej realizacją. Zatem były one zobowiązane do wcześniejszego – przed sporządzeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego –

zaplanowania przebiegu inwestycji, w tym uregulowania pomiędzy sobą i z podmiotami trzecimi kwestii własności gruntów, jak też przebiegu samego ciągu pieszo-rowerowego oraz ustalenia, jakie wymogi administracyjne wiążą się z jego realizacją (m.in. uaktualnienia map, planów, uzyskanie zgód, pozwoleń itp. koniecznych do dokonania prawidłowego zgłoszenia robót lub uzyskania pozwolenia na budowę).

Jak też wskazał sam Zamawiający, przedmiotowe zadanie było zadaniem własnym Województwa Dolnośląskiego realizowanym przez Gminę jedynie w ramach porozumienia, a wytyczne tego podmiotu musiały być przez Zamawiającego uwzględnione – należało więc je uzyskać planując inwestycję.

Tym samym wszelkie zmiany koncepcji co do realizacji zamówienia, które miały miejsce w trakcie trwania umowy, w tym potrzebę przeniesienia własności gruntów pomiędzy Gminą a Województwem Dolnośląskim i decyzję o zmianie przebiegu ciągu pieszo-rowerowego, należy uznać po prostu za zmianę koncepcji inwestora, a nie decyzję podmiotu trzeciego od niego niezależnego czy nad nim nadrzędnego – konieczność zaś uzyskania pozwolenia na budowę czy spowolnienie tego procesu za konsekwencje powyższego.

Z faktu zaś, że to Gmina jest, z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych, organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynika, że wszystkie te nieprawidłowe działania formalnie obciążają Gminę.

Zatem nawet jeśli w chwili wszczęcia postępowania Zamawiający uważał PFU za prawidłowy i kompletny, na skutek powyższych zmian koncepcji okazał się takim nie być. Tym samym, jak się okazało, opis przedmiotu zamówienia nie uwzględniał wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. m.in. prawidłowe zaplanowanie przez wykonawcę i wycenę kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, rozpatrując zarzut dotyczący nieprawidłowego dokonania zmian zawartej umowy pod kątem oceny, czy „potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od wykonawcy i Zamawiającego” – bo taki *de facto* jest zakres sporu pomiędzy Stronami, należy rozpocząć od wskazania, jak szeroko upatrywać odpowiedzialność Gminy za realizację inwestycji i czy odpowiedzialność ta obejmuje także odpowiedzialność za uprzednie szczegółowe uzgodnienie pomiędzy Gminą a Województwem Dolnośląskim (DSDiK) warunków realizacji inwestycji i w konsekwencji zmianę koncepcji realizacji ciągu pieszo-rowerowego, o czym była mowa powyżej.

W ocenie Izby, ze względu na to, że to Gmina prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przygotowywała specyfikację istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia, postanowienia przyszłej umowy oraz dokonywała zmian tej umowy, wprowadzonych zmian nie można

uznać za przyczyny niezależne od Zamawiającego, a co najmniej były to przyczyny, których świadome uniknięcie było od niego zależne.

Po czwarte, niezależnie od niemożności dokonania zmiany umowy w oparciu o § 16 ust. 1 pkt 5 lit. d) i g) ze względu na wymóg, by „potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od Zamawiającego” Strony w swoich końcowych konkluzjach nie odniosły się do możliwości lub niemożności dokonania zmiany umowy w oparciu o postanowienie § 16 ust. 1 pkt 5 lit. f) umowy, które jest nieco odmienne od pozostałych.

Z postanowienia tego wynika bowiem możliwość zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania, gdy „prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwy organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy”. Zatem, pomimo że na wstępie postanowienia wskazano na to, że potrzeba wprowadzenia zmian ma wynikać z „przyczyn niezależnych od wykonawcy i Zamawiającego”, postanowienie to zawiera wyjątek w swojej treści: „z przyczyn niezależnych od wykonawcy”, przez co odnosi się wyłącznie do przyczyn dotyczących wykonawcy prac, którego to wykonawcy nie obciąża nieprawidłowe przygotowanie postępowania przez Zamawiającego, czy też późniejsza zmiana koncepcji jego wykonania.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że 6 kwietnia 2016 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał postanowienie o nałożeniu na inwestora obowiązku wstrzymania prowadzenia robót budowlanych. Również Prezes UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” wskazał, że w przypadku aneksów nr 3 i 4 „wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z postanowienia z 6 kwietnia 2017 r. Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nakładającego obowiązek wstrzymania prowadzenia robót budowlanych oraz zabezpieczenia terenu budowy przed dostępem osób postronnych poprzez jej wyгородzenie i oznakowanie z uwagi na realizowanie inwestycji bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia”. Taki stan faktyczny potwierdził również Zamawiający.

Zatem od tego dnia potencjalnie istniałaby możliwość wprowadzenia zmian do umowy w oparciu o powyższe postanowienie.

Jednak do dokonania końcowej oceny w tym zakresie przez Izbę brak jest szczegółowych informacji o okolicznościach rozpoczęcia robót bez uzyskania stosownego pozwolenia na budowę, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za to samego wykonawcy.

Po piąte, Izba zgadza się z tym, że dokonane zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji – z okresu ok. 3 miesięcy do ok. 16 miesięcy – należy uznać za istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu mającym zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Nie było to sporne również pomiędzy

Zamawiającym a Prezesem UZP. Jednak Izba wywodzi to z odmiennych okoliczności niż Prezes UZP.

Zdaniem Izby termin realizacji zamówienia sam w sobie, bezsprzecznie, dla większości zamówień jest jednym z najważniejszych elementów związanych z jego wykonaniem i jest to na tyle oczywiste dla uczestników rynku zamówień publicznych, że nie stanowi to wśród nich przedmiotu sporu; jakkolwiek nie każda jego zmiana musi być uznana za zmianę istotną – w każdym przypadku zależy to od okoliczności faktycznych sprawy.

Jednak, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie zachodzą okoliczności, o których mowa w przywołanym wyroku Trybunału w sprawie C-454/06 w sposób wskazany w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”, gdyż wprowadzane zmiany nie były dokonywane w celu „modyfikowania równowagi ekonomicznej umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”, czy też innego niepożądanego poprawienia ekonomicznej sytuacji wykonawcy. Nie można też stwierdzić choćby potencjalnego wpływu tej sytuacji na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – w znaczeniu, że wiedząc o niej większa liczba wykonawców ubiegałaby się o udzielenie zamówienia. Ze stanowiska Prezesa UZP wynika bowiem, że gdyby taki termin wykonania umowy był znany wykonawcom przed upływem terminu składania ofert, mogłoby to mieć wpływ na ich decyzję o ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby również mogło mieć to wpływ na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, jednak istnieje większe prawdopodobieństwo, że byłoby to powodem raczej ich rezygnacji z udziału w postępowaniu dotyczącym tak kłopotliwej realizacji. Niewątpliwie jednak miałyby to wpływ na sposób kalkulacji przez nich ceny ofert, aby uwzględnić koszty przedłużonego okresu realizacji umowy.

Jednak w zaistniałym stanie faktycznym – z uwagi na dokonanie zmian przebiegu ciągu pieszorowerowego oraz uregulowanie kwestii gruntowych dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – żaden wykonawca nie miał możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia w terminie określonym pierwotnie w umowie. Tym samym sytuacja ta dotyczyłaby każdego potencjalnego wykonawcy przedmiotowej umowy, a wykonawca zamówienia był tu stroną, którą można uznać za słabszą i ponoszącą negatywne konsekwencje nieprawidłowego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym braku ostatecznych uzgodnień pomiędzy Gminą i DSDiK co do sposobu przeprowadzenia inwestycji i braku uregulowania formalnego stanu prawnego gruntów, na których była ona prowadzona. Konsekwencją tego było to, że wykonawca ten – z przyczyn od niego niezależnych – musiał powtarzać czynności projektowe w celu dostosowania projektu do nowej sytuacji faktycznej i prawnej oraz prowadzić roboty budowlane przez okres znacznie dłuższy niż wynikało to z założeń na etapie przygotowywania i wyceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że dłuższe prowadzenie prac nie musi być zaletą dla wykonawcy

– sporządzając ofertę zakłada bowiem pewien poziom kosztów własnych związanych z zatrudnieniem personelu, zaangażowaniem sprzętu, zakupem i magazynowaniem materiałów, utrzymaniem terenu budowy, porą roku itd. W inny sposób koszty te ponoszone są w przypadku robót budowlanych trwających dwa – trzy miesiące, a w inny ponad rok. Przewidywane zaangażowanie wykonawcy ma również znaczenie w planowaniu przez niego portfela zamówień, tj. w jakim okresie i o jakie zamówienia/zlecenia będzie się ubiegać, jaki będzie jego poziom przychodów w danym kwartale czy roku. Wszelkie zmiany w tym zakresie są potencjalnie negatywne i obciążające dla wykonawcy, zwłaszcza jeśli nie wiążą się ze wzrostem wynagrodzenia.

Co oczywiście wskazuje również, że Zamawiający ewidentnie naruszył dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z drugiej strony w tych okolicznościach nieprzedłużenie terminu wykonania umowy – i w konsekwencji pozostawienie wykonawcy w niepewności co do dalszej realizacji umowy, doprowadzenie z tego powodu do wypowiedzenia przez niego umowy lub wręcz narażenie go na groźbę dochodzenia od niego kar umownych – byłoby w oczywisty sposób niezgodne z zasadami współżycia społecznego i z zasadą zaufania obywatela do państwa.

Po szóste, zgodnie z art. 38 ust. 4 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie przed upływem terminu składania ofert. Zatem zmiana terminu realizacji wyznaczonego na 30 września 2016 r. czy programu funkcjonalno-użytkowego – poza sytuacjami wynikającymi z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie była możliwa już po 14 czerwca 2016 r., niezależnie od tego, czy Zamawiający zapoznałby się z pismem DSDiK przed zawarciem umowy. Samo zaś unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również możliwe jest, poza przepisami szczególnymi, tylko w okolicznościach wymienionych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych

