

KND/23/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Gmina Krzyżanów Krzyżanów 10 99 – 314 Krzyżanów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	<i>„Przebudowa drogi powiatowej Nr 2112E na odcinku o długości 3,75 km od miejscowości Młogoszyn do miejscowości Siemienice oraz remont drogi wewnętrznej w miejscowości Malewo.”</i>
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	5.445.674,64 zł (co stanowiło równowartość kwoty 1.304.384,45 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – 1.815.224,88 zł (co stanowiło równowartość kwoty 434.794,81 euro)
Data wszczęcia postępowania:	23.01.2017 r.
Wszczęcie kontroli:	z Urzędu

Środki UE:

brak współfinansowania ze środków UE

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ustawy Pzp, (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, stwierdzono naruszenie:

- 1) art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zmianę umowy nr ZP.271.01.2017/02/17 w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia dokonanej aneksem nr 2/2017, polegającą na zmianie technologii wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonej nawierzchni w zakresie m.in. zaniechania wykonania na drodze siatki wzmacniającej na łączeniu istniejącej nawierzchni bitumicznej z poszerzonymi jezdniami;
- 2) art. 144 ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych po dokonaniu zmiany aneksem nr 2/2017 zakresu przedmiotu umowy nr ZP.271.01.2017/02/17;
- 3) art. 67 ust. 1a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w opisie zamówienia podstawowego w dokumentacji przedmiotowego postępowania zakresu robót budowlanych, warunków na jakich roboty te na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, miałyby być udzielane.

Uzasadnienie

1) Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane polegające na przebudowie drogi powiatowej Nr 2112E na odcinku o długości 3,75 km od miejscowości Młogoszyn do miejscowości Siemienice oraz remoncie drogi wewnętrznej w miejscowości Malewo. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wynikał z dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (zwanej dalej: „STWiOR”). Wymieniona dokumentacja techniczna stanowiła załącznik nr 9 do SIWZ. Jak wynika z Kosztorysu nakładczego w zakresie wzmocnienia i wyrównania istniejącej nawierzchni przewidziano „wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków” (w ilości 5.620,00 m² (pkt 67 d. 4) oraz „wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej

mieszkanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50 kg/m² – na szerokość siatki wzmacniającej” w ilości 281,00 t (70 d.4).

Zamawiający zawarł Umowę nr ZP.271.01.2017/02/17 w sprawie realizacji ww. zamówienia podpisaną w dniu 03.03.2017 r. na kwotę 2.378.500,20 zł z wykonawcą X.Y. W dniu 03.07.2017 r. podpisano aneks nr 2/2017 do ww. umowy, w którym wskazano: *„Uwzględniając przesłanki przewidziane w § 13 ust. 2 w związku w § 13 ust. 6 umowy oraz w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) w zawartej umowie o udzielenie zamówienia publicznego (...) wprowadza się następujące zmiany:*

1. W szczegółowym zakresie robót wynikającym z dokumentacji projektowej (tj. projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu do umowy oraz harmonogramu rzeczowo – finansowego) wprowadza się zmiany zakresu i wartości robót, zgodnie z zestawieniem rzeczowo – finansowym wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzonych zmian – stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego aneksu.

2. § 7 ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie: Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym i określa się na kwotę: netto 2.009.835,63 PLN, plus podatek VAT 23%, kwota brutto: 2.472.097,82 PLN (...) w tym wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót dodatkowych w stosunku do zamówienia podstawowego wynosi: netto 76.095,62 PLN, plus podatek VAT 23%, kwota brutto: 93.597,62 PLN (...).”

Zgodnie z pkt „67 d. 4” załącznika nr 1 do aneksu nr 2/2017 z dnia 03.07.2017 r., stanowiącego zestawienie rzeczowo – finansowe robót do aneksu, w zakresie wzmocnienia i wyrównania istniejącej nawierzchni przewidziano *„wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków”* w ilości 0 m².

Ponadto, w protokole robót zaniechanych z dnia 31.07.2017 r. w pkt 7 wskazano pozycje 1, 6, 7 i 8, tj. roboty związane z zaniechaniem położenia siatki wzmacniającej:

„1) poz. 21 d. 1 – Roboty remontowe – frezowanie nawierzchni bitumicznej o gr. do 4 cm z wywozem materiału z rozbiórki na odległość do 1 km – 2310 m² – 4.620 zł netto; (...)

6) poz. 66 d. 4 – Skropienie nawierzchni asfaltem – 5620 m² – 3.372,00 zł netto;

7) poz. 67 d. 4 – Wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków – 5620 m² – 22.480,00 zł netto;

8) poz. 70 d. 4 – Wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszkanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² – na szer. siatki wzmacniającej – 281 t – 49.315,50 zł netto.”

W uzasadnieniu zaniechania robót w ww. protokole wskazano, iż „Punkty 1, 6, 7 oraz 8 – roboty związane z wykonaniem poszerzeń istniejącej nawierzchni – wykonawca zrezygnował z robotami związanymi [zapis oryginalny – przyp. kontrolera] z układaniem siatki wzmacniającej ze względu na utrudnienia takie jak fałdowanie się siatki, powstanie dużych

nierówności i odkształceń na nowo układanej warstwie wyrównawczej z mieszanki mineralno – asfaltowej”.

Natomiast w protokole robót dodatkowych z dnia 31.07.2017 r. w pkt 4 wskazano „poz. 69 d. 4 – Wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50 kg/m² – 280 t – 49.140,00 zł netto”.

Jak wynika z pisma „Ostateczne uzgodnienia dotyczące przebudowywanej drogi nr 2112E relacji Młogoszyn – Ktery” z dnia 12.07.2017 r. „W związku z zaistniałą sytuacją, czyli popełnieniem błędu ze strony wykonawcy X.Y. polegającym na nie położeniu siatki wzmacniającej na łączeniu istniejącej nawierzchni bitumicznej z poszerzeniami jezdni Wójt Gminy (...) oraz Prezes (...) uzgodnili, że udzielona zostanie gwarancja na przebudowywaną drogę na okres 3 lat po zakończeniu umownego okresu rękojmi tj.: od dnia 29.08.2022 roku do dnia 28.08.2025 roku. W przypadku pojawienia się ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi w okresie gwarancji pozostaje druga możliwość napraw, czyli frezowanie warstwy asfaltu i położenie siatki pod warstwę wiążącą i ścierną na łączeniach drogi. Ostatecznie ustalono: wykonawca położył warstwę wiążącą o około 1 – 2 cm grubszą aniżeli zawiera to projekt oraz położył warstwę ścierną o projektowanej grubości 5 cm. Z kosztów drogi odliczona zostanie kwota 80.787,50 zł netto za niewbudowaną siatkę oraz zostanie udzielona gwarancja na okres 3 lat po okresie zakończenia rękojmi na pęknięcia drogi na poszerzeniu drogi, tj. w miejscach pierwotnie projektowanej siatki.”.

Wykonawca przedłożył kartę gwarancyjną w powyższym zakresie wskazując, iż „(...) Wykonawca udziela dodatkowej gwarancji na ewentualne powstanie pęknięć na połączeniu jezdni z poszerzeniem drogi na wykonany przedmiot zamówienia na okres 3 lat tj. od dnia 29.08.2022 r. do dnia 28.08.2025 r. Strony umowy zgodnie ustalają, iż w ostatnim miesiącu gwarancji dokonają przeglądu przedmiotu umowy, w celu ustalenia jego stanu technicznego. (...)”.

Podsumowując powyższe ustalenia, wykonawca zobowiązał się zmniejszyć koszt wykonania o 80.787,50 zł netto, w której to kwocie mieściła się należność za „wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno-asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² na szerokości siatki wzmacniającej” – poz. 69 kosztorysu, natomiast w protokole robót dodatkowych wskazano jako dodatkowe do wykonania „wyrównania istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralnoasfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² - 280t o wartości 49.140,00 zł netto”- poz. 70 kosztorysu. Wskazane wykonanie w odmienny sposób niż przewidziany w projekcie i kosztorysie wzmocnienia nawierzchni drogi wynikało z przyczyn zależnych od wykonawcy X.Y., który zaniechał wykonania tego elementu w sposób opisany w dokumentacji.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, strony dokonując zmian umowy powołały się na przesłanki określone w § 13 ust. 3 w związku z § 13 ust. 6 umowy. Zgodnie z § 13 ust. 3 umowy zmiana umowy może dotyczyć:

- 1) zastosowania innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego,
- 2) aktualizacji rozwiązań projektowych z uwagi na postęp technologiczny,
- 3) zmiany rozwiązań projektowych z uwagi na wykryte w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wady i usterki,
- 4) zmiany wymiarów, położenia lub wysokości części robót budowlanych,
- 5) zmiany w kolejności i terminach wykonywania robót budowlanych,
- 6) rezygnacji z wykonania części robót budowlanych.

Jednocześnie, stosownie do postanowień § 13 ust. 6 umowy - zmiany, o których mowa w ust. 3 mogły zostać dokonane, jeżeli uzasadniają to zaistniałe niżej wymienione okoliczności:

- 1) korzyści materialne, organizacyjne, funkcjonalne lub eksploatacyjne skutkujące obniżeniem kosztu wykonania robót, obniżeniem kosztu eksploatacji (użytkowania) obiektu lub podniesieniem wydajności urządzeń oraz usprawnieniami w trakcie użytkowania obiektu,
- 2) zmiana obowiązujących przepisów, która nastąpiła w trakcie realizacji zamówienia mająca wpływ na wykonanie przedmiotu umowy,
- 3) podniesienie bezpieczeństwa wykonywania robót,
- 4) wady lub usterki dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, bez usunięcia których nie jest możliwa prawidłowa i zgodna ze sztuką budowlaną realizacja przedmiotu umowy,
- 5) opóźnienia, utrudnienia, zawieszenia robót lub przeszkody spowodowane przez Zamawiającego lub innego Wykonawcę zatrudnionego przez Zamawiającego na terenie tej samej budowy,
- 6) zaistnienie nieprzewidzianych warunków uniemożliwiających realizację umowy;
 - a) geologicznych polegających na wystąpieniu gruntów słabonośnych, zmienności warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu wykonywanych robót budowlanych, wystąpienia wód gruntowych powyżej zaprojektowanego poziomu posadowienia, zagrożeń związanych z osuwiskami, kurczeniem i pęcznieniem gruntu,
 - b) niekorzystnych warunków atmosferycznych takich jak niekorzystne temperatury, nagłe i intensywne opady śniegu, deszczu, gradu, porywiste wiatry, zanieczyszczenie powietrza, uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych, potwierdzone wpisem w dzienniku budowy,

- c) hydrologicznych polegających na wezbraniach wód w rzekach, powodziach, opadach deszczów nawalnych, roztopach, zatorach,
 - d) przerw w dostawie nośników energii elektrycznej lub wody trwających powyżej 3 (trzech) dni,
- 7) działanie siły wyższej.

Aneks nr 2/2017 z dnia 03.07.2017 r. do ww. umowy nie określał precyzyjnie jakie punkty z ustępu 3 i ustępu 6 w § 13 umowy stanowiły podstawę do jego zawarcia. Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż *„Zgodnie z postanowieniami zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego możliwość wprowadzenia zmian do umowy została przewidziana w treści umowy. Zmiany mogły dotyczyć zarówno rozwiązań technologicznych i zastosowanych materiałów jak również rezygnacji z wykonania części robót budowlanych. W związku z powyższym w dniu 3 lipca 2017 roku zawarto aneks nr 2 do umowy o roboty budowlane (...) na podstawie którego do szczegółowego zakresu robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej (tj. projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu do umowy oraz harmonogramu rzeczowo-finansowego) wprowadzono zmiany zakresu i wartości robót, zgodnie z zestawieniem rzeczowo finansowym wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzonych zmian”*.

Z powyższych wyjaśnień wynika, iż strony podejmując decyzję o zmianie umowy miały na uwadze dwie przesłanki opisane w § 13 ust. 3 umowy tj. zastosowanie innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego oraz rezygnację z wykonania części robót budowlanych.

Z dokumentacji przekazanej do kontroli doraźnej wynika, iż w tym stanie faktycznym nie można uznać przesłanki określonej w umowie jako *„rezygnację z wykonania części robót budowlanych”*, za podstawę do zawarcia aneksu, gdyż w przypadku tym Zamawiający nie zrezygnował całkowicie z wykonania części robót budowlanych, a strony wprowadziły zmianą umowy rozwiązanie zamienne, tj. położenie dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścieralną o grubości min. 5 cm. Rezygnacja bowiem z siatki wzmacniającej została zastąpiona rozwiązaniem, które zdaniem Zamawiającego i wykonawcy, miało zapewnić odpowiednią trwałość remontowanej drogi.

Zgodnie z powyższym, zastosowaną przesłanką określoną w umowie powinna być możliwość zmiany umowy określona w § 13 ust. 3 pkt 1) umowy tj. *„zastosowanie innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych*

w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego". Powyższa zmiana dotyczy technologii i materiałów wykorzystanych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Niewątpliwie w tym przypadku materializuje się również przesłanka zmiany rozwiązań projektowych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego.

Jednocześnie Zamawiający w wyjaśnieniach poinformował, iż „w toku wykonywania zamówienia ustalono, iż wskazany cel [przyp. zapewnienie trwałości wykonania podłoża] może zostać osiągnięty dzięki zastosowaniu mniej kosztownego rozwiązania, a tj. położeniem dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścierną o grubości min. 5 cm. (...) Zmiana technologii w czasie realizacji zamówienia miała wpływ na obniżenie kosztów po stronie zamawiającego, co w konsekwencji umożliwiło wykonanie robót dodatkowych. W takiej sytuacji obniżenie ceny z uwagi na zastosowanie zamiennych technologii i tak spowodowałoby, iż oferta wykonawcy byłaby najbardziej atrakcyjna. Nie zmieniłoby to więc wyników rozstrzygnięcia zamówienia publicznego. (...)”. Z powyższego wynika, iż uzasadnieniem dla dokonania zmiany umowy w tym przypadku, były zatem (§ 13 ust. 6 pkt 1 umowy) wyłącznie wskazane korzyści materiale - obniżenie kosztów po stronie Zamawiającego. Wskazać jednocześnie należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawarty aneks nie zawierał uzasadnienia konieczności wprowadzanych zmian. Załącznik do aneksu nr 2 stanowią bowiem wyłącznie - Rozliczenie kosztów remontu dróg w Malewie i Młogoszyn-Ktery oraz zestawienie rzeczowo-finansowe robót do aneksu.

Podkreślenia wymaga dodatkowo, iż oprócz robót budowlanych stanowiących konsekwencje zmiany technologii, które de facto stanowią katalog robót zamiennych, protokół robót dodatkowych oraz protokół robót zaniechanych z dnia 31.07.2017 r. specyfikuje również katalog innych robót zaniechanych oraz innych robót dodatkowych.

Zgodnie ze wskazanym w aneksie jako podstawa jego zawarcia art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności, tj. zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Tym samym zamawiający chcąc dokonać zmiany umowy w celu realizacji nowych dostaw, usług lub robót budowlanych nie musi wykazywać, że zmiana ta była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, czy że jest to zmiana nieistotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. W przypadku zmian dotyczących realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych wartość każdej kolejnej zmiany nie może przekraczać progu 50% wartości zamówienia.

Wskazać należy, że przesłanki wymienione w ww. przepisie umożliwiające zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień tj. do dostaw, usług jak i do robót budowlanych. Przechodząc do analizy treści art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp warto również zauważyć, że dyspozycja powyższego przepisu nie wymaga, aby dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane były tożsame z przedmiotem zamówienia podstawowego lub też by stanowiły jego kontynuację. Istotnym jest natomiast by ich wykonanie było niezbędne. Uznać należy, iż **niezbędność**, o której mowa powyżej, interpretować należy jako okoliczność, kiedy to na skutek niewykonania zamówień dodatkowych nie zostałyby zrealizowane wszystkie cele zamówienia podstawowego. Dokonanie modyfikacji umowy bez niezbędności wprowadzenia zmian w zamówieniu podstawowym stanowiłoby de facto udzielenie nowego zamówienia, które mogłoby być zrealizowane samodzielnie w odrębnym postępowaniu, niezależnie od tego udzielonego pierwotnie. Zmiana umowy w takich warunkach byłaby nie tylko sprzeczna z treścią art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również skutkowałaby naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w wyjaśnieniach przedstawionych w ramach kontroli doraźnej wskazywał na zmianę zastosowanej technologii przebudowy drogi, natomiast sam aneks w jego preambule powołuje się na przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. okoliczności uzasadniające zmianę umowy w przypadku, gdy zmiany te dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i spełnione zostały warunki opisane w tym punkcie.

Jak wynika z dokumentacji, tj. z pisma „*Ostateczne uzgodnienia dotyczące przebudowywanej drogi z dnia 12.07.2017 r.*” zmiana umowy dokonana została

w konsekwencji błędu wykonawcy. Ponadto z dokumentacji tejże wynika, iż w ramach realizacji zamówienia wykonawca rozpoczął prace związane z położeniem siatki wzmacniającej, jednakże w związku z napotkanymi trudnościami zaniechał wykonania przebudowy w tej technologii, a wykonał przedmiot zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań. Ten stan faktyczny potwierdza m.in. notatka służbowa z dnia 21 czerwca 2017 r., w której wskazano, iż „(...) *na przebudowanej drodze relacji Młogoszyn - Ktery nie położono siatki wzmacniającej na łączeniu istniejącej nawierzchni bitumicznej z poszerzonymi jezdniami. Potwierdził tę informację obecny kierownik budowy (...). Pracownicy (... zaznaczyli, że została już na całym odcinku drogi ułożona warstwa wiążąca o około 1-2 cm grubszej warstwie aniżeli zawierał to projekt. Wójt gminy zażądał sfrezowania warstwy wiążącej i położenia siatki wzmacniającej zgodnie z projektem* ". Z powyższego wynika zatem, że w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do nienależytego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych zobowiązania wynikającego z zawartej umowy. Z notatki tej bowiem wynika, iż wykonawca samodzielnie podjął decyzję o zmianie technologii wykonania tej części zamówienia poprzez nieulożenie siatki wzmacniającej i zastosowaniu innego rozwiązania. Stanowisko Zamawiającego opisane w niniejszej notatce wskazuje na fakt, iż nie godził się on wstępnie na realizację zamówienia, jaką zrealizował wykonawca, żądając sfrezowania warstwy wiążącej i położenia siatki, a zatem wykonania zamówienia zgodnie z projektem. Świadczyć to może o tym, że Zamawiający nie przewidywał takich zmian w zakresie technologii wykonania prac. Ostatecznie jednakże po uwzględnieniu stanowiska projektanta, że sfrezowanie drogi może osłabić jej konstrukcję, a siatka może nie spełniać swojej roli, uzgodniono zmianę technologii na zaproponowaną, a właściwie wykonaną przez wykonawcę.

Zmiana umowy zatem w przedmiotowej sprawie, związana ze zmianą technologii i materiałów, nie była podyktowana przyczynami o obiektywnym charakterze, a była konsekwencją działań realizacyjnych wykonawcy, który niezgodnie z umową wykonał tę część zamówienia. Następcza zmiana umowy w powyżej wskazanych okolicznościach nie wynikała z technicznych lub technologicznych uwarunkowań, które były skutkiem problemów o obiektywnym charakterze, wynikały natomiast wyłącznie z decyzji podejmowanych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zmiana umowy zatem dokonana została po faktycznym wykonaniu tych prac przez wykonawcę. Stoi to w sprzeczności z regulacją umowną § 13 ust. 4, zgodnie z którą w przypadku gdy zmiany, o których mowa w ust. 3 proponuje wykonawca, warunkiem ich dokonania jest złożenie przez wykonawcę wniosku zawierającego opis propozycji zmiany, uzasadnienie zmiany, obliczenie kosztów zmiany, opis wpływu zmiany na harmonogram rzeczowo-finansowy i termin wykonania umowy. Z treści tego postanowienia wynika zatem, że wykonawca powinien uprzednio zaproponować zmianę Zamawiającemu, co w

przedmiotowej sprawie nie nastąpiło. Co prawda wniosek taki został złożony przez wykonawcę, ale dopiero 23.06.2017 r., tj. w terminie, gdy wiadomym było już, iż siatka wzmacniająca nie została ułożona a w zamian została położona grubsza warstwa wiążąca.

Wskazany w wyjaśnieniach Zamawiającego cel jakim było zapewnienie trwałości wykonanego podłoża, poprzez zastosowanie siatki wzmacniającej, prawdopodobnie nie zostanie osiągnięty poprzez zastosowanie technologii zamiennej zastosowanej przez wykonawcę. Świadczyć o tym mogą zapisy w ostatecznych uzgodnieniach z dnia 12.07.2017 r. (podpisanych już po dokonaniu zmiany umowy), a dotyczących ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi. Wskazano w tym dokumencie bowiem, że w przypadku pojawienia się ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi w okresie gwarancji pozostaje druga możliwość naprawy, czyli frezowanie warstwy asfaltu i położenie siatki pod warstwę wiążącą i ścieralną na łączeniach drogi. W dalszej części tego dokumentu wskazano, iż w przypadku stwierdzenia pęknięć (w 3 letnim okresie gwarancji) na poszerzeniu drogi, tj. w miejscach pierwotnie projektowanej siatki wykonawca w ramach gwarancji dokona na własny koszt naprawy drogi z zastosowaniem ułożenia siatki drogowej zgodnie z pierwotnym projektem.

Powyższe może wskazywać na to, iż powstałe wątpliwości i dodatkowe zabezpieczenie się Zamawiającego w tym zakresie, są wynikiem zmiany technologii wykonania tych prac, a tym samym zwiększa się ryzyko braku tożsamości w zakresie rezultatu, jaki miał być osiągnięty w ramach realizacji zamówienia zgodnie z pierwotnym projektem uwzględniającym wbudowanie siatki wzmacniającej.

W przedmiotowej sprawie, modyfikacje przedmiotu zamówienia w postaci zmiany umowy w części obejmującej położenie siatki wzmacniającej i zastąpienie jej położeniem dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścieralną o grubości min. 5 cm, wskazują na to, iż taką zmianę technologii i materiałów wykorzystanych do realizacji zamówienia, jak również zmianę rozwiązań projektowych tejże inwestycji, należy uznać za istotną, która w sposób jednoznaczny powinna zostać opisana w warunkach umożliwiających dokonanie takiej zmiany. Brak tak określonego jednoznacznie warunku zmiany umowy, może prowadzić do wniosku, iż jest to zmiana przedmiotowo istotna, która w sposób jednoznaczny i precyzyjny powinna zostać określona w postanowieniach SIWZ. Pomimo tego, iż Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż wymóg (realizacji zamówienia poprzez m.in. położenie siatki wzmacniającej) nie wpłynął na ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż technologia ta była typowa i standardowa dla danego zakresu robót, a na stosowanie takiej technologii muszą być przygotowane wszystkie podmioty zajmujące się naprawą i remontem nawierzchni dróg, nie można wykluczyć sytuacji, w której

w przypadku określenia przez Zamawiającego w specyfikacji możliwości zmiany technologii i materiałów wykonania tej części zamówienia, udział w tym postępowaniu mogliby wziąć także inni wykonawcy. Bez znaczenia w tym przypadku byłoby zatem czy dana technologia jest typowa i standardowa, gdyż stopień zainteresowania zamówieniem i tym samym treść propozycji ofertowych uzależniona jest nie tylko i wyłącznie od zastosowanej technologii. Na decyzję wykonawcy o przystąpieniu do postępowania o udzielenie zamówienia ma również wpływ szereg innych czynników, w tym organizacyjnych, finansowych, związanych z oceną ryzyka transakcyjnego, itp., które niewątpliwie w połączeniu z projektowanymi rozwiązaniami technicznymi i materiałowymi mają wpływ na ostateczną decyzję o udziale wykonawcy w danym postępowaniu. Stabilność warunków zamówienia opisanych w specyfikacji, w tym w szczególności istotnych elementów zakresu świadczenia wpływa zatem na krąg potencjalnych podmiotów, które mogą uczestniczyć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie wydaje się zatem, że zmiana rozwiązań technologicznych i materiałowych w odniesieniu do pierwotnie określonych warunków, potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem.

Reasumując, należy wskazać, iż z przekazanej dokumentacji nie wynika, iż realizacja dodatkowych robót budowlanych, polegająca na zastosowaniu technologii związanej z rezygnacją z położenia siatki wzmacniającej przewidzianej w dokumentacji zamówienia podstawowego i zastosowaniu grubszej warstwy wiążącej na nawierzchni była niezbędna, zgodnie z przesłanką przewidzianą w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiącą podstawę zawartego aneksu nr 2/2017 do umowy o roboty budowlane z dnia 03.03.2017 r. Należy wskazać, iż dodatkowe roboty budowlane nieobjęte zamówieniem podstawowym to roboty nieprzewidywalne, natomiast nieprzewidywalność wystąpienia ww. robót musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania postępowania lub wykonywania robót budowlanych. Ponadto, powyższe oznacza, że dodatkowych robót nie mógł przewidzieć zarówno Zamawiający, jak i wykonawca. Z dokumentacji pozostającej w dyspozycji Urzędu wynika, że na etapie realizacyjnym wykonawca rozpoczął prace związane z położeniem siatki wzmacniającej, jednakże w związku z napotkanymi trudnościami zaniechał wykonania przebudowy w tej technologii, a wykonał przedmiot zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań. Zatem wykonanie w sposób odmienny niż projektowany wzmocnienia nawierzchni drogi wynikało z przyczyn zależnych od wykonawcy, który zaniechał wykonania tego elementu w sposób opisany w dokumentacji, dlatego też ujęcie późniejszych robót z tym związanych oraz dokonanie zmiany umowy po wykonaniu ww. robót, było sprzeczne z art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, należy wskazać, iż istotą umowy o roboty budowlane jest zobowiązanie się wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Zmiany objęte aneksem nr 2/2017 wpłynęły na zmianę dokumentacji projektowej w odniesieniu do wzmocnienia istniejącej nawierzchni. Zmiana umowy polegająca na zmianie technologii wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonej nawierzchni stanowiła naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2) Naruszenie art. 144 ust. 1c ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, jako podstawę zawarcia aneksu nr 2/2017 z dnia 03.07.2017 r. zmieniającego umowę nr ZP.271.01.2017/02/17 w sprawie realizacji ww. zamówienia podpisanej w dniu 03.03.2017 r. z wykonawcą w zakresie wynagrodzenia za roboty budowlane oraz zmiany zakresu i wartości robót, zgodnie z zestawieniem rzeczowo – finansowym wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzonych zmian – stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego aneksu wskazano art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zmiany umowy dokonane w oparciu o ww. przepis prawa, zobowiązywały Zamawiającego do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie umowy zgodnie z art. 144 ust 1c ustawy Pzp, czego w tym przypadku zamawiający zaniechał. Zgodnie z treścią art. 144 ust. 1c ustawy Pzp w brzmieniu nadanym przez ustawę nowelizującą w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 tego przepisu, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy. Wskazane ogłoszenie stanowi nowy, osobny rodzaj ogłoszenia, zamieszczany w stosownym publikatorze po dokonaniu zmiany umowy. Wzór powyższego ogłoszenia określa Minister właściwy do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia w oparciu o delegację zawartą w treści art. 11 ust. 6 ustawy Pzp. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych w § 1 pkt 8) wskazuje, iż określa się wzory zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie umowy, stanowiący załącznik nr 8 do rozporządzenia.

Wskazać należy, iż zmiana zakresu przedmiotu umowy na podstawie komentowanego przepisu podlega obowiązkowi informacyjnemu zgodnie z art. 144 ust. 1c ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym Zamawiający po dokonaniu zmiany umowy nr ZP.271.01.2017/02/17 aneksem nr 2/2017 zobowiązany był do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie umowy. Zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych stanowi naruszenie art. 144 ust. 1c ustawy Pzp.

3) Naruszenie art. 67 ust. 1a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt II.7) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 5 SIWZ wskazał, iż „(...) przewiduje możliwości udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, udzielenia dotychczasowemu wykonawcy, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnego przedmiotu zamówienia określonego niniejszą Specyfikacją (...).”. Treść przywołanego przepisu wskazuje, iż Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Zgodnie z art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki na których zostaną one udzielone.

Zamawiający nie wskazał w opisie zamówienia podstawowego w dokumentacji przedmiotowego postępowania zakresu robót budowlanych, warunków na jakich roboty te na podstawie ww. przepisu, miałyby być udzielane. Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie przepisu art. 67 ust. 1a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Naruszenie powyższych przepisów nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.