

Malbork, 2023.12.04

GN.0003.1.2023

Pan

Janusz Kasyna

Radny Rady Powiatu

Malborskiego

Szanowny Panie Radny,

Odpowiadając na Pana interpelację dotyczącą scalania gruntów w miejscowości Klecie wyjaśniam iż, na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014 – 2020 – Powiat Malborski otrzymał do realizacji przedsięwzięcie w ramach poddziałania „Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowywaniem rolnictwa i leśnictwa dla operacji typu „Scalanie gruntów” zgodnie z kryteriami ustanowionymi w Programie Rozwoju Obszarów Wiejskich, na które na mocy umowy z Urzędem Marszałkowskim UM 11-6502-UM 1100003/16 z dnia 3 listopada 2016 roku otrzymał zapewnienie pomocy finansowej. Realizacja zadania była skomplikowana i przebiegała w dwóch etapach. Końcowe rozliczenie zadania w myśl § 8 ust. 1 w/w umowy jeszcze nie nastąpiło, gdyż związane jest to ze złożeniem stosownego wniosku wraz z wymaganymi dokumentami niezbędnymi do wypłaty środków z tytułu przedmiotowej pomocy potwierdzającymi spełnienie warunków wypłaty, które nastąpi nie później niż do dnia 30 czerwca 2025 roku.

W związku z powyższym niezrozumiałym jest fakt przytoczenia przez Pana konkretnej kwoty opiewającej na wartość 356 400 zł za bezpodstawne wydatkowanie, skoro Urząd Marszałkowski w swoim żadnym piśmie nie przywołuje takiej kwoty. Faktem jest, iż w trakcie drugiego etapu realizacji zadania doszło do niezgodności, które po długim czasie (ponad rok) wykazał Prezes Zamówień Publicznych, co spowoduje możliwość dokonania przez Urząd Marszałkowski korekty finansowej w wysokości 25%. Przedmiotowa korekta może być zastosowana przy końcowym rozliczeniu, o którym była mowa powyżej. Dlatego też na obecnym etapie nie można określić jaka finalnie będzie to wartość oszacowana – wyrażona w pieniądzu.

Z poważaniem

STAROSTA

Mirosław Czaplă



P-2/357

Gdańsk, dnia 08.02.2020 r.

Znak sprawy:

UM11-6502-UM1100003/16,
DPROW-Z.052.79.2020

Powiat Malborski

Imię i nazwisko / Nazwa beneficjenta

Plac Słowiański 17

Adres: ulica, nr

82-200 Malbork

Kod pocztowy, miejscowość

W związku z § 6 umowy nr 00003-6502-UM1100003/16 zawartej w dniu 03.11.2016r. w ramach działania *Inwestycje w środki trwałe/Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa*, w wyniku oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8,166,130,115/1 i 115/3”, która wpłynęła do Urzędu Marszałkowskiego w dniu 08.07.2020 r. w ramach operacji *Scalanie gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole*, informuję o **pozytywnej ocenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

Ponadto, informuję o stwierdzeniu naruszenia, dla którego należy zastosować wskaźnik procentowy dla kategorii niezgodności określonych na podstawie zapisów Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie szczegółowych warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1028) oraz zmieniającego rozporządzenia z dnia 07.12.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2274);

Pkt 27. Załącznika nr 2 do ww. Rozporządzenia - Rodzaj niezgodności: Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy - naruszenie art. 144 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania przesłanek umożliwiających taką zmianę - wskaźnik procentowy przypisany do stwierdzonej niezgodności - 25% wartości pierwotnego zakresu świadczenia.

Uzasadnienie:

Z przedstawionych dokumentów z postępowania, w toku weryfikacji dokumentacji przetargowej, a także złożonych wyjaśnień stwierdza się niezgodność, polegającą na nie dochowaniu terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia co stanowiło istotną zmianę umowy ws. zamówienia publicznego, tym samym naruszało art. 144 ustawy pzp. „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.”

Przedmiotowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego, wszczęte w dniu 06.05.2019 r. i zakończone podpisaniem umowy w dniu 18.07.2020r. W dniu 31.12.2019r. podpisany został Aneks nr 1 do umowy z wykonawcą wydłużający termin



realizacji zamówienia. Pierwotny termin zakończenia robót zgodnie z pierwotnie podpisaną umową oraz SIWZ wydłużono z dnia 18.01.2020 (planowanych 6 miesięcy od podpisania umowy) do dnia 30.04.2020 r. Zamawiający, jako podstawę zawarcia w/w aneksu wskazał § 16 ust 2 pkt 5 – „*przedłużenie terminu wykonania umowy w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrogeologicznych, wykopalisk lub koniecznych badań archeologicznych, wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych, a także innych przeszkód lub skażeń uniemożliwiających kontynuowanie robót*”. Zamawiający w warunkach zmiany umowy wskazał również, iż aby móc skorzystać z powyższej przesłanki musi zaistnieć okoliczność wymieniona w § 16 pkt 3.3 umowy – „*koniecznością podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót*”. Do aneksu dostarczono Wniosek Wykonawcy z dnia 06.12.2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną. We wniosku wskazano, jako główne okoliczności wpływające na konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia:

- „bardzo trudne warunki terenowe, geologiczne i hydrogeologiczne istniejące na placu budowy,
- wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne,
- możliwość obniżenia sprawności i pogorszenia jakości wykonywanych robót z uwagi na niekorzystne warunki klimatyczne,
- brak możliwości dojazdu ciężkim sprzętem budowlanym do odcinków I i II bez uniknięcia uszkodzeń dróg gminnych dojazdowych,
- niekorzystne warunki wykonywania robót zagrażających bezpieczeństwu życia, zdrowia i mienia.”

Dostarczono, również notatkę inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019r., która zawierała zapis „Wykonawca odcinając rozpoczęcie robót wszedł w okres późnojesienny z dużym opadami deszczu oraz niskimi temperaturami w dzień i w nocy. Na terenie robót wystąpił wysoki poziom wód gruntowych, nastąpiło zmniejszenie nasiąkliwości korpusu drogowego oraz zabłocenie głębokości kilkudziesięciu centymetrów. Taka sytuacja nie pozwala na wykonywanie robót bitumicznych i ja się na to nie zgadzam.”

Pismem z dnia 15.07.2020r. beneficjent został poproszony o wykazanie spełnienia przesłanek określonych w umowie z wykonawcą, a będących podstawą zawarcia aneksu do umowy. W szczególności o wykazanie nieprzewidywalności oraz wyjątkowości zaistniałych przeszkód oraz konieczność podniesienia bezpieczeństwa w oparciu o dokumenty np. wykonane badania geologiczne, hydrogeologiczne, średnie wartość opadów, temperatur na tym terenie. Beneficjent pismem z dnia 27.07.2020r. dostarczył dokumentację fotograficzną oraz raporty IMGW oraz wyjaśnił, iż : „Nadmienić należy, iż raporty okresowe wskazują ponadprzeciętną ilość opadów wg najbliższej zlokalizowanej stacji meteo (Elbląg) przy jednocześnie prawie 100% wilgotności oraz minimalnym współczynniku parowania. Ponadto Biuletyn Państwowej Służby Hydrologicznometeorologicznej ISSN 1730-6124Nr 12 (214) — z grudnia 2019 r. Instytutu Meteorologii i gospodarki wodnej na stronie 4 wskazuje wprost, iż: „Najwyższą miesięczną sumę opadów (W KRAJU) zanotowano w Elblągu: 72,2 mm.”. W wyjaśnieniach Beneficjent nie odniósł się do drugiej przesłanki zmiany umowy § 16 pkt 3.3 tj. konieczności podniesienia



bezpieczeństwa wykonywanych robót. W związku z powyższym ponownie pismem z dnia 10.08.2019r. poproszono Beneficjenta o złożenie wyjaśnień w zakresie drugiej przesłanki zmiany umowy tj. § 16 pkt 3.3 „konieczności podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót.” Ponadto należało wskazać od kiedy wykonawca rozpoczął realizację inwestycji z uwzględnieniem wyjaśnień zapisów Inspektora Nadzoru Edwarda Żaka z dnia 07.12.2019 r. tj. „wykonawca odcinając rozpoczęcie robót, wszedł w okres późnojesienny z dużymi opadami deszczu”. W związku z powyższym należało udzielić odpowiedzi czy strony umowy wywiązały się z zapisów § 2 ust. 3 umowy „Termin przekazania terenu budowy Wykonawcy zostanie wyznaczony przez Zamawiającego nie później niż 14 dni od dnia podpisania Umowy.” oraz § 2 ust. 4 umowy „Wykonawca rozpocznie Roboty nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od Zamawiającego placu budowy.” Beneficjent pismem z dnia 31.08.2019r. w zakresie zaistnienia drugiej przesłanki zmiany umowy tj. §16 ust.3.3 umowy, dostarczył protokół inspektora BHP wraz z zaleceniami. Z przedstawionego protokołu kontroli BHP z dnia 05.12.2019r. wynika, iż warunki panujące na budowie uniemożliwiają bezpieczne wykonanie prac. Zostały nałożone zalecenia: „...wstrzymanie prac do czasu poprawy warunków”. Wyjaśniono również, iż „Wykonawca przejął termin budowy w dniu 28.10.2019 r. Przesunięcie terminu przejęcia terenu budowy zostało zawnioskowane przez wykonawcę pismem z dnia 24.09.2019 r. na co zamawiający przystał.” Załączono wniosek wykonawcy z dnia 24.09.2019r. o przesunięciu terminu przekazania terenu budowy. W wskazanych wyjaśnieniach Beneficjent nie odniósł się do zapisów § 2 ust. 3 i 4 umowy z wykonawcą, gdzie wyraźnie wskazano, iż „Termin przekazania terenu budowy Wykonawcy zostanie wyznaczony przez Zamawiającego nie później niż 14 dni od dnia podpisania umowy.” Zgodnie z zapisami umowy § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 pkt 2 Zamawiający miał obowiązek przekazania placu budowy- nie później niż 14 dni od podpisania umowy, a Wykonawca miał obowiązek rozpoczęcia robót budowlanych- nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od Zamawiającego placu budowy. Umowa została zawarta w dniu 18.07.2019 r. co oznacza, iż rozpoczęcie robót budowlanych powinno było nastąpić najpóźniej 15.08.2019 r.. Zamawiający przedstawił wniosek wykonawcy z dnia 24.09.2019 r. o wyrażenie zgody na przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie prac budowlanych w miesiącu październiku. Zamawiający wyraził zgodę. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż Wykonawca przejął plac budowy w dniu 28.10.2019 r.

W celu wyjaśnienia tych rozbieżności wezwano Beneficjenta do wyjaśnień. Pismem z dnia 28.09.2020 r. poproszono o wyjaśnienie w sposób nie budzący wątpliwości, w oparciu o orzecznictwo sądów i KIO, że wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia nie miała wpływu na termin jego zakończenia, o wykazanie, iż wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia jest zmianą nieistotną w rozumieniu art. 144 ust 1e ustawy pzp. Poproszono o informację kiedy Wykonawca rozpoczął realizację zamówienia oraz wykazanie, iż warunki klimatyczne oraz trudne warunki wykonywania prac uzasadniały wydłużenie terminu realizacji o okres ponad trzech miesięcy.

Beneficjent pismem z dnia 20.11.2020r. wskazał, iż zgodnie z wpisem do Dziennika Budowy wykonawca przejął teren budowy w 28.10.2019 roku. Wyjaśnił jednocześnie, iż „sam Zamawiający nie zmienił terminu rozpoczęcia robót i teren budowy był gotowy w dniu podpisania umowy do przekazania wykonawcy (...) Powinął NIGDY nie wskazać innego terminu, a jedynie wyraził zgodę na późniejsze przejęcie terenu budowy. Nie zmieniało to wówczas terminu jej zakończenia, gdyż ten szacowany był na 40 do 60 dni (...) Zamawiający wykazał się pełną



elastycznością w stosunku do wykonawców wyznaczając tak długi okres czasu na jej zrealizowanie. Zapis mówiący o terminie wykonania pracy mówił o okresie od podpisania umowy a nie od czasu przejęcia terenu budowy. W związku z tym nie zmienia to warunków jakimi dysponował każdy z potencjalnych wykonawców. Nie zawęży ich kręgu"

W dniu 14.12.2020r. poproszono Beneficjenta o wykazanie, iż zmiany umowy z wykonawcą z dnia 18.07.2019 r. w zakresie zmiany terminów realizacji zamówienia nie naruszały art. 144 ust 1 „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.” Beneficjent pismem z dnia 21.01.2021r. wyjaśnił „Zaistniała zmiana miała charakter obiektywny i nie dający się przewidzieć, a co za tym idzie w żadnym stopniu nie wpłynęła na wybór oferenta. Zmiana dotyczyła elementu przedmiotowo nieistotnego umowy zatem miał do niej zastosowanie przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podkreślić należy, że Kryteriami oceny Ofert były: CENA oraz OKRES GWARANCJI te nie uległy zmianie. Ponadto szacowany termin zakładany przez inspektora, to zgodnie z jego oświadczeniem (dołączonym wcześniej do przekazanej dokumentacji): „Niniejszym oświadczam, iż na podstawie dokumentacji technicznej "Remontu dróg gminnych dojazdowych (...) " racjonalny termin potrzebny do należytego wykonania zadania w prowadzonym postępowaniu „Scalania gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole" to okres od około 40 do około 60 dni. Stąd też rozpoczęcie pracy w dniu 28.10.2019 r. dawało swobodną możliwość realizacji zadania.”

Mając na względzie wyżej wymienione okoliczności oraz zapisy Inspektora Nadzoru Edwarda Żaka z dnia 07.12.2019" oraz przedstawione dokumenty i wyjaśnienia, stwierdza się, iż nie dochowano zapisów § 2 ust. 3 i 4 umowy oraz § 3 ust. 2. W związku z tym stwierdza się, iż nie dochowanie terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia pociągnęło za sobą opóźnienia w terminie realizacji przedsięwzięcia (opisywanych we wniosku wykonawcy z dnia 06.12.2019r. oraz notatki inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019") oraz zakończenia robót w terminie wynikającym z umowy pierwotnej.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e. Zgodnie z art. 144 ust. 1e ustawy pzp zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,



- c) *zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,*
- d) *polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.*

Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy Zamawiający zobowiązany jest do protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na budowę i przekazania terenu budowy wraz z dziennikiem budowy w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy. Skoro Umowa została zawarta w dniu 18.07.2019 r., to zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy przekazanie terenu budowy mogło nastąpić najpóźniej w dniu 01.08.2019 r. Zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy wykonawca rozpocznie Roboty nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od Zamawiającego placu budowy. Skoro przekazanie terenu budowy mogło nastąpić najpóźniej w dniu 01.08.2019 r., to zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy rozpoczęcie robót przez wykonawcę mogło nastąpić najpóźniej 15.08.2019 r. Niemniej w niniejszej sprawie przejęcie terenu budowy nastąpiło dopiero 28.10.2019 r. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy pzp ustawodawca za zmianę istotną uznał m.in. zmianę **wprowadzającą warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.** Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C – 454/06 wskazał, iż: „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub uniemożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Zatem, aby zmianę uznać za „istotną”, konieczne jest wykazanie, iż mogłaby ona mieć w sposób obiektywny wpływ na potencjalny krąg wykonawców. Z kolei w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta* orzeczono, iż jeśli modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, nie wolno jej dokonać.”

Możliwość zmiany terminu rozpoczęcia wykonywania Umowy mogłaby wpłynąć na złożenie innych ofert. Zakreślony postanowieniami § 3 ust. 2 i § 2 ust. 4 Umowy okres na rozpoczęcie wykonywania Umowy wynosił około miesiąca. Był to więc stosunkowo krótki czas na przygotowanie do realizacji zamówienia, który mógł zniechęcić niektórych wykonawców od wzięcia udziału w przetargu. Co jednak istotniejsze, ten stosunkowo krótki, miesięczny okres został niemal czterokrotnie wydłużony wykonawcy przez zamawiającego (wobec wprowadzenia wykonawcy na teren budowy w dniu 28.10.2019 r., mógł on zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy rozpocząć roboty do 11 listopada). Mając wiedzę, że termin rozpoczęcia robót wynosi nie miesiąc, lecz 4 miesiące od dnia zawarcia umowy, krąg wykonawców przystępujących do przetargu mógłby być szerszy.

Podsumowując, niezachowanie pierwotnie wskazanego w Umowie terminu rozpoczęcia inwestycji stanowiło istotną zmianę Umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy pzp. Tym samym Beneficjent (Zamawiający) naruszył zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, o jakim mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp.



W związku z powyższym na Zamawiającego zostaje nałożona korekta za naruszenie art. 144 ustawy Pzp - przywołana na wstępie niniejszego pisma.

Uprzejmie informuję, że zgodnie z § 19 ust. 1 umowy Beneficjentowi przysługuje prawo do wniesienia do Samorządu Województwa prośby wraz z uzasadnieniem o ponowną ocenę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w terminie 21 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma.

Dodatkowo informuję, o podtrzymaniu pomniejszenia o 2% kwoty pomocy wynikającej z danego postępowania – zgodnie z § 10 ust. 6 pkt 9)

Jednocześnie informuję, że niniejszą sprawę prowadzi:
Konrad Gajdiss ☎ (58) 32-68-653, 📠 (58) 32-68-673

Malbork, dnia 23 lutego 2021 r.

Urząd Marszałkowski Województwa Pomorskiego
Departament Programów Rozwoju Obszarów Wiejskich
ul. Augustyńskiego 2, 80-819 Gdańsk

Znak sprawy:
UM11-6502-UM1100003/16
DPROW-Z.052.79.2020

Prośba o ponowną ocenę postępowania

Pismem z dnia 08 lutego 2021 r. znak sprawy: UM11-6502-UM1100003/16, znak pisma: DPROW-Z.052.79.2020 Samorząd Województwa pozytywnie ocenił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”.

Jednocześnie Samorząd Województwa stwierdził naruszenie art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, bez zachowania przesłanek umożliwiających taką zmianę, skutkującą zastosowaniem zmniejszenia kwoty pomocy przy zastosowaniu 25 % wskaźnika korekty. Zdaniem Samorządu Województwa niedochowanie, wskazanych w § 3 ust. 2 i § 2 ust. 4 umowy z Wykonawcą robót budowlanych, terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia stanowiło istotną zmianę umowy, a tym samym naruszało art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Powiat Malborski jako Beneficjent nie zgadza się z zajęciem przez Samorząd Województwa stanowiskiem, z przyczyn wskazanych poniżej i zwraca się z uprzejmą prośbą o dokonanie ponownej oceny postępowania i odstąpienie od zmniejszenia pomocy.

I.

Dla prawidłowego wykazania i uzasadnienia stanowiska Beneficjenta konieczne jest przypomnienie kluczowych okoliczności faktycznych.

W pierwszej kolejności pragniemy zwrócić uwagę, iż w postępowaniu przetargowym, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wpłynęło 7 (siedem) ofert które nie podlegały odrzuceniu. Fakt ten świadczy nie tylko o dużym zainteresowaniu, ale też konkurencyjności przeprowadzonego postępowania. Ma również istotne znaczenie dla uzasadnienia naszego stanowiska, co zostanie rozwinięte w dalszej części pisma. Ponadto w trakcie postępowania nie wpłynęły żadne wnioski i zapytania ze strony wykonawców, co wskazuje na przejrzyste i jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia oraz postawionych warunków.

Po zawarciu umowy wybrany Wykonawca w przekazanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym wykazywał zerowe koszty w pierwszym okresie obowiązywania umowy. Przyjął zatem, że nawet przejęcie placu budowy i formalne rozpoczęcie robót w terminach wskazanych w umowie nie oznaczało natychmiastowej ich intensyfikacji.

Wykonawca zwrócił się do Beneficjenta (Zamawiającego) o wyrażenie zgody na przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie prac budowlanych w miesiącu październiku. Jako uzasadnienie Wykonawca podał problemy z brakiem dostępu do żelbetowych płyt drogowych, z których mają zostać wykonane nawierzchnie dróg, w ilości wystarczającej do zaspokojenia przedmiotowego zadania, mimo podjęcia przez Wykonawcę wielu negocjacji z potencjalnymi producentami. Co niezwykle istotne, Wykonawca wskazał, iż wyprodukowanie płyt oraz ich „okres dojrzewania” i uzyskania pełnej wytrzymałości spowoduje, że ich odbiór będzie możliwy dopiero pod koniec października.

II.

Niestety, poza ogólnym stwierdzeniem, że wprowadzona zmiana była istotna, gdyż mogła wpłynąć na krąg wykonawców, którzy wzięliby lub mogliby wziąć udział w postępowaniu, Samorząd Województwa nie uzasadnia tej tezy w sposób, który pozwałaby ją przyjąć jako chociażby uprawdopodobnioną.

W świetle powyższej konstatacji przywołać należy tezę wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. sygn. akt: I SA/Kr 930/17. Sąd ten stwierdził, iż zmiana terminu wykonania umowy może być zmianą istotną, ale każdy przypadek wymaga indywidualizowanej analizy i oceny. Zatem w sytuacji zastosowania powołanego przepisu - organ zobowiązany jest wykazać konkretne indywidualne fakty, które świadczą o wystąpieniu "istotności" zmian.

III.

Odnosząc się do kwestii rozróżnienia istotności i nieistotności zmian zawartej umowy o wykonanie zamówienia publicznego konieczne jest przedstawienie poglądów doktryny i orzecznictwa w tym zakresie.

Przede wszystkim należy stwierdzić, iż prawo zamówień publicznych (tak krajowe jak i europejskie) posługuje się zwrotami „istotne zmiany umowy” oraz „nieistotne zmiany umowy”. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w powołanym w piśmie Samorządu Województwa wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. sygn. akt: C-454/06 w sprawie PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR GMBH v. REPUBLIK ÖSTERREICH (BUND) I INNI „(...) w praktyce nie zawsze będzie całkiem łatwo dokonać rozróżnienia między istotnymi i nieistotnymi zmianami umowy, ponieważ w tym względzie konieczna jest wartościująca analiza wszystkich okoliczności danego przypadku. Zastosowania pojęć niedookreślonych wymagających interpretacji nie da się jednakże uniknąć w żadnej dziedzinie prawa. Również w prawie zamówień publicznych nie jest ono bynajmniej nieznaną”. Również poprzednio obowiązujące Prawo zamówień publicznych nie dawało jednoznacznej odpowiedzi co jest a co nie jest zmianą istotną. Nawet dodanie przez ustawę nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. w art. 144 ustępu 1e, którego zadaniem było określenie, które zmiany uznawać należy za istotne, nie usunęło daleko idących wątpliwości powstających w konkretnych przypadkach.

Jakkolwiek zatem przepis art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp, wskazujący, iż zmianą nieistotną jest zmiana nie zmieniająca ogólnego charakteru umowy i nie wprowadza warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, wydaje się oczywisty, to w praktyce każdy taki przypadek rodzi wątpliwości. Jak wskazali słusznie Jerzy Pierów i Karol Pierów w artykule „Zmiana umowy o zamówienie publiczne” (Przetargi Publiczne, Listopad 2015) „nie da się precyzyjnie określić katalogu zmian istotnych i nieistotnych. Każdy przypadek musi podlegać osobnej ocenie, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych.”

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana 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, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania.

Jakkolwiek brak jest co do zasady orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej problematyki zmian w umowach, co jest oczywiste z uwagi na fakt, iż przypadki te dotyczą etapu wykonywania umów a nie procedury mającej na celu wybór wykonawców i zawarcie z nimi umów, to można przywołać na poparcie stanowiska Beneficjenta uchwałę KIO z dnia 3 czerwca 2015 r. sygn. akt: KIO/KD 30/15, dotyczącą rozpatrzenia zastrzeżeń zamawiającego do wyników kontroli doraźnej. Izba stwierdziła, iż „niedopuszczalne są więc zmiany istotne, natomiast inne (nieistotne) zmiany lub uzupełnienia wolno wprowadzać do umowy w granicach swobody kontraktowej. Do zakazanych zmian istotnych zaliczyć trzeba w szczególności zmiany polegające na (...) prolongacie terminu wykonania zamówienia.”.

IV.

W przedmiotowym przypadku nie dokonujemy oceny przedłużenia terminu wykonania umowy przez Wykonawcę zamówienia publicznego, które to przedłużenie Aneksem nr 1 z dnia 31.12.2019 r. zostało przez Samorząd Województwa przyjęte bez zastrzeżeń, lecz terminów pośrednich, nie mających de facto bezpośredniego wpływu na termin zakończenia umowy. Pragniemy wskazać, iż argumentacja Wykonawcy wnioskującego o przesunięcie terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót została przyjęta przez Beneficjenta jako racjonalna i w pełni uzasadniająca brak winy Wykonawcy w opóźnieniu możliwości rozpoczęcia wykonania robót. Zamawiający opierał się w szczególności na opinii Inspektora Nadzoru Pana inż. Edwarda Żaka, który jednoznacznie stwierdził, iż „racjonalny termin potrzebny do należytego wykonania zadania (...) to okres od około 40 do około 60 dni. Stąd też rozpoczęcie pracy w dniu 28.10.2019 r. dawało swobodną możliwość realizacji zadania.”

W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 czerwca 2017 r. sygn. akt: II GSK 3407/15, w którym Sąd stwierdził:

„Powołując się na wybrane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sąd stwierdził, że zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną. Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikającą z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy.”

Wydaje się oczywiste, iż okoliczności leżące u podstaw przesunięcia terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót, były okolicznościami niezależnymi od żadnego potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego i wynikały z aktualnej sytuacji na rynku budowlanym. Nawet zatem przy najdalej idącej zapobiegliwości wykonawcy nie było realnej możliwości zapobieżenia powstałemu problemowi z dostawą płyt drogowych, bez których rozpoczęcie robót na drodze gruntowej było całkowicie nieuzasadnione. Zatem każdy wykonawca stanąłby przed takim samym problemem.

V.

Beneficjent wskazuje, iż jego zdaniem czym innym jest przedłużenie terminu wykonania umowy (co do którego Samorząd Województwa wątpliwości nie miał) a czym innym jest zmiana terminów pośrednich wskazanych w umowie. Trudno zgodzić się z twierdzeniem, iż przekazanie placu budowy i rozpoczęcie robót przez wykonawcę zamówienia publicznego mogło mieć jakikolwiek wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, co w tamtym okresie było ewenementem z uwagi na wyjątkowe „nasycenie” rynku budowlanego trwającymi inwestycjami (co też powodowało problem braku dostępności materiałów budowlanych). Jak powszechnie wiadomo zdarzały się przypadki braku możliwości rozstrzygnięcia postępowań z uwagi na brak ofert. Zatem teza, iż krąg podmiotów, które mogły złożyć oferty w postępowaniu przetargowym byłby większy, wydaje się nie mieć żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Doświadczenie wynikające z prowadzenia wielu inwestycji budowlanych różnego rodzaju podpowiada, iż kwestia terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót jest z punktu widzenia wykonawców nieistotna. Istotny jest termin zakończenia umowy i sankcje z tym się związane.

W kontekście niniejszych wyjaśnień nasuwa się zatem pytanie, jaka różnica byłaby między zaistniałym w niniejszej sprawie, zgodnym z prawdą wnioskiem Wykonawcy o przesunięcie terminu przekazania placu budowy z uwagi na wskazane we wniosku okoliczności, a przejęciem tegoż placu i przystąpieniem „wbiciem łopaty”, tj. przeprowadzeniem jakichkolwiek robót przygotowawczych, uważanych za rozpoczęcie budowy bez dalszego ich wykonywania w następnym okresie? Wydaje się, że w niniejszym przypadku daleko idąca uczciwość Wykonawcy została zdewaluowana krzywdzącym stwierdzeniem o naruszeniu prawa, czego konsekwencją jest nałożona korekta finansowa.

Proszę mieć na uwadze, iż kalkulacja Zamawiającego i Wykonawcy mogła prowadzić do sztucznego de facto uzgodnienia o przekazaniu placu budowy i rozpoczęciu formalnym robót w terminach wskazanych w umowie, przy założeniu, że roboty te z uwagi na podniesione przez Wykonawcę problemy z dostawą materiałów, nie będą prowadzone. Mielibyśmy w takiej sytuacji ten sam stan faktyczny, ale nie byłoby żadnego uchybienia formalnego i nie pojawiłby się zarzut ograniczania konkurencji. Jako istotną okoliczność należy dodać, iż takie „fikcyjne” przekazanie placu i rozpoczęcie robót skutkowałoby „realnymi” konsekwencjami przede wszystkim dla użytkowników przebudowywanej drogi. Plac budowy jak wiadomo z przepisów budowlanych powinien być ogrodzony i wstęp na niego jest ograniczony jedynie do osób upoważnionych. Okres sierpień – październik to okres żniw. Oznaczałoby to zatem brak możliwości albo poważne utrudnienia dla rolników korzystających na co dzień z tej drogi. Brak prowadzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek prac budowlanych przy jednoczesnym zamknięciu drogi byłby zarówno społecznie jak i logicznie nie do przyjęcia.

VI.

Przywołując raz jeszcze wyrok WSA w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. sygn. akt: I SA/Kr 930/17 pragniemy zacytować jego kolejną tezę. Otóż Sąd stwierdził, iż „Ochrona środków publicznych

(unijnych), z których finansuje się zamówienie nie jest wartością nadrzędną, która eliminowałaby inne zasady prawem chronione. Swoboda kontraktowania jest fundamentalną zasadą porządku prawnego, która ze względu na ochronę środków publicznych może być ograniczona, czemu służy art. 144 ust. 1 p.z.p., jednak treść tego przepisu musi być tak interpretowana, aby przepis zapobiegał nadużyciom, ale jednocześnie nie wykluczał możliwości korzystania ze środków publicznych, w tym środków unijnych.". W niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z jakąkolwiek szkodą dla finansów publicznych. Inwestycja została zrealizowana, cel został osiągnięty. Trudno wobec powyższego znaleźć realne uzasadnienie nałożenia tak wysokiej korekty finansowej. Jako Beneficjent pragniemy przy tym wskazać, iż konieczność zwrotu tak znacznej kwoty stanowić będzie poważny problem dla budżetu Powiatu, który w sytuacji związanej ze znacznym spadkiem wpływów będącym skutkiem pandemii koronawirusa.

VII.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia wnosimy o ponowne, wnikliwe przeanalizowanie wszystkich aspektów zmiany terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót przez Wykonawcę i odstąpienie od nałożenia korekty finansowej w wysokości 25 % wartości pierwotnego zakresu świadczenia.

Ponadto wnosimy o odstąpienie od pomniejszenia o 2 % kwoty pomocy na podstawie § 10 ust. 6 pkt 9 Umowy o dofinansowanie w związku z niedotrzymaniem terminu 30 dni o dnia podpisania umowy z wykonawcą, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 Umowy, do przedłożenia Samorządowi Województwa dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jakkolwiek faktem jest, iż przedmiotowa dokumentacja przedłożona została z opóźnieniem to opóźnienie to spowodowane było wyjątkowo dużą ilością prowadzonych spraw i problemami kadrowymi w Wydziale Geodezji i Nieruchomości, który odpowiedzialny był za przeprowadzenie przedmiotowego postępowania.

Mając nadzieję na przychylne ustosunkowanie się do naszej prośby, pozostajemy z poważaniem.


STAROSTA
Mirosław Czapla

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez
MIROSLAW CZAPLA
STAROSTWO MALBORK
Data: 2021.02.26 12:29:07 CET


WICESTAROSTA
Waldemar Lamkowski

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez
Waldemar Lamkowski
Data: 2021.02.26 12:30:10
CET



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO



Program
Rozwoju
Obszarów
Wiejskich
na lata 2014-2020

P-4/357

STAROSTWO POWIATOWE W MALBORKU
KANCELARIA OGÓLNA

Wpł. 2021-03-25

Gdańsk, dnia 24.03.2021 r.

Znak sprawy:

UM11-6502-UM1100003/16

DPROW-Z.052.21.2021

16106/03/2021

Powiat Malborski

Imię i nazwisko/Nazwa Beneficjenta

Plac Słowiański 17

Adres: ulica, nr

82-200 Malbork

Kod pocztowy, miejscowość

W związku z § 6 ust. 9 umowy nr 00003-6502-UM1100003/16, zawartej w dniu 03.11.2016 r., w ramach działania: „Inwestycje w środki trwałe”, poddziałanie: „Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa”, operacja typu: „Scalanie gruntów”, w trakcie oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”, w ramach operacji „Scalanie gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole”, zaistniała konieczność wystąpienia z wnioskiem o kontrolę doraźną do Prezesa UZP w związku z wątpliwościami dotyczącymi zgodności zmian umowy ws. przedmiotowego zamówienia publicznego, dotyczących terminów: rozpoczęcia realizacji inwestycji oraz wykonania umowy, z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, termin na dokonanie oceny postępowania wydłuża się o czas niezbędny do uzyskania wyników kontroli doraźnej.

[Handwritten signature]

Jednocześnie informuję, że niniejszą sprawę prowadzi:

Robert Ciżmowski, ☎ (58) 32-68-336, 📠 (58) 32-68-673

KP-611-357-ARIMR/3/z

Strona 1 z 1

Warszawa, dnia 01.07.2021 r.

DEPARTAMENT KONTROLI
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ5.442.129.2021.MM
dot. KND/133/21/DKZP

Pan
Mirosław Czapla
Starosta Powiatu Malborskiego
Plac Słowiański 17
82-200 Malbork

Starostwo Powiatu Starosta,

Działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uprzejmie informuję, że na podstawie art. 607 ust. 1 w zw. z art. 608 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zostało wszczęte na wniosek postępowanie wyjaśniające stanowiące wstępny etap kontroli doraźnej w sprawie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”.

Działając na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, proszę o udzielenie szczegółowych wyjaśnień oraz wyczerpujące ustosunkowanie się do przytoczonych zarzutów we wniosku o wszczęcie kontroli z dnia 20.05.2021 r. (data wpływu do Urzędu 28.05.2021 r. (pismo w załączeniu)).

Ponadto, proszę o przesłanie dokumentacji (kopii dokumentacji poświadczonej za zgodność z oryginałem) dotyczącej ww. postępowania, a w szczególności:

1. Protokołu postępowania wraz z załącznikami;
2. Ogłoszenia o zamówieniu oraz ogłoszeń zmieniających ogłoszenie o zamówieniu;
3. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami i ew. modyfikacjami;
4. Ewentualnych zapytań do siwz wraz z odpowiedziami zamawiającego;
5. Ofert wykonawców;

6. Ewentualnych środków ochrony prawnej z jakich skorzystali wykonawcy w trakcie prowadzonego postępowania;
7. Umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania wraz z ewentualnymi aneksami;
8. Umowy o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej w ramach przedmiotowego postępowania, jeżeli takie dofinansowanie miało miejsce.

Nadmieniam, iż stosownie do treści art. 605 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, kopie wymaganych dokumentów związanych z ww. postępowaniem powinny być potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę przez niego upoważnioną. W przypadku, gdyby odpowiedź na przedmiotowe pismo podpisywała osoba upoważniona przez kierownika zamawiającego, pełnomocnictwo powinno zawierać umocowanie do występowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnym organem administracji rządowej.

Proszę o przesłanie ww. dokumentów oraz wyjaśnień w terminie 14 dni od daty doręczenia niniejszego pisma.

 *poważam*
DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych
Zbigniew Wiecha

Załącznik:

Kopia pisma z dnia 20.05.2021 r. w sprawie wszczęcia kontroli doraźnej.

Sprawa: Wniosek o wszczęcie i przeprowadzenie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zrealizowanego przez Powiat Malborski.

Działając w imieniu

zwracam

się z wnioskiem o wszczęcie kontroli doraźnej projektu realizowanego z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik..

Sprawa dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3” zrealizowanego przez powiat Malborski (dalej również: zamawiający/beneficjent). Przedmiot zamówienia realizowany jest w ramach działania „Inwestycje w środki trwałe”, poddziałania „Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa” objętego Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020 (PROW 2014-2020).

Przedmiotowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego, wszczęte w dniu 06.05.2019 r. (ogłoszenie nr 544122-N- 2019) i zakończone podpisaniem umowy w dniu 18.07.2019 r. W dniu 31.12.2019 r. podpisany został Aneks nr I do umowy z wykonawcą wydłużający termin realizacji zamówienia. Pierwotny termin zakończenia robót zgodnie z pierwotnie podpisaną umową oraz SIWZ wydłużono z dnia 18.01.2020 r. (planowanych 6 miesięcy od podpisania umowy) do dnia 30.04.2020 r. (tj. o 102 dni). Zamawiający, jako podstawę zawarcia ww. aneksu wskazał na § 16 ust 2 pkt 5 umowy, o treści: *„przedłużenie terminu wykonania umowy w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrogeologicznych, wykopalisk lub koniecznych badań archeologicznych, wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych, a także innych przeszkód lub skażeń uniemożliwiających kontynuowanie robót”*. Zamawiający w warunkach zmiany umowy wskazał również, iż aby móc skorzystać z powyższej przesłanki musi zaistnieć okoliczność wymieniona w § 16 pkt 3.3 umowy - *„konieczność podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót”*. Do aneksu dostarczono Wniosek Wykonawcy z dnia 06.12.

2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną.

We wniosku wskazano Jako główne okoliczności wpływające na konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia:

- bardzo trudne warunki terenowe, geologiczne i hydrogeologiczne istniejące na placu budowy,
- wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne,
- możliwość obniżenia sprawności i pogorszenia jakości wykonywanych robót z uwagi na niekorzystne warunki klimatyczne,
- brak możliwości dojazdu ciężkim sprzętem budowlanym do odcinków I i II bez uniknięcia uszkodzeń

dróg gminnych dojazdowych,

- niekorzystne warunki wykonywania robót zagrażających bezpieczeństwu życia, zdrowia i mienia.

Dostarczono również notatkę inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019 r., która zawierała zapis

„ Wykonawca odcinając rozpoczęcie robót wszedł w okres późnojesienny z dużym opadami deszczu oraz niskimi temperaturami w dzień i w nocy. Na terenie robót wystąpił wysoki poziom wód gruntowych, nastąpiło zmniejszenie nasiąkliwości korpusu drogowego oraz zabłocenie głębokości kilkudziesięciu centymetrów. Taka sytuacja nie pozwala na wykonywanie robót bitumicznych i ja się na to nie zgadzam ”.

W trakcie oceny postępowania, Beneficjent został poproszony w piśmie z dnia 15.07.2020 r. o wykazanie spełnienia przesłanek określonych w umowie z wykonawcą, a będących podstawą zawarcia ww. aneksu. W odpowiedzi, pismem z dnia 27.07.2020 r. Beneficjent dostarczył dokumentację fotograficzną oraz raporty IMG W oraz wyjaśnił, iż *„raporty okresowe wskazują ponadprzeciętną ilość opadów wg najbliższej zlokalizowanej stacji meteo (Elbląg) przy jednocześnie prawie 100% wilgotności oraz minimalnym współczynniku parowania. Ponadto Biuletyn Państwowej Służby Hydrologicznometeorologicznej ISSN 1730-6124Nr 12 (214) - z grudnia 2019 r. Instytutu Meteorologii gospodarki wodnej na stronie 4 wskazuje wprost, iż: „Najwyższą miesięczną sumę opadów (W KRAJU) zanotowano w Elblągu: 72,2 mm”.* Wobec braku odniesienia się Beneficjenta do drugiej ze wskazanych przesłanek (§ 16 ust. 3 pkt 3 - konieczność podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót), poproszony o to ponownie, w swoim piśmie z dnia 31.08.2019 r. przywołał, załączony do niego, Protokół Inspektora BHP wraz z zaleceniami z dnia 05.12.2019 r. Z dokumentu tego wynikało, że warunki panujące na placu budowy *„uniemożliwiają bezpieczne wykonywanie pracy”.* Zgodnie z zaleceniami, należało *„wstrzymać prace do czasu poprawy warunków”.*

Mając na względzie przytoczoną powyżej treść notatki inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019 r., Beneficjent został także poproszony o wyjaśnienia w zakresie wywiązania się stron umowy z obowiązków dotyczących terminów: protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na budowę i przekazanie terenu budowy (do 14 dni od dnia podpisania umowy; obowiązek Zamawiającego - § 3 ust. 2) oraz rozpoczęcia robót (nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od Zamawiającego placu budowy; obowiązek wykonawcy - § 2 ust. 4). Beneficjent, w ww. piśmie z dnia 31.08.2020 r. wyjaśnił, że *„Wykonawca przejął termin budowy w dniu 28.10.2019 r. Przesunięcie terminu przejęcia terenu budowy zostało zawnioskowane przez wykonawcę pismem z dnia 24.09.2019 r. na co zamawiający przystał”.* Załączył także przedmiotowe pismo, zgodnie z którym wykonawca *„stanął przed problemem związanym z brakiem dostępu do żelbetonowych płyt drogowych, z których mają zostać wykonane nawierzchnie dróg, w ilości wystarczającej do zaspokojenia potrzeb ww. zadania. W wyniku wielu negocjacji z potencjalnymi producentami pod koniec sierpnia udało się wyłonić dostawcę płyt, który zobowiązał się wyprodukować wymaganą ilość płyt do końca października 2019 r., co oznacza, że pierwszą partię płyt po okresie dojrzewania i uzyskaniu pełnej ich wytrzymałości będziemy mogli odbierać pod koniec października”*

Pismem z dnia 28.09.2020 r. poproszono Beneficjenta m.in. o *„wykazanie w sposób nie budzący wątpliwości, w oparciu o orzecznictwo sądów i KIO, iż wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia nie miała wpływu na termin jego zakończenia ”* oraz o *„wykazanie, iż wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia jest zmianą nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy pzp.*

W odpowiedzi z dnia 20.11.2020 r., Beneficjent wyjaśnił, że *„późniejsze rozpoczęcie robót było tylko możliwością jaką otrzymał wykonawca po zwróceniu się do zamawiającego. Sam Zamawiający nie zmienił*

terminu rozpoczęcia robót i był gotowy w dniu podpisania umowy do przekazania wykonawcy. Sam wykonawca (...) i tak nie zamierzał rozpoczynać pracy wcześniej. Równie dobrze mógł przejąć plac budowy a roboty rozpocząć w okresie późniejszym. W świetle powyższego brak jest orzecznictwa gdyż brak jest odwołań do obopólnej decyzji stron. Powiat NIGDY nie wskazał innego terminu, a jedynie wyraził zgodę na późniejsze przejęcie terenu budowy. Nie zmieniało to wówczas terminu jej zakończenia, gdyż ten szacowany był na 40 do 60 dni (załącznik nr 2) o okres wskazany w SIWZ miał jedynie zachęcić potencjalnych wykonawców do składania ofert. Nasza elastyczność co do wykonania powodowała zwiększenie kręgu potencjalnych wykonawców (...). Zdaniem Beneficjenta „zapis mówiący o terminie wykonania pracy mówił o okresie od podpisania umowy a nie od czasu przejęcia terenu budowy. W związku z tym nie zmienia to warunków jakimi dysponował każdy z potencjalnych wykonawców. Nie zawęża ich kręgu”. Wskazał także, że zgodnie z wpisem do Dziennika Budowy wykonawcy rozpoczął pracę 28.10.2019 r. Odnosząc się z kolei do kwestii wydłużenia terminu realizacji wyjaśnił, że „okres około 90 dni dawał wręcz gwarancję ustąpienia warunków uniemożliwiających wykonanie prac (...) taki okres był okresem właściwym i jak widać Wykonawcy udało się w tym terminie wykonać pracę zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego”.

W kolejnym piśmie, z dnia 21.01.2021 r., Beneficjent poinformował m.in., że czynność przekazania terenu budowy nastąpiła 28.10.2020 r. Brak zastosowania kary umownej wskazanej w § 15 ust. 2 pkt 2 umowy wyjaśnił tym, że „z uwagi na obiektywne przeszkody wynikające z braku możliwości zapewnienia natychmiastowych dostaw płyt drogowych strony ustaliły, że przekazanie placu budowy i rozpoczęcie robót w zakładanym terminie jest niezasadne”. W odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienie podstawy odstąpienia od pisemności dokonania zmiany umowy w zakresie rozpoczęcia realizacji inwestycji, Beneficjent odpowiedział, że „pisemność zmiany treści przyjęła formę akceptacji wniosku, a z racji braku wpływu na istotne postanowienia umowy taka forma została uznana za wystarczającą. Zmiana ta, zdaniem Beneficjenta, „miała charakter obiektywny i nie dający się przewidzieć, a co za tym idzie w żadnym stopniu nie wpłynęła na wybór oferenta. Zmiana dotyczyła elementu przedmiotowo nieistotnego umowy zatem miał do niej zastosowanie przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podkreślić należy, że Kryteriami Oceny Ofert były: CENA oraz OKRES GWARANCJI a te nie uległy zmianie”.

Na podstawie złożonych dokumentów i wyjaśnień Samorząd Województwa Pomorskiego stwierdził, że postanowienia § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 ust. 2 umowy ws. zamówienia publicznego nie zostały dochowane, a także uznał, iż z uwagi na niedochowanie terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia w konsekwencji pociągnęło za sobą opóźnienia w terminie realizacji przedsięwzięcia (opisywanych we wniosku wykonawcy z dnia 06.12.2019 r. oraz notatki inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019 r.) oraz zakończenia robót w terminie wynikającym z umowy pierwotnej. Zamawiający ani w SIWZ, ani we wzorze umowy nie przewidział możliwości dokonania zmiany rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia na mocy art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w powyższym zakresie.

Wykładnia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy zakłada, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie

dopuszczona (tak: Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 4 marca 2015 r., II GSK 2143/13). Pogląd taki znajduje też oparcie w orzecznictwie TSUE - por. C - 337/98.

Należy również wskazać, że stosowanie wyrażonych w art. 7 p.z.p. zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności przejawia się m.in. w tym, że mają one zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców oraz uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei ma zapewnić wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych.

Podsumowując, mając na względzie wskazane regulacje prawne oraz ustalony stan faktyczny w sprawie, w ocenie , Zamawiający (Gmina Malbork), będący Beneficjentem PROW 2014-2020, mógł dopuścić się naruszenia przepisów: art. 144 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie istotnych zmian w umowie z Wykonawcą. Uwzględniając powyższe oraz mając na uwadze sformalizowany charakter procedury przetargowej, stoi na stanowisku, że w przedstawionej sprawie zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie.

Malbork, dnia 12 lipca 2021 r.

Urząd Zamówień Publicznych
Departament Kontroli Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Znak sprawy:
DKZP.WKZ5.442.129.2021.MM

Odpowiadając na pismo z dnia 01.07.2021 r. dotyczące kontroli doraźnej w sprawie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”, uprzejmie wyjaśnia, co następuje.

Uwagi wstępne:

Powiat Malborski, na podstawie umowy o przyznaniu pomocy Nr 00003-6502-UM1100003/16 z dnia 03.11.2016 r., zawartej z Samorządem Województwa Pomorskiego, zobowiązał się do realizacji operacji: Scalenie gruntów wsi Klecie, Gmina Stare Pole. W ramach tego przedsięwzięcia konieczne było wykonanie remontu dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole, stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wskazanych wyżej robót budowlanych wszczęte zostało w dniu 06.05.2019 r. a zakończone podpisaniem umowy w dniu 18.07.2019 r.

W wyniku przeprowadzonej kontroli, pismem z dnia 08.02.2021 r. (pomyłka w roku) znak pisma DPROW-Z.052.79.2020 Samorząd Województwa pozytywnie ocenił postępowanie o udzielenie wskazanego wyżej zamówienia publicznego. Jednocześnie Samorząd Województwa stwierdził naruszenie art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (stare Pzp) poprzez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania przesłanek umożliwiających taką zmianę, skutkującą zastosowaniem zmniejszenia kwoty pomocy przy zastosowaniu 25 % wskaźnika korekty. Zdaniem Samorządu Województwa niedochowanie, wskazanych w § 3 ust. 2 i § 2 ust. 4 umowy z Wykonawcą robót budowlanych, terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia stanowiło istotną zmianę umowy a tym samym naruszało art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Samorząd Województwa nie wskazał wcześniej na naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 31.12.2019 r. do umowy z wykonawcą, wydłużającym termin realizacji zamówienia. Jest to zatem nowy zarzut, którego wcześniej Instytucja Zarządzająca Powiatowi nie przedstawiła, uznając złożone wyjaśnienia w tym zakresie za wystarczające.

Powiat Malborski nie zgadza się z zajęciem przez Samorząd Województwa stanowiskiem o naruszeniu przepisów Prawa zamówień publicznych, z przyczyn wskazanych poniżej i zwraca się z uprzejmą prośbą o pozytywną ocenę przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niestety, poza ogólnym stwierdzeniem, że wprowadzone zmiany były istotne, gdyż mogły wpłynąć na krąg wykonawców, którzy wzięliby lub mogliby wziąć udział w postępowaniu, Samorząd Województwa nie uzasadnia swojej tezy w sposób, który pozwałaby ją przyjąć jako chociażby uprawdopodobnioną.

Stan faktyczny:

Dla prawidłowego wykazania i uzasadnienia stanowiska Powiatu Malborskiego konieczne jest przypomnienie kluczowych okoliczności faktycznych.

W pierwszej kolejności pragniemy zwrócić uwagę, iż w postępowaniu przetargowym, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wpłynęło **7 (siedem)** ofert, które nie podlegały odrzuceniu. Fakt ten świadczy nie tylko o dużym zainteresowaniu ale też konkurencyjności przeprowadzonego postępowania. Ma również istotne znaczenie dla uzasadnienia naszego stanowiska, co zostanie rozwinięte w dalszej części pisma. Ponadto w trakcie postępowania nie wpłynęły żadne wnioski i zapytania ze strony wykonawców, co wskazuje na przejrzyste i jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia oraz postawionych warunków.

Po zawarciu umowy wybrany Wykonawca w przekazanym Harmonogramie rzeczowo-finansowym wykazywał zerowe koszty w pierwszym okresie obowiązywania umowy. Przyjął zatem, że nawet przejęcie placu budowy i formalne rozpoczęcie robót w terminach wskazanych w umowie nie oznaczało natychmiastowej ich intensyfikacji.

Wykonawca zwrócił się do Beneficjenta (Zamawiającego) o wyrażenie zgody na przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie prac budowlanych w miesiącu październiku. Jako uzasadnienie Wykonawca podał problemy z brakiem dostępu do żelbetowych płyt drogowych, z których mają zostać wykonane nawierzchnie dróg, w ilości wystarczającej do zaspokojenia przedmiotowego zadania, mimo podjęcia przez Wykonawcę wielu negocjacji z potencjalnymi producentami. Co niezwykle istotne, Wykonawca wskazał, iż wyprodukowanie płyt oraz ich „okres dojrzewania” i uzyskania pełnej wytrzymałości spowoduje, że ich odbiór będzie możliwy dopiero pod koniec października. Zatem wniosek ten jako oparty na czynnikach obiektywnych i niezależnych od Wykonawcy, został przez Zamawiającego uznany za racjonalny.

W przypadku wniosku o przedłużenie terminu wykonania umowy przeważające znaczenia dla jego uznania za zasadny były wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne, odmienne od przeciętnych warunków panujących na tym terenie. Konsekwencją tego był brak możliwości wykonywania robót tak przez ciężki sprzęt jak i pracowników fizycznych. Wykonywanie robót w takich warunkach powodowałoby nie tylko zagrożenie dla zdrowia i życia pracowników, możliwość uszkodzenia lub zniszczenia sprzętu, ale też, co wydaje się oczywiste, doprowadziłoby do nieprawidłowego wykonania robót. Wydaje się oczywiste i nie wymagające uzasadnienia, że budowa drogi w przypadku trwających przez długi okres intensywnych opadów deszczu, nie dawała możliwości prawidłowego wykonania zarówno robót ziemnych jak i bitumicznych. Takie też było stanowisko Inspektora Nadzoru, który nie wyraził zgody na kontynuowanie robót w niekorzystnych warunkach atmosferycznych.

Pragnę wskazać, iż Wykonawca złożył wniosek o przedłużenie terminu wykonania umowy w chwili, kiedy wiadome było już, iż dotrzymanie terminu umownego jest niemożliwe do wykonania. Wykonawca cały czas współpracował z Zamawiającym i Inspektorem Nadzoru, zatem Zamawiający wiedział o zaistniałych problemach.

Ocena wniosków o przesunięcie terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót oraz przedłużenie terminu wykonania umowy:

Pragniemy wskazać, iż argumentacja Wykonawcy wnioskującego o przesunięcie terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót została przyjęta przez Beneficjenta jako racjonalna i w pełni uzasadniająca brak winy Wykonawcy w opóźnieniu możliwości rozpoczęcia wykonania robót. Zamawiający opierał się w szczególności na opinii Inspektora Nadzoru Pana inż. Edwarda Żaka, który

jednoznacznie stwierdził, iż „racjonalny termin potrzebny do należytego wykonania zadania (...) to okres od około 40 do około 60 dni. Stąd też rozpoczęcie pracy w dniu 28.10.2019 r. dawało swobodną możliwość realizacji zadania.”

W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 czerwca 2017 r. sygn. akt: II GSK 3407/15, w którym Sąd stwierdził:

„Powołując się na wybrane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sąd stwierdził, że zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną. Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikającą z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy.”

Wydaje się oczywiste, iż okoliczności leżące u podstaw przesunięcia terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót, były okolicznościami niezależnymi od żadnego potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego i wynikały z aktualnej sytuacji na rynku budowlanym. Nawet zatem przy najdalej idącej zapobiegliwości wykonawcy nie było realnej możliwości zapobieżenia powstałemu problemowi z dostawą płyt drogowych, bez których rozpoczęcie robót na drodze gruntowej było całkowicie nieuzasadnione. Zatem każdy wykonawca stanąłby przed takim samym problemem.

Trudno zgodzić się z twierdzeniem, iż przekazanie placu budowy i rozpoczęcie robót przez wykonawcę zamówienia publicznego mogło mieć jakikolwiek wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, co w tamtym okresie było ewenementem z uwagi na wyjątkowe „nasycenie” rynku budowlanego trwającymi inwestycjami (co też powodowało problem braku dostępności materiałów budowlanych). Jak powszechnie wiadomo zdarzały się przypadki braku możliwości rozstrzygnięcia postępowań z uwagi na brak ofert. Zatem teza, iż krąg podmiotów, które mogły złożyć oferty w postępowaniu przetargowym byłby większy, wydaje się nie mieć żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Doświadczenie wynikające z prowadzenia wielu inwestycji budowlanych różnego rodzaju podpowiada, iż kwestia terminu przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót jest z punktu widzenia wykonawców nieistotna. Istotny jest termin zakończenia umowy i sankcje z tym się związane a także dopuszczone przez Zamawiającego możliwości przedłużenia terminu wykonania umowy.

W kontekście niniejszych wyjaśnień nasuwa się zatem pytanie, jaka różnica byłaby między zaistniałym w niniejszej sprawie, zgodnym z prawdą wnioskiem Wykonawcy o przesunięcie terminu przekazania placu budowy z uwagi na wskazane we wniosku okoliczności, a przejęciem tegoż placu i przysłowiowym „wbiciem łopaty”, tj. przeprowadzeniem jakichkolwiek robót przygotowawczych, uważanych za rozpoczęcie budowy bez dalszego ich wykonywania w następnym okresie? Wydaje się, że w niniejszym przypadku daleko idąca uczciwość Wykonawcy została zdewaluowana krzywdzącym stwierdzeniem o naruszeniu prawa, czego konsekwencją jest nałożona korekta finansowa.

Proszę mieć na uwadze, iż kalkulacja Zamawiającego i Wykonawcy mogła prowadzić do sztucznego de facto uzgodnienia o przekazaniu placu budowy i rozpoczęciu formalnym robót w terminach wskazanych w umowie, przy założeniu, że roboty te z uwagi na podniesione przez Wykonawcę problemy z dostawą materiałów, nie będą prowadzone. Mielibyśmy w takiej sytuacji ten sam stan

faktyczny, ale nie byłoby żadnego uchybienia formalnego i nie pojawiłby się zarzut ograniczania konkurencji. Jako istotną okoliczność należy dodać, iż takie „fikcyjne” przekazanie placu i rozpoczęcie robót skutkowałoby „realnymi” konsekwencjami przede wszystkim dla użytkowników przebudowywanej drogi. Plac budowy jak wiadomo z przepisów budowlanych powinien być ogrodzony i wstęp na niego jest ograniczony jedynie do osób upoważnionych. Okres sierpień – październik to okres żniw. Oznaczałoby to zatem brak możliwości albo poważne utrudnienia dla rolników korzystających na co dzień z tej drogi. Brak prowadzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek prac budowlanych przy jednoczesnym zamknięciu drogi byłby zarówno społecznie jak i logicznie nie do przyjęcia.

Formalne przesunięcie terminu przejęcia placu budowy i rozpoczęcia robót nie miało samo w sobie wpływu na konieczność przedłużenia terminu wykonania umowy. Jak wskazano wyżej, przyczyną faktycznego rozpoczęcia robót była zewnętrzna i niezawiniona przez Wykonawcę przyczyna w postaci braku płyt drogowych. Zatem oba zdarzenia nie są w związku przyczynowo-skutkowym i powinny być rozpatrywane samodzielnie.

Jak wskazano wyżej, przesłanką przedłużenia terminu wykonania umowy były wyjątkowo niekorzystne i niespotykane dotychczas opady deszczu. Zamawiający podtrzymuje zatem swoje konsekwentnie wyrażane stanowisko, iż przesłanką zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania była przyczyna zewnętrzna, niemożliwa do przewidzenia, nie leżąca po stronie Wykonawcy.

Całkowicie niezrozumiałym jest w kontekście powyższego stanowisko Samorządu Województwa Pomorskiego, że zmiana terminu wykonania umowy stanowiła naruszenie przepisów art. 144 w związku z art. 7 starego Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Irracjonalne wydaje się aby którykolwiek z wykonawców „z góry” liczył na okoliczności, które stanowiłyby przesłankę umożliwiającą zmianę umowy. Zamawiający nie jest w stanie wyobrazić sobie racjonalnego uzasadnienia tezy, że zmiana umowy po kilku miesiącach od jej zawarcia mogła mieć wpływ na wynik postępowania, tj. dałaby możliwość złożenia ofert przez innych wykonawców, którzy, gdyby mieli świadomość zaistniałego w późniejszym terminie faktu, takie oferty zdecydowałiby się złożyć. Przesłanki zmiany umowy zostały bardzo jasno i czytelnie określone w projekcie umowy. Zatem każdy potencjalny wykonawcy miał taką samą możliwość zapoznania się z nimi i dokonania analizy swoich możliwości wykonania umowy oraz aktualnych uwarunkowań zewnętrznych. Zamawiający przypomina, iż zawarcie Aneksu nr 1 oparte było na faktach i zapisach umowy i ustawy a nie domniemaniach. Zamawiający, przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zadośćczynił hipotezie przepisu art. 7 ust. 1 starego Pzp, zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawcy. Postępowanie przeprowadzono zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Co ciekawe – Samorząd Województwa Pomorskiego we wniosku o przeprowadzenie kontroli powołuje się na tezę wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 04.03.2015 r. sygn. akt: II GSK 2143/13, zgodnie z którą wykładania przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy zakłada, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które – gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Jak wykazano wyżej, warunki zmiany umowy były jednoznaczne od chwili ogłoszenia o zamówieniu i nie uległy zmianie w chwili zawierania Aneksu nr 1. Nie można zatem czynić uzasadnionego zarzutu, że działanie Zamawiającego naruszało przepisy ustawy lub zawartej umowy, w sytuacji kiedy działanie to było w całości oparte na tych przepisach.

Ocena prawna zmian zawartej umowy:

Odnosząc się do kwestii rozróżnienia istotności i nieistotności zmian zawartej umowy o wykonanie zamówienia publicznego konieczne jest przedstawienie poglądów doktryny i orzecznictwa w tym zakresie.

Przede wszystkim należy przywołać tezę wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. sygn. akt: I SA/Kr 930/17. Sąd ten stwierdził, iż zmiana terminu wykonania umowy może być zmianą istotną, ale każdy przypadek wymaga indywidualizowanej analizy i oceny. Zatem w sytuacji zastosowania powołanego przepisu - organ zobowiązany jest wykazać konkretne indywidualne fakty, które świadczą o wystąpieniu "istotności" zmian.

Prawo zamówień publicznych (tak krajowe jak i europejskie) posługuje się zwrotami „istotne zmiany umowy” oraz „nieistotne zmiany umowy”. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w powołanym w piśmie Samorządu Województwa wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. sygn. akt: C-454/06 w sprawie PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR GMBH v. REPUBLIK ÖSTERREICH (BUND) I INNI „(...) w praktyce nie zawsze będzie całkiem łatwo dokonać rozróżnienia między istotnymi i nieistotnymi zmianami umowy, ponieważ w tym względzie konieczna jest wartościująca analiza wszystkich okoliczności danego przypadku. Zastosowania pojęć niedookreślonych wymagających interpretacji nie da się jednakże uniknąć w żadnej dziedzinie prawa. Również w prawie zamówień publicznych nie jest ono bynajmniej nieznaną”. Również poprzednio obowiązujące Prawo zamówień publicznych nie dawało jednoznacznej odpowiedzi co jest a co nie jest zmianą istotną. Nawet dodanie przez ustawę nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. w art. 144 ustępu 1e, którego zadaniem było określenie, które zmiany uznawać należy za istotne, nie usunęło daleko idących wątpliwości powstających w konkretnych przypadkach.

Jakkolwiek zatem przepis art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a starej Pzp, wskazujący, iż zmianą nieistotną jest zmiana nie zmieniająca ogólnego charakteru umowy i nie wprowadza warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, wydaje się oczywisty, to w praktyce każdy taki przypadek rodzi wątpliwości. Jak wskazali słusznie Jerzy Pierów i Karol Pierów w artykule „Zmiana umowy o zamówienie publiczne” (Przetargi Publiczne, Listopad 2015) „nie da się precyzyjnie określić katalogu zmian istotnych i nieistotnych. Każdy przypadek musi podlegać osobnej ocenie, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych.”

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana 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, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania.

Jakkolwiek brak jest co do zasady orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej problematyki zmian w umowach, co jest oczywiste z uwagi na fakt, iż przypadki te dotyczą etapu wykonywania umów a nie procedury mającej na celu wybór wykonawców i zawarcie z nimi umów, to można przywołać na poparcie stanowiska Beneficjenta uchwałę KIO z dnia 3 czerwca 2015 r. sygn. akt: KIO/KD 30/15, dotyczącą rozpatrzenia zastrzeżeń zamawiającego do wyników kontroli doraźnej. Izba stwierdziła, iż „niedopuszczalne są więc zmiany istotne, natomiast inne (nieistotne) zmiany lub uzupełnienia wolno wprowadzać do umowy w granicach swobody kontraktowej. Do zakazanych zmian istotnych zaliczyć trzeba w szczególności zmiany polegające na (...) prolongacie terminu wykonania zamówienia.”.

Konsekwencje prawne braku zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu wykonania umowy:

Bez względu na przekonanie Zamawiającego o prawidłowości i słuszności zawartego Aneksu nr 1 do umowy, Zamawiający dokonał daleko idącej analizy prawnej konsekwencji braku podpisania tego Aneksu.

Zdaniem Zamawiającego konsekwencją braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu wykonania umowy w obliczu sytuacji faktycznej przed którą stanęli Wykonawca i Zamawiający, byłby przegrany proces sądowy z Wykonawcą o zapłatę potrąconego wynagrodzenia z tytułu naliczonych kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy. Zamawiający dokonał analizy stanowiska Sądu Okręgowego w Gdańsku, który byłby właściwy do rozpoznania powództwa. Co do zasady poszczególne składy sędziowskie dokonują interpretacji stanu faktycznego i prawnego na korzyść wykonawców, jako strony „słabszej” w umowie o wykonanie zamówienia publicznego. Dzieje się tak szczególnie w przypadkach, kiedy na wykonanie umowy mają wpływ czynniki zewnętrzne. Zamawiający ocenił zatem potencjalne ryzyko przegrania procesu sądowego w przypadku braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu wykonania umowy jako bardzo wysokie. Jako jednostka sektora finansów publicznych, kierująca się przepisami m.in. ustawy o finansach publicznych, Powiat Malborski zobowiązany jest zapobiegać nieuzasadnionym wydatkom. A takimi w tej sytuacji byłyby koszty postępowania oraz pozostałe konsekwencje finansowe przegranego procesu, co mogłoby zostać potraktowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Reasumując:

Zamawiający Powiat Malborski stoi na stanowisku, iż zarzuty sformułowane przez Samorząd Województwa Pomorskiego są całkowicie niezasadne a wszystkie czynności, w tym zawarcie Aneksu nr 1 do umowy miały pełne uzasadnienie prawne i faktyczne.

Zamawiający nie ma wiedzy o aktualnej sytuacji na rynku budowlanym. Nie wiem czy materiały niezbędne do wykonania zamówienia są dostępne od ręki, czy też czas oczekiwania na nie jest długi i ile wynosi. Zarówno Zamawiający jak i wykonawcy przystępujący do przetargu nie mają możliwości przewidzieć z jakimi problemami zetkną się podczas realizacji zamówienia. Szczególnie w sytuacji inwestycji liniowych, takich jak budowa dróg, mogą pojawić się nieprzewidziane problemy natury faktycznej.

Mając nadzieję na przychylne ustosunkowanie się do naszej prośby, pozostajemy z poważaniem.

STARSZA
Marek Czaplak

DEPARTAMENT KONTROLI
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 12.07.2021 r.

DKZP:WKZ5.442.129.2021.MM

dot. KND/133/21/DKZP

Pan
Mirostaw Czapla
Starosta Powiatu Malborskiego
Plac Słowiański 17
82-200 Malbork

Dotyczy: przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:
„Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmlna Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8,
166, 130, 115/1 i 115/3”.

Starostwo Powiatowe

W piśmie z dnia 12.07.2021 r., przesłanym do Urzędu Zamówień Publicznych wskazano, że „W wyniku przeprowadzonej kontroli, pismem z dnia 08.02.2021 r. znak pisma DPROW-Z.052.79.2020 Samorząd Województwa (...) stwierdził naruszenie art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (stare Pzp) poprzez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty”.

Mając na uwadze powyższe, działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 605 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zwracam się z uprzejmą prośbą o udostępnienie informacji o wyniku kontroli sporządzonej przez Samorząd Województwa, w tym dokumentów kończących ww. kontrolę.

Stosownie do treści art. 605 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nadmieniam, że kopie dokumentów związanych z postępowaniem powinny być potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę przez niego upoważnioną.

Uprzejmie proszę o przekazanie powyższych dokumentów w formie pisemnej albo w formie elektronicznej w terminie do dnia 04.10.2021 r. Jednocześnie informuję, iż zgodnie z treścią art. 605 ust. 4 ustawy Pzp, dokumenty wnoszone w formie elektronicznej oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej formie przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na nośniku danych.

[Podpis]
DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych
Zbigniew Wiecha



Malbork, dnia 04 października 2021 r

ZZP.270.01.2021.PSH

Urząd Zamówień Publicznych
Departament Kontroli Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Znak sprawy:
DKZP.WKZ5.442.129.2021.MM
Dot. KND/133/21/DKZP

W związku z pismem z dnia 30.09.2021 r. dotyczącym kontroli doraźnej w sprawie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3” i zawartą w niej prośbą o udostępnienie informacji o wyniku kontroli sporządzonej przez Samorząd Województwa (...), w załączeniu przekazujemy ocenę Urzędu Marszałkowskiego poświadczoną za zgodność z oryginałem, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowalnym podpisem osób upoważnionych do reprezentacji Zamawiającego na adres skrzynki e-Puap oraz na adres mailowa: Ewelina.Piotrowska@uzp.gov.pl.

Ponadto wymagany dokument zostaje wysłany w dniu dzisiejszym do Państwa również w formie tradycyjnej (papierowej) na adres: ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa.

Jednocześnie informujemy, że nie ma końcowej oceny postępowania, gdyż po wniesieniu przez nas zastrzeżeń co do oceny Urzędu Marszałkowskiego, Urząd ten wstrzymał się z ostateczną oceną i złożył do Państwa wnioski o kontrolę doraźną postępowania.

Załączniki:

Załącznik nr 1 – Scalanie Klecie ocena Urzędu Marszałkowskiego, P-2/357 z dnia 08.02.2021 r.*
* błędnie wpisana data w dokumencie wystosowanym przez Urząd Marszałkowski (08.02.2020 r.);

Z poważaniem

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez
Waldemar Łankowski
Data: 2021.10.04 12:12:23
CEST



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

P-2/357

Gdańsk, dnia 08.02.2020 r.

Znak sprawy:

UM11-6502-UM1100003/16.

DPROW-Z.052.79.2020

Powiat Malborski

Imię i nazwisko / Nazwa beneficjenta

Plac Słowiański 17

Adres: ulica, nr

82-200 Malbork

Kod pocztowy, miejscowość

W związku z § 6 umowy nr 00003-6502-UM1100003/16 zawartej w dniu 03.11.2016r. w ramach działania *Inwestycje w środki trwałe/Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa*, w wyniku oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8,166,130,115/1 i 115/3*”, która wpłynęła do Urzędu Marszałkowskiego w dniu 08.07.2020 r. w ramach operacji *Scalanie gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole*, informuję o **pozytywnej ocenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

Ponadto, informuję o stwierdzeniu naruszenia, dla którego należy zastosować wskaźnik procentowy dla kategorii niezgodności określonych na podstawie zapisów Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie szczegółowych warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1028). oraz zmieniającego rozporządzenia z dnia 07.12.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2274);

Pkt 27. Załącznika nr 2 do ww. Rozporządzenia - Rodzaj niezgodności: Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy - naruszenie art. 144 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania przesłanek umożliwiających taką zmianę - wskaźnik procentowy przypisany do stwierdzonej niezgodności - 25% wartości pierwotnego zakresu świadczenia.

Uzasadnienie:

Z przedstawionych dokumentów z postępowania, w toku weryfikacji dokumentacji przetargowej, a także złożonych wyjaśnień stwierdza się niezgodność, polegającą na nie dochowaniu terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia co stanowiło istotną zmianę umowy ws. zamówienia publicznego o tym samym naruszało art. 144 ustawy pzp. „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.”

Przedmiotowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego, wszczęte w dniu 06.05.2019 r. i zakończone podpisaniem umowy w dniu 18.07.2020r. W dniu 31.12.2019r. podpisany został Aneks nr 1 do umowy z wykonawcą wyłóżający termin

KP-611-357-ARIMR/3/z
w M. Strona 1 z 6 U
82-200 Malbork
Pl. Słowiański 17, tel. 55-846-04-00
(fax 55-272-34-82 (34)

Stwierdzam, że
WE z oryginałem
2021-10-04

2021-10-04

ST. ANITA
St. Anita



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

realizacji zamówienia. Pierwotny termin zakończenia robót zgodnie z pierwotnie podpisaną umową oraz SIWZ wydłużono z dnia 18.01.2020 (planowanych 6 miesięcy od podpisania umowy) do dnia 30.04.2020 r. Zamawiający, jako podstawę zawarcia w/w aneksu wskazał § 16 ust 2 pkt 5 – „*przedłużenie terminu wykonania umowy w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrogeologicznych, wykopalisk lub koniecznych badań archeologicznych, wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych, a także innych przeszkód lub skażeń uniemożliwiających kontynuowanie robót*”. Zamawiający w warunkach zmiany umowy wskazał również, iż aby móc skorzystać z powyższej przesłanki musi zaistnieć okoliczność wymieniona w § 16 pkt 3.3 umowy – „*koniecznością podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót*”. Do aneksu dostarczony Wniosek Wykonawcy z dnia 06.12.2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną. We wniosku wskazano, jako główne okoliczności wpływające na konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia:

- „bardzo trudne warunki terenowe, geologiczne i hydrogeologiczne istniejące na placu budowy,
- wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne,
- możliwość obniżenia sprawności i pogorszenia jakości wykonywanych robót z uwagi na niekorzystne warunki klimatyczne,
- brak możliwości dojazdu ciężkim sprzętem budowlanym do odcinków I i II bez uniknięcia uszkodzeń dróg gminnych dojazdowych,
- niekorzystne warunki wykonywania robót zagrażających bezpieczeństwu życia, zdrowia i mienia.”

Dostarczono, również notatkę inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019r., która zawierała zapis „Wykonawca odcinając rozpoczęcie robót wszedł w okres późnojesienny z dużym opadami deszczu oraz niskimi temperaturami w dzień i w nocy. Na terenie robót wystąpił wysoki poziom wód gruntowych, nastąpiło zmniejszenie nasiąkliwości korpusu drogowego oraz zabłocenie głębokości kilkudziesięciu centymetrów. Taka sytuacja nie pozwala na wykonywanie robót bitumicznych i ja się na to nie zgadzam.”

Pismem z dnia 15.07.2020r. beneficjent został poproszony o wykazanie spełnienia przesłanek określonych w umowie z wykonawcą, a będących podstawą zawarcia aneksu do umowy. W szczególności o wykazanie nieprzewidywalności oraz wyjątkowości zaistniałych przeszkód oraz konieczność podniesienia bezpieczeństwa w oparciu o dokumenty np. wykonane badania geologiczne, hydrogeologiczne, średnie wartości opadów, temperatur na tym terenie. Beneficjent pismem z dnia 27.07.2020r. dostarczył dokumentację fotograficzną oraz raporty IMGW oraz wyjaśnił, iż : „Nadmienić należy, iż raporty okresowe wskazują ponadprzeciętną ilość opadów wg najbliższej zlokalizowanej stacji meteo (Elbląg) przy jednocześnie prawie 100% wilgotności oraz minimalnym współczynniku parowania. Ponadto Biuletyn Państwowej Służby Hydrologiczno-meteorologicznej ISSN 1730-6124 Nr 12 (214) — z grudnia 2019 r. Instytutu Meteorologii i gospodarki wodnej na stronie 4 wskazuje wprost, iż: „Najwyższą miesięczną sumę opadów (w KRAJU) zanotowano w Elblągu: 72,2 mm.”. W wyjaśnieniach Beneficjent nie odniósł się do drugiej przesłanki zmiany umowy § 16 pkt 3.3 tj. konieczności podniesienia

STAROSTWO POWIATOWE

w MALBORKU

82-200 Malbork

Pl. Słowiański 17, tel. 55-846-04-00

(fax 55-272-34-62)

KP-611-357-ARIMR/3/z

Strona 2 z 6

Wierdzam zgodność
z oryginałem

2021-10-04

dnia

STA STA

Stanisław



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

bezpieczeństwa wykonywanych robót. W związku z powyższym ponownie pismem z dnia 10.08.2019r. poproszono Beneficjenta o złożenie wyjaśnień w zakresie drugiej przesłanki zmiany umowy tj. § 16 pkt 3.3 „konieczności podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót.” Ponadto należało wskazać od kiedy wykonawca rozpoczął realizację inwestycji z uwzględnieniem wyjaśnień zapisów Inspektora Nadzoru Edwarda Żaka z dnia 07.12.2019 r. tj. „*wykonawca odciegając rozpoczęcie robót, wszedł w okres późnojesienny z dużymi opadami deszczu*”. W związku z powyższym należało udzielić odpowiedzi czy strony umowy wywiązały się z zapisów § 2 ust. 3 umowy „*Termin przekazania terenu budowy Wykonawcy zostanie wyznaczony przez Zamawiającego nie później niż 14 dni od dnia podpisania Umowy.*” oraz § 2 ust. 4 umowy „*Wykonawca rozpocznie Roboty nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejścia od Zamawiającego placu budowy.*” Beneficjent pismem z dnia 31.08.2019r. w zakresie zaistnienia drugiej przesłanki zmiany umowy tj. §16 ust.3.3 umowy, dostarczył protokół inspektora BHP wraz z zaleceniami. Z przedstawionego protokołu kontroli BHP z dnia 05.12.2019r. wynika, iż warunki panujące na budowie uniemożliwiają bezpieczne wykonanie prac. Zostały nałożone zalecenia: „...*wstrzymanie prac do czasu poprawy warunków*”. Wyjaśniono również, iż „*Wykonawca przejął termin budowy w dniu 28.10.2019 r. Przesunięcie terminu przejścia terenu budowy zostało zawnioskowane przez wykonawcę pismem z dnia 24.09.2019 r. na co zamawiający przystał.*” Załączono wniosek wykonawcy z dnia 24.09.2019r. o przesunięcie terminu przekazania terenu budowy. W wskazanych wyjaśnieniach Beneficjent nie odniósł się do zapisów § 2 ust. 3 i 4 umowy z wykonawcą, gdzie wyraźnie wskazano, iż „*Termin przekazania terenu budowy Wykonawcy zostanie wyznaczony przez Zamawiającego nie później niż 14 dni od dnia podpisania umowy.*” Zgodnie z zapisami umowy § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 pkt 2 Zamawiający miał obowiązek przekazania placu budowy- nie później niż 14 dni od podpisania umowy, a Wykonawca miał obowiązek rozpoczęcia robót budowlanych- nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejścia od Zamawiającego placu budowy. Umowa została zawarta w dniu 18.07.2019 r. co oznacza, iż rozpoczęcie robót budowlanych powinno było nastąpić najpóźniej 15.08.2019 r.. Zamawiający przedstawił wniosek wykonawcy z dnia 24.09.2019 r. o wyrażenie zgody na przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie prac budowlanych w miesiącu październiku. Zamawiający wyraził zgodę. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż Wykonawca przejął plac budowy w dniu 28.10.2019 r.

W celu wyjaśnienia tych rozbieżności wezwano Beneficjenta do wyjaśnień. Pismem z dnia 28.09.2020 r. poproszono o wyjaśnienie w sposób nie budzący wątpliwości, w oparciu o orzecznictwo sądów i KIO, że wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia nie miała wpływu na termin jego zakończenia, o wykazanie, iż wprowadzona zmiana rozpoczęcia realizacji zamówienia jest zmianą nieistotną w rozumieniu art. 144 ust 1e ustawy pzp. Poproszono o informację kiedy Wykonawca rozpoczął realizację zamówienia oraz wykazanie, iż warunki klimatyczne oraz trudne warunki wykonywania prac uzasadniały wydłużenie terminu realizacji o okres ponad trzech miesięcy.

Beneficjent pismem z dnia 20.11.2020r. wskazał, iż zgodnie z wpisem do Dziennika Budowy wykonawca przejął teren budowy w 28.10.2019 roku. Wyjaśnił jednocześnie, iż „*sam Zamawiający nie zmienił terminu rozpoczęcia robót i teren budowy był gotowy w dniu podpisania umowy do przekazania wykonawcy (...)* Powiat NIGDY nie wskazał innego terminu, a jedynie wyraził zgodę na późniejsze przejście terenu budowy. Nie zmieniło to wówczas terminu jej zakończenia, gdyż ten szacowany był na 15.10.2019 (...) Zamawiający wykazał się pełną

KP-611-357-ARIMR/3/z

Strona 3 z 6

2021-10-04

WYBÓR ROSTA
[Signature]



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

elastycznością w stosunku do wykonawców wyznaczając tak długi okres czasu na jej zrealizowanie. Zapis mówiący o terminie wykonania pracy mówił o okresie od podpisania umowy a nie od czasu przejęcia terenu budowy. W związku z tym nie zmienia to warunków jakimi dysponował każdy z potencjalnych wykonawców. Nie zawęża ich kręgu"

W dniu 14.12.2020r. poproszono Beneficjenta o wykazanie, iż zmiany umowy z wykonawcą z dnia 18.07.2019 r. w zakresie zmiany terminów realizacji zamówienia nie naruszały art. 144 ust 1 „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.” Beneficjent pismem z dnia 21.01.2012r. wyjaśnił „Zaistniała zmiana miała charakter obiektywny i nie dający się przewidzieć, a co za tym idzie w żadnym stopniu nie wpłynęła na wybór oferenta. Zmiana dotyczyła elementu przedmiotowo nieistotnego umowy zatem miał do niej zastosowanie przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podkreślić należy, że Kryteriami oceny Ofert były: CENA oraz OKRES GWARANCJI te nie uległy zmianie. Ponadto szacowany termin zakładany przez inspektora, to zgodnie z jego oświadczeniem (dołączonym wcześniej do przekazanej dokumentacji): „Niniejszym oświadczam, iż na podstawie dokumentacji technicznej "Remontu dróg gminnych dojazdowych (...)” racjonalny termin potrzebny do należytego wykonania zadania w prowadzonym postępowaniu „Scalenia gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole” to okres od około 40 do około 60 dni. Stąd też rozpoczęcie pracy w dniu 28.10.2019 r. dawało swobodną możliwość realizacji zadania.”

Mając na względzie wyżej wymienione okoliczności oraz zapisy Inspektora Nadzoru Edwarda Żaka z dnia 07.12.2019" oraz przedstawione dokumenty i wyjaśnienia, stwierdza się, iż nie dochowano zapisów § 2 ust. 3 i 4 umowy oraz § 3 ust. 2. W związku z tym stwierdza się, iż nie dochowanie terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia pociągnęło za sobą opóźnienia w terminie realizacji przedsięwzięcia (opisywanych we wniosku wykonawcy z dnia 06.12.2019r. oraz notatki inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019".) oraz zakończenia robót w terminie wynikającym z umowy pierwotnej.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e. Zgodnie z art. 144 ust. 1e ustawy pzp zmiany postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

- c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
- d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy Zamawiający zobowiązany jest do protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na budowę i przekazania terenu budowy wraz z dziennikiem budowy w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy. Skoro Umowa została zawarta w dniu 18.07.2019 r., to zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy przekazanie terenu budowy mogło nastąpić najpóźniej w dniu 01.08.2019 r. Zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy wykonawca rozpocznie Roboty nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od Zamawiającego placu budowy. Skoro przekazanie terenu budowy mogło nastąpić najpóźniej w dniu 01.08.2019 r., to zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy rozpoczęcie robót przez wykonawcę mogło nastąpić najpóźniej 15.08.2019 r. Niemniej w niniejszej sprawie przejęcie terenu budowy nastąpiło dopiero 28.10.2019 r. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy pzp ustawodawca za zmianę istotną uznał m.in. zmianę **wprowadzającą warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.** Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C – 454/06 wskazał, iż: „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub uniemożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Zatem, aby zmianę uznać za „istotną”, konieczne jest wykazanie, iż mogłaby ona mieć w sposób obiektywny wpływ na potencjalny krąg wykonawców. Z kolei w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta* orzeczono, iż jeśli modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, nie wolno jej dokonać.”

Możliwość zmiany terminu rozpoczęcia wykonywania Umowy mogłaby wpłynąć na złożenie innych ofert. Zakreślony postanowieniami § 3 ust. 2 i § 2 ust. 4 Umowy okres na rozpoczęcie wykonywania Umowy wynosił około miesiąca. Był to więc stosunkowo krótki czas na przygotowanie do realizacji zamówienia, który mógł zniechęcić niektórych wykonawców od wzięcia udziału w przetargu. Co jednak istotniejsze, ten stosunkowo krótki, miesięczny okres został niemal czterokrotnie wydłużony wykonawcy przez zamawiającego (wobec wprowadzenia wykonawcy na teren budowy w dniu 28.10.2019 r., mógł on zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy rozpocząć roboty do 11 listopada). Mając wiedzę, że termin rozpoczęcia robót wynosi nie miesiąc, lecz 4 miesiące od dnia zawarcia umowy, krąg wykonawców przystępujących do przetargu mógłby być szerszy.

Podsumowując, niezachowanie pierwotnie wskazanego w Umowie terminu rozpoczęcia inwestycji stanowiło istotną zmianę Umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy pzp. Tym samym Beneficjent (Zamawiający) naruszył zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, o jakim mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

STAROSTWO POWIATOWE
w MALBORKU
82-200 Malbork

Pl. Słowiański 17, tel. 55-646-04-00
KP-611-357-ARIMR/3/z (34)

Strona 5 z 6

Stwierdzam zgodność
z oryginałem.

2021-10-04

[Signature]



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO

W związku z powyższym na Zamawiającego zostaje nałożona korekta za naruszenie art. 144 ustawy Pzp - przywołana na wstępie niniejszego pisma.

Uprzejmie informuję, że zgodnie z § 19 ust. 1 umowy Beneficjentowi przysługuje prawo do wniesienia do Samorządu Województwa prośby wraz z uzasadnieniem o ponowną ocenę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w terminie 21 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma.

Dodatkowo informuję, o podtrzymaniu pomniejszenia o 2% kwoty pomocy wynikającej z danego postępowania – zgodnie z § 10 ust. 6 pkt 9)

Jednocześnie informuję, że niniejszą sprawę prowadzi:
Konrad Gajdiss ☎ (58) 32-68-653, 📠 (58) 32-68-673

STAROSTWO POWIATOWE
w MALBORKU
82-200 Malbork
Pl. Główny 17, tel. 55-646-04-00
fax 55-272-34-62 (34)

Stwierdzam zgodność
z oryginałem

Podpis jest prawidłowy KP-611-357-ARIMR/3/z

Strona 6 z 6

Dokument podpisany przez
Waldemar Łankowski
Data: 2021.10.04 12:14:06
CEST

data ... 2021-10-04

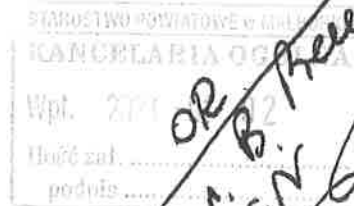
ESTA-OSTA
[Signature]



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ5.442.129.2021.MM
dot. KND/133/21/DKZP

Warszawa, dnia 30.12.2022 r.



Pan
Młostaw Czapl
Starosta Powiatu Malborskiego
Plac Słowiański 17
82-200 Malbork
e-mail: starostwo@powiat.malbork.pl

Szanowny Panie Starosto,

Uprzejmie informuję, iż działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 607 ust. 1 ustawy 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną przeprowadzonego przez Powiat Malborski w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”.

Zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam Informację o wyniku kontroli doraźnej.

Z poważaniem

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

Zbigniew Wiecha
Zbigniew Wiecha

Załącznik:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej KND/133/21/DKZP.



Warszawa, dnia 30.12. 2022 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ5.442.129.2021.MM
dot. KND/133/21/DKZP

Pan
Mirosław Czapla
Starosta Powiatu Malborskiego
Plac Słowiański 17
82-200 Malbork
e-mail: starostwo@powiat.malbork.pl

Starostwo Powiatu Starosto,

Uprzejmie informuję, iż działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 607 ust. 1 ustawy 11 września 2019 r *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną przeprowadzonego przez Powiat Malborski w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”.

Zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo-zamówień publicznych w załączeniu przesyłam Informację o wyniku kontroli doraźnej.

L. poważaniem

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych
DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

Zbigniew Wiecha
Zbigniew Wiecha

Załącznik:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej KND/133/21/DKZP.



**PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 30.12. 2022 r.

KND/133/21/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Powiat Malborski Plac Słowiański 17 82-200 Malbork
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	06.05.2019 r.
Wartość zamówienia:	2.289.958,22 zł, co stanowi równowartość 531.103,33 euro
Środki UE:	Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wlejskich
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

- 1) art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zachowanie określonego w umowie terminu rozpoczęcia prac budowlanych w odniesieniu do pierwotnego terminu zawartego w dokumentacji postępowania i dokonanie zmiany terminu realizacji umowy poprzez jego wydłużenie do kwietnia 2020 r. podstawie aneksu nr 1 do umowy;
- 2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu po upływie 43 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z przekroczeniem terminu wyznaczonego w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 18.07.2019 r. pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym Dominik Brzeziński zawarta została umowa o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 3 ust. 2 powyższej umowy „Zamawiający zobowiązany jest do protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na budowę i przekazanie terenu budowy wraz z dziennikiem budowy w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy”. Dodatkowo stosownie do treści § 2 ust. 4 umowy wykonawca powinien rozpocząć roboty budowlane nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejścia od zamawiającego placu budowy.

Zobowiązania wynikające z przytoczonych postanowień umowy nie zostały zrealizowane w terminach w nich określonych.

Pismem z dnia 24.09.2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Dominik Brzeziński zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyrażenie zgody na przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie prac budowlanych w październiku. We wniosku podkreślono, że „(...) wykonawca stanął przed problemem związanym z brakiem dostępu do żelbetonowych płyt drogowych, z których mają zostać wykonane nawierzchnie dróg, w ilości wystarczającej do zaspokojenia potrzeb ww. zadania. W wyniku wielu negocjacji z potencjalnymi producentami pod koniec sierpnia udało się wyłonić dostawcę płyt, który zobowiązał się wyprodukować wymaganą ilość płyt do końca października

2019 r., co oznacza, że pierwszą partię płyt po okresie dojrzewania i uzyskaniu pełnej ich wytrzymałości będziemy mogli odbierać pod koniec października”.

W odpowiedzi na powyższy wniosek, zamawiający wyraził zgodę, w wyniku czego, wykonawca przejął teren budowy w dniu 28.10.2019 r.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że zgodnie z treścią rozdziału 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), termin wykonania zamówienia wynosił do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Pismem z dnia 06.12.2019 r. wykonawca wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia, tj. wydłużenie terminu na wykonanie przedsięwzięcia budowlanego. Wykonawca określił okoliczności, które skutkowały koniecznością zmiany terminu realizacji zamówienia, tj.:

- „- bardzo trudne warunki terenowe, geologiczne i hydrogeologiczne istniejące na placu budowy,
- wyjątkowo niekorzystne warunki atmosferyczne,
- możliwość obniżenia sprawności i pogorszenia jakości wykonywanych robót z uwagi na niekorzystne warunki klimatyczne,
- brak możliwości dojazdu ciężkim sprzętem budowlanym do odcinków I i II bez uniknięcia uszkodzeń dróg gminnych dojazdowych,
- niekorzystne warunki wykonywania robót zagrażających bezpieczeństwu życia, zdrowia i mienia”.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, w dniu 31.12.2019 r. zamawiający zawarł z wykonawcą Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym Dominik Brzeziński Aneks nr 1 do umowy, w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią tego aneksu zmieniono termin wykonania przedmiotu zamówienia z dnia 18.01.2020 r. na dzień 30.04.2020 r. Dokonując powyższej zmiany, Strony umowy powołały się w ww. aneksie na § 16 ust. 2 pkt 5 umowy, zgodnie z którym: „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany ustaleń umowy w następujących przypadkach: przedłużenia terminu wykonania umowy w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrogeologicznych, wykopalisk lub koniecznych badań archeologicznych, wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych, a także innych przeszkód lub skażeń uniemożliwiających kontynuowanie robót”. Ponadto, w umowie wskazano, że aby skorzystać z powyższej przesłanki do zmiany postanowień umownych musi zaistnieć dodatkowo okoliczność wymieniona w § 16 ust. 3 pkt 3 umowy: „Zmiany, o których mowa w ust. 2 mogą zostać dokonane, jeżeli zachodzi co najmniej

jedna z niżej wymienionych okoliczności i jest ona uzasadniona pod warunkiem, że zmiany te w konkretnym przypadku nie będą prowadziły do naruszenia art. 144 ustawy Pzp: (...) konieczność podniesienia bezpieczeństwa wykonywanych robót”.

Do dokumentacji postępowania dołączono również notatkę inspektora nadzoru z dnia 07.12.2019 r., która zawierała zapis „Wykonawca odciągając rozpoczęcie robót wszedł w okres późnojesienny z dużym opadami deszczu oraz niskimi temperaturami w dzień i w nocy. Na terenie robót wystąpił wysoki poziom wód gruntowych, nastąpiło zmniejszenie nasiąkliwości korpusu drogowego oraz zabłocenie głębokości kilkudziesięciu centymetrów. Taka sytuacja nie pozwala na wykonywanie robót bitumicznych i ja się na to nie zgadzam.”

Mając na uwadze stan faktyczny niniejszej sprawy, należy przytoczyć treść normy prawnej art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zakazano zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
 - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
- 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
 - b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
- 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

- a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
 - c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;
- 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
- 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8-i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te zasadniczo już na etapie, w którym potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia, ograniczą i minimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z tych podmiotów na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym.

Z brzmienia przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp można wnioskować, iż zamawiający, znając uwarunkowania, w tym kluczowe terminy realizacji zamówienia oraz czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie terminów związanych z realizacją zamówienia do zakresu prac budowlanych, które mają być wykonane w ramach danego zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz słowach termin realizacji zamówienia na okres do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, iż wyznaczony termin zakończenia prac budowlanych stanowił okres uwzględniający zakres prac, jaki miał zostać zrealizowany przez wykonawcę. Podkreślenia wymaga, że zamawiający określił jednocześnie termin wprowadzenia wykonawcy na budowę, w tym przekazania mu terenu budowy oraz termin rozpoczęcia przez wykonawcę robót budowlanych.

Jednocześnie, zgodnie z regulacją art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e.

Na podstawie art. 144 ust. 1e ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
 - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
 - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Dokonując oceny czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym TSUE wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona 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.”

W tym miejscu należy się również odwołać do zasad ogólnych systemu zamówień publicznych określonych m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasady te dotyczą wszystkich podmiotów, które chcą i mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okoliczność, czy dany podmiot może wziąć udział w postępowaniu zależy między innymi od tego, w jaki sposób zamawiający sprecyzuje warunki udziału w postępowaniu. Możliwość poszerzenia, bądź przystąpienia do przetargu innych wykonawców czyni koniecznym zapewnienie tym podmiotom konkretnego terminu na realizację prac budowlanych, który nie ulegnie na etapie wykonania zamówienia znacznemu wydłużeniu lub skróceniu w stosunku do pierwotnie ustalonego w postanowieniach umownych. Zamawiający winien zapewnić, aby dokumentacja postępowania zawierała jednoznaczne oraz stabilne warunki, na podstawie których wykonawca będzie wykonywał prace budowlane w ramach przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe regulacje ustawy Pzp oraz orzecznictwo w tym zakresie, należy wskazać, że terminy realizacji zamówienia są niewątpliwie jednym z warunków, które mogą mieć wpływ na podjęcie decyzji przez wykonawcę, o chęci wzięcia udziału w postępowaniu i realizacji inwestycji, jak również na ostateczną treść składanej oferty. Niewątpliwie bowiem czynniki te determinują uwzględnienie przez wykonawcę potencjalnych ryzyk kontraktowych, które mają wpływ na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu w ogóle, jak również na ostateczny kształt i cenę oferty. Tym samym wykonawca, jako podmiot profesjonalny, musi wziąć pod uwagę przy przygotowaniu oferty wszelkie ryzyka, które związane są z realizacją zamówienia w oparciu o warunki, w tym w szczególności terminy realizacji, ustanowione przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga również to, iż proces udzielenia zamówienia publicznego zmierza do wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania tego zamówienia. Podstawowym instrumentem dokonania takiego wyboru są określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednakże nie można ograniczyć się do stwierdzenia, że wyłącznie warunki udziału w postępowaniu stanowią podstawę do wyboru podmiotu, który jest zdolny do wykonania zamówienia, gdyż pozostałe wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym związane z realizacją zamówienia, ustanawiają okoliczności, w których dany podmiot pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu nie będzie mógł wziąć w nim udziału i ostatecznie złożyć oferty z uwagi na inne okoliczności organizacyjne, techniczne, czy związane z terminami realizacji tego zamówienia.

Zgodnie z dokumentacją przedmiotowego postępowania, na podstawie § 3 ust. 2 umowy „Zamawiający zobowiązany jest do protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na budowę i przekazania terenu budowy wraz z dziennikiem budowy w terminie do 14 dni od dnia podpisania

umowy." W tym miejscu należy wskazać, że umowa na realizację kontrolowanego postępowania zawarta została w dniu 18.07.2019 r., a tym samym, zgodnie z postanowieniami umownymi przekazanie terenu budowy powinno nastąpić do dnia 01.08.2019 r. Jak wynika z treści § 2 ust. 4 umowy wykonawca powinien rozpocząć roboty budowlane nie później niż 14 dni od dnia protokolarnego przejęcia od zamawiającego placu budowy. Tym samym, na mocy powyższego postanowienia umowy, realizacja przedmiotu umowy powinna rozpocząć się najpóźniej do dnia 15.08.2019 r.

Natomiast, w przedmiotowym postępowaniu do przejęcia terenu budowy doszło dopiero w dniu 28.10.2019 r. Wykonawca we wniosku w sprawie zmiany terminu przekazania terenu budowy wskazał na trudności związane z pozyskaniem żelbetonowych płyt drogowych, a także zwrócił się z prośbą o przejęcie terenu budowy w październiku.

Tym samym, zmieniony termin przejęcia terenu budowy skutkował tym, że wykonawca powinien rozpocząć realizację przedmiotu zamówienia najpóźniej w dniu 11.11.2019 r.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający oraz wykonawca nie dotrzyмали postanowień umowy określonych w § 2 ust. 3 i 4 oraz § 3 ust. 2. Późniejsze przejęcie terenu budowy, spowodowało znaczne opóźnienie w rozpoczęciu prac budowlanych w stosunku do pierwotnie określonego terminu w dokumentacji postępowania. Konsekwencją zatem znacznego przesunięcia terminu przejęcia przez wykonawcę terenu budowy, a tym samym również terminu rozpoczęcia przez niego robót budowlanych było podjęcie wykonania prac budowlanych w okresie późnojesiennym, który charakteryzuje się możliwymi do przewidzenia utrudnieniami związanymi z wykonywaniem prac budowlanych w niekorzystnych warunkach atmosferycznych. Wskazać należy, że zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany polegającej na przedłużeniu terminu wykonania umowy w przypadku zaistnienia m.in. nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrogeologicznych oraz wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych. Trudno jednakże uznać rozpoczęcie prac budowlanych w okresie późnojesiennym, który z natury rzeczy w naszym położeniu geograficznym charakteryzuje się zwykle niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, za sytuację której nie można było uprzednio przewidzieć. Tym samym zmaterializowało się ryzyko niewykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, które wykonawca jako profesjonalista powinien przewidzieć. Wykonawca zatem podejmując roboty budowlane z tak znaczącym opóźnieniem powinien przyjąć ryzyko realizacji robót budowlanych w warunkach utrudniających ich wykonanie, a nawet niemożliwość ich wykonania w obliczu warunków klimatycznych, które można było przewidzieć w okresie, w którym ostatecznie rozpoczął ich wykonywanie. Potwierdzeniem tego jest notatka inspektora nadzoru, w której stwierdził on, iż „Wykonawca odciągając rozpoczęcie robót wszedł

w okres późnojesienny z dużymi opadami deszczu oraz niskimi temperaturami w dzień i w nocy. Na terenie robót wystąpił wysoki poziom wód gruntowych, nastąpiło zmniejszenie nasiąkliwości korpusu drogowego oraz zabłocenie głębokości kilkudziesięciu centymetrów. Taka sytuacja nie pozwala na wykonywanie robót bitumicznych i ja się na to nie zgadzam.”.

Mając zatem powyższe na uwadze należy podkreślić, że terminy realizacji zamówienia określone przez zamawiającego w dokumentacji postępowania należy uznać za elementy istotne, których ewentualna zmiana wymaga spełnienia warunków określonych w ustawie Pzp. Skoro zatem zamawiający określił oprócz terminu na wykonanie zamówienia, również inne terminy dotyczące realizacji danego zamówienia, w tym przypadku termin przekazania terenu budowy i rozpoczęcia robót budowlanych, to uznać należy, że stanowiły one istotny dla Zamawiającego element związany z wykonaniem zamówienia. W tym miejscu należy ponownie podkreślić, że terminy realizacji zamówienia są jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć, jak również mają wpływ na ostateczny kształt i cenę oferty.

Zgodnie z § 3 ust. 2 i § 2 ust. 4 umowy, okres w którym powinny rozpocząć się prace budowlane wynosił miesiąc od dnia zawarcia umowy. Opierając się na powyższym, miesięczny termin na rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia jest stosunkowo krótki, w związku z powyższym część wykonawców mogło zrezygnować z udziału w przedmiotowym postępowaniu ze względu na powyższy termin. Potencjalnie, wynikające z umowy zobowiązanie rozpoczęcia robót budowlanych w określonym terminie, mogło stanowić barierę udziału w postępowaniu, w kontekście potencjalnych trudności przewidywanych przez innych wykonawców, które ostatecznie wystąpiły u wykonawcy realizującego umowę, a związanymi z pozyskaniem odpowiednich materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Ostatecznie, termin na rozpoczęcie prac budowlanych na podstawie aneksu do umowy został wydłużony o cztery miesiące. Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że w przypadku, gdyby termin na rozpoczęcie robót budowlanych nie został określony w umowie w sposób precyzyjny, a dopuszczalne byłoby rozpoczęcie robót w okresie późniejszym (nawet czterech miesięcy), krąg wykonawców, którzy przystąpiliby do udziału w kontrolowanym postępowaniu mógłby być odmienny lub oferty, które ostatecznie zostały złożone mogłyby mieć inną treść, gdyż nie uwzględniałyby ryzyk związanych z opóźnieniem rozpoczęcia robót lub pozyskaniem niezbędnych materiałów do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, późniejsza zmiana terminu rozpoczęcia prac budowlanych w porównaniu do pierwotnie określonego terminu w dokumentacji postępowania spowodowała znaczne wydłużenie terminu wykonania zamówienia, tj. do kwietnia 2020 r. Tym samym, niewątpliwie stanowiło to zmianę istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp, czyli

zmianę takich warunków, które gdyby były postawione od początku w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Tak znacząca zmiana terminu wykonania umowy mogła wpłynąć zarówno na decyzję o złożeniu oferty, jak i na ceny złożonych ofert, uwzględniające możliwość nałożenia przez zamawiającego kary umownej.

Należy zaznaczyć, że na mocy przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, możliwe jest wprowadzenie istotnych zmian do treści umowy, gdy konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć oraz gdy wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Natomiast, w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zawarto uprawnienie do wprowadzenia zmian w treści umowy w przypadku, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi.

Możliwość zmiany umowy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje

również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż konieczność modyfikacji umowy nie została wywołana okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku ze zmianą terminu realizacji umowy z dnia 18.01.2020 r. na dzień 30.04.2020 r. nie można potraktować tego jako przesłanki obiektywnie nieprzewidywalnej. Tym samym, termin realizacji umowy został wydłużony o 102 dni w stosunku do pierwotnie określonego w SIWZ, tj. do 6 miesięcy od podpisania umowy.

Mając na uwadze powyżej przytoczone informacje i wymagania zawarte w dokumentacji postępowania należy uznać, że zamawiający miał świadomość, że rozpoczęcie prac budowlanych w miesiącu listopadzie będzie skutkowało znacznym opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, że strony umowy ustalając miesiąc październik na przejęcie terminu budowy, powinni wziąć pod rozwagę, że prace budowlane będą wykonywane w okresie jesienno – zimowym, w którym występują niedogodne warunki atmosferyczne, co w konsekwencji przyczyni się do konieczności wydłużenia terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazać poza tym należy, iż w umowie przewidziano możliwość zmiany umowy w przypadku nieprzewidzianych wyjątkowo niekorzystnych warunków klimatycznych uniemożliwiających kontynuowanie robót. Trudno uznać, aby okres, w którym rozpoczęte zostały roboty budowlane i przywoływane przez wykonawcę panujące warunki, uznać można za wyjątkowo niekorzystne, gdyż z natury rzeczy okres późnojesienny charakteryzuje się takimi warunkami. Opierając się na powyższym, zmiana terminu wykonania zamówienia w niniejszym stanie faktycznym sprawy była w pełni możliwą do przewidzenia. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że zamawiający ma obowiązek opisanie zmiany w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych, co oznacza, że koniecznym jest szczegółowe określenie zasad modyfikacji umowy, nie zaś ograniczenie się do ogólnych wzmlanek o możliwości jej zmiany. Natomiast w kontrolowanym postępowaniu, w dokumentacji zamówienia nie zostały jasno i precyzyjnie określone postanowienia, co strony umowy rozumieją jako wyjątkowo niekorzystne warunki klimatyczne.

Podkreślenia wymaga, iż dokonane zmiany umowy, w tym w szczególności znaczące wydłużenie terminu realizacji przedmiotowej umowy w sposób nieprzewidziany w pierwotnie ustanowionych warunkach zamówienia, mogły mieć wpływ na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych tym zamówieniem, jak również na sposób kalkulacji ceny ofertowej. Warunki określone bowiem

w umowie finalnej stanowią istotne elementy warunków zamówienia, które wykonawca ubiegający się o dane zamówienie uwzględnia przy ocenie ryzyka transakcyjnego i co niewątpliwie wpływa bezpośrednio na stopień zainteresowania tym zamówieniem i treść składanych propozycji ofertowych. Stabilność tych warunków w trakcie prowadzonej procedury przetargowej, jak również po jej zakończeniu, stanowi gwarancję zachowania nadrzędnych zasad równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych.

Należy stwierdzić, że z przekazanej dokumentacji oraz wyjaśnień zamawiającego nie wynika, iż konieczność zmiany terminu rozpoczęcia robót budowlanych, a w konsekwencji przedłużenia terminu realizacji umowy była spowodowana okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania należytej staranności w procesie udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z przesłanką przewidzianą w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, Zamawiający nie zachowując określonego w umowie terminu rozpoczęcia prac budowlanych w odniesieniu do pierwotnie wskazanego terminu w dokumentacji postępowania i dokonując zmiany terminu realizacji umowy poprzez jego wydłużenie do kwietnia 2020 r. naruszył treść art. 144 ust. 1e pkt 2 lit a) oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Po przeprowadzeniu postępowania, w dniu 18.07.2019 r. zamawiający i wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Dominik Brzeziński podpisali umowę na realizację zamówienia.

Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (nr 510182517-N-2019) w dniu 30.08.2019 r.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu nastąpiło po upływie 43 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z przekroczeniem terminu wyznaczonego w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis wyznacza konkretny czas na zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, który nie został w kontrolowanym zamówieniu zachowany. W związku z tym należy stwierdzić naruszenie przez zamawiającego art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego.

Ponadto, informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

z up. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

DYREKTOR
Departament Kontroli Zamówień Publicznych


Zbigniew Wiecha

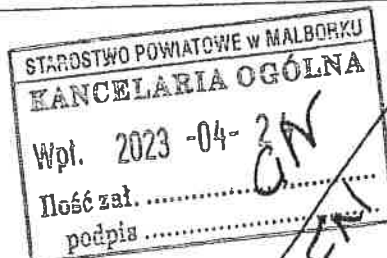


URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA POMORSKIEGO



Program
Rozwoju
Obszarów
Wiejskich
na lata 2014-2020

Sprawa nr:
UM11-6502-UM1100003/16
DPROW-Z.052.21.2021



P-3/366

Gdańsk, dnia 21.04.2023 r.

Powiat Malborski
Plac Słowiański 17
82-200 Malbork

Sprawa: *informacja o rozpatrzeniu wniosku*

Uprzejmie informuję, iż Państwa wniosek (prośba o ponowne rozpatrzenie sprawy) z dnia 23.02.2021 r., złożony w dniu 26.02.2021 r., w sprawie dotyczącej umowy nr 00003-6502-UM1100003/16, zawartej w dniu 03.11.2016 r., w ramach działania/poddziałania: *Inwestycje w środki trwałe / Wsparcie na inwestycje związane z rozwojem, modernizacją i dostosowaniem rolnictwa i leśnictwa*, objętego Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020, tytuł operacji: *„Scalanie gruntów wsi Klecie gmina Stare Pole”*, został rozpatrzony odmownie.

Na podstawie dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był: *„Remont dróg gminnych dojazdowych do pól położonych w obrębie Klecie, Gmina Stare Pole stanowiących działki nr: 8/8, 166, 130, 115/1 i 115/3”*, wraz z dostarczonymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wniosku o ponowną jego ocenę oraz informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, **potwierdza się zasadność zastosowania korekty finansowej w wysokości 25% w odniesieniu do wydatków objętych ww. zamówieniem.**

Uzasadnienie:

W wyniku oceny przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzono naruszenie, dla którego należy zastosować wskaźnik procentowy dla kategorii niezgodności określonych na podstawie zapisów rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie szczegółowych warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 369). Zgodnie z pkt 27. załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia, niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy polegająca na naruszeniu art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania przesłanek umożliwiających taką zmianę, skutkuje koniecznością zastosowania korekty finansowej w wysokości 25% wartości pierwotnego zakresu świadczenia.

Zgodnie z pismem P-2/357 z dnia 08.02.2021 r., w którym Samorząd Województwa Pomorskiego poinformował Beneficjenta o pozytywnej ocenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy jednoczesnym stwierdzeniu naruszeń, z *przedstawionych dokumentów z postępowania, w toku weryfikacji dokumentacji przetargowej, a także złożonych wyjaśnień stwierdza się niezgodność, polegającą na nie dochowaniu terminów przekazania terenu budowy oraz jej rozpoczęcia co stanowiło istotną zmianę umowy ws. zamówienia publicznego, tym samym naruszało art. 144 ustawy pzp. „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy”*. W piśmie tym przedstawione zostało szczegółowe uzasadnienie podjętej decyzji.

W piśmie z dnia 23.02.2021 r., zawierającym prośbę o ponowną ocenę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odstąpienie od zmniejszenia pomocy, Beneficjent nie zgodził się ze stanowiskiem Samorządu Województwa Pomorskiego wyrażonym w ww. piśmie. Podtrzymał wcześniejsze wyjaśnienia, podkreślając zwłaszcza nieistotność zmiany polegającej na odsunięciu terminu rozpoczęcia robót, brak jej wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie oraz brak związku tej zmiany z przedłużeniem terminu zakończenia, przy jednoczesnym założeniu, że przedłużenie to nie budziło wątpliwości i zostało przyjęte bez zastrzeżeń.

W związku z powyższym, Samorząd Województwa Pomorskiego, za pośrednictwem Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, zwrócił się z wnioskiem z dnia 24.03.2021 r. (znak sprawy UM11-6502-UM1100003/16, DPROW-Z.052.21.2021, nr EOD: 16102/03/2021) o kontrolę doraźną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w tym zakresie.

Pismem ARIMR DDD-WPO.695.16.2021.MZ z dnia 28.03.2023 r. Samorządowi Województwa Pomorskiego przekazana została „Informacja o wyniku kontroli doraźnej” nr KND/133/21/DKZP z dnia 30.12.2022 r., zgodnie z którą Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził w przedmiotowym postępowaniu naruszenie:

1) art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zachowanie określonego w umowie terminu rozpoczęcia prac budowlanych w odniesieniu do pierwotnego terminu zawartego w dokumentacji postępowania i dokonanie zmiany terminu realizacji umowy poprzez jego wydłużenie do kwietnia 2020 r. na podstawie aneksu nr 1 do umowy;

2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu po upływie 43 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z przekroczeniem terminu wyznaczonego w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Informacja o wyniku kontroli zawiera ponadto szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne przedstawionego rozstrzygnięcia. W zakresie naruszenia art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a Prezes UZP wyraźnie wskazał, że *„terminy realizacji zamówienia są jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć, jak również mają wpływ na ostateczny kształt i cenę oferty”*. Wskazano również, że naruszenia w zakresie art. 144 mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Stwierdza się, że ww. naruszenia przepisów mogły mieć wpływ na poziom konkurencji, przejrzystość i równe traktowanie wykonawców, tym samym mogły ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, mieć wpływ na wynik postępowania oraz potencjalnie spowodować szkodę w budżecie UE. Oznacza to, że powyższe naruszenia stanowią nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

Mając powyższe na uwadze, **podtrzymuje się stanowisko Samorządu Województwa Pomorskiego wyrażone w piśmie P-2/357 z dnia 08.02.2021 r. w zakresie stwierdzonej niezgodności, polegającej na poniesieniu kosztów kwalifikowalnych z naruszeniem art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i potwierdza się słuszność nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% w odniesieniu do wydatków objętych przedmiotowym zamówieniem.**

Odnosząc się do stwierdzonej przez Beneficjenta trudności w znalezieniu realnego uzasadnienia nałożenia tak wysokiej korekty finansowej, należy w tym miejscu przywołać przepisy, stanowiące podstawę jej określenia. Samorząd Województwa związany jest w tym zakresie przepisami rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie szczegółowych warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej w przypadku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 369), które w niniejszym przypadku nie pozwalają na ustalenie innej kary dla przedmiotowego naruszenia. Niezależnie od okoliczności, nie mogą mieć na nią wpływu ani rozmiar szkody dla finansów publicznych, ani zrealizowanie inwestycji i osiągnięcie celu, ani też sytuacja finansowa Beneficjenta.

Jednocześnie informuję, że niezależnie od przyczyn niedotrzymania terminu, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy o przyznaniu pomocy, **brak jest możliwości odstąpienia od, wynikającego z § 10 ust. 6 pkt 9 umowy, pomniejszenia o 2% kwoty pomocy dla przedmiotowego postępowania.**

Z poważaniem

Z-ca Dyrektora
Departamentu Programów
Rozwoju Obszarów Wiejskich

Anna Kacprzyńska

Jednocześnie informuję, że niniejszą sprawę prowadzi:
Robert Ciżmowski, tel. (58) 32 68 336, faks (58) 32 68 673

KP-611-366-ARIMR/5z

Strona 3 z 3