

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 14 listopada 2019 roku

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 16 października 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Miasto Poznań

w imieniu i na rzecz którego działała spółka Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej UZP/KND/43/19/DKZP, w przedmiocie zamówienia *zaprojektowanie, budowa i wyposażenie parkingu typu Park&Ride przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Magdalena Rams

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Poznań w imieniu i na rzecz którego działała spółka Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu – przeprowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *zaprojektowanie, budowa i wyposażenie parkingu typu Park&Ride przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu*, wszczętego w dniu 26 lipca 2016 roku. W dniu 18 października 2016 r. została zawarta umowa pomiędzy Miastem Poznań w imieniu i na rzecz którego działały Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a wykonawcą SKANSKA spółka akcyjna.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/46(5)/19/KO; dot.: UZP/KND/43/19/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez rozszerzenie Aneks nr 2 do umowy zakresu robót przewidzianych umową podstawową, zmianę terminu zakończenia realizacji całości zadania do dnia 15 grudnia 2017 r., a także zwiększenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia przewidzianego w umowie podstawowej.

W uzasadnieniu stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, co następuje:

Prezes Urzędu wskazał, że w dniu 18 października 2016 r. została zawarta umowa nr RU-146/PIM/16/TP/LXIV pomiędzy Miastem Poznań w imieniu i na rzecz którego działały Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., a wykonawcą SKANSKA S.A.

W dniu 8 września 2017 r. został podpisany Aneks nr 2 do ww. umowy z dnia 18 października 2016 r., w którym zamawiający zapisał m.in., że „*W toku realizacji umowy zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6*

ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy, polegających na rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety zgodnie z wymaganiami przekazanymi drogą elektroniczną w dniu 06.06.2017 r.". Jednocześnie zamawiający wskazał, że „W toku realizacji umowy wystąpiły okoliczności o których mowa w pkt. 22.2 lit. b) i c) siwz warunkujące wprowadzenie zmian do umowy, w zakresie zmiany terminów realizacji umowy, tj.:

- wydłużenie procedury uzgodnień projektu wykonawczego,
- rozszerzenie zakresu zadania przez dysponenta o wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety,
- wpływ montażu automatycznej toalety na realizację zadania podstawowego”.

Zamawiający jednocześnie zapisał, iż: „W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to w art. 19 ust. 3 pkt 1 dopuściła zmianę umowy zawartej przed dniem wejścia w życie tej ustawy w przypadkach określonych w siwz a w art. 19 ust. 3 pkt. 2 b) dopuściła zmianę zawartej umowy w przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego”.

Prezes Urzędu podkreślił, że ustawa zmieniająca zmieniła przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. dotyczący zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych”. Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki i to niezależnie od okoliczności, że umowa w sprawie zamówienia podstawowego (zwana dalej także „umową podstawową”) została zawarta przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy, a zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym i na etapie sporządzania specyfikacji przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Ustawodawca dostrzegł jednakże w tej sytuacji problem funkcjonujących w obrocie umów w sprawie zamówienia podstawowego zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej lub umów zawartych po dniu wejścia w życie tych przepisów, ale będących następstwem postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanych (postępowań prowadzonych na starych zasadach). Do takich sytuacji ustawodawca przewidział w art. 19 ust. 3 ustawy zmieniającej specjalny przepis intertemporalny. Zgodnie z tym przepisem „Dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej

ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli:

(...)

2) umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z następujących warunków:

(...)

b) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, (...).”

Podstawy zawarcia tych aneksów są tożsame z uchylonymi przesłankami zamówień uzupełniających udzielanych w trybie z wolnej ręki. Tożsamość przesłanek obejmuje także pojęcie „zamówienia uzupełniającego” co oznacza, że zakres przedmiotowy przepisu w odniesieniu do tego pojęcia nie uległ zmianie. Zmieniono tylko i wyłącznie sposób jego udzielenia – zamówienie uzupełniające udzielane dotychczas w trybie odrębnego zamówienia z wolnej ręki – mogło być udzielane poprzez zmianę umowy (aneks). Jeżeli zatem zamawiający np. przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego i wypełnił przesłanki pozwalające na udzielenie takiego zamówienia – to po nowelizacji nie mógł udzielić zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki, mógł natomiast w oparciu o cytowany powyżej przepis intertemporalny udzielić takiego zamówienia uzupełniającego na podstawie aneksu do umowy podstawowej. Powyższy termin „zamówienie uzupełniające” należy rozumieć w podobny sposób, w jaki był definiowany przed nowelizacją. Zamówienie uzupełniające udzielane poprzez aneks do umowy oznacza, że nie może on przyjąć dowolnej postaci i regulować dowolnych (wybranych) zapisów umowy podstawowej, a jedynie takie, które wynikają z treści cytowanego przepisu. W przypadku robót budowlanych zmiana umowy polegać powinna na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. Zmiana umowy nie może mieć mocy wstecznej, w takim rozumieniu, że ani nie zmniejszy zakresu świadczenia podstawowego, ani go nie zmieni wprowadzając w jego miejsce świadczenie zastępcze. Aneks wprowadzający zamówienie uzupełniające nie może zawierać informacji o zmianie

wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie podstawowej. Niezależnie czy aneks będzie zawierany po wykonaniu umowy podstawowej, czy w trakcie jej wykonywania – wynagrodzenie powinno być wskazane autonomicznie dla samego zamówienia uzupełniającego, wprowadzonego aneksem. Aneks nie może wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej. Niezależnie od momentu zawarcia aneksu (w trakcie obowiązywania umowy podstawowej, czy po jej wykonaniu), termin realizacji wskazany w aneksie uwzględniać powinien czas niezbędny do wykonania zamówienia uzupełniającego. Zmiana umowy nie może modyfikować obowiązków i uprawnień stron umowy podstawowej, nie może następczo zmieniać charakteru stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ustalonym w momencie zawierania umowy podstawowej.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w wyniku podpisania Aneksu nr 2 rozszerzył zakres robót przewidzianych umową podstawową, zmienił termin zakończenia realizacji całości zadania do dnia 15 grudnia 2017 r., a także zwiększył wynagrodzenie należne wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia przewidzianego w umowie podstawowej.

Odnosząc się do dyspozycji art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy zmieniającej należy podkreślić, iż zamówienie uzupełniające musi „polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”. Nie może dotyczyć takich robót, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu niniejszego zamówienia zamieszczony w siwz, w żadnym z punktów nie wymieniał zakupu i montażu urządzeń sanitarnych (toalety). Wskazał Prezes Urzędu na zapisy Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla projektu pn.: „Budowa parkingu typu P&R przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu”, gdzie w Części 1: „Projekt i budowa parkingu P&R” w pkt 1.4.3.12 „Sanitariat” znalazł się zapis, cyt.: *„W projekcie na parkingu P&R lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie należy uwzględnić i uzgodnić z zamawiającym miejsce na ustawienie automatycznego obiektu WC, przystosowanego dla potrzeb osób z ograniczoną sprawnością ruchową.*

W każdym przypadku w projekcie należy uwzględnić i uzgodnić zasilanie takiego urządzenia, podłączenie do sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej oraz wykonać fundament”. Natomiast w pkt 3.1.4.12 „Sanitariat” zapisano: *„Należy zaprojektować, dogodną lokalizację pod względem komunikacyjnym i wizualnym oraz dostępności przyłączy. Podłączenie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami*

technicznymi wydanymi przez AQUANET S.A. w Poznaniu. Po uzyskaniu warunków technicznych na przyłącze dla zasilania sanitariatu w energię elektryczną od właściwego gestora sieci – ENEA Sp. z o.o., po obliczeniu niezbędnego zasilania: należy wykonać fundament pod urządzenie. Toaleta powinna, co najmniej spełniać następujące warunki: (...). Zakup i montaż urządzenia (według ustalonych wyżej standardów) nie są przedmiotem zamówienia”.

Jak wynika ze wskazanych zapisów, przedmiot zamówienia nie obejmował zakupu i montażu toalety. Zamawiający wymagał jedynie aby w projekcie uwzględnić miejsce i zasilanie obiektu WC, a także wykonać fundament. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła (uchwała KIO/KD/3/15), „Zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia, a więc jak stanowi dyrektywa 2004/18/WE, zgodne z projektem podstawowym”. Za „przedmiot zamówienia podstawowego”, należy przyjąć planowane przez zamawiającego zamówienia, obejmujące zarówno zamówienie pierwotne (podstawowe), jak i zamówienia uzupełniające. Zamawiający może bowiem udzielić zamówień uzupełniających na roboty budowlane tylko i wyłącznie w zakresie zamówienia podstawowego.

W wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2019 r. zamawiający wskazał, że dla tego typu obiektów które mają być lokalizowane na terenie Miasta Poznania obowiązuje dokument pod nazwą "Spójna Polityka Parkingowa dla Obszaru Funkcjonalnego Aglomeracji Poznańskiej Kierunki" i stanowi on podstawę przy opracowywaniu PFU. W dokumencie tym na str. 19 stwierdza się m.in. że duże i średnie parkingi Parkuj i Jedź (Park&Ride) powinny być wyposażone w minimum funkcji niezwiązanych bezpośrednio z parkowaniem pojazdów, wśród których wymienia się sanitariaty. Podkreślił Prezes Urzędu, że wskazany przez zamawiającego dokument zawiera wytyczne dla zamawiającego przy opracowywaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Odnosząc się do powyższego, należy uznać, iż zamawiający uwzględnił wytyczne dotyczące sanitariatów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, ale jednocześnie zastrzegł, że zakup i montaż urządzenia nie są przedmiotem zamówienia i nastąpią w terminie późniejszym.

Wprawdzie w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 159095-2016 zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2016 r. zamawiający wskazał, że przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i/lub 7 ustawy Pzp, jednakże nie można uznać, że ww. ogólna wzmianka daje podstawę do domniemywania zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających na montaż i zakup automatycznej toalety, skoro nie były przedmiotem tego

samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym nie są zgodne z zamówieniem podstawowym. Udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, ale na przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo. Powyższe wynika z samej treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak również z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, w których użyto sformułowania „zamówienie uzupełniające było przewidziane”, co oznacza, że przewidziana ma być nie wyłącznie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, ale samo zamówienie uzupełniające jako takie, czyli zamówienie określonego rodzaju i związane z przedmiotem zamówienia podstawowego. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamówieniach uzupełniających, tak jak w przypadku przedmiotowego postępowania, nie może być więc uznane za wystarczające z punktu widzenia zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego, w szczególności, gdy zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówień uzupełniających wykraczających zupełnie poza przedmiot zamówienia podstawowego. Tym samym, nie można uznać, że zamówienie uzupełniające polegające na rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety zostało w ogłoszeniu o zamówieniu przewidziane, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28 lipca 2016 r.) i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej.

Odnosząc się do zmiany terminu realizacji umowy podstawowej, Prezes Urzędu wskazał, że niezależnie od momentu zawarcia aneksu (w trakcie obowiązywania umowy podstawowej, czy po jej wykonaniu), termin realizacji wskazany w aneksie nie może wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej.

W przedmiotowym postępowaniu zmianie uległ § 5 ust. 1 i 2 dotyczący wynagrodzenia należnego wykonawcy, który został wykreślony i zastąpiony postanowieniem, cyt.: „*Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie zaproponowane w ofercie w łącznej wysokości 4.173.623,72 zł netto, podatek VAT 23% 959.933,46 zł, 5.133.557,18 zł brutto*”. Tym samym, wynagrodzenie należne wykonawcy wzrosło o kwotę 387.450,00 zł brutto. W tym cena automatycznej toalety, która została włączona w Podetap II.2.b) zamówienia wynosiła 348.705,00 zł brutto. W umowie Etap II.2 dotyczył wykonania robót budowlanych w zakresie płyty parkingu, a w szczególności podbudowy i nawierzchni w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych, chodników. W wyniku podpisania Aneksu nr 2, Etap II został podzielony na trzy etapy:

II. 2a. wykonanie robót budowlanych w zakresie płyty parkingu, a w szczególności podbudowy i nawierzchnie w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych i chodników - 70% zakresu,

II. 2b. dostarczenie, montaż i uruchomienie obiektu automatycznej toalety,

II. 2c. wykonanie robót budowlanych w zakresie płyty parkingu a w szczególności podbudowy i nawierzchni w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych, chodników - 30% zakresu (łącznie z podetapem II. 2a. - 100% zakresu),

a dotychczasowy zakres prac Etapu II został podzielony na dwa podetapy: Podetap II.2a i Podetap II. 2c. Wzrost ceny dotyczył również Etapu III zamówienia o 38.745 zł brutto, na który składało się opracowanie dokumentacji powykonawczej, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie względnie zgłoszenie zakończenia budowy, przeprowadzenie szkolenia osób w zakresie obsługi i serwisowania urządzeń. Wskazać należy, iż zamawiający zwiększył wynagrodzenie zasadnicze wynikające z oferty wykonawcy, wprowadził aneksem podetap II.2b., którego co prawda wartość wskazał autonomicznie dla samego dostarczenia, montażu i uruchomienia obiektu automatycznej toalety, ale również zwiększył wynagrodzenie wykonawcy za Etap III zamówienia. Jak wynika z powyższego, Aneksem nr 2 zwiększono wynagrodzenie należne wykonawcy określone w umowie podstawowej.

Aneksem nr 2 zmieniono termin zakończenia realizacji całości zamówienia do dnia 15 grudnia 2017 r. (w umowie podstawowej: do dnia 30 września 2017 r.). Zmianie uległy również terminy realizacji poszczególnych prac wskazanych w etapach. Dotychczasowy Etap II został podzielony na trzy podetapy, a zakres prac Etapu II wynikający z umowy podstawowej został podzielony na dwa podetapy: II.2a i II.2c. Dostawa, montaż i uruchomienie automatycznej toalety zostało włączone do Etapu II jako podetap II.2b. Prezes Urzędu wskazał, iż miało to wpływ na zakończenie prac Etapu II oraz wywarło wpływ na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny Prezes Urzędu wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Prezes Urzędu poinformował, że stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

II.

Pismem z 16 października 2019 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 17 października 2019 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej (dalej: „zastrzeżenia”).

Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością działające w imieniu i na rzecz Miasta Poznań wniosła zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej następczej przekazanych pismem z dnia 4 października 2019r. (doręczonym w dniu 10 października 2019r.) wnosząc o ich uchylenie w całości.

Zamawiający wynikom kontroli zarzucamy naruszenie:

- art. 19 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w związku z postanowieniami § 30 umowy z dnia 18 października 2016r. nr RU146/PIM/16/TP/LXIV poprzez jego błędną wykładnię,
- art. 19 ust.3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisów rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016r. w sprawie wykazu robót budowlanych w związku z zapisami SIWZ nr ref. PIM/07/16/ZP32/LXIV poprzez jego niewłaściwe zastosowanie,
- art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016r. w sprawie wykazu robót budowlanych poprzez ich błędną wykładnię.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wniósł o uchylenie wyników kontroli i orzeczenie że zawarcie aneksu nr 2 do umowy z dnia 18 października 2016r. nr RU-146/PIM/16/TP/LXIV nie stanowiło naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych oraz art. 19 ust. 3 pkt 2b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w sposób następujący uzasadnił swoje stanowisko:

W informacji o wynikach kontroli doraźnej następczej z dnia 4 października 2019r. (doręczonej w dniu 10 października 2019r.) stwierdzono naruszenie art. 19 ust.3 pkt 2b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, przez rozszerzenie Aneksem nr 2 do umowy zakresu robót przewidzianych umową podstawową, zmianę terminów zakończenia realizacji całości zadania do dnia 15 grudnia 2017r. a także zwiększenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia przewidzianego w umowie podstawowej.

Z treści uzasadnienia do wyników kontroli wynika, że zostały one ustalone w wyniku następującego stanu faktycznego:

- zawarcia w dniu 8 września 2017r. Aneksu nr 2 do umowy z dnia 18 października 2016r. nr RU146/PIM/16/TP/LXIV, w którym zawarto następujące zapisy:
 - że Zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówień o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 PZP w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy polegających na rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety,
 - że w toku realizacji umowy wystąpiły okoliczności o których mowa w pkt 22 lit. b) i c) SIWZ warunkujące wprowadzenie zmian do umowy w zakresie terminów tj: wydłużenia procedury uzgodnień projektu wykonawczego, rozszerzenia zakresu zadania o wykonanie automatycznej toalety, wpływu montażu automatycznej toalety na realizację zadania podstawowego,
 - że w dniu 28 lipca 2016r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy PZP oraz niektórych innych ustaw która w art. 19 ust.3 pkt 1 dopuściła zmianę umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy w przypadkach określonych w SIWZ a w art. 19 ust. 3 pkt 2 b) dopuściła zmianę zawartej umowy w przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego,
 - rozszerzono zakres robót przewidzianych umową podstawową,
 - zmieniono termin zakończenia realizacji całego zadania do dnia 15 grudnia 2017r.
 - zwiększono wynagrodzenie należne wykonawcy;
- ustalenia że postanowienia OPZ w żadnym z punktów nie wymieniają zakupu i montażu urządzeń sanitarnych;
- zapisów PFU, które przewidują, że w projekcie na parkingu P&R lub jego bezpośrednim sąsiedztwie należy uwzględnić i uzgodnić z Zamawiającym miejsce na ustawienie automatycznego obiektu WC oraz że zakup i montaż nie są przedmiotem zamówienia;
- zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, że zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 i/lub 7 ustawy PZP.

Na podstawie takich ustaleń faktycznych kontrolujący uznali że:

- przedmiot umowy nie obejmował zamówień na montaż i zakup automatycznej toalety,
- nie można uznać, że zamówienie uzupełniające polegające na rozszerzenie zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch)

automatycznej toalety zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt ustawy PZP przed nowelizacją i art. 19 ust.3 pkt 2 lit b) ustawy zmieniającej,

- termin realizacji wskazany w aneksie nie może wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej.

W związku z czym w ocenie kontrolujących — „w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 19 ust.3 pkt 2b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw” .

W ocenie Zamawiającego stwierdzenie naruszeń jest niezasadne i niemające swojego uzasadnienia w stanie faktycznym oraz mających zastosowanie przepisów prawa.

Zamawiający podniósł, że:

1. Aneksem nr 2 dokonano zmiany umowy z dnia 18 października 2016 roku nr RU-146/PIM/16/TP/LXIV (Umowa) w zakresie terminu wykonania zamówienia .

Zmiana terminu wynikała jednak z wystąpienia w toku realizacji umowy okoliczności przewidzianych w § 30 polegających na wydłużeniu „*terminów opiniowania i uzgadniania, procedur administracyjnych, oraz innych terminów spraw urzędowych, mających wpływ na terminy realizacji zamówienia, niezawinionych przez Wykonawcę*”. Taka podstawa dokonania zmian w Umowie w zakresie § 30 została powołana w preambule do Aneksu nr 2 - w pkt 2 i 4 odnośnik pierwszy.

Zmiana § 3 ust. 4 Umowy nie wynikała zatem, z ustalenia stron co do zamówienia uzupełniającego. Podstawą do dokonania tej zmiany był art. 19 ust.3 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Tymczasem z treści informacji o wyniku kontroli wynika że kontrolujący ustalając naruszenie aneksu nr 2 w zakresie zmiany terminu Umowy nie brali pod uwagę art. 19 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w związku z postanowieniami § 30 Umowy.

2. Ustawodawca w art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy PZP oraz niektórych innych ustaw przewidział, że dopuszczalna jest zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego w przypadku udzielenie w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego a

zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Odnosząc treść powyższego przepisu do zmiany Umowy dokonanej zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 1 Aneksu nr 2 dochodzi się do następujących ustaleń:

- w § 1 ust. 1 Umowy w sposób bardzo szeroki opisano przedmiot zamówienia ustalając, że polegał on na zaprojektowaniu, budowie i wyposażeniu parkingu typu Park&Ride przy ul. Szymanowskiego w Poznaniu. W § 1 ust. 2 Umowy dodatkowo ustalono, że przedmiot ten będzie realizowany zgodnie z umową, ofertą wykonawcy oraz SIWZ wraz z załącznikami. W § 3 ust. 2 Umowy ponownie określono że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wybudowanie i wyposażenie parkingu typu Park & Ride przy ul. Szymanowskiego w Poznaniu.

Powyższe zapisy SIWZ oraz Umowy zostały pominięte przez kontrolujących. Tymczasem wykazują one, że przedmiotem zamówienia podstawowego było szereg robót budowlanych. Postanowieniami Aneksu nr 2 strony Umowy ustaliły, że część z tych robót zostanie powtórzona w celu realizacji toalety.

Zamawiający nie zgadza się z kontrolującymi aby z przepisu art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy PZP oraz niektórych innych ustaw wynikało, że dla zastosowania tego przepisu konieczne byłoby aby w zakresie przedmiotu umowy wprost i literalnie wskazano, że obejmuje on budynek toalety.

Zamawiający uważa zatem, że Aneks nr 2 (dotyczący powierzenia dotychczasowemu Wykonawcy wykonania / powtórzenia tego samego rodzaju zamówień), w którym jako podstawę prawną wskazano art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy PZP oraz niektórych innych ustaw, wbrew ustaleniom kontrolujących, nie narusza obowiązujących przepisów prawa.

3. Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy PZP przez pojęcie roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Na podstawie art. 2c PZP wydane zostało przez Ministra Rozwoju rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych.

Stosownie do tych regulacji w SIWZ dla Umowy dokonano opisu przedmiotu zamówienia odwołując się do poszczególnych kodów PCV. Kontrolujący dokonując ustalenia co było przedmiotem zamówienia pominięli art. 2 pkt 8 PZP oraz treść rozporządzenia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że pismem z dnia 4 czerwca 2019 roku nr 2358/PIM/06/19/DK/2018-164 złożył Urzędowi Zamówień Publicznych Departamentowi Kontroli Zamówień szczegółowe wyjaśnienia. W piśmie tym m.in.:

- szczegółowo opisano jakie okoliczności faktyczne były podstawą do zawarcia Aneksu nr 2 w zakresie zmiany terminu (pkt 1 pisma),
- zawarto szczegółowe wyjaśnienia odnośnie przedmiotu Umowy (pkt 2 pisma),
- jednoznacznie wskazano co i w jakim zakresie wpłynęło na zmianę wysokości wynagrodzenia ustaloną Aneksem nr 2.

Odnosnie tych wyjaśnień kontrolujący w wynikach kontroli nie zawarł jakiegokolwiek odniesienia (Pismo z dnia 4 czerwca 2019r. nr 2358/PIM/06/19/DK/2018-164 załączono do zastrzeżeń).

Zamawiający wskazał, uwzględniając powyższe, że zastrzeżenia są uzasadnione i wniósł jak na wstępie.

III.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 30 października 2019 roku (znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/46(8)/19/KO) wskazał - w odpowiedzi na pismo z dnia 16 października 2019 roku zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie, budowa i wyposażenie parkingu typu Park&Ride przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu”, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 4 października 2019 przekazanej przy piśmie (znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/46(5)/19/KO).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi pismo z dnia 16 października 2019 (l.dz.481 3/PIM/10/19/DK/2016-64; wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 października 2019 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie, budowa i wyposażenie parkingu typu Park&Ride przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu”, przeprowadzonego przez Spółkę Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., działającą w imieniu i na rzecz Miasta Poznań poinformował, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz

niektórych innych ustaw, wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 4 października 2019 przekazanej przy piśmie (znak: UZP/DKZP/WKZ5/421/46(5)/19/KO).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez aneksowanie umowy z dnia 18 października 2016 r. (NR RU-146/PIM/16/TP/LXIZ) polegające na:

- rozszerzeniu zakresu robót przewidzianych ww. umową, o zamówienie pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie obiektu automatycznej toalety”,
- zmianie terminu zakończenia pierwotnego zakresu ww. umowy,
- zwiększeniu wynagrodzenia należnego wykonawcy za pierwotny zakres powyżej wskazanej umowy.

Pismem z dnia 16 października 2019 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.: „ (...) stwierdzenie naruszeń jest niezasadne i niemające swojego uzasadnienia w stanie faktycznym oraz mających zastosowanie przepisów prawa.

Zamawiający zatem podnosi:

1. Aneks nr 2 dokonano zmiany umowy z dnia 18 października 2016 r, nr RU-146/PIM/16/TP/LXIV (Umowa) w zakresie terminu wykonania zamówienia.

Zmiana terminu wynikała jednak z wystąpienia w toku realizacji umowy okoliczności przewidzianych w 30 polegających na wydłużeniu „terminów opiniowania i uzgadniania, procedur administracyjnych, oraz innych terminów spraw urzędowych, mających wpływ na terminy realizacji zamówienia, niezawinionych przez Wykonawcę”. Taka podstawa dokonania zmian w Umowie w zakresie 30 została powołana w preambule do Aneksu nr 2 — w pkt 2 i 4 odnośnik pierwszy.

Zmiana 3 ust. 4 Umowy nie wynikała zatem, z ustalenia stron co do zamówienia uzupełniającego. Podstawą do dokonania tej zmiany był art. 19 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Tymczasem z treści informacji o wyniku kontroli wynika że kontrolujący ustalając naruszenie aneksu nr 2 w zakresie zmiany terminu Umowy nie brali pod uwagę art. 19 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w związku z postanowieniami 30 Umowy.

2. Ustawodawca w art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw przewidział, że dopuszczalna jest zmiana umowy o wykonanie zamówienia

publicznego w przypadku udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Odnosząc treść powyższego przepisu do zmiany Umowy dokonanej zgodnie z brzmieniem 1 ust. 1 Aneksu nr 2 dochodzi się do następujących ustaleń:

- w S 1 ust. 1 Umowy w sposób bardzo szeroki opisano przedmiot zamówienia ustalając, że polegał on na zaprojektowaniu, budowie i wyposażeniu parkingu typu Park&Ride przy ul. Szymanowskiego w Poznaniu. W 1 ust.2 Umowy dodatkowo ustalono, że przedmiot ten będzie realizowany zgodnie z umową, ofertą wykonawcy oraz siwz wraz z załącznikami.

W 3 ust. 2 Umowy ponownie określono, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wybudowanie i wyposażenie parkingu typu Park&Ride przy ul. Szymanowskiego w Poznaniu. Powyższe zapisy SIWZ oraz Umowy zostały pominięte przez kontrolujących. Tymczasem wykazują one, że przedmiotem zamówienia podstawowego było szereg robót budowlanych. Postanowieniami Aneksu nr 2 strony Umowy ustaliły, że część z tych robót zostanie powtórzona w celu realizacji toalety

Zamawiający nie zgadza się z kontrolującymi aby z przepisu aft. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw wynikało, że dla zastosowania tego przepisu konieczne byłoby aby w zakresie przedmiotu umowy wprost i literalnie wskazano, że obejmuje on budynek toalety.

Zamawiający uważa zatem, że Aneks nr 2 (dotyczący powierzenia dotychczasowemu wykonawcy wykonania / powtórzenia tego samego rodzaju zamówień), w którym jako podstawę prawną wskazano aft. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw, wbrew ustaleniom kontrolujących, nie narusza obowiązujących przepisów prawa,

3. Zgodnie z art. 2 pkt 8 Pzp przez pojęcie roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Na podstawie art. 2c PZP wydane zostało przez Ministra Rozwoju rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych.

Stosownie do tych regulacji w SIWZ dla Umowy dokonano opisu przedmiotu zamówienia odwołując się do poszczególnych kodów PCV.

Kontrolujący dokonując ustalenia co było przedmiotem zamówienia pominęli art. 2 pkt 8 PZP oraz treść rozporządzenia”

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, Prezes Urzędu stwierdził, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wskazanego w Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak już zostało wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w dniu 8 września 2017 r. został podpisany Aneks nr 2 do umowy z dnia 18 października 2016 r., w którym zamawiający zapisał m.in., że cyt.: *„W toku realizacji umowy zamawiający podjął decyzję o udzieleniu zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia umowy, polegających na rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety zgodnie z wymaganiami przekazanymi drogą elektroniczną w dniu 06.06.2017r.”* Jednocześnie zamawiający wskazał, że cyt.: *„W toku realizacji umowy wystąpiły okoliczności o których mowa w pkt 22.2 lit. b) i c) siwz warunkujące wprowadzenie zmian do umowy, w zakresie zmiany terminów realizacji umowy, tj.:*

- wydłużenie procedury uzgodnień projektu wykonawczego,*
- rozszerzenie zakresu zadania przez dysponenta o wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety,*
- wpływ montażu automatycznej toalety na realizację zadania podstawowego”.*

(...) „W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która to w art. 19 ust. 3 pkt 1 dopuściła zmianę umowy zawartej przed dniem wejścia w życie tej ustawy w przypadkach określonych w siwz a w art. 19 ust. 3 pkt 2 b) dopuściła zmianę zawartej umowy w przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego”

Prezes Urzędu wskazał, że ustawa zmieniająca dokonała zmian przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczącego zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce

wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych”. Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki i to niezależnie od okoliczności, że umowa w sprawie zamówienia podstawowego (zwana dalej także „umową podstawową”) została zawarta przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy, a zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym i na etapie sporządzania specyfikacji przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Ustawodawca dostrzegł jednakże w tej sytuacji problem funkcjonujących w obrocie umów w sprawie zamówienia podstawowego zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej lub umów zawartych po dniu wejścia w życie tych przepisów, ale będących następstwem postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanych (postępowań prowadzonych na starych zasadach). Do takich sytuacji ustawodawca przewidział w art. 19 ust. 3 ustawy zmieniającej specjalny przepis intertemporalny. Zgodnie z tym przepisem „Dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli:

2) umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1—3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z następujących warunków:

b) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, (...)

Podstawy zmian takich umów są tożsame z uchylonymi przesłankami zamówień uzupełniających udzielanych w trybie z wolnej ręki. Tożsamość przesłanek obejmuje także pojęcie „zamówienia uzupełniającego” co oznacza, że zakres przedmiotowy przepisu w odniesieniu do tego pojęcia nie uległ zmianie. Zmieniono tylko i wyłącznie sposób jego udzielenia zamówienie uzupełniające udzielane dotychczas w trybie odrębnego zamówienia z wolnej ręki — mogło być udzielane poprzez zmianę umowy (aneks). Jeżeli zatem zamawiający np. przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego i wypełnił przesłanki pozwalające na udzielenie

takiego zamówienia — to po nowelizacji nie mógł udzielić zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki, mógł natomiast w oparciu o cytowany powyżej przepis intertemporalny udzielić takiego zamówienia uzupełniającego na podstawie aneksu do umowy podstawowej. Powyższy termin „zamówienie uzupełniające” należy rozumieć w podobny sposób, w jaki był definiowany przed nowelizacją. Zamówienie uzupełniające udzielane poprzez aneks do umowy oznacza, że nie może on przyjąć dowolnej postaci i regulować dowolnych (wybranych) zapisów umowy podstawowej, a jedynie takie, które wynikają z treści cytowanego przepisu. W przypadku robót budowlanych zmiana umowy polegać powinna na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Zamawiający w wyniku podpisania Aneksu nr 2 rozszerzył zakres robót przewidzianych umową podstawową o niezasadne roboty uzupełniające i w konsekwencji przedłużył termin realizacji dla podstawowego zakresu umowy oraz zwiększył wynagrodzenie za podstawowy zakres umowy.

Odnosząc się do dyspozycji art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy zmieniającej Prezes Urzędu podkreślił, iż zamówienie uzupełniające musi „polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”. Nie może dotyczyć takich robót, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu niniejszego zamówienia zamieszczony w siwz, w żadnym z punktów nie wymieniał zakupu i montażu urządzeń sanitarnych (toalety). W Programie Funkcjonalno- Użytkowym dla projektu pn.: „Budowa parkingu typu P&R przy ulicy Szymanowskiego w Poznaniu”, w Części 1: „Projekt i budowa parkingu P&R” w pkt 1.4.3.12 „Sanitariat” znalazł się zapis, cyt.: *„W projekcie na parkingu P&R lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie należy uwzględnić i uzgodnić z zamawiającym miejsce na ustawienie automatycznego obiektu WC przystosowanego dla potrzeb osób z ograniczoną sprawnością ruchową. W każdym przypadku w projekcie należy uwzględnić i uzgodnić zasilanie takiego urządzenia, podłączenie do sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej oraz wykonać fundament.* Natomiast w pkt 3.1.4.12 „Sanitariat” zapisano: *„Należy zaprojektować, dogodną lokalizację pod względem komunikacyjnym i wizualnym oraz dostępności przyłączy. Podłączenie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi wydanymi przez AQUANET S.A. w Poznaniu. Po uzyskaniu warunków technicznych na przyłączy dla zasilania sanitariatu w energię elektryczną od właściwego gestora sieci — ENEA Sp. z o.o., po obliczeniu niezbędnego zasilania: należy wykonać fundament pod urządzenie. Toaleta powinna, co najmniej spełniać następujące warunki: (.. Zakup i montaż urządzenia (według ustalonych wyżej standardów) nie są przedmiotem*

zamówienia". Jak wynika ze wskazanych zapisów, przedmiot zamówienia nie obejmował zakupu i montażu toalety. Zamawiający wymagał jedynie, aby w projekcie uwzględnić miejsce i zasilanie obiektu WC, a także wykonać fundament. „Zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia, a więc jak stanowi dyrektywa 2004/18/WE, zgodne z projektem podstawowym” (Krajowa Izba Odwoławcza, uchwała KIO/KD/3/15). Za „przedmiot zamówienia podstawowego”, należy przyjąć planowane przez zamawiającego zamówienia, obejmujące zarówno zamówienie pierwotne (podstawowe), jak i zamówienia uzupełniające. Zamawiający może bowiem udzielić zamówień uzupełniających na roboty budowlane tylko i wyłącznie w zakresie zamówienia podstawowego. W wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2019 r. zamawiający wskazał, że dla tego typu obiektów które mają być lokalizowane na terenie Miasta Poznania obowiązuje dokument pod nazwą "Spójna Polityka Parkingowa dla Obszaru Funkcjonalnego Aglomeracji Poznańskiej Kierunki" i stanowi on podstawę przy opracowywaniu PFU. W dokumencie tym na str. 19 stwierdza się m.in., że duże i średnie parkingi Parkuj i Jedź (Park&Ride) powinny być wyposażone w minimum funkcji niezwiązanych bezpośrednio z parkowaniem pojazdów, wśród których wymienia się sanitariaty. Podkreślenia wymaga fakt, iż wskazany przez zamawiającego dokument zawiera wytyczne dla zamawiającego przy opracowywaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Odnosząc się do powyższego, należy uznać, iż zamawiający uwzględnił wytyczne dotyczące sanitariatów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, ale jednocześnie zastrzegł, że zakup i montaż urządzenia nie są przedmiotem zamówienia i nastąpią w terminie późniejszym.

Wprawdzie w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym nr 159095-2016 zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2016 r. zamawiający wskazał, że przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i/lub 7 ustawy Pzp, jednakże nie można uznać, że ww. ogólna wzmianka daje podstawę do domniemywania zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających na montaż i zakup automatycznej toalety, skoro nie były przedmiotem tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym nie są zgodne z zamówieniem podstawowym. Udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, ale na przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo. Powyższe wynika z samej treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak również z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, w których użyto sformułowania „zamówienie uzupełniające było przewidziane”, co oznacza, że przewidziana ma być nie wyłącznie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, ale samo

zamówienie uzupełniające jako takie, czyli zamówienie określonego rodzaju i związane z przedmiotem zamówienia podstawowego. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamówieniach uzupełniających, tak jak w przypadku przedmiotowego postępowania, nie może być więc uznane za wystarczające z punktu widzenia zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego, w szczególności, gdy zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówień uzupełniających wykraczających zupełnie poza przedmiot zamówienia podstawowego. Tym samym nie można uznać, że zamówienie uzupełniające polegające na rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety zostało w ogłoszeniu o zamówieniu przewidziane, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28 lipca 2016 r.) i art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej.

W przedmiotowym postępowaniu zmianie uległ § 5 ust. 1 i 2 umowy dotyczący wynagrodzenia należnego wykonawcy, który został wykreślony i zastąpiony postanowieniem, cyt.: *„Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie zaproponowane w ofercie w łącznej wysokości 4.173.623,72 zł netto, podatek VAT 23% 959.933,46 zł, 5. 133.557, 18 zł brutto”*. Tym samym, wynagrodzenie należne wykonawcy wzrosło o kwotę 387.450,00 zł brutto. W tym cena automatycznej toalety, która została włączona w Podetap II.2.b) zamówienia wynosiła 348.705,00 zł brutto. W umowie Etap II.2 dotyczył wykonania robót budowlanych w zakresie płyty parkingu, a w szczególności podbudowy i nawierzchni w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych, chodników. W wyniku podpisania Aneksu nr 2, Etap II został podzielony na trzy etapy:

II. 2a. wykonanie robót budowlanych w zakresie płyty parkingu, a w szczególności podbudowy i nawierzchni w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych i chodników - 70% zakresu,

II. 2b. dostarczenie, montaż i uruchomienie obiektu automatycznej toalety,

II. 2c. wykonanie robót budowlanych w zakresie płyty parkingu a w szczególności podbudowy i nawierzchni w zakresie miejsc postojowych, dróg manewrowych, chodników

- 30% zakresu (łącznie z podetapem II. 2a. - 100% zakresu),

a dotychczasowy zakres prac Etapu II został podzielony na dwa podetapy: Podetap II.2a i Podetap II. 2c. Wzrost ceny o 38.745 zł brutto dotyczył również Etapu III zamówienia, na który składało się opracowanie dokumentacji powykonawczej, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie względnie zgłoszenie zakończenia budowy, przeprowadzenie szkolenia osób w zakresie obsługi i serwisowania urządzeń. Prezes Urzędu wskazał, iż zamawiający zwiększył wynagrodzenie zasadnicze wynikające z oferty wykonawcy, wprowadził aneksem podetap II.2b., którego co prawda wartość wskazał autonomicznie dla samego dostarczenia,

montażu i uruchomienia obiektu automatycznej toalety, ale również zwiększył wynagrodzenie wykonawcy za Etap III zamówienia. Jak wynika z powyższego, Aneks nr 2 zwiększa wynagrodzenie należne wykonawcy określone w umowie podstawowej.

Odnosząc się do zmiany terminu realizacji umowy podstawowej, Prezes Urzędu podał, że niezależnie od momentu zawarcia aneksu (w trakcie obowiązywania umowy podstawowej, czy po jej wykonaniu), termin realizacji wskazany w aneksie nie powinien wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy podstawowej. Aneks nr 2 zmienia termin zakończenia realizacji całości zamówienia do dnia 15 grudnia 2017 r. (w umowie podstawowej: do dnia 30 września 2017 r.). Tym samym, niezasadne udzielenie zamówienia uzupełniającego poprzez aneksowanie trwającej umowy nie mogło powodować zmiany terminu realizacji umowy w podstawowym zakresie (przed aneksem).

Prezes Urzędu podał, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych potrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zastrzeżenie przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

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

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej nie są zasadne i nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14).

Izba podziela i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej naruszenie przez Zamawiającego przepisów naruszenie art. 19 ust. 3 pkt 2 b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, poprzez rozszerzenie Aneksu nr 2 do umowy zakresu robót przewidzianych umową podstawową, zmianę terminu zakończenia realizacji całości zadania do dnia 15 grudnia 2017 r., a także zwiększenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia przewidzianego w umowie podstawowej.

W ocenie Izby, na podstawie przedstawionej dokumentacji, w tym Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, Izba stwierdziła, że w trakcie kontroli ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy prawidłowo.

Mając na uwadze, że stanowisko Izby wyrażone w uchwale dotyczy oceny zasadności przedstawionych przez Zamawiającego zastrzeżeń Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem. Stanowi ono szczególną formę prowadzącą do udzielenia zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na Zamawiającego, jak również podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W ramach tych regulacji nie ma miejsca na odstępstwa czy też nieznanujące uzasadnienia wykładnie przepisów prawa. W zamian regulacje te są gwarantem jasnej i przejrzystej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, która w efekcie prowadzi do udzielenia zamówienia w ramach prowadzonej procedury z określonym wykonawcą. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do realizacji zamówienia – jednakże to odstępstwo od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych i dopuszczonych obowiązującymi przepisami prawa.

W zastrzeżeniach do wyników kontroli doraźnej następczej Zamawiający wskazywał na niewłaściwe przyjęcie przez Prezesa Urzędu faktycznej podstawy zmiany terminu realizacji umowy (punkt 1 strona 3 zastrzeżeń), jednakże nie wykazał przyczyn i faktycznych

podstaw, jakie stanowiły o zmianie terminu wykonania zamówienia. Samo odwołanie do wskazanego § 30 umowy oraz odniesienie do treści Aneksu nr 2 z 18 października 2016 roku nie wyjaśnia, jakie to faktycznie okoliczności legły u podstaw zmiany terminu wykonania zamówienia. Izba wskazuje, że w przedstawionych zastrzeżeniach, które to zastrzeżenia podlegają ocenie Izby, Zamawiający nie podał żadnej okoliczności faktycznej, jaka wpływałaby na wydłużenie *terminów opiniowania i uzgadniania, procedur administracyjnych oraz innych terminów spraw urzędowych, mających wpływ na wykonanie zamówienia, niezawinionych przez wykonawcę*. Fakt odniesienia się do pisma z dnia 4 czerwca 2019 roku stanowiącego załącznik do zastrzeżeń, również w ocenie Izby nie przesadza o tym, że podstawą zmiany terminu wykonania zamówienia nie było „rozszerzenie zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety”. Wręcz przeciwnie, z pisma tego – które w ocenie Izby, co należy zaznaczyć w tym miejscu nie może i nie jest traktowane jako przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia - wynika, że *podstawą zawarcia aneksu nr 2 nie była wyłączenie decyzja o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 19 ust.3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych*. Izba podkreśla w tym miejscu, że zastrzeżenia do wyniku kontroli powinny być umotywowane (art. 167 ust.1 ustawy), natomiast Izba wyraża opinię, w formie uchwały, w sprawie zastrzeżeń – tym samym ocenia wyrażone w zastrzeżeniach do wyniku kontroli stanowisko Zamawiającego. Przedstawione w załączeniu do zastrzeżeń dokumenty, które – jak przykładowo pismo z dnia 4 czerwca 2019 roku – nie zastępują stanowiska Zamawiającego odnośnie wyniku kontroli – w zasadzie nie mogą go zastąpić, bowiem dokument ten tj. z dnia 4 czerwca 2019 roku powstał przed przekazaniem Zamawiającemu przez Prezesa Urzędu Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej. Traktując ten dokument jedynie jako popierający stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli Izba wskazuje, że dowodzi on odmiennie od tego co twierdzi w zastrzeżeniach Zamawiający, bowiem wprost wskazuje, co wskazano już powyżej, że *podstawą zawarcia aneksu nr 2 nie była wyłącznie decyzja o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 19 ust.3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych*. W ocenie Izby podanie, że podstawą zawarcia aneksu nie była wyłączenie decyzja o rozszerzeniu zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety potwierdza w sposób jednoznaczny, że decyzja o zawarciu ww. aneksu była oparta również na tej podstawie faktycznej. Natomiast wskazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach inne okoliczności nie zostały ujęte w kontekście czasowym ich realizacji, a jednocześnie Zamawiający zaznaczył sam w przedstawionym piśmie z dnia 4 czerwca 2019 roku,

że „wykonanie prac w zakresie toalety wpływało na wykonanie innych prac w ramach umowy (...)” . Zaznaczenia wymaga w tym miejscu ponownie, że rozszerzenie zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety spowodowało zmianę etapów i wprowadzenie do umowy nowych etapów na co również wskazywał Prezes Urzędu. Przedstawione zastrzeżenia i dokumenty dla poparcia twierdzeń w tych zastrzeżeniach zawartych w żaden sposób nie wykazują, nie potwierdzają i nie uzasadniają, że zmiana terminu wykonania zamówienia wynikała z innych przyczyn niż rozszerzenie zakresu zadania o kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety.

W zastrzeżeniach do wyników kontroli doraźnej następczej Zamawiający wskazywał że nie zgadza się z kontrolującym, że z przepisu art. 19 ust. 3 pkt 2b ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wynikało, że dla zastosowania tego przepisu konieczne było, aby w zakresie przedmiotu umowy wprost i literalnie wskazano, że obejmuje on budynek toalety (punkt 2 strona 3 zastrzeżeń). W odniesieniu do tej części zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej Izba zaznacza, że Zamawiający potwierdził, że w ramach realizacji zamówienia zgodnie z ww. przepisem dopuszczona jest realizacja „powierzenia dotychczasowemu wykonawcy wykonania/powtórzenia tego samego rodzaju zamówienia”. W ocenie Izby, mając na uwadze stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu, wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety w ramach zamówienia głównego nie było przewidziane. Podkreślenia wymaga, że chodzi o wykonanie zamówienia określonego rodzaju w ramach zamówienia głównego, natomiast w ramach zamówienia głównego nie było uwzględnionej automatycznej toalety, i bez znaczenia pozostaje w tym zakresie, że taka toaleta jest ujęta w „Spójnej polityce Parkingowa dla Obszaru Funkcjonalnego Aglomeracji Poznańskiej Kierunki” czy z samego charakteru obiektu parkingu typu P&R, który służy do obsługi osób korzystających z parkingu. Tak szeroka interpretacja postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jaką stosuje Zamawiający, nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Postanowienia umowy do których referuje Zamawiający w przedstawionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej następczej (§1 ust. 1 i §3 ust. 2 umowy), nie dowodzą tego, że w ramach zamówienia głównego było ujęte kompletne wykonanie (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety. Taki sposób interpretacji, jak wskazał Zamawiający pozwoliłby na przyjęcie, że w ramach wskazywanych przez Zamawiającego „szeregu robót

budowlanych” można ująć w zasadzie wszystkie inne prace, bowiem zawsze część robót budowlanych będzie musiała być wykonywana tak samo czy podobnie, co wynika z istoty samych robót budowlanych – tym samym zawsze można byłoby wykazywać, że w ramach wskazanych jakiś robót budowlanych realizowane będą roboty o innym celu. W ocenie Izby koniecznym jest w ramach zamówienia jednoznaczne przewidzenie realizacji danych robót, tak aby nie należało ich domniemywać wyinterpretowywać czy w inny sposób poszukiwać uzasadnienia dla ich faktycznego istnienia.

W odniesieniu do zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej przedstawionych przez Zamawiającego w punkcie 3 (str. 4 zastrzeżeń) Izba stwierdziła, że brak jest wyjaśnienia przez Zamawiającego tego, co w ocenie Zamawiającego pominęli kontrolujący w kontekście powołanej podstaw prawnej oraz aktów prawnych. W sumie nie można ustalić, czego miało dotyczyć stanowisko Zamawiającego. Sam Zamawiający wskazując na to, że kontrolujący „*dokonując ustalenia co było przedmiotem zamówienia pominęli art. 2 pkt 8 PZP oraz treść rozporządzenia*” nie podaje w zastrzeżeniach do wyniku kontroli informacji co też kontrolujący pominął w kontekście tych regulacji i w zasadzie, jakie to informacje byłyby istotne dla oceny tego co było przedmiotem zamówienia. Sam fakt uwzględnienia danego rodzaju robót budowlanych czy usług w ramach kodów CPV nie przesądza, że dana usługa czy robota budowlana miała akurat dotyczyć kompletnego wykonania (prace projektowe, dostawa, montaż i rozruch) automatycznej toalety. Pamiętać bowiem należy, że nie wskazał Zamawiający samej dostawy automatycznej toalety, natomiast bez takiej dostawy - która też została objęta aneksem nr 2 – ujęte w podstawowym zakresie zamówienia roboty budowlane i usługi mogą być również realizowane, ale w zupełnie innym zakresie, niezwiązanym z automatyczną toaletą.

W przedstawionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej następczej brak jest jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do zmiany wysokości wynagrodzenia. Izba, mając na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację i stanowisko odnośnie pisma z dnia 4 czerwca 2019 roku wskazuje jedynie, że „*Aneks nr 2 zwiększył wynagrodzenie wykonawcy wyłącznie o wartość robót w zakresie budowy toalety*”.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....