

KND/20/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnejOkreślenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający:	Gmina Jedlina - Zdrój ul. Poznańska 2 58 - 330 Jedlina – Zdrój
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	„Zaprojektowanie i budowa ciągu pieszo – rowerowego w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina – Zdrój”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	203.252,03 zł, co stanowiło równowartość 48.684,29 euro
Data wszczęcia postępowania:	27 maja 2016 r.
Data udzielenia zamówienia:	22 czerwca 2016 r.
Data wszczęcia kontroli:	29 marca 2019 r.
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdza naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), poprzez niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia na: „Zaprojektowanie i budowę ciągu pieszo – rowerowego w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo - rowerowego w m. Jedlina – Zdrój” zawarty w Programie Funkcjonalno - Użytkowym poprzez nieuregulowanie stanu prawnego gruntów na których planowany był przebieg ciągu pieszo – rowerowego, czym zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz naruszały § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego* z uwagi na niezawarcie informacji niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.
2. art. 144 ust. 1 ustawy poprzez nieuzasadnione wydłużenie terminu realizacji umowy dokonane aneksami nr 1-4 do umowy z dnia 22 czerwca 2016 r. na: „Zaprojektowanie i budowę ciągu pieszo – rowerowego w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina – Zdrój”.

UZASADNIENIE

Ad. 1

Zamawiający Gmina Jedlina - Zdrój – przeprowadził, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i budowa ciągu pieszo – rowerowego w ramach zadania pn.: Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina – Zdrój”. Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, tj. w dniu 27 maja 2016 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).

Przedmiotowa inwestycja została ujęta w planie zadań drogowych zgodnie z przyjętym przez Zarząd Województwa Dolnośląskiego „Programem infrastruktury drogowej” w roku 2016 pod nazwą: *Budowa trasy pieszo rowerowej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 381 w Jedlinie Zdroju*. Przedmiot zadania obejmował sporządzenie PFU, opracowanie dokumentacji projektowej i realizację robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj. O wytypowaniu zadania do realizacji Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, dalej „DSDiK” poinformowała Gminę pismem z dnia 17 lutego 2016 r. Pismem z dnia 26 lutego 2016 r. Gmina potwierdziła DSDiK wolę współuczestnictwa w zadaniu. W celu współdziałania przy realizacji powyższego zadania strony, tj. Gmina i Województwo Dolnośląskie dążyły do zawarcia porozumienia *w sprawie powierzenia do realizacji Gminie Miastu Jedlina Zdrój zadania własnego Województwa Dolnośląskiego pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina Zdrój” w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych oraz przyjęcia pomocy rzeczowej na rzecz Województwa Dolnośląskiego od Gminy Miasta Jedlina Zdrój*, które przez obie strony zostało zawarte w dniu 7 czerwca 2016 r. (Nr DSDiK/45/2016). Gmina jednak podpisała jednostronnie przedmiotowe porozumienie w dniu 28 kwietnia 2016 r. oraz przesłała je do DSDiK. Zgodnie z treścią porozumienia, a także jego wzoru (§ 1), *w celu poprawy bezpieczeństwa użytkowników drogi wojewódzkiej nr 381 strony deklarują wolę współdziałania w roku 2016 przy realizacji zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego o dł. 500 m. i szerokości 3,5 m od skrzyżowania ul. Kłodzkiej z ul/ Narutowicza do skrzyżowania ul. Kłodzkiej z ul. Reymonta obręb Jedlina, w ramach którego przewiduje się:*

a) Opracowanie programu funkcjonalno – użytkowego – PFU”.

W § 2 pkt 1 porozumienia wskazano, iż: *„Gmina zobowiązuje się do nieodpłatnego pełnienia funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania określonego w § 1 ust. 1, przy czym rozpoczęcie wszelkich prac winno być poprzedzone uzgodnieniami z Dolnośląską Służbą Dróg i Kolei we Wrocławiu, m.in. w zakresie wytycznych do PFU. W § 2 pkt 3 Gmina zobowiązała się do m.in.: Dopełnienie wszystkich wymaganych formalności administracyjnych w tym m. in.: w przypadku rozwiązań projektowych, które powodują zajęcie terenów obcych – uzyskania decyzji na realizację inwestycji drogowej (ZRID), na którą Gmina może składać wniosek we właściwym organie dopiero po podpisaniu odpowiednich porozumień dotyczących pokrycia przez Gminę kosztów odszkodowań z tytułu nabycia nieruchomości decyzją ZRID”.*

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 27 maja 2016 r.

W rozdziale I pkt 7 SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia miał zostać wykonany zgodnie z wytycznymi Programu Funkcjonalno – Użytkowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem I pkt 7.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmował:

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

Program funkcjonalno – użytkowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ został przygotowany w kwietniu 2016 r. przez Pracownię Projektową [REDAKTION]. PFU nie było konsultowane z DSDiK przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 22 czerwca 2016 r., została zawarta pomiędzy Zamawiającym Gminą Jedlina - Zdrój, a Wykonawcą [REDAKTION] Sp. z o.o. Umowa Nr 4/16, w ramach której na podstawie art. 39 ustawy Pzp¹ i wyboru oferty w dniu 14 czerwca 2016 r. Zamawiający zlecił, a Wykonawca przyjął do wykonania zamówienie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej i na jej podstawie wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina – Zdrój”.

Przedmiot zamówienia obejmował elementy wymienione w rozdziale 1 pkt. 7.1 SIWZ.

Szczegółowy zakres robót budowlanych określał PFU stanowiący załącznik do umowy.

W związku z niezgodnionym przez DSDiK przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Programem Funkcjonalno – Użytkowym, DSDiK wielokrotnie korespondowała z Zamawiającym w sprawie nieuregulowanej kwestii dotyczącej własności gruntów pod planowany ciąg pieszo – rowerowy. Pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę o tym, że „zakres rzeczowy zgodny z przesłanym do DSDiK drogą elektroniczną w dniu 7 czerwca 2016 r. zakresem przedstawionym w PFU może być realizowany po wcześniejszych uregulowaniach własności gruntu w sposób formalny. (...) PFU nie zawiera informacji w jaki sposób zostaną przeprowadzone uregulowania własności gruntów”. Poproszono również o określenie kiedy i w jaki sposób gmina ureguje kwestię własności gruntu. W odpowiedzi, pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. Gmina przesłała do DSDiK uchwałę Rady Miasta z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie wyrażenia zgody na dokonanie darowizny

¹ Dz.U. z 2015 r. poz. 2164.

nieruchomości (dotyczyła tylko działek gminnych, w stosunku do działek Polskiego Związku Działkowców trwała procedura mająca na celu przejęcie ich przez gminę). W kolejnym piśmie z dnia 31 sierpnia 2016 r. DSDiK mimo braku uregulowania kwestii gruntowych dokonała analizy wstępnej otrzymanego PFU w związku z czym przesłano najbardziej istotne uwagi do weryfikacji.

UWAGI:

1. zmiana nazwy, na etapie PFU powinno być określone czy realizujemy zadanie w pasie drogowym czy poza,
2. brak czytelnego załącznika graficznego, z zaznaczonymi granicami działek oraz oczekiwanymi parametrami ciągu pieszo – rowerowego, dołączony szkic był zbyt ogólny,
3. w PFU wyspecyfikowane są działki objęte inwestycją, należy określić właścicieli oraz sposób i termin przejęcia/przekazania, co miało skutkować określeniem prawa do dysponowania gruntem i podstawą realizacji robót budowlanych,
4. w PFU wprowadzono zapisy odnośnie likwidacji stawu – poproszono o opisanie jego obecnej funkcji, statusu, wpływu na gospodarkę wodną terenu przyległego oraz zgody jego właściciela na zasypanie,
5. wprowadzenie uzasadnienia budowy 2 dodatkowych przepustów,
6. brak informacji dotyczącej stanu technicznego rowów po przeciwnej stronie oraz informacji o tym, czy są w stanie przyjąć wodę,
7. przedmiotem zamówienia winno być także uzyskanie wszelkich prawomocnych pozwoleń (pkt. 1.1.)
8. „elementy towarzyszące” są zadaniem własnym gminy, mogą być uwzględnione w opracowaniu ale należało wprowadzić zapis, że koszt ich realizacji winien być wyspecyfikowany i poniesiony przez gminę,
9. dokumentacja podwykonawcza nie jest elementem dokumentacji projektowej (pkt 1.3.)

W kolejnym piśmie z dnia 15 września 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę, że otrzymane PFU pozostaje bez uzgodnienia. Poinformowano, że preferowaną formą regulacji gruntowych jest uzyskanie decyzji ZRID, ale biorąc pod uwagę podjęte już uchwały w kwestiach gruntowych przez Radę Miasta Jedlina - Zdrój, DSDiK dopuściła zaproponowaną formę regulacji gruntowych. Poproszono również o deklarację co do formy i terminów załatwienia wszystkich formalności. Poinformowano, że dokument PT, przekazania środka, zostanie potwierdzony dopiero po załatwieniu wszystkich formalności związanych z własnością gruntu. W odpowiedzi, pismem z dnia 29 września 2016 r. Gmina poinformowała, że przekazanie działek nastąpi na podstawie umowy darowizny w formie aktu notarialnego.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zgodnie z treścią 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. Z kolei art. 31 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z art. 31 ust. 3 ustawy Pzp program funkcjonalno – użytkowy powinien obejmować opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. 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.

Program funkcjonalno – użytkowy zgodnie z regulacjami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego* winien zawierać opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia (§ 18 ww. rozporządzenia). Powinien również w części informacyjnej obejmować dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oświadczenie zamawiającego zawierające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego, inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych (§ 19 ww. rozporządzenia).

Szczególnie znaczenie programu funkcjonalno-użytkowego jako opisu przedmiotu zamówienia podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1563/17, zgodnie z którym *w okolicznościach, gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule „projektuj i buduj” Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego, obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia (art. 31 ust. 2 i 3 ZamPublU). W PFU inwestor wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych czy technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać - techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jakość sporządzonego przez Zamawiającego programu PFU jest jednym z głównych czynników*

decydujących o powodzeniu kontraktu. Jest oczywiste, że PFU w zamówieniach realizowanych w tej formule stanowi opis przedmiotu zamówienia o którym mowa w przepisie art. 29 ust. 1 ZamPublU. Zamawiający przygotowuje dokument PFU w którym opisuje przedmiot zamówienia oraz koncepcje planowanej inwestycji, a także jeżeli uznaje za słuszne to także sposób jego wykonania. [...] Zamawiający sporządzając PFU winien dokonać opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, mając na względzie przepis art. 29.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż zgodnie z § 19 ww. rozporządzenia, w programie funkcjonalno-użytkowym Zamawiający powinien zawrzeć oświadczenie zawierające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. W cz. III pkt 2 PFU Zamawiający zapisał: „Zamawiający oświadcza, że posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w ramach planowanego przedsięwzięcia. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania Wykonawcy wszelkich niezbędnych dokumentów potwierdzających prawo do dysponowania nieruchomościami, na terenie których prowadzone będą roboty budowlane.” W cz. I pkt 1.6.1 PFU Zamawiający zapisał: „Ścieżkę pieszo – rowerową należy zaprojektować i wykonać z uwzględnieniem istniejących warunków gruntowych, przebiegu istniejącego chodnika oraz drogi wojewódzkiej nr 381, a także działek sąsiednich. Obecnie na terenie inwestycji znajduje się chodnik wykonany z kostki betonowej z obrzeżami, część terenu porośnięta jest krzewami i drzewami. Na 400 m długości ciągu, na terenie działki nr 491/2 znajduje się staw, który należy zlikwidować. (...) W projekcie należy przewidzieć usunięcie kolidujących drzew, likwidację stawu, usunięcie zieleni w rejonie budowy ciągu pieszo-rowerowego, wykonanie nasadzeń i trawników.” W cz. II pkt 4 PFU Zamawiający zapisał: „Przewiduje się rozbiórkę istniejącego chodnika, likwidację stawu oraz usunięcie drzew, krzewów i ogrodzenia z terenu objętego projektem budowlanym”. Powyższe zapisy wskazują, iż przebieg planowanego ciągu pieszo – rowerowego został zaplanowany nie tylko w miejscu istniejącego chodnika, ale również w miejscu istniejącego stawu, rosnących drzew, krzewów oraz istniejącego ogrodzenia. A zatem wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 14 lutego 2019 r., iż: „Gmina Jedlina – Zdrój planowała realizację inwestycji w miejscu istniejącego chodnika położonego w części na działkach będących własnością Gminy Jedlina – Zdrój, a w części na działkach będących własnością Województwa Dolnośląskiego w trwałym zarządzie DSDiK, bez konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego”, należy uznać za niezgodne z zapisami PFU. Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z przyjętym sposobem realizacji inwestycji, Gmina Jedlina Zdrój działając we współpracy z DSDiK zawarła w dniu 7.06.2016 r. porozumienie DSDiK/45/2016 w sprawie powierzenia do realizacji Gminie Miastu Jedlina Zdrój zadania własnego Województwa Dolnośląskiego pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego w m. Jedlina Zdrój” w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych oraz przyjęcia pomocy rzeczowej na rzecz Województwa Dolnośląskiego od Gminy Miasta Jedlina Zdrój. Jednocześnie należy wskazać, iż treść ww. porozumienia znana była Zamawiającemu dużo

wcześniej, bowiem jak wynika z dokumentacji sprawy, Gmina jednostronnie podpisała ww. porozumienie w dniu 28 kwietnia 2016 r. Zgodnie zaś z treścią porozumienia (§ 1), *w celu poprawy bezpieczeństwa użytkowników drogi wojewódzkiej nr 381 strony deklarują wolę współdziałania w roku 2016 przy realizacji zadania pn.: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 381 w zakresie budowy ciągu pieszo – rowerowego o dł. 500 m. i szerokości 3,5 m od skrzyżowania ul. Kłodzkiej z ul/ Narutowicza do skrzyżowania ul. Kłodzkiej z ul. Reymonta obręb Jedlina, w ramach którego przewiduje się:*

b) Opracowanie programu funkcjonalno – użytkowego – PFU”.

W § 2 pkt 1 porozumienia wskazano, iż: *„Gmina zobowiązuje się do nieodpłatnego pełnienia funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania określonego w § 1 ust. 1, przy czym rozpoczęcie wszelkich prac winno być poprzedzone uzgodnieniami z Dolnośląską Służbą Dróg i Kolei we Wrocławiu, m.in. w zakresie wytycznych do PFU. W § 2 pkt 3 zaś przewidziano m.in.: Dopełnienie wszystkich wymaganych formalności administracyjnych w tym m. in.: w przypadku rozwiązań projektowych, które powodują zajęcie terenów obcych – uzyskania decyzji na realizację inwestycji drogowej (ZRID), na którą Gmina może składać wniosek we właściwym organie dopiero po podpisaniu odpowiednich porozumień dotyczących pokrycia przez Gminę kosztów odszkodowań z tytułu nabycia nieruchomości decyzją ZRID”.* W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, Zamawiający przygotował w kwietniu 2016 r. PFU, natomiast w dniu 27 maja 2016 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wskazać, iż PFU nie było konsultowane z DSDiK przed wszczęciem postępowania ani nie zostało przez DSDiK zatwierdzone przed 27 maja 2016 r. Przed wszczęciem postępowania nie zostało również podpisane porozumienie pomiędzy Gminą a Województwem Dolnośląskim, które zawarte zostało w dniu 7 czerwca 2016 r. W tym samym dniu Zamawiający drogą elektroniczną przesłał PFU do konsultacji z DSDiK. Należy wskazać, iż termin składania ofert upływał w dniu 14 czerwca 2016 r. Pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. DSDiK poinformowała Gminę o tym, że „zakres rzeczowy zgodny z przesłanym do DSDiK drogą elektroniczną w dniu 7 czerwca 2016 r. zakresem przedstawionym w PFU może być realizowany po wcześniejszych uregulowaniach własności gruntu w sposób formalny. (...) PFU nie zawiera informacji w jaki sposób zostaną przeprowadzone uregulowania własności gruntów”. Poproszono również o określenie kiedy i w jaki sposób gmina ureguje kwestię własności gruntu. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, ww. pismo wpłynęło do zamawiającego w dniu 21 czerwca 2016 r., a więc w przeddzień zawarcia umowy. Zamawiający wskazał ponadto, iż do pracownika merytorycznego zajmującego się niniejszą sprawą ww. pismo wpłynęło już po podpisaniu umowy z wykonawcą w dniu 22 czerwca 2016 r. W konsekwencji, podjęcie przez Zamawiającego działań dotyczących uregulowania stanu prawnego działek, nastąpiło już po podpisaniu umowy z wykonawcą. W kolejnych pismach DSDiK wskazywała m.in. iż: „Wg obecnego stanu faktycznego, na przedmiotowym odcinku, chodnik w pasie drogowym drogi wojewódzkiej nr 381 łączy się z chodnikiem poza pasem drogowym” (pismo z dnia 17 czerwca 2016 r.). W odpowiedzi

Zamawiający poinformował m.in., iż „w stosunku do działki będącej w użytkowaniu wieczystym Polskiego Związku Działkowców, trwa procedura przejęcia jej przez Gminę” (pismo z dnia 30 czerwca 2016 r.). Jak wynika z kolei z pisma z dnia 31 sierpnia 2016 r., w którym przedstawiono najbardziej istotne uwagi po analizie wstępnej PFU, PFU zawierało szereg braków uniemożliwiających realizację zamówienia publicznego na jej podstawie. DSDiK poinformowała, iż PFU nadal pozostaje bez uzgodnienia ze względu na brak uregulowań gruntowych. W uwagach wskazano m.in.:

- „brak czytelnego załącznika graficznego, z zaznaczonymi granicami działek oraz oczekiwanymi parametrami ciągu pieszo – rowerowego, dołączony szkic był zbyt ogólny,
- w PFU wyspecyfikowane są działki objęte inwestycją, należy określić właścicieli oraz sposób i termin przejęcia/przekazania, co miało skutkować określeniem prawa do dysponowania gruntem i podstawą realizacji robót budowlanych,
- w PFU wprowadzono zapisy odnośnie likwidacji stawu – poproszono o opisanie jego obecnej funkcji, statusu, wpływu na gospodarkę wodną terenu przyległego oraz zgody jego właściciela na zasypanie”.

Z powyższego wynika, iż PFU stanowiące opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało przygotowane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez nieuregulowanie stanu prawnego gruntów na których planowany był przebieg ciąg pieszo – rowerowy, czym zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy. Dodatkowo, zamawiający naruszył § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego* z uwagi na niezawarcie informacji niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.

Ad. 2

Zgodnie z treścią rozdziału I pkt 16 SIWZ wymagano terminu wykonania zamówienia **do dnia 30 września 2016 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej – w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia 30 września 2016 r.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 4 umowy Nr 4/2016 z dnia 22 czerwca 2016 r. ustalono termin wykonania zamówienia (umowy) **do dnia 30 września 2016 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej – w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia 30 września 2016 r.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w dniu 27 maja 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, jak i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej Umowy w przypadku gdy potrzeba ich wprowadzenia wynikała z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego a wydłużeniu ulegnie termin obowiązywania niniejszej umowy w szczególności:

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

ANEKS Nr 1

Pismem z dnia 14 września 2016 r. Wykonawca [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. (dalej: [REDAKTOWANE]) złożył wniosek o przedłużenie terminu realizacji umowy. Wykonawca poinformował, że *w trakcie uzyskania pozwolenia na budowę Urząd Wojewódzki odrzucił wniosek w związku z faktem nowego podziału działek. Konsekwencją tego jest konieczność zmian projektowych i ponowne złożenie wniosków.* Wykonawca wniósł o przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 30 października 2016 r.

W dniu 30 września 2016 r. zawarty został ANEKS Nr 1 do Umowy Nr 4/16 z dnia 22 czerwca 2016 r., na podstawie którego na pisemny wniosek Wnioskodawcy z dnia 14 września 2016 r., zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 5) litera d) i g) umowy §1 ust. 4 otrzymał następujące brzmienie:

Ustala się termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do dnia **10 listopada 2016 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej - w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia **10 listopada 2016 r.**

ANEKS Nr 2

Pismem z dnia 9 listopada 2016 r. Wykonawca █████ zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu realizacji zamówienia do dnia 15 kwietnia 2017 r. Jak wskazano w ww. piśmie *po rozpoczęciu prac projektowych i uzyskaniu mapy do celów projektowych w dniu 15 lipca 2016 r. stwierdzono niemożność realizacji zadania zgodnie z wytycznymi PFU, bez uregulowania spraw formalnych, w zakresie przekształceń własnościowych działek. Z uwagi na fakt, że trasa ciągu biegła w części na działce gminnej a w części na działce DSDiK, Wojewoda odmówił przyjęcia zgłoszenia dla tak położonej ścieżki. (...) projektant zaproponował przesunięcie ścieżki na działkę gminną i uzyskanie dla tak wykonanego projektu pozwolenia na budowę w Starostwie. Taki też projekt został sporządzony i złożony w Starostwie w dniu 16 sierpnia 2016 r. Równocześnie w lipcu 2016 r. Zamawiający podjął działania na rzecz przekazania działek pod ścieżkę DSDiK. W związku z powyższym dokonał podziału działki 491/5. Podział ten został ujawniony w ewidencji gruntów w dniu 7 września 2016 r.*

W dniu 10 listopada 2016 r. zawarty został ANEKS Nr 2 do Umowy Nr 4/16 z dnia 22 czerwca 2016 r., na podstawie którego na pisemny wniosek Wnioskodawcy z dnia 9 listopada 2016 r., zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 5) litera g) umowy §1 ust. 4 otrzymał następujące brzmienie: Ustala się termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do dnia **15 kwietnia 2017 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej - w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia **15 kwietnia 2017 r.**

ANEKS Nr 3

Pismem z dnia 6 lutego 2017 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego, dalej „DWINB”, przesłał zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego oraz o przeprowadzeniu dowodu z oględzin w dniu 21 lutego 2017 r. o godz. 10.00 w postępowaniu administracyjnym w sprawie budowy ciągu pieszo rowerowego na odcinku od ul. Reymonta do ul. Narutowicza wzdłuż ulicy Kłodzkiej, w pasie drogi wojewódzkiej nr 381 na działkach nr 491/17, nr 329/2 i nr 680/1, AM – 1, obręb Jedlina – Zdrój (w kierunku Głuszycy) realizowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia.

W dniu 6 kwietnia 2017 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał postanowienie nr 566/2017 znak sprawy: WIK.7740.24.2017.III.21.1D.9. Postanowiono o nałożeniu na Inwestora – Gminę Jedlina - Zdrój:

- obowiązku wstrzymania prowadzenia robót budowlanych oraz zabezpieczenia terenu budowy przed dostępem osób postronnych poprzez jej wyгородzenie i oznakowanie;
- obowiązek przedłożenia w terminie do dnia 31 sierpnia 2017 r.: zaświadczenia Burmistrza Miasta Jedlina – Zdrój o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego; czterech egzemplarzy projektu budowlanego opracowanego i sprawdzonego przez osoby uprawnione wraz z opiniami, uzgodnieniami pozwoleń i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi oraz zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7 P.b. aktualnym na dzień opracowania projektu; oświadczenia inwestora, złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

W dniu 14 kwietnia 2017 r. zawarty został ANEKS Nr 3 do Umowy Nr 4/16 z dnia 22 czerwca 2016 r., na podstawie którego z uwagi na nadal trwające postępowanie przed Wojewódzkim Inspektorem Nadzoru Budowlanego, na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5) litera g) umowy §1 ust. 4 otrzymał następujące brzmienie:

Ustala się termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do dnia **16 czerwca 2017 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej - w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia **16 czerwca 2017 r.**

Pismem z dnia 12 maja 2017 r. w nawiązaniu do postanowienia z dnia 6 kwietnia 2017 r. Gmina przesłała do DWINB następujące dokumenty:

- zaświadczenie o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego,
- cztery egzemplarze projektu budowlanego oraz zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego, oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

W dniu 13 czerwca 2017 r. DWINB wydał postanowienie nr 967/2017, na mocy którego nałożono na inwestora obowiązek uzupełnienia nieprawidłowości w przedłożonym projekcie budowlanym.

ANEKS Nr 4

W dniu 16 czerwca 2017 r. zawarty został ANEKS Nr 4 do Umowy Nr 4/16 z dnia 22 czerwca 2016 r., na podstawie którego z uwagi na nadal trwające postępowanie przed Wojewódzkim Inspektorem Nadzoru Budowlanego, na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5) litera g) umowy §1 ust. 4 otrzymał następujące brzmienie:

Ustala się termin wykonania przedmiotu zamówienia (umowy) do dnia **16 czerwca 2017 r.**, w tym:

- 1) opracowanie i przekazanie kompletnej dokumentacji projektowej - w terminie 30 dni od daty zawarcia umowy,
- 2) wykonanie robót budowlanych – w terminie do dnia **31 października 2017 r.**

Pismem z dnia 1 sierpnia 2017 r. DWINB przesłał do Gminy zawiadomienie, iż w związku z ustaleniem w toku postępowania nowych okoliczności faktycznych, postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w sprawie **budowy ciągu pieszo rowerowego na odcinku od ul. Reymonta do ul. Narutowicza wzdłuż ulicy Kłodzkiej, w pasie drogi wojewódzkiej nr 381 na działkach nr 491/17, nr 329/2 i nr 680/1, AM – 1, obręb Jedlina – Zdrój (w kierunku Głuszycy) realizowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia** prowadzone będzie w sprawie **budowy ciągu pieczo-rowerowego na odcinku od ul. Reymonta do ul. Narutowicza wzdłuż ulicy Kołodziej, na działkach nr 491/7, nr 329/2, nr 680/1, nr 491/9, nr 439/6, nr 439/2, AM -1, obręb Jedlina Zdrój oraz na działkach nr 88/35, nr 88/41, nr 128/1, AM-1, obręb Głuszycy w Jedlinie –Zdroju (w kierunku Głuszycy), realizowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia.**

Pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. Gmina Jedlina-Zdrój w nawiązaniu do postanowienia z dnia 4 sierpnia 2017 r. przesłała wymagane dokumenty:

- zaświadczenie o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego,
- oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Poinformowano również, że cztery egzemplarze projektu budowlanego na rozszerzony zakres działek oraz zaświadczenie o którym mowa w art. 12 ust. 7 P.b. zostały złożone wraz z pismem z dnia 12 maja 2017 r.

W toku czynności wyjaśniających Urząd Zamówień Publicznych, w dniu 24 września 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych – z uwzględnieniem brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp – uzasadniających dokonanie przez Zamawiającego zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 2 października 2018 r. wskazał, że:

- *W dniu 14 września 2016 r. Wykonawca robót budowlanych tj. ██████████ ██████████ Sp. z o.o. wystąpiło do Zamawiającego o aneksowanie terminu wykonania zamówienia, z uwagi na to że w trakcie uzyskania pozwolenia na budowę Urząd Wojewódzki odrzucił wniosek w związku z faktem nowego podziału działek. Z uwagi na powyższe, na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) Strony umowy wprowadziły w dniu 30 września 2016 r. Aneks Nr 1 - w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia,*
- *W dniu 9 listopada 2016 r. Wykonawca robót budowlanych ponownie wystąpił do Zamawiającego o aneksowanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia uzasadniając niemożliwość realizacji zadania zgodnie z wytycznymi PFU, bez uregulowania spraw formalnych w zakresie przekształceń własnościowych działek. Jednocześnie trwała procedura związana ze zmianą własności gruntów przez które miała przebiegać część ciągu pieszo- rowerowego. Z uwagi na powyższe na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 litera g) Strony umowy wprowadziły w dniu 10 listopada 2016 r. Aneks Nr 2 - w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia,*
- *W dniu 13 lutego 2017 r. do Urzędu Miasta wpłynęło Zawiadomienie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2017 r. o wszczęciu postępowania administracyjnego oraz o przeprowadzeniu dowodu z oględzin w postępowaniu administracyjnym w sprawie budowy ciągu pieszo- rowerowego na odcinku od ul. Reymonta do ul. Narutowicza, wzdłuż ulicy Kłodzkiej, w pasie drogi wojewódzkiej nr 381 na działkach nr 491/7, nr 329/2 i nr 680/1, AM-1 obręb Jedlina-Zdrój w Jedlinie-Zdroju (w kierunku Głuszycy), realizowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia. Z uwagi na trwające postępowanie przed Wojewódzkim Inspektorem Nadzoru Budowlanego Strony na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5) litera g) umowy zawarły w dniu 14 kwietnia 2017 r. Aneks Nr 3 oraz w dniu 16 czerwca 2017 r. Aneks Nr 4 do umowy w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia.*
- Zamawiający poinformował również, że mając na uwadze postanowienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w § 16 projektu umowy, stanowiącego Załącznik Nr 11 do SIWZ oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu, przewidział dopuszczalne zmiany treści zawartej umowy w postaci jednoznacznych postanowień umownych.
- Jako podstawę prawną do zawarcia Aneksów Zamawiający wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W toku czynności wyjaśniających Urząd Zamówień Publicznych, w dniu 6 lutego 2019 r., zwrócił się do Zamawiającego w oparciu o art. 163 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie dokonanej przez Zamawiającego zmiany umowy w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 5 umowy Nr 4/16 zawartej w dniu 22 czerwca 2016 r. wprowadzenie zmian w treści umowy wymagało sporządzenia, pod rygorem nieważności, pisemnego aneksu. Zmiany te nie mogły naruszać postanowienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a potrzeba ich wprowadzenia mogła wynikać, gdy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego wydłużeniu ulegnie termin obowiązywania niniejszej umowy, w szczególności z przyczyn wskazanych w punktach a) – g).

W wyjaśnieniach z dnia 2 października 2018 r. Zamawiający poinformował, że podstawą do wprowadzenia Aneksów w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia był § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) umowy Nr 4/16 zawartej w dniu 22 czerwca 2016 r.

Poproszono o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych, w związku z którymi Zamawiający na etapie planowania inwestycji nie mógł przewidzieć, iż zaistnieje konieczność uzyskania danych, zgód, bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów, w odniesieniu do nowego podziału działek. Poproszono również o odniesienie się do kwestii uregulowania spraw formalnych w zakresie przekształceń własnościowych działek, biorąc pod uwagę wskazany w piśmie [REDAKTED] Sp. z o.o. z dnia 9 listopada 2016 r znak: ŚPDDiM 6.6.104/488/2016 fakt, że trasa ciągu pieszo - rowerowego biegła w części na działce gminnej a w części na działce DSDiK.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2019 r. wskazał, że:

- *w sierpniu 2015r. Gmina Jedlina-Zdrój złożyła do DSDiK we Wrocławiu wniosek o ujęcie w/w zadania w planie zadań drogowych. W lutym 2016 r. DSDiK poinformowała, że zadanie zostało wytypowane do realizacji w formule zaprojektuj i wybuduj. W ramach pomocy rzeczowej Gmina Jedlina-Zdrój miała współfinansować zadanie w wysokości 45% kosztów jego realizacji i wykonać zadanie w zastępstwie inwestorskim. Sporządzono Program Funkcjonalno-Użytkowy i w czerwcu 2016 r. przekazano go do akceptacji DSDiK. Gmina Jedlina-Zdrój planowała realizację inwestycji w miejscu istniejącego chodnika położonego w części na działkach będących własnością Gminy Jedlina-Zdrój, a w części na działkach będących własnością Województwa Dolnośląskiego w trwałym zarządzie DSDiK, bez konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego.*
- *W dniu 27.05.2016r. Gmina Jedlina-Zdrój ogłosiła przetarg nieograniczony w celu wyłonienia wykonawcy zadania w formule zaprojektuj i wybuduj. Potencjalni wykonawcy mieli możliwość składania ofert do 14.06.2016r.*
- *W dniu 21.06.2016 r. do tutejszego urzędu wpłynęło pismo od DSDiK informujące o konieczności uregulowania własności gruntu. Zanim przedmiotowe pismo wpłynęło na stanowisko pracownika merytorycznego i zostało rozpatrzone, Gmina była już*

po podpisaniu w dn. 22.06.2016 r. umowy z wyłonionym Wykonawcą. Gmina niezwłocznie rozpoczęła procedurę przekazania działek na rzecz Województwa Dolnośląskiego. Procedura zakończyła się w dniu 9.11.2016r. podpisaniem aktu notarialnego przenoszącego własność działek nr 491/7; 329/2 oraz 680/1 na rzecz Województwa Dolnośląskiego.

W toku czynności wyjaśniających Urząd Zamówień Publicznych, w dniu 5 marca 2019 r., kolejny raz zwrócił się do Zamawiającego w oparciu o art. 163 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie dokonanej przez Zamawiającego zmiany umowy w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazano, że z nadesłanych wyjaśnień oraz dokumentacji postępowania wynika, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 maja 2016 r., a przekazanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego do akceptacji DSDiK miało miejsce w czerwcu 2016 r. Jak wynika z powyższego, Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie bez uregulowania kwestii spraw formalnych w zakresie przekształceń własnościowych działek.

W związku z powyższym Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie okoliczności faktycznych oraz prawnych, w związku z którymi na etapie planowania inwestycji nie mógł przewidzieć, iż zaistnieje konieczność uzyskania danych, zgód, bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów, w odniesieniu do nowego podziału działek w rezultacie czego zawarł Aneks nr 1 i 2 do umowy na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 lit g).

W § 3 ust. 2 umowy wskazano, m.in. że do obowiązków Wykonawcy należy wykonanie dokumentacji projektowej wraz z wszystkimi niezbędnymi opracowaniami, uzyskanie niezbędnych pozwoleń, uzgodnień i opinii (pkt 2) oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych zatwierdzeń dokumentacji projektowej w drodze decyzji o pozwoleniu na budowę lub w drodze przyjęcia zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę (pkt 4). Zgodnie z pkt 4.3. Programu Funkcjonalno – Użytkowego: *Zamawiający posiada pismo, w którym DSDiK wyraża zgodę na realizację inwestycji. Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania wszelkich zgód, opinii i pozwoleń na własny koszt.*

Z uwagi na powyższe zapisy, poproszono o wyjaśnienie okoliczności braku uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na budowę, a w konsekwencji zawarcia na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5) litera g) umowy Aneksu nr 3 z dnia 14 kwietnia 2017 r. oraz Aneksu nr 4 z dnia 16 czerwca 2017 r. w związku z prowadzonym przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego postępowaniem.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2019 r. wskazał, że:

- *Gmina po raz pierwszy realizowała zadanie w takiej formule we współpracy z DSDiK, dlatego też nie posiadano wiedzy na temat konieczności przekazywania działek będących własnością Gminy na rzecz Województwa Dolnośląskiego. Również Województwo Dolnośląskie zawarło z Gminą Jedlina-Zdrój porozumienie w dn. 7.06.2016 r., pomimo że część działek stanowiła własność Gminy Jedlina-Zdrój. Dopiero w dniu 21.06.2016 r. do tutejszego urzędu wpłynęło pismo od DSDiK informujące o konieczności uregulowania własności gruntu. Gmina niezwłocznie podjęła działania w celu uregulowania stanu prawnego, co spowodowało wydłużenie terminu realizacji zadania.*
- *w zakresie wyjaśnienia okoliczności braku uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na budowę wskazano, że procedura podziału działek i przekazania ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego spowodowała, że mapa do celów projektowych, którą dysponował Wykonawca przestała być aktualna, o czym Wykonawca nie wiedział. Wykonawca złożył projekt budowlany do Starostwa Powiatowego w Wałbrzychu celem uzyskania pozwolenia na budowę, wtedy okazało się, że występuje rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem granic i numeracją działek a mapą do celów projektowych, rozbieżność była wynikiem podziału działek. Wykonawca, po podziale działek i przekazaniu ich na rzecz Województwa Dolnośląskiego, w celu uzyskania pozwolenia na budowę rozpoczął prace projektowe na nowo na aktualnej już mapie do celów projektowych.*

Urząd Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2019 r. zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również do Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu z prośbą o udzielenie wyjaśnień w sprawie okoliczności faktycznych oraz prawnych, w związku z koniecznością uzyskania w ww. sprawie danych, zgód, bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów, w odniesieniu do nowego podziału działek.

W odpowiedzi DSDiK pismem z dnia 1 kwietnia 2019 r. wskazała, że:

- *(...) na etapie planowania inwestycji w roku 2015 nie brano pod uwagę zmiany granic pasa drogi wojewódzkiej nr 381 a budowa ciągu pieszo rowerowego miała być zlokalizowana w miejscu istniejącego chodnika. W dniu 07.06.2016r Województwo Dolnośląskie zawarło z Gminą Jedlina Zdrój porozumienie o wspólnej realizacji ww. zadania w formule "zaprojektuj i wybuduj". Gmina zobowiązała się do pełnienia funkcji inwestora zastępczego, opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, opracowania dokumentacji technicznej i realizacji robót budowlanych. Na etapie opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia Gmina ani DSDiK nie posiadała informacji na temat konieczności dzielenia i przejmowania działek niezbędnych pod budowę drogi. Po ogłoszeniu przetargu i wyłonieniu wykonawcy, podczas prac projektowych pozyskana została aktualna mapa zasadnicza zawierająca m.in. przebieg granic ewidencyjnych działek i możliwa stała się szczegółowa analiza terenowo prawna. Dopiero na etapie*

uzgadniania dokumentacji projektowej, na podstawie opracowanego planu zagospodarowania terenu można było określić numery działek i ich powierzchnię niezbędną pod budowę planowanej ścieżki pieszo-rowerowej o parametrach zgodnych z przepisami techniczno-budowlanymi. Na tym etapie DSDiK postawiła warunek dalszej realizacji inwestycji polegający na uporządkowaniu spraw formalno-prawnych dotyczących własności gruntów. (...) Postawienie warunku było niezbędne w celu zapewnienia prawidłowego wykonywania leżących w interesie publicznym zadań własnych Województwa Dolnośląskiego w zakresie prowadzenia, zabezpieczenia i obsługi ruchu a także zabezpieczenia odpowiedniej powierzchni terenu na zlokalizowanie urządzeń związanych z potrzebami zarządzania drogą. W celu spełnienia warunku Rada Miasta w dniu 30.06.2016 r. podjęła uchwałę o udzieleniu zgody na dokonanie darowizny nieruchomości na cel publiczny określony w art. 6 pkt 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami tj. wydzielenie gruntów pod drogi publiczne, drogi rowerowe i drogi wodne, budowa, utrzymanie oraz wykonanie robót budowlanych tych dróg. Przed zakończeniem procesu inwestycyjnego Gmina przekazała na rzecz Województwa Dolnośląskiego wydzielone wcześniej działki nr 491/7, 329/2 i 680/1 na podstawie umowy darowizny w formie aktu notarialnego nr 6064/2016 z dnia 09.11.2016 r. Przedsięwzięcie zostało zakończone w dniu 9 stycznia 2018 r. wydaniem Decyzji nr 40/2018 udzielającej pozwolenia na użytkowanie.

Art. 144 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, stanowi o zakazie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zatem z literalnej wykładni ww. przepisu wynika generalna zasada jaką jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario*, inne, nieistotne zmiany umowy są dopuszczalne i można je wprowadzać do umów zawieranych na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 365¹ Kodeksu cywilnego. Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, badaniu podlega wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotna zmiana postanowień umowy w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będzie bowiem zawsze miała miejsce, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone.

Powyższy kierunek wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej „TSUE”, z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym Trybunał wskazał, że: *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 umożliwiłoby 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.*

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

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

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

Zauważyć należy, że w wyniku dokonanych w drodze aneksów nr 1-4 zmian umowy, określony w SIWZ termin realizacji zamówienia uległ zmianie z nieco ponad 3 miesięcy do ponad 1 roku i 4 miesięcy. Na skutek wprowadzonych do Umowy modyfikacji, termin realizacji zamówienia wydłużył się niemal 5 krotnie w stosunku do pierwotnego okresu w jakim Zamawiający oczekiwał wykonania Umowy. W kontekście okresu o jaki został prolongowany termin wykonania zamówienia, pierwotny termin wykonania umowy jawi się jako stosunkowo krótki. Przy tak krótkim terminie, można założyć, że wykonawcy kalkulując cenę swojej oferty uwzględniali zapisy § 6 Umowy, w którym Zamawiający zastrzegł prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 1% wartości umowy za każdy dzień zwłoki za opóźnienia w opracowaniu

dokumentacji projektowej lub w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

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

A zatem, należy rozważyć, czy zmiany wprowadzone aneksami nr 1 – 4 zostały przewidziane w treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Zamawiający w wyjaśnieniach poinformował, że podstawą do wprowadzenia Aneksów w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia był § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) umowy Nr 4/16 zawartej w dniu 22 czerwca 2016 r. W § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) wzoru umowy dopuszczono zmianę terminu realizacji umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy w przypadku konieczności modyfikacji przyjętych rozwiązań projektowych, natomiast w lit. g) dopuszczono zmianę terminu realizacji umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy, jeśli zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów. Z powyższych zapisów w pierwszej kolejności wynika, iż konieczność zmiany umowy nie może wynikać z przyczyn zależnych od zamawiającego lub wykonawcy. A zatem, jeśli na konieczność zmiany umowy miały wpływ czynności lub brak ich podjęcia przez którąkolwiek ze stron, zmiany takie nie mogły zostać wprowadzone do umowy. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, aneksy nr 1 i 2 zostały zawarte z uwagi na nieuregulowanie przez Zamawiającego stanu prawnego gruntów na których planowany był przebieg ciągu pieszo – rowerowego na etapie przygotowania Programu Funkcjonalno – Użytkowego będącego opisem przedmiotu zamówienia, o czym mowa była w naruszeniu nr 1. W związku z powyższym należy uznać, iż konieczność wydłużenia terminu realizacji zamówienia wynikała z przyczyn zależnych od Zamawiającego, który w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Z uwagi na rozpoczęcie przez Zamawiającego działań mających na celu uregulowanie kwestii gruntowych dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca nie miał możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia w terminie określonym pierwotnie w umowie. Jednocześnie zmiany umowy wprowadzone aneksami nr 1 i 2 nie były uzasadnione żadną z okoliczności wskazanych w § 16 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy.

Przechodząc do okoliczności powodujących konieczność zawarcia aneksów nr 3 i 4 należy wskazać, iż w tym przypadku wydłużenie terminu realizacji umowy wynikało z postanowienia z dnia 6 kwietnia 2017 r. Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nakładającego obowiązek wstrzymania prowadzenia robót budowlanych oraz zabezpieczenia terenu budowy przed dostępem osób postronnych poprzez jej wyгородzenie i oznakowanie z uwagi na realizowanie inwestycji bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia.

Jak wynika z postanowienia DWINB Nr 1277/2017 z dnia 4 sierpnia 2017 r., „zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.) roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31. W myśl art. 29 ust. 2 pkt 12 ustawy Prawo budowlane – pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych. Ilekroć w ustawie Prawo budowlane jest mowa o przebudowie należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane). Należy nadmienić, iż zgodnie z oświadczeniem Inwestora wniesionym do protokołu oględzin, roboty budowlane związane z budową ciągu pieszo-rowerowego rozpoczęto w sierpniu 2016 r. na działkach 491/7, nr 329/2 i nr 680/1, AM-1, obręb 0004 Jedlina-Zdrój w Jedlinie Zdroju, będących własnością Gminy Jedlina Zdrój. W dniu rozpoczęcia robót inwestor nie posiadał wymaganej przepisami Prawa budowlanego decyzji pozwolenia na budowę lub zgłoszenia budowy ww. ciągu pieszo-rowerowego. Inwestor Gmina Jedlina-Zdrój, aktem notarialnym Rep. A nr 6064/2016 z dnia 9.11.2016 r. darował na rzecz Województwa Dolnośląskiego prawo własności działki nr 491/7, nr 329/2 i nr 680/1, AM-1, obręb 0004 Jedlina-Zdrój z przeznaczeniem na cel publiczny – drogi rowerowe. Tym samym nastąpiła zmiana szerokości drogi, a zarazem zmiana granic pasa drogowego drogi wojewódzkiej nr 381. W świetle obowiązujących przepisów należy stwierdzić, że Inwestor na budowę przedmiotowego ciągu (red.) pieszo-rowerowego na odcinku od ul. Reymonta do ul. Narutowicza wzdłuż ulicy Kłodzkiej, w pasie drogi wojewódzkiej nr 381, na działkach nr 491/7, nr 329/2 i nr 680/1, AM-1, obręb 0004 Jedlina-Zdrój w Jedlinie Zdroju, nie legitymuje się wymaganym pozwoleniem na budowę.” W świetle powyższych okoliczności nie sposób uznać, iż wstrzymanie przez DWINB prac z uwagi na realizowanie inwestycji bez wymaganego Prawem budowlanym pozwolenia na budowę stanowiło uzasadnienie do zawarcia aneksów do umowy przedłużających termin realizacji zgodnie z określonymi w § 16 ust. 1 pkt 5 litera d) i g) wzoru umowy warunkami. Przede wszystkim nie można uznać, iż realizowanie robót budowlanych bez wymaganych przepisami prawa pozwoleń, w tym wypadku pozwolenia na budowę wynikało z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy. Zamawiający jako inwestor ma obowiązek posiadania pozwolenia na budowę, nawet gdy obowiązek uzyskania tego pozwolenia zostanie nałożony na wykonawcę w ramach realizacji zamówienia publicznego. Reasumując, brak posiadanego pozwolenia na budowę, w konsekwencji czego nastąpiła konieczność wstrzymania robót budowlanych do czasu uzyskania pozwolenia na wznowienie robót budowlanych nie uzasadnia możliwości dokonania zmian umowy przewidzianych w SIWZ w świetle art. 144 ust. 1

ustawy. Tym samym zmiany umowy dokonane aneksami nr 3 i 4 naruszały generalny zakaz zmian umowy o zamówienie publiczne, określony w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że zmiany umowy polegające na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia o ponad 1 rok i 1 miesiąc, stanowiły istotne zmiany umowy, ponieważ prowadziły do zmiany równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy, co mogłoby wpłynąć na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia, gdyby Zamawiający od początku określił tak długi termin realizacji zamówienia. Co więcej, zmiany te – nie były uzasadnione przewidzianymi w SIWZ okolicznościami, gdyż nie spełniały warunków w nim określonych, w szczególności nie wynikały z przyczyn niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy.

Reasumując, dokonane przez Zamawiającego zmiany Umowy dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia nie wypełniały przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nastąpiły z naruszeniem tego przepisu.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.