

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 lipca 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 czerwca 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, ul. Chmielna 27/33

dotyczących Informacji o wynikach kontroli doraźnej z dnia 10 czerwca 2016 r., znak: UZP/DKD/KND/30/15 w przedmiocie zamówienia na „**Remont korytarzy w budynku Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Gdańsku**” w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Skarbu Państwa - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, ul. Chmielna 27/33 zgłoszonych dnia 21 czerwca 2016r.r. od stwierdzonych naruszeń przepisów naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.t.j. z 2015r. poz. 2164 ze zm. – dalej ustawy Pzp), naruszenia oraz naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wprowadzeniu do warunków postępowania klauzul dopuszczających zmiany umowy, które stoją w sprzeczności z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz dopuszczenia do zawarcia aneksu nr 1 rozszerzającego zakres przedmiotowy pierwotnej umowy w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 czerwca 2016r. r., znak: UZP/DKD/KND/30/15,
natomiast uwzględnia zastrzeżenia zamawiającego od stwierdzonych naruszeń art. 7 ust. 1, art. 140 ust. 1, art 144 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w. zw. z art. 58 KC i 139 ustawy Pzp mających polegać na wprowadzeniu do umowy zapisów prowadzących do obejścia przepisów prawa dotyczących zakazu zmian istotnych postanowień

umowy

Uzasadnienie

W dniu 22 listopada 2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP lub kontrolujący) wszczął kontrolę doraźną ww. postępowania. W wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli z dnia 10 czerwca 2016r. kontrolujący podał następujące ustalenia :

Wskazał, że przedmiotem zamówienia był remont korytarzy i klatek schodowych w budynku Oddziału ZUS w Gdańsku, ul. Chmielna 27/33. Zamawiający wymagał obliczenia ceny oferty na podstawie kosztorysu ofertowego, sporządzonego zgodnie z opracowaną przez zamawiającego dokumentacją techniczną, w tym przedmiarem robót. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynikało, iż w toku postępowania złożono oferty z następującymi cenami:

- 1) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane WABAR B.W., z ceną 2 928 211,06 zł,
- 2) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Frontex T.D., z ceną 2 850 200,91 zł (oferta uznana za najkorzystniejszą),
- 3) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe VOYDAREX D.H., z ceną 2 068 840,75 zł (oferta odrzucona),
- 4) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane ELBUB M.N., z ceną 2 954 891,37 zł.

Analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania według Prezesa UZP pozwalała stwierdzić, iż zarówno w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane WABAR B.W., jak również w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane ELBUB M.N. pozycje przedmiaru robót: 1 d.1.1, 2 d.1.1, 8 d.1.1, 9 d.1.1, 10 d.1.1, 11 d.1.2, 12 d.1.2, 13 d.1.3, 14 d.1.3, 15 d.1.3, 16 d.1.3, 18 d.2, 27 d.3, 28 d.3, 29 d.3 zostały indywidualnie wycenione, tj. nie stanowiły sumy innych pozycji kosztorysu, jak to miało miejsce w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe FRONTEX T.D. oraz w ofercie Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe VOYDAREX D.H.. Jednocześnie kontrolujący wskazał, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert nie dopatrywał się ww. ofertach rozbieżności, która stanowiłaby podstawę odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ bądź dokonania jej poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ wynika, iż zastosowana przez zamawiającego numeracja w kolumnie pierwszej wskazuje, iż punkty 1 d.1.1, 2 d.1.1, 8 d.1.1, 9 d.1.1, 10 d.1.1, 11 d.1.2,

12 d.1.2, 13 d.1.3, 14 d.1.3, 15 d.1.3, 16 d.1.3, 18 d.2, 27 d.3, 28 d.3, 29 d.3 (określone jako analiza indywidualna w kolumnie nr 2), nie powinny zostać wycenione, gdyż stanowią składową podpunktów umieszczonych pod nimi. Natomiast analiza kolumny nr 6 przedmiaru robót, może sugerować, iż ww. punkty powinny zostać wycenione, gdyż zamawiający utworzył w tym celu odrębne pole do uzupełnienia.

Prezes UZP dokonując analizy prawnej powyższego stanu faktycznego wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. A zatem, zgodnie z ww. przepisem, sformułowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach. Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Należy zauważyć, iż opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji, jak również powinno pozwolić obliczyć cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Źródłem niniejszej informacji dla wykonawców jest w tym zakresie zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załączonymi do niej dokumentami, w tym m. in. przedmiarem robót. Art. 36 ust. 1 pkt 10 oraz 12 ustawy Pzp wskazują, iż SIWZ zawiera także opis sposobu przygotowania ofert oraz opis sposobu obliczenia ceny. Powyższe oznacza, według kontrolującego, zatem, iż przedmiar robót stanowiący podstawę do skonstruowania kosztorysu ofertowego służącego do obliczenia ceny winien być jednoznaczny i nie powinien pozostawiać wątpliwości co do zakresu i pozycji przedmiaru podlegającego wycenie. W przedmiotowym postępowaniu z przedmiaru robót, w ocenie Prezesa UZP, w sposób jednoznaczny nie wynikało, które z pozycji w nim zawartych winny być wycenione. Co potwierdza analiza ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, którzy różnie wypełnili pozycje kosztorysu skonstruowanego na jego podstawie.

Analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania, prowadziła kontrolującego do konkluzji, iż niejednoznaczny sposób opracowania tabeli przedmiaru robót, spowodował

rozbieżności w zakresie wyceny polegające na agregowaniu kilku pozycji przez część wykonawców bądź zaniechanie wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru robót w kosztorysie ofertowym przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, którzy potraktowali je jako tytuły działów. Jednocześnie na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ nie można, zdaniem Prezesa UZP, ustalić prawidłowej metody wyceny. Ponadto, wskazał, iż niewłaściwe opracowanie dokumentacji postępowania (przedmiaru robót) doprowadziło do sytuacji, w której oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu stały się nieporównywalne, co skutkowało brakiem możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej i winno doprowadzić do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zauważył również, iż zamawiający dokonał zmian w zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania umowie, co wskazuje na okoliczność, iż sporządził on opis przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący. Przedmiar robót służący do skonstruowania kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu pozostał niedookreślony, niekompletny, co skutkowało zawarciem z wybranym wykonawcą aneksu do umowy m.in. na wykonanie robót dodatkowych.

Zaznaczył, że jedynie wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, dokonany zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zapewnia rzetelne oszacowanie przez wykonawców kosztów realizacji zamówienia, a co za tym idzie umożliwia zamawiającemu porównywalność wszystkich złożonych ofert. Prezes UZP powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 18 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/11) *„zakres świadczenia wykonawcy nie może być bowiem pozostawiony domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania, o których mowa w art. 7 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów oferowanego świadczenia”*.

Uznał, iż ww. działanie zamawiającego, polegające na sporządzeniu przedmiaru robót w sposób niejednoznaczny i niedokładny, co wpłynęło na treść sporządzanych przez wykonawców ofert i sposób kalkulacji ceny, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności kontrolujący ustalił, że z dokumentacji kontroli wynika, iż zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w § 25 pkt 2 oraz § 6 pkt 5 i 6 umowy z dnia 12 września 2014 r. możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy wynikającą z następujących okoliczności:

- 1) zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy spowodowana:
 - a. niemożliwymi wcześniej do przewidzenia brakami w Dokumentacji,

- b. koniecznością wykonania zamówień dodatkowych albo wykonania części robót inną technologią niż założona w Dokumentacji,
- 2) zmiana wynagrodzenia, o której mowa w § 6 ust. 6 umowy - w następujących przypadkach:
- a. gdy w przedmiarze, a w konsekwencji w kosztorysie ofertowym, zostaną pominięte roboty objęte przedmiotem zamówienia i ujęte w dokumentacji, zmiany o których mowa wymagały aneksu do umowy, na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego kalkulacji w formie kosztorysu ofertowego na wykonanie robót nieujętych w przedmiarze, uwzględniającego przewidywane ilości robót,
 - b. gdy na zasadach określonych w umowie zostaną wprowadzone zmiany projektowe lub zamiana technologii wykonywania robót, zmiany o których mowa wymagały aneksu do umowy, na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego kalkulacji w formie kosztorysu ofertowego i ewentualnego zwiększenia lub zmniejszenia kosztów wykonania umowy związanych z wprowadzeniem zmiany,

W odniesieniu do powyższego Prezes UZP zaznaczył, iż zgodnie z art. 139 ustawy Pzp, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.), zwanej dalej „KC”. Jednocześnie, przepisy ustawy Pzp dotyczące umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych ograniczają swobodę umów wynikającą z art. 353¹ Kodeksu Cywilnego, co wyraża się m.in. w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie. Z kolei art. 58 § 1 KC stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, generalną zasadą jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Od powyższej zasady przewidziano możliwość odstępstwa tylko w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty. Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Powyższego zapisu jako wyjątku od ogólnej zasady, nie można, w ocenie kontrolującego, interpretować rozszerzające, uzasadnieniem jest bowiem dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez

dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania, co mogłoby wpłynąć na naruszenie uczciwej konkurencji. Zamawiający nie jest uprawniony na podstawie art. 144 ustawy Pzp do wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego takich klauzul dotyczących jej zmiany, które w przypadku ich wcześniejszego wprowadzenia do treści samej umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, doprowadziłyby do zmiany jego wyniku lub prowadziłyby do obejścia przepisów ustawy Pzp, np. w zakresie udzielenia zamówień dodatkowych. Wykonawcy kalkulując ofertę biorą bowiem pod uwagę przede wszystkim zakres rzeczowy zamówienia określony przez zamawiającego, który bezpośrednio kształtuje treść oferty wykonawcy.

Ponadto, warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być konstruowane w sposób dowolny. Powyższemu sprzeciwia się bowiem treść art. 140 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z których wynika, iż zamawiający jest obowiązany stosować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz, że treść umowy musi odpowiadać zobowiązaniu zawartemu w ofercie. Porównanie i ocena ofert wykonawców musi się bowiem odbywać w oparciu o wycenę tego samego zakresu zamówienia i warunków jego realizacji. Późniejsze zmiany umowy wpływające na zmianę wycenianego zakresu obejmują tylko zobowiązanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co może wpływać na ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zatem wprowadzenie do treści umowy klauzul dopuszczających jej zmianę, w szczególności w przypadku pominięcia w wycenie pozycji kosztorysu ofertowego, braków w dokumentacji, robót dodatkowych lub zamiennych, mając na uwadze stwierdzone w pkt. 1 naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia, należy, w ocenie Prezesa UZP, uznać za naruszające ww. regulacje. Zamawiający nie może bowiem sanować ewentualnych braków w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie szerokiego katalogu zmian umowy o bliżej niesprecyzowanym zakresie.

Kontrolujący uznał, iż działanie zamawiającego, polegające na wprowadzeniu do umowy ww. zapisów prowadziło do obejścia przepisów prawa dotyczących zakazu zmian istotnych postanowień zawartej umowy i stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 140 ust. 1, art. 144 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC i 139 ustawy Pzp.

Ponadto jak ustalił kontrolujący z dokumentacji kontroli wynika, iż zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 r. zawarł z wykonawcą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe FRONTEx T.D. aneks nr 1 do umowy z dnia 12 września 2014 r., w którym wprowadzono zmianę terminu realizacji Etapu I robót z dnia 15 grudnia 2014 r. na dzień 29 grudnia 2014 r., zmianę wynagrodzenia wykonawcy z kwoty 2 849 227,74 zł na kwotę 2 990 195,41 zł oraz zaktualizowano harmonogram rzeczowo - finansowy. Ponadto załącznikami do ww. aneksu

są kosztorysy ofertowe na roboty dodatkowe obejmujące:

- 1) remont korytarzy i klatek schodowych w budynku Oddziału ZUS w Gdańsku - Etap I - bez części remontowych robót na IV piętrze - prace ogólnobudowlane,
- 2) remont korytarzy i klatek schodowych w budynku Oddziału ZUS w Gdańsku - Etap I - roboty elektryczne,
- 3) kontrolę dostępu dla pomieszczeń piwnicy w budynku ZUS Oddział w Gdańsku,

które zakresem prac w nich wymienionych rozszerzały zakres przedmiotu zamówienia określonego w treści SIWZ.

W tym miejscu Prezes UZP wskazał, iż zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w § 25 pkt 2 oraz § 6 pkt 5 i 6 umowy z dnia 12 września 2014 r. możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy wynikającą z następujących okoliczności:

2) zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy spowodowana:

- a. niemożliwością wcześniej do przewidzenia brakami w Dokumentacji,
- b. przerwaniem prac przez właściwe organy administracji rządowej i samorządowej albo wykonanie prawomocnego orzeczenia sądu, za co niemożna przypisać winy wykonawcy,
- c. koniecznością wykonania zamówień dodatkowych albo wykonania części robót inną technologią niż założona w Dokumentacji,

3) zmiana wynagrodzenia, o której mowa w § 6 ust. 6 umowy - w następujących przypadkach:

- a. gdy ilości rzeczywiście wykonanych robót określone w obmiarze będą różniły się od przewidywanych ilości robót określonych w przedmiarze – zmiany o których mowa nie wymagały aneksu do umowy, jeżeli skutki kosztowe tych zmian nie wywołują wzrostu wynagrodzenia powyżej kwoty określonej w ust. 1 (wynagrodzenie wykonawcy), w przeciwnym wypadku wymagają aneksu do umowy, na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego kalkulacji w formie kosztorysu zamiennego,
- b. gdy w przedmiarze, a w konsekwencji w kosztorysie ofertowym, zostaną pominięte roboty objęte przedmiotem zamówienia i ujęte

w dokumentacji, zmiany o których mowa wymagały aneksu do umowy, na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego kalkulacji w formie kosztorysu ofertowego na wykonanie robót nieujętych w przedmiarze, uwzględniającego przewidywane ilości robót,

c. gdy na zasadach określonych w umowie zostaną wprowadzone zmiany projektowe lub zamiana technologii wykonywania robót, zmiany o których mowa wymagały aneksu do umowy, na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez zamawiającego kalkulacji w formie kosztorysu ofertowego i ewentualnego zwiększenia lub zmniejszenia kosztów wykonania umowy związanych z wprowadzeniem zmiany,

4) zmiana podwykonawców i dalszych podwykonawców na zasadach określonych w § 13 umowy ,

5) zmiana bezwzględnych przepisów prawa, na podstawie których realizowana jest umowa

6) zmiany realizacji etapu tj. terminy rozpoczęcia realizacji robót, kolejności wykonania robót i ich zakresu, wynikające ze zmian funkcjonalnych i organizacyjnych ZUS.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, generalną zasadą jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. W ocenie Prezesa UZP, jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie, jak również wpływać na pierwotny zakres zobowiązania podlegający wycenieniu w ofertach wykonawców w sposób mogący zaburzyć uczciwą konkurencję, to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

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, zdaniem

kontrolującego, wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym ETS 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.”.

Wskazując na powyższe Prezes UZP stwierdził, że 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. Należy przy tym pamiętać, że nie każda zmiana umowy o zamówienie publiczne, nawet w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających jej wprowadzenie na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, jest dopuszczalna. Na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przede wszystkim nie można dokonywać w umowie w sprawie zamówienia publicznego zmian, które prowadziłyby w rzeczywistości do udzielenia nowego zamówienia.

Tym samym, nie jest możliwe rozszerzenie zakresu zamówienia bądź znaczna zmiana jego przedmiotu (określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) skutkująca tym, iż mielibyśmy do czynienia z nowym zamówieniem w stosunku do pierwotnie udzielonego. Wobec powyższego niedopuszczalne są czynności stron skutkujące rozszerzeniem świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Prezes UZP wskazał, iż prace wyszczególnione w kosztorysach ofertowych załączonych do aneksu nr 1 z dnia 12 grudnia 2014 r., obejmowały roboty dodatkowe w zakresie remontu korytarzy i klatek schodowych w budynkach oddziału ZUS dotyczące:

- 1) prac ogólnobudowlanych w części 4 „pozostałe roboty dodatkowe” na kwotę 49 259,39 netto, (łącznie wartość tego kosztorysu to 95 420,33 zł brutto),
- 2) prac elektrycznych na kwotę 10 106,75 zł brutto,
- 3) kontroli dostępu dla pomieszczeń piwnicy w budynku ZUS Oddział w Gdańsku na kwotę 30 439,50 zł brutto,

Rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy było więc, w ocenie kontrolującego, zmianą istotną, mogącą mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny przez wykonawców. W wyniku rozbieżności z dokumentacją projektową doszło do sytuacji, w której pewna część zakresu rzeczowego inwestycji nie podlegała wycenie wykonawców w ramach składanych ofert, a co za tym idzie - konkurencyjnej procedurze udzielenia zamówienia. W tym miejscu, należy dodatkowo podkreślić niespójności przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego skutkujące brakiem możliwości dokonania rzetelnej wyceny. Wprowadzoną przez zamawiającego zmianę umowy, w ocenie Prezesa UZP, należy uznać za istotną w stosunku do pierwotnego zakresu umowy określonego w dokumentacji projektowej będącej podstawą sporządzenia ofert w ww. postępowaniu. Ponadto kontrolujący wskazał, iż w wyniku ww. zmian oferta wybranego wykonawcy stała się najdroższa ze wszystkich złożonych w postępowaniu.

Uznał, iż ww. działanie zamawiającego, polegające na zawarciu aneksu z dnia 12 grudnia 2014 r., stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 21 czerwca 2016r. zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zgadzając się z zarzutami przedstawionymi w wyniku kontroli doraźnej i wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń.

Wskazał, że przygotował przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia dochowując należytej staranności. Zamawiający podniósł, iż opracował treść SIWZ zgodnie z ustawą Pzp. Wskazał, że określił minimalne warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy, którzy ubiegać się będą o udzielenie zamówienia, określił szczegółowo przedmiot zamówienia oraz opisał sposób przygotowania oferty. Określone zostały wszystkie wymagania niezbędne do rzetelnego sporządzenia kompletnej oferty. Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 31 ust 1 Pzp, został określony za pomocą dokumentacji projektowej (której elementem jest przedmiar robót) i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Dokumentacja, wykorzystana do przygotowania niniejszego postępowania była przygotowana przez osobę posiadającą określone przepisami prawa kwalifikacje. Wyboru wykonawcy do sporządzenia dokumentacji, w tym przedmiaru robót, dokonano na podstawie rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego. Specjalista, pan T.K., autor przedmiaru robót, który był elementem dokumentacji, jest rzeczoznawcą Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych {Załącznik nr 1- wydruk strony internetowej Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych /SKB/, łącznie z opublikowaną listą rzeczoznawców SKB). Na potrzeby SIWZ Inspektor Nadzoru zamawiającego, pan R. C., podzielił opracowany przedmiar według planowanych etapów realizacji robót. Celem określenia wyraźnych potrzeb i wymagań, jakie chciał osiągnąć zamawiający w wyniku planowanego remontu, zorganizowano szereg

spotkań roboczych i konsultacji z przedstawicielami biura projektowego (Biuro Usług Technicznych, B. Sz.). Przed sporządzeniem dokumentacji projektowej przeprowadzona została inwentaryzacja budynku. Przedstawiciele biura, zarówno branży budowlanej, jak i elektrycznej, przy udziale zamawiającego, dokonali niezbędnych obmiarów z natury. Dodatkowo wykorzystane zostały archiwalne dokumenty, będące w posiadaniu zamawiającego. Biuro projektowe sporządziło dokumentację projektową, zgodnie z § 4 ust 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj. Dz. U. z 2013r. poz. 1129). Zgodnie z w/w rozporządzeniem, w skład dokumentacji wchodzi min. projekt budowlany, uwzględniający specyfikę robót oraz przedmiar robót, które de facto stanowią podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Zamawiający wskazał, że istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu przewidywanych do wykonania robót podstawowych, co ma pozwolić na oszacowanie pracochłonności i ilości ujętych w nim robót. Wykonawca, sporządzający dokumentację na potrzeby zamawiającego, postępował zgodnie z wymogami w/w rozporządzenia, co sprawiło, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istota wykorzystania przedmiaru do oszacowania oferty przez poszczególnych wykonawców, w ocenie zamawiającego, została zachowana.

Rzetelne przygotowanie postępowania, w tym również dokumentacji projektowej pozwoliło przeprowadzić procedurę w najbardziej konkurencyjnym z trybów, czyli w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający pozostawił potencjalnym uczestnikom postępowania czas niezbędny do sporządzenia kompletnych ofert, zgodnie z wymogami SIWZ. Biorąc pod uwagę charakter robót i konieczność późniejszej realizacji prac w funkcjonującym budynku, zamawiający wyznaczył dłuższy czas na składanie ofert, niż wymagane ustawowe minimum. W związku z tym potencjalni wykonawcy mieli wystarczający czas na zgłaszanie swoich ewentualnych wątpliwości, co do sposobu sporządzenia oferty. Żaden z podmiotów, w tym również późniejsi uczestnicy postępowania, którzy złożyli oferty, nie składał zapytań do treści SIWZ, ani nie zgłaszał żadnych wątpliwości dotyczących przedmiaru, sposobu oceny ofert, czy sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Ostatecznie w postępowaniu udział wzięło i złożyło konkurencyjne oferty czterech Wykonawców, tj.:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlane WAB AR B.W.; cena oferty: 2.928.211,06 zł;
- 2) Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe FRONTTEX T.D., cena oferty: 2.850.200,91 zł; (po zastosowaniu art. 87 ust, 2 pkt 3 Pzp: 2.849,227,74 zł),
- 3) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe VOYDAREX D.H., cena oferty: 2.068.840,75 zł - oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 4) Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane ELBUD M.N., cena oferty: 2.954.891,37

zł.

Zamawiający podkreślił, że dokonując badania i oceny ofert, w tym w szczególności dokonując sprawdzenia złożonych kosztorysów ofertowych, nie miał wątpliwości, że wykonawcy uwzględnili wszystkie zawarte w przedmiarze roboty. Tym samym wykonawcy zobowiązali się do zrealizowania zakresu robót wynikającego z dokumentacji projektowej (obejmującej przedmiar), która w istocie opisuje zamierzenia zamawiającego co do ostatecznego efektu, jaki planuje osiągnąć po zakończeniu remontu. Dokładając należytej staranności, zamawiający wezwał Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe VOYDAREX D.H., do złożenia wyjaśnień dot. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w szczególności o ustosunkowanie się do przyjętych w kosztorysie narzutów i stawki roboczogodziny. Wskazana oferta, pomimo kompletnego kosztorysu, została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. w związku z tym, że wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

W toku badania ofert zamawiający ustalił, iż wykonawcy sporządzili kosztorysy wg odmiennych metodologii, zależnie od przyjętej przez sporządzającego dany kosztorys. Poszczególne kosztorysy zostały sporządzone w odmiennych systemach kosztorysowania, co wynika z zastosowanego programu komputerowego, tzn. wykonawcy wykorzystali programy: NormaPro, Sykał oraz jeden niemożliwy do zidentyfikowania - dot. oferty nr 3 (VOYDAREX).

Niezależnie od przyjętego sposobu kosztorysowania wszyscy wykonawcy zostali zobowiązani do sporządzenia kosztorysu, zgodnie z treścią SIWZ, gdzie zamawiający, w pkt 2 - „Sposób Obliczenia Ceny Oferty”, określił podstawowe wymagania, tj.:

„Podstawą do opracowania kosztorysu ofertowego (wynikowo w układzie ofertowych cen jednostkowych - ceny jednostkowe muszą być wyrażane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) jest dokumentacja techniczna zamawiającego zawierająca przedmiar robót (część V SIWZ). Poszczególne pozycje kosztorysu muszą być sporządzone na podstawie podanych KNR-rów lub ich zamienników zawierających równoważną technologię, zakres wykonania robót oraz użyte materiały. W pozycjach, w których zamawiający przewidział dodatkowe lub zamienne opisy, wykonawca musi je uwzględnić. W trakcie realizacji zamawiający będzie żądał wykonania robót według technologii i zgodnie z zakresem wykonania robót określonych w dokumentacji technicznej oraz w kosztorysie ofertowym - będących załącznikami do umowy. Zawarte w przedmiarze ilości robót do wykonania muszą być zgodne z ilościami podanymi w kosztorysie ofertowym.”

Zamawiający podniósł, że nie wymagał od wykonawców konkretnej metodologii czy wręcz konieczności stosowania wskazanego /wybranego przez zamawiającego/ programu do kosztorysowania. W tym zakresie zamawiający pozostawił pełną dowolność wszystkim wykonawcom. Dokonując sprawdzenia poszczególnych kosztorysów ofertowych

zamawiający kierował się warunkami SIWZ, tj. sprawdzał zakres i ilości w poszczególnych pozycjach.

Wykonawcy: PHU FRONTEX T.D. oraz PPH VOYDAREX D.H., w swoich kosztorysach ofertowych przyjęli metodę, polegającą na tym, że pozycje kosztorysowe główne rozwinęli w podpozycje, z których każda jest wyceniona, a następnie ich suma przypisana jest do pozycji głównej, zgodnie z przedmiarem zawartym w SIWZ. Taka metodologia została również wykorzystana przez specjalistę - rzeczoznawcę ds. kosztorysowania, który na potrzeby zamawiającego sporządzał kosztorys inwestorski na etapie tworzenia dokumentacji projektowej (wg tego samego przedmiaru później wykorzystanego w SIWZ).

Przyjęta metodologia (wliczania podpozycji do pozycji głównej), zastosowana jest konsekwentnie w całych kosztorysach, a wykonawcy PHU FRONTEX T.D. oraz PPH VOYDAREX D.H., do ceny oferty wliczali wartości z pozycji głównych. Sumowanie poszczególnych podpozycji i pozycji głównych kosztorysu ofertowego stanowiłoby podwójne liczenie kosztów dla tych elementów robót.

Pozostałe oferty, złożone przez Wykonawców PRB ELBUD M.N. i PB WABAR B.W., zostały sporządzone wg innej metodologii. W ofertach tych pozycje główne przedmiaru i podpozycje przedmiaru zostały potraktowane równorzędnie, tzn. każdej został nadany kolejny numer w kosztorysie ofertowym i każda została wyceniona osobno i wliczona do ceny oferty (przyjęta metodologia również została zastosowana konsekwentnie dla całości kosztorysu ofertowego). W kosztorysach tych w ogóle nie wyróżniono podpozycji, które sumowałyby się do pozycji głównych. Odmienna numeracja, zdaniem zamawiającego, pozostawała bez wpływu na zakres przedmiotowy. Roboty objęte wskazanymi w piśmie pozycjami przedmiaru zostały uwzględnione i tym samym wycenione, w każdej ze złożonych ofert (w tym również w odniesieniu do oferty, która została ostatecznie odrzucona - oferta nr 3), co zamawiający przedstawił szczegółowo tabela przedstawionej w zastrzeżeniach.

Wskazał, że każdy z wykonawców ujął i wycenił wszystkie niezbędne i wymagane do wykonania elementy prac. Wyceny firm PHU FRONTEX T.D., PRB ELBUD M.N. i PB WABAR B.W. (tj. wykonawców, których oferty były ważne i podlegały ocenie) różnią się między sobą w granicach 3 % wartości, co potwierdza w ocenie zamawiającego, iż mimo różnic w metodologii wyceny, wszystkie obejmują cały zakres wymagany przez zamawiającego. Samo zamieszczenie danego kosztu w ramach innej pozycji, nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualnych sprzeczności oferty z treścią SIWZ, upatrywać należy, zdaniem zamawiającego, w sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża zamiar odstępstwa od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej konstrukcji kosztorysu ofertowego. Nadmierny formalizm zamawiającego w tym zakresie prowadziłby do niewłaściwego celu postępowania o zamówienie publiczne, tym bardziej, że kosztorysy we wszystkich złożonych

ofertach były kompletne i wycenione prawidłowo.

Reasumując, zdaniem zamawiającego zarzut niejednoznaczności i niedokładnego przygotowania przedmiaru czy przedmiaru budzącego wątpliwości jest nieuzasadniony. Okoliczności, w ocenie zamawiającego, wskazują, że wykonawcy wiedzieli, co jest przedmiotem zamówienia i wyceny. Zawarta we wnioskach kontrolującego ocena przedmiaru podważa kompetencje osób, przygotowanych zawodowo do sporządzania dokumentacji projektowej, w tym, w szczególności kompetencje rzeczoznawcy sporządzającego sam przedmiar. Zamawiający zauważył również, że oferty zostały złożone przez podmioty będące profesjonalistami działającymi na rynku. Każdy z tych podmiotów od lat funkcjonuje na rynku w branży budowlanej (co znajduje potwierdzenie we wpisach CIDG - kopie załączył do zastrzeżeń) i tym samym usprawiedliwione jest założenie, że sporządzali nie pierwszy raz kosztorys ofertowy.

Zamawiający stwierdził, że dołożył wszelkich starań, tak na etapie przygotowania postępowania - od sporządzenia dokumentacji projektowej, jak i poprzez przeprowadzenie samego postępowania, by zachować zasady przejrzystości i konkurencyjności. Na tym etapie nikt z późniejszych uczestników postępowania nie zgłaszał wątpliwości czy też zapytań co do treści SIWZ, tym samym potwierdzając, iż zarówno opis przedmiotu zamówienia, czyli dokumentacja projektowa, łącznie z przedmiarem robót, jak i zasady dotyczące sporządzenia oferty, w tym również kosztorysu, były jasne, przejrzyste i jednoznaczne. Zamawiający podkreślił, że pozostawił pełną dowolność wszystkim wykonawcom w zakresie wyboru programu do kosztorysowania. Praktyka, zdaniem zamawiającego wskazuje, że potencjalni wykonawcy stosują własne metody kosztorysowania. Mając na uwadze, że przepisy Pzp i wykonawcze nie reglamentują tej kwestii, zamawiający przyjął, że poszanowanie metod indywidualnych będzie usankcjonowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie dyskryminował żadnego ze sposobów wyceny. Analiza kosztorysów pozwala na wniosek, że nie było rozbieżności w zakresie wyceny. Skoro każdy z wykonawców wycenił cały przedmiot, to sporządzenie prawidłowej wyceny było możliwe. Bezpodstawny jest zarzut, że oferty stały się nieporównywalne, jeżeli wiedza i znajomość metod kosztorysowania pozwala na ich ocenę w pełnej zgodności z SIWZ.

Kontrolujący uznał, że przedmiar jako niekompletny skutkował zawarciem aneksu do umowy. Ogólnikowe sformułowanie utrudnia zamawiającemu odniesienie się do zarzutu i przedstawienie rzeczowej argumentacji.

W dalszej kolejności zamawiający stwierdził, że co do zasady, wynikającej z art. 144 ust. 1 Pzp, umowy w sprawach zamówień publicznych nie mogą być zmieniane. Zasada ta z woli ustawodawcy nie jest jednak bezwzględna. Ustawa przewiduje wyjątki, które nie sprzeciwiają się istocie umowy. Zasadniczy wyjątek od zakazu zmian sformułowany w ust. 1 cytowanego

przepisu, dotyczy dokonywania istotnych zmian przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Tak więc, warunkiem niezbędnym do dokonania istotnej zmiany umowy, jest przewidzenie takiej możliwości. Faktem jest w okolicznościach przedmiotowej sprawy, że zamawiający przewidział zarówno w ogłoszeniu, jak i w SIWZ możliwość zmian oraz je sprecyzował. Konkretyzując warunki zmiany, zamawiający uważa, że działał zgodnie z ustawą i nie przekroczył granic nią wyznaczonych. W szczególności zamawiający zastrzegł (§ 25 ust. 1 umowy), że poza wyjątkami wskazanymi stricte w umowie zmiany jej treści dokonywane będą za zgodą stron w formie pisemnej aneksu, pod rygorem nieważności. Tak więc, wola wykonawcy co do wprowadzenia zmiany została w tym zapisie uwzględniona. Zamawiający respektował zasadę pewności obrotu i unikania sytuacji, w której zakres zamówienia uzależniony byłby od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Zamawiający w § 25 ust. 3 umowy wyspecyfikował katalog zmian dozwolonych, do których zaliczył:

- 1) zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia spowodowaną:
 - a) niemożliwymi wcześniej do przewidzenia brakami w Dokumentacji;
 - b) przerwaniem prac przez właściwe organy administracji rządowej i samorządowej albo jako wykonanie prawomocnego orzeczenia sadu, za co nie można przypisać winy Wykonawcy;
 - c) koniecznością wykonania zamówień dodatkowych albo wykonania części robót inną technologią niż założona w Dokumentacji;
- 2) zmianę wynagrodzenia, o której mowa w § 6 ust. 5 z zastrzeżeniem § 6 ust. 6;
- 3) zmianę podwykonawców i dalszych podwykonawców na zasadach określonych w § 13;
- 4) zmianę bezwzględnych przepisów prawa, na podstawie których realizowana jest umowa;
- 5) zmiany realizacji etapu, tj. terminów rozpoczęcia realizacji robót, kolejności wykonania robót i ich zakresu, wynikające ze zmian funkcjonalnych i organizacyjnych w ZUS,

Wyspecyfikowany katalog odnosi się, w ocenie zamawiającego, do okoliczności nadzwyczajnych, które wyniknąć mogłyby w sytuacjach trudnych do przewidzenia, takich bez których umowa nie mogłaby być prawidłowo zrealizowana. W sytuacji, gdy umowa o roboty budowlane jest realizowana przez okres ponad 2 lat, konieczne jest przewidywanie nie tylko zmian wynikających ze zmian prawa, ale także technologii wykonywania przedmiotu umowy. Ponadto, przy uwzględnieniu faktu, że remont prowadzony jest w budynku z przestarzałą infrastrukturą, założyć, zdaniem zamawiającego, trzeba na etapie realizacji, że dokumentacja i technologia może być weryfikowana, gdyż założona na etapie ogłoszenia zamówienia nie mogła przewidzieć tego, co dostępne jest do oceny, np. po skuciu tynku czy posadzek. Budynek nie przechodził wcześniej kompleksowych modernizacji. Dokumentacja

pierwotna jest niekompletna i nie uwzględnia stanu aktualnego. Zmiany wynagrodzenia nie zostały skonstruowane w sposób dowolny. Są ściśle reglamentowane, o czym stanowi odniesienie do § 6 umowy. Podkreślenia według zamawiającego wymaga, że zwiększenie wynagrodzenia z przyczyn enumeratywnie wyliczonych w § 6 ust. 5 pkt 1-4 umowy nie może spowodować przekroczenia wynagrodzenia wynikającego z kosztorysu ofertowego za cały przedmiot umowy (§ 6 ust. 1 umowy) o 5 % (§6 ust.6 umowy). Wynagrodzenie umowne zostało określone jako kosztorysowe, a nie ryczałtowe, co tym bardziej uzasadnia warunki jego zmiany. Wprawdzie ustawa nie zawiera żadnych ograniczeń w zakresie możliwych zmian umowy, wskazuje jedynie obowiązek zamawiającego do określenia warunków. Niemniej, zamawiający kierując się dorobkiem doktryny i orzecznictwa uznał, że muszą to być przyczyny obiektywne, niezbędne i szczególne.

Ustawodawca zakazuje dopuszczenia dowolnych zmian w umowie, gdyż niweczyłoby to cel ustawy i sens procedury. Zamawiający określił zmiany w taki sposób, by nie zależały wyłącznie od jego woli i chęci. Użyte sformułowania są precyzyjne, przejrzyste i nie pozwalają na radykalną zmianę przedmiotu świadczenia.

Możliwe zmiany zostały określone, zdaniem zamawiającego, na tyle ściśle, że nie pozwalają na dowolną interpretację. Zamawiający ocenił, że w żadnym razie nie prowadziły one do zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą i zamawiającym. Nie prowadziły one także do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców. Nie miały też wpływu na krąg wykonawców. Przewidywane zmiany odnosiły się w równym stopniu do wszystkich potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Wynikały generalnie według zamawiającego z okoliczności obiektywnie uzasadnionych, niezależnie od osoby wykonawcy, co oznacza, że zmiana zostałaby dokonana z każdorazowym wykonawcą, w takim samym zakresie i na takich samych zasadach. Potencjalna wiedza o możliwości wprowadzenia zmian do umowy, była dostępna na etapie postępowania. Zamawiający uważa, że nie naruszył przepisów wskazanych przez Prezesa UZP, prowadził postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przewidziane zmiany dotyczyły każdego wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Każdy z Wykonawców miał możliwość oceny zwykłego ryzyka kontraktowego. Z przepisu art. 7 Pzp wynikają dwie zasady: zasada równości w traktowaniu wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji. Przestrzeganie pierwszej z zasad zapewnił zamawiający, stosując równy dostęp do informacji dla wszystkich wykonawców, bez ulg i przywilejów, określając parametry przyszłego zamówienia i umowy w sposób przejrzysty i sprecyzowany. Przestrzeganie drugiej z zasad, zamawiający zapewnił publikując w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ przedmiot zamówienia, odnoszący się do nieograniczonego kręgu odbiorców. Żaden z wykonawców nie kwestionował treści SIWZ, w szczególności zapisów wzoru umowy. Podczas przygotowania i przeprowadzenia

postępowania, zamawiający postępował zgodnie z zasadą bezstronności i obiektywizmu. Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, wniosek Prezesa UZP, że wprowadzenie przez zamawiającego regulatorów zmian do umowy, stanowiło naruszenie art. 7 ust 1 Pzp jest niezasadne, gdyż w tej sprawie nie doszło do nadużycia instytucji uregulowanych w ustawie lub zaniechania jej zastosowania wobec niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych. Zarzuty kontrolującego, zdaniem zamawiającego, mogłyby być uzasadnione w sytuacji, gdyby zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu lub SIWZ zmian do umowy, a wprowadzałby te zmiany w sposób obchodzący ustawę Pzp, Np. gdyby dokonywał zmian istotnych warunków umowy bez spełnienia przesłanek ustawy. Możliwość uwzględnienia ryzyka związanego z ewentualną zmianą umowy w granicach ściśle określonych, dotyczyła wszystkich wykonawców. Obejście prawa wg. doktryny polega na takim ukształtowaniu treści czynności prawnej by osiągnąć cel przez prawo zabroniony. Stwierdzenie to wymagało poczynienia w trakcie kontroli konkretnych ustaleń faktycznych w odniesieniu do zapisów umowy. Lakoniczny, w ocenie zamawiającego, wywód Prezesa UZP że zamawiający nie może sanować ewentualnych braków w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie szerokiego katalogu zmian umowy o bliżej nie sprecyzowanym zakresie, nie pozwala zamawiającemu na ustosunkowanie się do meritum. Podkreślił, że jeżeli obowiązujący porządek prawny stwarza mu możliwość wyboru legalnych konstrukcji dla osiągnięcia optymalnego celu gospodarczego, to przyjęcie tego rozwiązania nie może być traktowane jako obejście prawa. Zamawiający nadto podniósł, że działając na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp, zabezpieczył właściwą realizację umowy, przewidując w SIWZ możliwość jej zmiany. Zakres zmian został skonkretyzowany, co potwierdza, jego zdaniem, treść umowy. Aneks nr 1 do umowy dokonywał jej zmian w dozwolonym i ściśle przestrzeganim przez zamawiającego zakresie. Konieczność realizacji robót, objętych tym aneksem, była niezbędna dla osiągnięcia zamierzonego celu, wynikającego z dokumentacji projektowej i dynamicznie rozwijających się potrzeb gospodarczych i technicznych, jak również była racjonalna z punktu widzenia gospodarowania środkami publicznymi.

I. Ogół prac budowlanych, objętych przedmiotowym aneksem nr 1, obejmuje zarówno zwiększenie prac wynikających bezpośrednio z kosztorysu ofertowego (obmiary), jak również prace, których nie można było wcześniej przewidzieć, niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, tj.:

1. W trakcie realizacji umowy dla jednego z obiektów zamawiającego została wydana decyzja Państwowej Straży Pożarnej (PSP), obligująca do wymiany hydrantów na nowe z wężem półsztywnym. Zamawiający, planując remont korytarzy, nie przewidział żadnych prac w obrębie instalacji przeciwpożarowej, gdyż spełnione były wszelkie wymogi bezpieczeństwa w ramach obowiązujących przepisów. Niemniej jednak, wewnętrzne służby zamawiającego,

mając na uwadze zaistniałą sytuację i opinię PSP, wydały zalecenie dotyczące konieczności wymiany hydrantów również w budynku Oddziału ZUS przy ul. Chmielnej, tj. w budynku w którym trwały prace remontowe. Dla zamawiającego najbardziej racjonalnym i ekonomicznie uzasadnionym rozwiązaniem było przeprowadzenie robót w trakcie prowadzonego remontu korytarzy i klatek schodowych. Późniejsza wymiana hydrantów, zdaniem zamawiającego, wymagałaby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, naruszenia tynków zrealizowanych w ramach remontu korytarzy i klatek schodowych, łącznie z naruszeniem warunków gwarancji z tytułu zamówienia publicznego.

2. Wykonawca prowadząc planowane prace budowlane na klatce schodowej „D”, polegające na wykuciu starych balustrad przyokiennych, odsłonił miejsca zakotwienia parapetów, które okazały się objęte erozją biologiczną. Na podstawie pierwotnych oględzin (podczas tworzenia dokumentacji projektowej) założono, iż stan faktyczny istniejących parapetów jest dobry i nie będą one wymagały wymiany. Prowadzone prace budowlane ujawniły znaczne butwienie parapetów (zaistniała sytuacja dotyczyła ściany zewnętrznej budynku od strony rzeki Motławy). Wymiana parapetów okazała się, w ocenie zamawiającego, konieczna, gdyż nieracjonalnym działaniem byłoby pozostawienie parapetów objętych postępującą erozją biologiczną, a ich wymiana po zakończeniu remontu doprowadziłaby do zniszczenia wykonanych prac i byłaby ekonomicznie nieuzasadniona,

3. Zgodnie z projektem, wykonawca zobowiązany był przed ułożeniem płyt kamiennych na podłodze klatki schodowej do skucia istniejącej posadzki gresowej. Prace ujawniły dodatkową warstwę podłoża, tj. lastryko. Zarówno zamawiający (na podstawie archiwalnej dokumentacji), jak i projektant opracowujący dokumentację projektową na potrzeby remontu korytarzy, nie mieli wiedzy, co do istnienia tej dodatkowej warstwy. Zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, dla celów właściwej realizacji założeń projektowych należało skuć tę warstwę (skucie łącznie z utylizacją i wywozem gruzu), a także przeprowadzić profilację powierzchni przez wykonanie podkładów betonowych przed ułożeniem właściwej posadzki z płyt kamiennych. Niniejsze prace, zdaniem zamawiającego, można było przeprowadzić tylko i wyłącznie w trakcie realizacji bieżących prac remontowych.

4. Archiwalna dokumentacja z budowy obiektu zawierała informacje odnośnie zabezpieczenia przeciwwilgociowemu. Realizując prace posadzkarskie w piwnicy, tzn. podczas skuwania kolejnych warstw istniejącej posadzki (zgodnie z wymaganiami projektowymi dotyczącymi remontu), wykonawca odsłonił warstwy izolacyjne. Wykucie ujawniło, iż warstwy izolacyjne są niejednorodne i miejscami niewystarczające do właściwego zabezpieczenia budynku przed wilgocią, co jest szczególnie istotne z uwagi na lokalizację obiektu na wyspie Spichrzów. Lokalizacja taka wymaga ponadprzeciętnego zabezpieczenia przed wilgocią, więc koniecznym było uzupełnienie warstwy izolacyjnej folią przeciwwilgociową dwuskładnikową.

5. Wykonawca podczas przygotowywania ścian do szpachlowania odsłonił spod tynku stare obudowy instalacji, znajdujące się na drodze ewakuacyjnej. Zgodnie z właściwymi przepisami, na drodze ewakuacyjnej zabronione są elementy wyposażenia z wykorzystaniem wyrobów budowlanych i materiałów łatwo zapalnych. W związku z powyższym, wewnętrzne służby zamawiającego, mając na uwadze obowiązujące przepisy dotyczące bezpieczeństwa przeciwpożarowego, zaleciły zabezpieczenie ognioochronne tych elementów. Obudowy pokryto warstwą płyt gipsowo - kartonowych, posiadających odpowiednią klasę reakcji na ogień. Stan pierwotny tych elementów nie był w żaden sposób ujęty w dokumentach zamawiającego i tym samym nie można było przewidzieć konieczności ich uodpornienia ogniowego.

II. Koszty, dotyczące instalacji kontroli dostępu dla pomieszczeń piwnicy łącznie z kosztami prac budowlanych niezbędnych do jej wykonania, stały się, w ocenie zamawiającego, konieczne do poniesienia z uwagi na zmiany standardów bezpieczeństwa danych i ochrony danych osobowych. ZUS Oddział w Gdańsku jako jednostka organizacyjna podlega Centrali ZUS w Warszawie. Wszystkie oddziały zobowiązane są do stosowania przepisów wewnętrznych i wytycznych wydawanych przez Centralę. Dbłość o bezpieczeństwo dokumentów w ZUS oraz dbłość o zachowanie bezpieczeństwa danych, w szczególności danych osobowych, podlegają ewolucji w odniesieniu do zmieniających się zagrożeń, stąd też Centrala zmieniła wewnętrzne przepisy zamawiającego dotyczące zasad funkcjonowania i administrowania obiektami. Szczegółowa analiza bezpieczeństwa i zabezpieczeń w siedzibie Oddziału ZUS w Gdańsku wykazała, iż konieczny będzie montaż dodatkowych urządzeń szyfrujących i tym samym poprowadzenia sieci kontroli dostępu. W tym czasie roboty w piwnicy budynku były w takim stopniu zaawansowania, że był to jedyny możliwy moment na wprowadzenie i zainstalowanie dodatkowej sieci i urządzeń. Ewentualna realizacja wymaganych prac po zakończeniu remontu korytarzy byłaby, zdaniem zamawiającego, nieracjonalna z uwagi na zakres prac i ich inwazyjność, tzn. konieczne byłyby prace polegające na przekuciach i bruzdowaniu ścian oraz przeróbkach w ościeżnicach drzwiowych. Prowadzenie wyżej wymienionych prac łącznie zrealizowanym remontem pozwoliło na racjonalne i ekonomiczne wykonanie wymaganych zabezpieczeń.

III. Koszty prac elektrycznych zaistniały z uwagi na wprowadzoną zmianę technologiczną dotyczącą wykonania oświetlenia klatki schodowej. Wprowadzona zmiana rozdzielania obwodów oświetleniowych na poszczególne kondygnacje, zdaniem zamawiającego, przyczyniła się do poprawy warunków funkcjonowania oświetlenia, co przełoży się na oszczędności finansowe w późniejszej eksploatacji, jednakże spowodowała zwiększone obciążenie instalacji elektrycznej. Poziom wyeksploatowania istniejącego osprzętu modułowego przy instalacji nowych rozwiązań, stwarzał zwiększone ryzyko awarii, co nie było przewidziane na etapie projektowania. Wprowadzenie racjonalizacyjnej zmiany

technologicznej w zakresie wykonania elektryki z uwagi na bezpieczeństwo przeciwpożarowe, skutkowało wymianą rozdzielnic elektrycznych. Pozostawienie starych rozdzielnic (zgodnie z pierwotnym rozwiązaniem) mogłoby stwarzać zagrożenie dla budynku i ludzi. W związku z powyższym, zamontowano nowy układ sterowania załączaniem oświetlenia, jednocześnie wymieniając rozdzielnie elektryczne.

Zamawiający dokonał zmiany umowy Aneksem nr 1 tylko i wyłącznie zgodnie z zasadami wcześniej przewidzianymi w samej umowie o zamówienie publiczne. Wartość Aneksu nr 1 mieści się w granicach 5 % zmiany wartości wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego umową. Taka zmiana, przy wartości umowy blisko 3 mln zł, nie jest rażącym, w jego ocenie, rozszerzeniem przedmiotu zamówienia, zwłaszcza że przeprowadzone prace były niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. Zamawiający, pomimo należytej staranności na etapie przygotowawczym posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem specjalistów branżowych, przygotowujących dokumentację projektową i tym samym określających szczegółowy zakres prac niezbędnych do osiągnięcia planowanego efektu funkcjonalno - użytkowego obiektu, nie mógł przewidzieć konieczności realizacji wyżej wymienionych prac. Zmiana terminu etapu I o 14 dni pozostała bez wpływu na termin realizacji samej umowy.

Zamawiający nie neguje, że zmiana, którą przewiduje umowa, jest zmianą istotną, gdyby taką nie była, to zbędne byłoby wprowadzenie regulatorów do umowy. Gdyby zamawiający wprowadzone zmiany kwalifikował jako nieistotne, wówczas nie zachowałby procedury określonej w art 144 ust 1 Pzp, Przedmiar robót był spójny z dokumentacją, a wycena robót odzwierciedlała przewidziany do wykonania zakres prac. Analiza Aneksu i robót realizowanych na jego podstawie, w ocenie zamawiającego, wskazuje, że nie są one częścią pominiętego zakresu rzeczowego, bowiem nawet przy zachowaniu najwyższej staranności, zamawiający na etapie przygotowania zamówienia nie mógł przewidzieć tego, co zdarzy się po rozpoczęciu robót.

Zamawiający uważa, że gdyby ustawodawca zamierzał ograniczyć możliwość zmian umów w zamówieniach publicznych wyłącznie np. do zmian prawa, to niewątpliwie przepisowi art. 144 ust. 1 Pzp nadałby inną treść.

W dniu 1 lipca 2016r. Prezes UZP udzielił odpowiedzi na wniesione zastrzeżenia, informując, iż nie uwzględni zastrzeżeń.

Zamawiający, w ocenie kontrolującego, we wniesionych zastrzeżeniach nie podniósł żadnych nowych argumentów odnośnie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wcześniej prezentowanych w toku postępowania wyjaśniającego, które stanowiłyby podstawę do zmiany stanowiska Prezesa UZP.

W toku kontroli szczegółowej analizie poddano zarówno przedmiar robót sporządzony przez zamawiającego, jak i kosztorysy wykonawców. Analiza dokumentacji przedmiotowego

postępowania, doprowadziła do konkluzji, iż niejednoznaczny sposób opracowania tabeli przedmiaru robót, spowodował rozbieżności w zakresie wyceny polegające na agregowaniu kilku pozycji przez część wykonawców bądź zaniechanie wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru robót w kosztorysie ofertowym przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, którzy potraktowali je jako tytuły działów. Jednocześnie na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ nie można było ustalić prawidłowej metody wyceny. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż wynagrodzenie wykonawcy miało charakter kosztorysowy, zatem kwestia prawidłowej wyceny wszystkich pozycji kosztorysu przekładała się wprost na wysokość wynagrodzenia wykonawcy, tym samym kosztów jakie zamawiający poniesie z tytułu realizacji umowy. Prezes UZP wskazał, że niewłaściwe opracowanie dokumentacji postępowania (przedmiaru robót) doprowadziło do sytuacji, w której oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu stały się nieporównywalne, co skutkowało brakiem możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej i winno doprowadzić do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zastrzeżeń zamawiającego do stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 czerwca 2016 r. naruszenia art. 7 ust. 1, art. 140 ust. 1, art. 144 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w. zw. z art. 58 KC i 139 ustawy Pzp, z uwagi na wprowadzenie do umowy zapisów prowadzących do obejścia przepisów prawa dotyczących zakazu zmian istotnych postanowień umowy oraz naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wprowadzeniu do warunków postępowania klauzul dopuszczających zmiany umowy, które stoją w sprzeczności z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, kontrolujący stwierdził, iż tylko na zasadzie wyjątku dopuszczalne jest wprowadzanie zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, przepisu art. 144 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, uzasadnieniem jest bowiem dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania, co mogłoby wpłynąć na naruszenie uczciwej konkurencji. Zamawiający nie jest uprawniony na podstawie art. 144 ustawy Pzp do wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego takich klauzul dotyczących jej zmiany, które w przypadku ich wcześniejszego wprowadzenia do treści samej umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, doprowadziłyby do zmiany jego wyniku lub prowadziłyby do obejścia przepisów ustawy Pzp, np. w zakresie udzielenia zamówień dodatkowych.

Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być konstruowane w sposób dowolny. Powyższemu sprzeciwia się bowiem, zdaniem kontrolującego, treść art. 140 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z których wynika, iż zamawiający jest obowiązany stosować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz, że treść umowy musi

odpowiadać zobowiązaniu zawartemu w ofercie. Porównanie i ocena ofert wykonawców musi się bowiem odbywać w oparciu o wycenę tego samego zakresu zamówienia i warunków jego realizacji. Późniejsze zmiany umowy wpływające na zmianę wycenianego zakresu obejmują tylko zobowiązanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co może wpływać na ograniczenie uczciwej konkurencji i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie, zasada realnego wykonania umowy wymaga od wykonawcy spełnienia zobowiązania zgodnie z jego treścią zawartą w ofercie. Podkreślenia wymaga, iż zmiana umowy prowadząca do wykroczenia poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w warunkach zamówienia (rozszerzenie zakresu) jest niedozwolona, podlega unieważnieniu, ponieważ zmierza do obejścia warunków przetargu w warunkach naruszenia zasad równości i uczciwej konkurencji. Rozszerzenie przedmiotu zamówienia należy uznać w istocie za udzielenie zamówienia dodatkowego poza wymaganiami ustawowymi. W tym kontekście przewidziane przez zamawiającego klauzule zmiany umowy były nieuprawnione i de facto prowadziły do obejścia przepisów ustawy Pzp dotyczących zakazu zmian umowy, realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie ze świadczeniem określonym w ofercie oraz przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do wskazanego przez zamawiającego braku naruszenia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy, kontrolujący stwierdził, iż wprowadzenie do treści umowy klauzul dopuszczających jej zmianę, w szczególności w przypadku pominięcia w wycenie pozycji kosztorysu ofertowego, braków w dokumentacji, robót dodatkowych lub zamiennych, stanowią zapisy mające bezpośredni wpływ na koszty i termin wykonania zamówienia.

Tym samym zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do stanowiska zamawiającego dotyczącego naruszenia wskazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli, Prezes UZP stwierdził, iż prace będące przedmiotem Aneksu nr 1, tj. prace w obrębie instalacji przeciwpożarowej, wymiana parapetów, skucie dodatkowej warstwy podłogowej, prace uzupełniające warstwę izolacyjną, zabezpieczenie ogniochronne instalacji elektrycznej, wykonanie instalacji kontroli dostępu oraz pozostałe prace elektryczne, obejmowały roboty dodatkowe nieobjęte zakresem pierwotnego zamówienia, w zakresie remontu korytarzy i klatek schodowych w budynkach Oddziału ZUS.

Zamawiający w zastrzeżeniach niejednokrotnie podkreśla, iż pomimo zachowania należytej staranności na etapie przygotowawczym, posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem specjalistów, przygotowując dokumentację projektową, nie mógł przewidzieć konieczności realizacji robót ujętych w Aneksie nr 1. Prezes UZP nie kwestionuje tych okoliczności. Oczywistym jest fakt, iż prowadząc remont budynku, który został zaplanowany na kilka lat

nie można przewidzieć niektórych sytuacji skutkujących koniecznością wykonania dodatkowych prac. Zakres prac objętych tym Aneksem stanowił de facto roboty dodatkowe, przy czym sposób ich udzielania narusza przepisy ustawy Pzp. Zamówienie dodatkowe jest zamówieniem niewchodzącym w zakres zamówienia podstawowego. Zgodnie z art 67 ust. 5 ustawy Pzp, zamówienia dodatkowe mogą być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki wyłącznie pierwotnie wybranemu wykonawcy. Tryb ten ma szczególne obwarowania, charakteryzuje się koniecznością zaproszenia do negocjacji wybranego wykonawcy, ich przeprowadzeniem, a także koniecznością zamieszczenia w odpowiednim publikatorze ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zawierając Aneks nr 1 do umowy z dnia 12 września 2014 r., zamawiający obszedł procedurę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Ponadto, rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy było zmianą istotną, mogącą mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny przez wykonawców, bowiem pewna część zakresu rzeczowego inwestycji nie podlegała wycenie wykonawców w ramach składanych ofert, a co za tym idzie - konkurencyjnej procedurze udzielenia zamówienia. W tym miejscu kontrolujący ponownie podkreślił niespójność przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego skutkującą brakiem możliwości dokonania rzetelnej wyceny. Wprowadzoną przez zamawiającego zmianę umowy uznał za istotną w stosunku do pierwotnego zakresu umowy określonego w dokumentacji projektowej będącej podstawą sporządzenia ofert w ww. postępowaniu. Jednocześnie argument dotyczący braku wpływu dokonanej zmiany umowy na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem nie zasługuje na uwzględnienie. Prezes UZP wskazał, iż o ile krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty nie musiał w jej wyniku ulec zmianie, to już sposób kalkulacji ceny ofertowej przez poszczególnych wykonawców był bezpośrednio powiązany z powyższymi zmianami, co mogło skutkować odmiennym wynikiem postępowania. Ponadto wskazał, iż w wyniku ww. zmian oferta wybranego wykonawcy stała się najdroższa ze wszystkich złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym, kontrolujący stwierdził, że zastrzeżenia zamawiającego w zakresie pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 czerwca 2016 r. nie zasługują na uwzględnienie i przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że ustalony przez Prezesa UZP stan faktyczny został ustalony prawidłowo co do każdego ze stwierdzonych przez kontrolującego naruszeń ustawy Pzp.

W odniesieniu do zastrzeżeń zamawiającego do stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na sporządzeniu przedmiaru robót w sposób niejednoznaczny i niedokładny, co wpłynęło na treść sporządzonych przez wykonawców ofert i sposób kalkulacji ceny, to Izba oceniła, że na podstawie ustalonego stanu faktycznego należy uznać, iż rację ma kontrolujący, co do tego, że przedmiar zamawiającego został sporządzony w

sposób niejednoznaczny. Izba stwierdziła, że w pozycjach przedmiaru inwestora 1.d.1.1, 2.d.1.1, 8.d.1.1, 9.d.1.1, 10.d.1.1., 11.d.1.2, 12.d.1.2, 13.d.1.3, 14.d.1.3, 15.d.1.3, 16.d.1.3, 18.d.2, 27.d.3, 28.d.3, 29.d.3 zamawiający w przedmiarze wydzielił te pozycje oznaczył sposób kalkulacji wyłącznie jako „analiza indywidualna” opisał jednostki miary oraz ilość, natomiast nie wskazał sposobu, w jaki te konkretne pozycje powinny być wyliczone, czy jako odrębne pozycje jak zrobili, to wykonawcy WABAR i ELBUD, czy jako łączną wartość pozycji poszczególnych poddziałów wyszczególnionych w danym dziale (dla których przypisano konkretne KNR-y) tak jak to zrobili wykonawcy Frontex i Voydarex. W ocenie Izby rzeczywiście twierdzenie zamawiającego, że wszyscy wykonawcy wycenili wszystkie pozycje przedmiaru jest prawdziwe, tylko że dwaj wykonawcy wycenili je jako sumy innych pozycji, a dwa jako osobne i niezależne pozycje od pozycji pozostałych. W opisie sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający nie opisał sposobu postępowania z pozycjami wycenianymi na podstawie analizy indywidualnej, nakazał wycenić poszczególne pozycje kosztorysowe na podstawie podanych KNR-ów, lub ich zamienników i nakazał zachować zgodność, co do podanych ilości (pkt. 2 sposób obliczenia ceny oferty – część II opis przedmiotu zamówienia). Tym samym uprawnione były oba podejścia wykonawców, jakie ujawniły się w ramach przeprowadzonej kontroli tj. jedni wykonawcy wyceniali tylko te pozycje, w których mieli podane KNR-y i pozycje bez KNR-ów traktowali jako pozycje nadrzędne kosztorysów, oraz drudzy wykonawcy wyceniali wszystkie pozycje osobno, bo podane w nich były ilości. Tym samym treść siwz jak i sporządzonego przez zamawiającego przedmiaru nie była jednoznaczna i doprowadziła do tego, że oferty wykonawców są nieporównywalne, gdyż zachodzą różnice, co do wyceny pozycji objętych „analizą indywidualną”. W uproszczeniu można powiedzieć, że wykonawcy WABAR i ELBUD wycenili większy zakres zamówienia niż wykonawcy Frontex i Voydarex. Powodem tego odmiennego sposobu wyceny była treść siwz, która pozwalała na dwojaką jej interpretację, a tym samym jak słusznie zauważył Prezes UZP treść ta nie była jednoznaczna, co miało wpływ na sporządzenie oferty.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stawia zaś, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro zamawiający nie wyjaśnił wykonawcom, czy mają odrębnie wyliczać pozycje z „analizą indywidualną”, czy też są to pozycje obejmujące koszty ujęte w innych pozycjach, to nie można było uznać, że zamawiający zadośćuczynił powołanej normie prawnej. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że różnice w kosztorysach wynikały z zastosowania innych programów kosztorysujących. Różnice te bowiem w ocenie Izby wynikały z odmiennego rozumienia przez wykonawców postanowień siwz dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty.

W zakresie stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 7 ust. 1, art. 140 ust. 1, art

144 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w. zw. z art. 58 KC i 139 ustawy Pzp, z uwagi na wprowadzenie do umowy zapisów prowadzących do obejścia przepisów prawa dotyczących zakazu zmian istotnych postanowień umowy, to w ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się takiego naruszenia, a kontrolujący dokonał takiej oceny przez błędne przyjęcie, że aneks numer 1 był aneksem zawartym zgodnie z postanowieniami umowy na zamówienie podstawowe.

Izba stwierdziła, że wprowadzając kontrolujący prawidłowo ustalił stan faktyczny będący podstawą stwierdzonego naruszenia, ale błędnie go ocenił, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwej subsumpcji tego stanu faktycznego pod przepisy powołanych przez kontrolującego norm prawnych.

Izba ustaliła, że powołane przez Prezesa UZP normy prawne regulują następujące zagadnienia :

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Norma art. 29 ust. 1 ustawy Pzp została powołana powyżej. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie z ust. 3 tegoż przepisu umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Jak również zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.

Kontrolujący ustalił, że na podstawie postanowień umowy z dnia 12 września 2014r. o roboty budowlane nr 1042070 doszło do zawarcia aneksu nr 1, który powodował, że zakres świadczenia wykonawcy Frontex wykroczył poza przedmiot zamówienia określony w siwz. Okoliczność, że ten zakres był szerszy niż wynikający z treści siwz nie była sporna pomiędzy stronami, sporne jest natomiast to czy zamawiający miał prawo taki aneks zawrzeć zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami wzoru umowy składającymi się na treść siwz. Pomędzy stronami nie było też sporne, że zmiany objęte aneksem nr 1 miały charakter istotny.

W ocenie Izby kontrolujący błędnie ocenił to, że zamawiający dokonał zawarcia aneksu nr 1 w oparciu o postanowienia zawartej umowy, a to z następujących względów:

Możliwość zmiany postanowień umowy była uregulowana przez zamawiającego we wzorze umowy w § 6 i § 25 tegoż wzoru.

Postanowienie §6 regulowały fakt, że wynagrodzenie przewidziane w umowie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a więc zależnym od ilości faktycznie wykonanych robót, co obrazują postanowienia ust. 3 tegoż paragrafu. W ust. 4 zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia i wskazał, że zmiana ta będzie dokonywała się wyłącznie w trybie i według zasad określonych w tym paragrafie. Zasady zmiany wynagrodzenia przewidywały ust. 5 i 6 § 6 i tak

- w ust. 5 uregulowano trzy sytuacje :

1. obmiar rzeczywisty różni się od obmiaru przewidzianego w przedmiarze, a więc chodzi o te same roboty budowlane tylko inne ich ilości,
2. przedmiot zamówienia objęty dokumentacją nie został odzwierciedlony w przedmiarze, a w konsekwencji w kosztorysie ofertowym – zatem zmiana wynagrodzenia nie jest zmianą zakresu świadczenia, ale wynikiem błędnego obliczenia wartości tego świadczenia wynikającym z rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową i STWiORB, a przedmiarem inwestorskim,
3. zostają wprowadzone zmiany projektowe lub zmiana technologii wykonania robót, na zasadach określonych w umowie – przy czym umowa nie określa zasad wprowadzania zmian projektowych i zmian technologicznych, Izba przyjęła, że chodzi tu o usunięcie błędów powstałych na etapie projektowania ujawnionych w trakcie wykonania robót i zastosowania innej niż przewidziana technologii, ale także odnoszącej się do niezmiennego przedmiotu zamówienia.

Zasadą wynikającą z ustępu 6 jest zakaz zwiększenia wydatków o więcej niż 5% wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z § 6 ust. 1 wzoru umowy. Pozostałe ustępy tego paragrafu określają tryb wprowadzania zmian.

Jak wynika z powyższego, żadna z podstaw wskazanych przez zamawiającego umożliwiających zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy nie dawała zamawiającemu prawa do zapłaty wynagrodzenia za prace nie objęte przedmiotem zamówienia.

Analogiczna sytuacja występuje w regulacjach odnoszących się do zmiany umowy tj. § 25 wzoru umowy. O zakazie wprowadzania zmian wykraczających poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz wyraźnie stanowi ust. 2 tegoż paragrafu. Również ust. 3 wskazujący okoliczności uprawniające zamawiającego do zaproponowania wykonawcy zmiany umowy nie zmienia tego faktu, gdyż poza zmianą umowy wynikającą ze zmiany wynagrodzenia wykonawcy - § 25 ust. 3 pkt. 2 wzoru umowy, którą już wyżej omówiono. Zamawiający mógł zgodnie z własną umową prowadzić tylko zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w trzech sytuacjach:

1. niemożliwych do przewidzenia braków w dokumentacji – w ocenie Izby dotyczy to

sytuacji zmiany projektu i wyłącznie w zakresie zmiany terminu, a nie zmiany zakresu, który musiał się mieścić w granicach pierwotnego zamówienia,

2. przerwaniem prac z uwagi na decyzje właściwych organów, a więc zmiana terminu nie zmienia zakresu świadczenia,
3. koniecznością wykonania zamówień dodatkowych lub wykonania części robót inną technologią – to postanowienie uprawniało zamawiającego do zmiany wyłącznie terminu realizacji zamówienia, a nie zakresu świadczenia.

Dalsze zmiany dotyczyły zmiany podmiotowej po stronie wykonawców - nie dotyczy zmiany zakresu świadczenia, zmiany bezwzględnych przepisów prawa (postanowienie bliżej niedookreślone, ale nie było podstawą zawarcia aneksów – zatem ocena precyzji tego postanowienia w kontekście uregulowań art. 144 ustawy wykracza poza zakres opinii), zmiany realizacji etapu tj. terminów rozpoczęcia realizacji robót, kolejności wykonania robót i ich zakresu wynikające ze zmian funkcjonalnych i organizacyjnych w ZUS – to postanowienie dotyczy tylko przesunięć poszczególnych prac w ramach wyznaczonych etapów, a nie zmiany zakresu świadczenia i musi być uzasadnione potrzebami zamawiającego, co także nie było objęte zakresem aneksu nr 1.

Jak wynika zatem z przedstawionej analizy żadne postanowienia siwz skonkretyzowane we wzorze umowy nie pozwalały zamawiającemu na realizowanie na ich podstawie robót dodatkowych nie objętych pierwotnym zakresem zamówienia. Tym samym w ocenie Izby kontrolującej błędnie ustalił, że zamawiający wprowadził do umowy postanowienia prowadzące do obejścia przepisów prawa dotyczących zakazu zmian istotnych postanowień umowy, w szczególności polegające na rozszerzeniu zakresu świadczenia w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz.

Odnosnie zastrzeżeń zamawiającego do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przez zamawiającego art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przez zawarcie aneksu nr 1 z dnia 12 grudnia 2014r. do umowy nr 1042070, to Izba nie podziela tych zastrzeżeń. Sam zamawiający w zastrzeżeniach przyznał, że ogół prac budowlanych, objętych przedmiotowym aneksem nr 1, obejmuje zarówno zwiększenie prac wynikających bezpośrednio z kosztorysu ofertowego (obmiary), jak również prace, których nie można było wcześniej przewidzieć, niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, tj.:

- zamawiający, planując remont korytarzy, nie przewidział żadnych prac w obrębie instalacji przeciwpożarowej, ale wymienił hydranty, zgodnie z zaleceniami straży pożarnej,
- zamawiający nie objął przedmiotem zamówienia parapetów, gdyż ich stan był dobry podczas tworzenia dokumentacji projektowej, dopiero prowadzone prace budowlane ujawniły znaczne butwienie parapetów i dlatego zlecił ich wymianę

3. zamawiający nie wiedział o istnieniu lastriko, ale zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, dla celów właściwej realizacji założeń projektowych należało skuć tę warstwę, a

także przeprowadzić profilację powierzchni przez wykonanie podkładów betonowych przed ułożeniem właściwej posadzki z płyt kamiennych, co zamawiający zlecił,

4. zamawiający nie wiedział, że warstwy izolacyjne są niejednorodne i miejscami niewystarczające do właściwego zabezpieczenia budynku przed wilgocią, a więc koniecznym było uzupełnienie warstwy izolacyjnej folią przeciwwilgociową dwuskładnikową, co zamawiający zlecił

5. wykonawca odsłonił spod tynku stare obudowy instalacji, znajdujące się na drodze ewakuacyjnej, a zamawiający, zlecił zabezpieczenie ognioochronne tych elementów warstwą płyt gipsowo - kartonowych, posiadających odpowiednią klasę reakcji na ogień. Stan pierwotny tych elementów nie był w żaden sposób ujęty w dokumentach zamawiającego i tym samym nie można było przewidzieć konieczności ich uodpornienia ogniowego.

II. Koszty, dotyczące instalacji kontroli dostępu dla pomieszczeń piwnicy łącznie z kosztami prac budowlanych niezbędnych do jej wykonania, stały się, w ocenie zamawiającego, konieczne do poniesienia z uwagi na zmiany standardów bezpieczeństwa danych i ochrony danych osobowych.

III. Koszty prac elektrycznych zaistniały z uwagi na wprowadzoną zmianę technologiczną dotyczącą wykonania oświetlenia klatki schodowej, gdyż pozostawienie starych rozdzielnic (zgodnie z pierwotnym rozwiązaniem) mogłoby stwarzać zagrożenie dla budynku i ludzi. W związku z powyższym, zamontowano nowy układ sterowania załączeniem oświetlenia, jednocześnie wymieniając rozdzielnie elektryczne.

Zamawiający nie wyjaśnił jednak, które z postanowień umowy pozwalały mu na wprowadzenie powyższych zmian nie objętych ani pierwotną dokumentacją postępowania, ani przedmiarami, czy kosztorysem ofertowym, ani nie wykonały z projektów zamiennych, jedynie ostatnią zmianę zamawiający wskazał jako zmianę technologiczną względem rozwiązań pierwotnie przyjętych w siwz. W ocenie Izby zatem przedmiot aneksu nr 1 nie był objętych dopuszczalnymi zmianami przewidzianymi przez zamawiającego w siwz – we wzorze umowy, tym samym zamawiający nie wypełnił przesłanki dopuszczalności zmiany umowy tj. przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Nadto dokonane zmiany wykraczały poza zakres art. 140 ust. 1 ustawy i powodowały, że do pierwotnej umowy wprowadzono postanowienia, które powodowały, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający ze zmienionej umowy nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Rację należy przyznać w tym zakresie kontrolującemu, że jeśli dokonywane zmiany były konieczne do wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od zamówienia dodatkowego, to zamawiający powinien był przeprowadzić odpowiednie

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wyżej określone roboty dodatkowe korzystając z trybu zamówienia z wolnej ręki w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy, w wyniku, którego to postępowania zawarłby nową umowę o zamówienie publiczne, a nie aneks do umowy podstawowej, który nie miał oparcia w przepisach ustawy, ani w postanowieniach umownych. Aneksowanie umów w zamówieniach publicznych jest ściśle reglamentowane art. 144 ust. 1 ustawy, którego zamawiający nie może interpretować rozszerzająco, jak uczynił to w kontrolowanym postępowaniu. Przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, a nie w drodze aneksu, jak uczynił to zamawiający, przyczyniłoby się także do ochrony konkurencyjności postępowania z uwagi na możliwość wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej na wybór trybu postępowania. Zamawiający takiej kontroli wykonawców pozbawił. Tym samym Izba uznała, że stanowisko Prezesa UZP w zakresie tego naruszenia jest prawidłowe i zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw, w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym do uwzględnienia w całości zgłoszonych zastrzeżeń i na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy i wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....