

Sygn. akt: KIO/KD 19/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 lipca 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 8 czerwca 2022 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 30 maja 2022 r. (znak: KND/208/21/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Konserwacja stawów infiltracyjnych na terenach wodonośnych*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie : **Przemysław Dzierzędzki**
Emilia Garbala

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Konserwacja stawów infiltracyjnych na terenach wodonośnych*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy postanowień przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W toku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 4.1. SWZ była usługa polegająca na konserwacji stawów infiltracyjnych (staw nr 18, 19, 20, 21 i 22) zlokalizowanych na terenach wodonośnych Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, wraz z wywozem i zagospodarowaniem osadów oraz uzupełnieniem 8 cm (+/- 1 cm) warstwy piasku w każdym stawie. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia wskazano w załączniku nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia).

W pkt 2.1-2.5 załącznika nr 1 do OPZ w odniesieniu do każdego ze stawów wskazano powierzchnię stawu, szacunkową ilość osadów do usunięcia oraz kubaturę dosypywanego piasku. W pkt 2.6-2.15 załącznika nr 1 do SWZ zawarto następujące postanowienia:

2.6. Szacunkowa ilość Osadów do usunięcia dla całego przedmiotu zamówienia wynosi: 26 279 m³.

2.7. Kubaturę Osadów oszacowano na podstawie średniej grubości Osadów (badania z czerwca 2018 r.) i powierzchni danego stawu.

2.8. Wyniki pomiaru grubości Osadów z czerwca 2018 r. przedstawiono w Tabela 1.

2.9. Wykaz parametrów stawów infiltracyjnych zestawiono w Tabela2.

2.10. Szacunkowa ilość piasku do dosypania dla całego przedmiotu zamówienia wynosi: 5505 m³.

2.11. Na podstawie doświadczenia z wcześniejszych konserwacji można szacować, że 1m³ Osadów mieści się w przedziale wagowym pomiędzy 1 a 1,6 tony.

2.12. W zależności od stawu i napływu wody – poziom wody w stawie wynosi do 2m.

2.13. Stawy przeznaczone do konserwacji przedstawione są na rysunkach i zdjęciach (Rysunek 1-2 i 4-8) oraz wskazane na planie sytuacyjnym (Rysunek 3).

2.14. W stawach infiltracyjnych nagromadzone są Osady, które powstają w procesie infiltracji wody surowej.

2.15. Na dnie stawu znajduje się warstwa filtracyjna (piasek), gromadzone Osady zalegają bezpośrednio nad nim.

Zgodnie z punktem 4.3. załącznika nr 1 do SWZ (OPZ) niezależna geodezyjna firma wybrana zgodnie z procedurami Zamawiającego dokona pomiaru dna stawu z Osadami, przed ich usunięciem, zgodnie z pkt 5.17-5.20, do 7 dni od zgłoszenia wykonania osuszenia stawu przez Wykonawcę, który utrzyma odwodnienie do momentu wykonania pomiaru geodezyjnego.

Zgodnie z § 2 ust. 1 wzoru umowy:

Zamawiający zamawia a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi polegającej na konserwacji stawów infiltracyjnych (staw nr 18, 19, 20 21 i 22) zlokalizowanych na Terenach Wodonośnych Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, wraz z wywozem i zagospodarowaniem osadów oraz uzupełnieniem 8 cm(+/- cm) warstwą piasku w każdym stawie.

Szacunkowa ilość osadów do usunięcia wynosi 26 279 m³.

Kubatura dosypywanego piasku wynosi 5 505 m³.

- 1.1. Zadanie nr 1.: staw infiltracyjny nr 18 – usuwany osad w szacunkowej ilości 2 567 m³, dosypywany piasek w ilości 335 m³.
- 1.2. Zadanie nr 2.: staw infiltracyjny nr 19 – usuwany osad w szacunkowej ilości 10 316 m³, dosypywany piasek w ilości 2211 m³.
- 1.3. Zadanie nr 3.: staw infiltracyjny nr 20 – usuwany osad w szacunkowej ilości 4 897 m³, dosypywany piasek w ilości 1 422 m³.
- 1.4. Zadanie nr 4.: staw infiltracyjny nr 21 – usuwany osad w szacunkowej ilości 3 327 m³, dosypywany piasek w ilości 587 m³.
- 1.5. Zadanie nr 5.: staw infiltracyjny nr 22 – usuwany osad w szacunkowej ilości 5 172 m³, dosypywany piasek w ilości 950 m³.

Zgodnie z § 4 wzoru umowy:

1. Strony ustalają wynagrodzenie wstępne za wykonanie całego przedmiotu Umowy w kwocie brutto:.....zł (słownie:) w tym kwota netto:..... zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, w tym:

a) Ryczałtowa cena jednostkowa brutto za usunięcie 1m³ osadów wynosi zł (słownie:) w tym kwota netto: zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami , obejmuje koszty czynności wymienionych w punktach 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6 OPZ;

b) Ryczałtowa cena jednostkowa brutto za dosypanie 1 m³ piasku wynosi zł (słownie:) w tym kwota netto:..... zł plus podatek VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami , obejmuje koszty czynności wymienionych w punktach 3.4, 3.7 OPZ.

2. Ryczałtowe ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 1 obejmują koszty wszystkich prac, których konieczność wykonania wynika z przedmiotu umowy i obowiązków Wykonawcy.

3. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia ryczałtowej ceny jednostkowej, chociażby nie można było w czasie zawarcia Umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

4. Ryczałtowe ceny jednostkowe określone w ust. 1 są niezmiennie i nie będą podlegały waloryzacji w trakcie realizacji Umowy, z wyjątkiem sytuacji określonych w § 5.

5. Wykonawca oświadcza, że wycenił wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy. W związku z tym wyklucza się jakiegokolwiek roszczenia Wykonawcy związane z nieprawidłowym skalkulowaniem ceny.

6. Wykonawca będzie realizował umowę do kwoty określonej w § 4 ust. 1. Po jej przekroczeniu Zamawiający nie będzie zlecał prac do wykonania w ramach niniejszej Umowy, w Wykonawca nie będzie przyjmował ich do wykonania.

7. Wykonawca zrzeka się roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania Umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1.

Zgodnie natomiast z § 6 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający zapłaci za rzeczywiste ilości usuniętych osadów i dosypanego piasku, obliczone na podstawie badań geodezyjnych na warunkach opisanych w Opisie Przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do Umowy), z zastosowaniem ryczałtowych cen jednostkowych i rzeczywistych ilości usuniętych osadów i dosypanego piasku.

Wskazując na naruszenie art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu stwierdził, że do stwierdzenia tego naruszenia konieczne jest spełnienie łącznie dwóch przesłanek: 1) istnienie projektowanego postanowienia umowy przewidującego możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, 2) brak wskazania minimalnej wartości lub wielkość świadczenia stron.

W informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający we wzorze umowy (§ 4 ust. 1) przewidział maksymalną kwotę, jaką przewiduje zapłacić za wykonywane usługi (stanowiącą przemnożenie szacowanych przez Zamawiającego ilości osadów do usunięcia i piasku do dosypania przez stawkę ryczałtowej ceny jednostkowej, zaproponowanej przez wykonawcę), nie przewidział jednak kwoty minimalnej lub minimalnej wielkości świadczenia stron. Projekt umowy zawierał m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy:

– § 6 ust. 3 wzoru umowy, który przewiduje, że Zamawiający zapłaci jedynie za rzeczywiste ilości usuniętych osadów obliczone na podstawie pomiarów

geodezyjnych będących w gestii Zamawiającego, przy czym Umowa nie określa minimalnej wartości ani wielkości świadczenia stron,

- § 4 ust. 3 wzoru umowy (zakaz podwyższenia ryczałtowej ceny jednostkowej),
- § 4 ust. 7 wzoru umowy (postanowienie o zrzeczeniu się przez Wykonawcę roszczeń finansowych wobec Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1).
- § 2 ust. 1 wzoru Umowy (szacunkowe ilości osadów do usunięcia) w związku z § 6 ust. 3 wzoru Umowy (zapłata za faktycznie usunięte osady).

Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający – wprowadzając do projektu umowy zapisy ograniczające wysokość wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do wyliczonego na podstawie szacowanych w OPZ danych dotyczących ilości osadów – nie określił minimalnej wartości lub zakresu świadczenia stron.

W informacji o wyniku kontroli podkreślono, że projektowane postanowienia umowy nie powinny być ukształtowane w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. Wskazano, że nie kwestionując obiektywnych trudności z precyzyjnym ustaleniem ilości zalegających osadów w stawie należy stwierdzić, że art. 433 pkt 4 ustawy Pzp zakazuje w każdym przypadku ograniczania zakresu zamówienia bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Nie jest oczywiście zakazane wprowadzanie jakichkolwiek postanowień ograniczających zakres zamówienia, jak również postanowień na mocy których podstawą wypłaty wynagrodzenia będzie rzeczywista ilość wykonanych prac. Jednakże z dokumentów zamówienia powinno wynikać jasno, jaka jest minimalna, gwarantowana wartość lub wielkość przysługującego mu świadczenia. We wzorze Umowy (§ 2 ust. 1) wskazano przewidywane ilości osadów do usunięcia jako szacunkowe, zaś w § 4 określono zasady wypłacania wynagrodzenia wykonawcy, z których wynikało, że szacowane przez Zamawiającego ilości osadów stanowią podstawę określenia maksymalnej kwoty wynagrodzenia możliwej do uzyskania z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia, zaś wynagrodzenie będzie wypłacone wg ryczałtowej stawki jednostkowej za faktyczną ilość usuniętych osadów (§6 ust. 3 umowy). W przypadku przekroczenia kwoty maksymalnej, Zamawiający nie będzie zlecał nowych prac do wykonania, a wykonawca nie będzie ich wykonywał (§ 4 ust. 6 Umowy). Jednocześnie z żadnego zapisu umowy ani SWZ nie wynikało, jaka będzie minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy (lub minimalny zakres prac).

Prezes Urzędu zaznaczył, że celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 433 było ograniczenie praktyk polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób

zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców oraz na nieuzasadnionym lub nadmiernym przerzuceniu ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Ustawodawca, mając na uwadze powyższe negatywne zjawisko, określił w art. 433 ustawy katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. W świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron. A contrario nie można uznać projektowanego postanowienia umowy za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.

W ocenie Prezesa Urzędu, brak określenia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia stanowił naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ brak możliwości ustalenia tego minimalnego zakresu zamówienia oznaczał także, że przedmiot zamówienia opisany został w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Art. 99 ust. 1 w sposób automatyczny nie wyklucza możliwości określenia w opisie przedmiotu zamówienia wartości lub wielkości, mających wpływ na obliczenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy (w tym przypadku dotyczących ilości usuwanych osadów/dosypywanego piasku) w sposób szacunkowy, jednak niezależnie od zastosowanych metod i poziomu dokładności podawanych danych, w każdym przypadku niezbędne jest jasne wskazanie gwarantowanego minimum, które wynika z danego kontraktu. Zdaniem Prezesa Urzędu w kontrolowanym postępowaniu warunek ten nie został spełniony.

Pismem z 8 czerwca 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli.

W punkcie a) zastrzeżeń Zamawiający odniósł się do kwestii niejednoznacznego i nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że Prezes Urzędu nie uwzględnił wyjaśnień Zamawiającego wskazujących, że zakres przedmiotowy i terytorialny wykonania usługi określono jasno i przesądzone, że nie podlegają wyłączeniu z jej zakresu jakiegokolwiek czynności. Ponadto w szczegółowym OPZ wskazano powierzchnię

każdego stawu z dokładnością co do m², (co przy łącznej powierzchni ponad 60 000 m² jest wyjątkowo dokładnym wykonaniem obowiązku Zamawiającego). Podano też kubaturę dosypywanego piasku z dokładnością co do metra sześciennego (m³), co przy ilości metrów sześciennych wynoszącej ok. 5 500 m³ także jest opisem dokładnym. Również szacunkowa ilość osadów do usunięcia podana została z dokładnością do m³ mimo ich znaczącej liczby – ponad 26 000 m³. Już tylko te informacje podane w SWZ wskazują na niezmiernie staranne podanie informacji o przedmiocie zamówienia. Równie precyzyjnie Zamawiający podał warstwę piasku do nadsypania tj. 8 cm z tolerancją 1 cm. Zdaniem Zamawiającego były to informacje wyczerpujące, podane w oparciu o najbardziej aktualne dane.

Zamawiający podniósł, że osady denne, które powstają w procesie infiltracji wody to wielkość niestała, zmienna w czasie i niemożliwa do całkowicie pewnego wyniku przy pomiarze skali ich zalegania. Sposób pomiaru grubości osadów zalegających na dnie stawów oraz ilość punktów pomiarowych osadu zalegającego w stawach zostały podane w tabeli nr 1 OPZ i były znane wykonawcy na etapie postępowania przetargowego. Pomiar grubości osadów najlepszą metodą (sondą w kilku lub kilkunastu reprezentatywnych punktach w każdym stawie) zawsze obarczony jest błędem pomiarowym. Innego dostępu do wiedzy o osadach zalegających w stawie wypełnionym wodą nie ma. Dopiero opróżnienie stawów z wody podczas usługi usuwania osadów daje obraz faktyczny skali ilości osadów. Na użytek sporządzenia OPZ opróżnienie stawów jest niemożliwe, po ich opróżnieniu osady – ze względów środowiskowych, organizacyjnych i finansowych – muszą być bezpośrednio usuwane, a nie zalegać w opróżnionych stawach.

W zastrzeżeniach podniesiono, że Prezes Urzędu pominął złożone wyjaśnienia i nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego, a ponadto nie skorzystał z opinii, mimo że jako organ o kompetencji prawniczej nie ma żadnej kompetencji do oceny, czy wyjaśnienia te są prawidłowe czy też cokolwiek w nich pominięto. Zamawiający wniósł o pominięcie tych ustaleń w wyniku kontroli, jako dokonanych bez wystarczającej kwalifikacji organu, który je mimo braku kwalifikacji merytorycznych w tym zakresie samodzielnie ustalił i mimo obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia sprawy nie wskazał, z jakich przyczyn nie uwzględnił wyjaśnień Zamawiającego, który jest specjalistą w zakresie przedmiotu zamówienia, a ponadto korzystał z eksperckiej wiedzy w tym zakresie.

W punkcie b) zastrzeżeń Zamawiający odniósł się do kwestii zaniechania wskazania minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia. Podniósł, że nie uchybił obowiązkowi wskazania minimalnego zakresu umowy do wykonania, przeciwnie Zamawiający gwarantował, że wykonawca wykona całość usługi opisanej w OPZ i nie przewidywał rezygnacji z jakiegokolwiek zakresu. Tym samym minimalny zakres wykonania wynosi 100% czynności. Zamawiający ani w dokumentach zamówienia, ani w rzeczywistości podczas

wykonywania umowy, nigdy nie ograniczył zakresu zamówienia w stosunku do opisanego w SWZ o najmniejszą nawet wartość. Nie doszło więc, co oczywiste do naruszenia art. 433 pkt 4, który takiej czynności zabrania. Zamawiający stwierdził, że nie wie, z czego Prezes wywiódł, że umowa musi wskazywać jasno minimalny zakres gwarantowanego świadczenia. Żaden przepis ustawy tak nie stanowi. Przepis art. 433 pkt 4 brzmi inaczej. Zamawiający nie musi wskazywać minimalnego zakresu do wykonania. Nie może jedynie ograniczać go bez wyraźnego wskazania tego w umowie. Zamawiający w umowie poddanej kontroli nie zawarł zasad ograniczania jej zakresu, ale zakresu tego nie ograniczał. Zlecił do wykonania całość prac i wykonania ich w całości oczekuje.

Zamawiający podzielił stanowisko Prezesa Urzędu, że zakres czynności do wykonania może być wskazany w sposób szacunkowy. Zamawiający tak zrobił i zażądał wykonania całości prac. Nie wprowadzono zatem niedopuszczalnych mechanizmów ingerencji Zamawiającego w zakres świadczenia, decyzji o zmniejszeniu zakresu zamówienia, przed którą musiałby zostać chroniony wykonawca. Przytoczone w wynikach kontroli przykłady z orzecznictwa dotyczą zupełnie innych stanów faktycznych i pozostają bez wpływu na tę konkretną umowę. W tym przykładowym orzeczeniu Izby, na które powołuje się kontrolujący dochodziło o to, że Zamawiający będzie uprawniony do ograniczenia zakresu świadczenia (a nie podano skali) – takiego uprawnienia nie przewidział dla siebie Zamawiający w kontrolowanym przetargu.

Dalej Zamawiający podniósł, że dokonując kontroli Prezes Urzędu wykroczył poza zakres swych kompetencji ustawowych. Wskazał, że zgodnie z art. 603 ust. 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może kontrolować czynność zawarcia umowy i jej zmian. Nie może kontrolować jej wykonywania. W tych okolicznościach faktycznych, w których kontrola została wywołana zawiadomieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez wykonawcę, który ją wykonuje, jej przeprowadzenie oznacza niedopuszczalną ingerencję organu administracji w stosunki umowne pomiędzy stronami umowy cywilnoprawnej, która może prowadzić do naruszenia równowagi stron w tej umowie. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych faktycznie nie ocenił czynności w postępowaniu, tj. wzorca umowy, lecz wkroczył w spór pomiędzy stronami umowy co do jej rozumienia. Co więcej – wkroczył w ten spór bazując na informacjach przekazanych przez wykonawcę, który nie radzi sobie z realizacją zadania i wie, że nie otrzyma maksymalnego wynagrodzenia za wykonanie umowy. Zdaniem Zamawiającego jest to nie tylko kontrola dokonana z przekroczeniem kompetencji własnych, ale też ingerencja w kompetencje władzy sądowniczej, która jako jedyna uprawniona jest do rozstrzygania sporów między stronami umowy o zamówienie publiczne.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli.

Po pierwsze, Prezes Urzędu zauważył, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie stwierdził – wbrew stanowisku Zamawiającego – naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na niejednoznacznym i nieprecyzyjnym określeniu ilości osadów przeznaczonych do usunięcia. W wyniku kontroli stwierdzono naruszenie przepisów art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy zapisów przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Prezes Urzędu nie zignorował ani też nie kwestionował argumentacji Zamawiającego zawartej w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach odnośnie istnienia obiektywnych trudności w precyzyjnym przewidzeniu, na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia, ilości zalegających w stawach osadów przed ich opróżnieniem. Przeciwnie, Prezes Urzędu uznał argumentację Zamawiającego w tym zakresie za przekonującą, czego wyrazem było cytowane przez Zamawiającego stwierdzenie zawarte na str. 8 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że art. 99 ust. 1 w sposób automatyczny nie wyklucza możliwości określenia w opisie przedmiotu zamówienia wartości lub wielkości, mających wpływ na obliczenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy (w tym przypadku dotyczących ilości usuwanych osadów/dosypywanego piasku) w sposób szacunkowy. Zamawiający zdaje się jednak nie zauważać przy tym dalszej części wyводу wskazującego, że niezależnie od zastosowanych metod i poziomu dokładności podawanych danych, w każdym przypadku niezbędne jest jasne wskazanie gwarantowanego minimum, które wynika z danego kontraktu. Z powyższego wynikało, że naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp zostało przez Prezesa Urzędu stwierdzone wyłącznie w kontekście naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp (w związku z ww. artykułem ustawy), tj. z powodu braku wskazania przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia, nie zaś w związku z określeniem przez Zamawiającego w OPZ ilości osadów przeznaczonych do usunięcia w sposób szacunkowy.

W zakresie konieczności wskazania w dokumentach zamówienia minimalnego zakresu zamówienia obejmuje nie tylko rodzaje czynności, jakie zgodnie z OPZ należało wykonać w stosunku do każdego z 4 stawów podlegających konserwacji, ale również ich obmiar, w szczególności ilości osadów do usunięcia oraz piasku do dosypania (ustalona wstępnie na podstawie szacunkowych ilości wskazanych w OPZ i wzorze umowy i będącą podstawą do wyliczenia ceny oferty zgodnie z postanowieniami pkt 18.5 SWZ). Z argumentacji Zamawiającego wynika, że w odmienny sposób (węższy) aniżeli Prezes Urzędu interpretuje on wyrażenie „zakres zamówienia”, rozumiejąc pod tym pojęciem jedynie „rzeczowy” zakres

prac do wykonania względem każdego stawu, zgodnie z pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia, abstrahując przy tym od ilości osadów do usunięcia. Zdaniem Zamawiającego, tak wąsko rozumiany zakres zamówienia był niezmienny (niezależnie od ilości osadów mających stanowić „przedmiot” tych czynności), a zapisy wzoru umowy nie przewidywały możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego. Prezes Urzędu nie zgodził się z taką interpretacją i podniósł, że ilości usuwanych osadów i dosypywanego piasku w świetle zapisów OPZ stanowią kluczowy parametr opisu przedmiotu zamówienia, który wpływa na podjęcie decyzji o ubieganiu się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia lub sporządzenie oferty, w tym wysokość zaoferowanej ceny, pokrywając również koszt stałego zakresu prac. Ponadto, przyjęcie poglądu Zamawiającego prowadziłoby do wypaczenia ratio legis przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu stwierdził, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy skutkowały przeniesieniem na wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia całego ekonomicznego ryzyka kontraktowego związanego z tym, że na etapie realizacji zamówienia rzeczywisty poziom osadów mógł okazać się dowolnie inny (w tym również dowolnie mniejszy) aniżeli przewidywany w OPZ (na co wykonawca nie miał żadnego wpływu). Powyższe mogło mieć zaś bezpośrednie przełożenie na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. Na ustalenie rzeczywistego poziomu osadów, będącego – zgodnie z umową – podstawą do ustalenia wysokości wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia, wykonawca zgodnie z postanowieniami OPZ nie miał żadnego wpływu – czynność ta leżała bowiem w gestii Zamawiającego. Powyższe świadczy o tym, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy stanowiły zapisy ograniczające zakres zamówienia w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego, przy zastrzeżeniu, że wykonawca zrzeka się roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie obowiązywania Umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1.

W ocenie Prezesa Urzędu nie ma znaczenia, że postanowienia § 6 ust. 3 oraz § 4 ust. 7 wzoru umowy nie zawierają bezpośrednio sformułowań o „ograniczeniu zakresu zamówienia” lub podobnych. Dla oceny, czy ograniczają one zakres zamówienia decydujący jest bowiem ustalenie, czy ich zastosowanie może prowadzić do ograniczenia tego zakresu. W okolicznościach faktycznych sprawy, z całokształtu postanowień zawartych w dokumentach zamówienia wynika, że tego rodzaju ograniczenie jest możliwe i jego wystąpienie jest uzależnione od jednostronnej czynności Zamawiającego (tj. wyników pomiarów dokonanych po udzieleniu zamówienia wykonawcy, przez firmę geodezyjną wybraną przez Zamawiającego).

Prezes Urzędu nie podziela również poglądu Zamawiającego o braku porównywalności stanu faktycznego w postępowaniu podlegającym kontroli oraz

w przywołanym w Informacji o wyniku kontroli orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok ten dotyczy bowiem sytuacji, gdy cena oferty miała zostać wyliczona na podstawie historycznych (a więc również szacunkowych w odniesieniu do przewidywanych na przyszłość) danych dotyczących odebranych odpadów przy jednoczesnym braku wskazania w dokumentach zamówienia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów.

W odniesieniu do poglądu Zamawiającego o przekroczeniu przez Prezesa Urzędu swoich kompetencji ustawowych, Prezes Urzędu podniósł, że zgodnie z art. 603 ust. 2 ustawy Pzp, kontrola Prezesa Urzędu dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy. Znajduje to potwierdzenie również w treści art. 607 ust. 1 ustawy Pzp. Słusznie zatem wskazuje Zamawiający, że etap realizacji umowy co do zasady nie podlega kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu i ewentualne spory z tym związane podlegają rozpatrzeniu przez sąd powszechny. Prezes Urzędu nie zgodził się jednak, że przeprowadzona przez niego kontrola dotyczyła etapu realizacji zamówienia, stwierdzając, że Zamawiający nie podaje przekonujących argumentów merytorycznych na poparcie swojej tezy. W szczególności okoliczność, że wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej wpłynął do Urzędu na etapie realizacji zamówienia sam w sobie nie stanowi żadnej przeszkody do jego rozpoznania, decydujące znaczenie ma bowiem treść stawianych Zamawiającemu zarzutów. Zarzuty wniosku dotyczyły treści art. 99 ust. 1 (czyli czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy) oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp (zawarcie umowy z naruszeniem przepisów ustawy). Wyżej wskazane kwestie bez wątplenia podlegają kontroli Prezesa Urzędu, niezależnie od daty złożenia wniosku o jej przeprowadzenie. Granicę w tym zakresie zawiera jedynie art. 607 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że możliwe (jak również statystycznie dość częste) jest dokonywanie kontroli udzielonego zamówienia, będącego w trakcie realizacji. Ponadto, ocenie w toku kontroli podlegała wyłącznie treść postanowień SWZ w kontrolowanym postępowaniu w kontekście wymagań wynikających z przepisów ustawy Pzp dotyczących obowiązku jasnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz zakazu ograniczania zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Prezes Urzędu w żadnym miejscu Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie odnosił się ani do sposobu wykonywania zamówienia, ani do stopnia rozbieżności pomiędzy przewidywanymi w dokumentacji postępowania a mającymi miejsce podczas realizacji zamówienia ilościami osadów. Prezes Urzędu zaznaczył, że zarzuty sformułowane we wniosku o kontrolę mogły

równie dobrze być sformułowane już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zapisy SWZ wskazywane we wniosku były znane wykonawcom ubiegającym się o jego udzielenie. Okoliczność, że tak się nie stało, a wykonawcy w toku postępowania nie zgłaszali Zamawiającemu wątpliwości w tym zakresie, nie stanowi jednak podstawy do uznania, że kontrolowane postanowienia SWZ są prawidłowe. Ocenie Prezesa Urzędu podlega bowiem wyłącznie kwestia zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a okoliczność, czy wykonawcy w toku postępowania potencjalne nieprawidłowości zauważyli i zgłosili, czy nie, może mieć najwyżej znaczenie pomocnicze.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie jest sporny, istotą sporu jest ocena tego stanu faktycznego pod kątem zgodności z art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby Prezes Urzędu zasadnie stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli i przyjmuje ją za własną.

W odniesieniu do zgłoszonych zastrzeżeń przede wszystkim wskazać należy, że w istotnej części (pkt a zastrzeżeń) odnoszą się one do kwestii, których nie dotyczą stwierdzone w wyniku kontroli naruszenia. W tej części zastrzeżeń Zamawiający zmierzał do wykazania, że z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia nie było możliwe bardziej precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że w informacji o wyniku kontroli nie zakwestionowano sposobu określenia zakresu rodzajowego prac ani zakresu danych na ich temat, stwierdzono wręcz, że art. 99 ust. 1 nie wyklucza możliwości

określenia zakresu przedmiotu zamówienia w sposób szacunkowy. Istotą stwierdzonego naruszenia nie było niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie ilości osadów przeznaczonych do usunięcia (a z tym zdaje się polemizować Zamawiający w punkcie a zastrzeżeń), ale nieokreślenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie był samodzielną podstawą prawną stwierdzonego naruszenia, które polegało na niewskazaniu minimalnego zakresu ilościowego zamówienia. Stanowiło to naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy, który to przepis jest dopełnieniem zasady wynikającej z art. 99 ust. 1, a dotyczącej konieczności jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Dlatego też art. 99 ust. 1 ustawy został podany w podstawie prawnej stwierdzonego naruszenia jako pozostający w związku z art. 433 pkt 4. Innymi słowy, Prezes Urzędu nie zakwestionował sposobu opisu przedmiotu zamówienia, a wyłącznie niewskazanie jego minimalnego zakresu. Zatem argumentacja przedstawiona w tej części zastrzeżeń, w tym dotycząca nieuwzględnienia złożonych w toku kontroli wyjaśnień, jest bezprzedmiotowa, jako nie dotycząca istoty stwierdzonego naruszenia.

Za niezasadne Izba uznała zastrzeżenia odnoszące się do nieokreślenia w dokumentach zamówienia minimalnego zakresu zamówienia.

Po pierwsze, chybiona jest argumentacja Zamawiającego, że zagwarantowane zostało wykonanie całości prac opisanych w OPZ, a Zamawiający nie przewidywał rezygnacji z jakiegokolwiek zakresu. Teza ta wskazuje, że Zamawiający utożsamia konieczność określenia minimalnego zakresu zamówienia z jego zakresem rzeczowym, rozumianym jako rodzaj czynności, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać. Stanowisko to należy uznać za błędne. Dyspozycja art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nie może być odnoszona tylko do tak rozumianego zakresu przedmiotu zamówienia. Istotą tego przepisu jest bowiem zagwarantowanie wykonawcy, że jego wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy nie będzie niższe od znanego w dacie ofertowania minimum. Jeżeli wynagrodzenie to zależne jest od obmiaru (ilości) wykonanych prac, to konieczne jest określenie ich zakresu ilościowego (a nie tylko – jak twierdzi Zamawiający – rodzajowego), który na pewno zostanie wykonany. W rozpoznawanej sprawie należało więc określić, jaka będzie minimalna ilość usuniętych osadów oraz minimalna ilość dosypanego piasku, wartości te stanowią bowiem, zgodnie z § 6 ust. 3 umowy, podstawę do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Dałoby to wykonawcy wiedzę, że ilość wykonanej pracy, a tym samym wynagrodzenie, nie spadnie poniżej określonego minimum. Znając to minimum oraz ilości szacowane przez Zamawiającego, wykonawca mógłby rzetelnie skalkulować ofertę, w tym oszacować ryzyka związane z brakiem wiedzy o faktycznej ilości pracy do wykonania.

Następnie wskazać należy, że do stwierdzenia naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy nie jest konieczne, aby w umowie zawarto postanowienia wskazujące *expressis verbis* na

uprawnienie zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia. Możliwość takiego ograniczenia może wynikać – jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie – z konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu ustalenia wynagrodzenia. Skoro Zamawiający podał w dokumentach zamówienia szacowaną (a więc niepewną) ilość prac do wykonania, a jednocześnie zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie za faktycznie wykonaną pracę, to w toku realizacji zamówienia może okazać się, że tej pracy będzie mniej niż przewidywano. W konsekwencji wykonawca nie ma żadnej pewności co do wysokości wynagrodzenia, które otrzyma. Aby temu zapobiec, przepis art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia, a więc taką, co do której profesjonalny zamawiający może mieć pewność, że zostanie wykonana.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego o przekroczeniu przez Prezesa Urzędu kompetencji ustawowych. Jakkolwiek nie ma żadnych wątpliwości, że kontrola Prezesa Urzędu może dotyczyć postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy, o czym stanowi art. 603 ust. 2 ustawy Pzp, nie obejmuje natomiast etapu realizacji umowy, to teza, jakoby w przedmiotowej sprawie czynności i ustalenia kontroli dotyczyły sposobu jej wykonania, jest pozbawiona podstaw. Przeprowadzona kontrola i stwierdzone w jej wyniku naruszenia odnoszą się do treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co mieści się w zakresie określonym w art. 603 ust. 2 ustawy Pzp. Kontrolujący w żadnej mierze nie wypowiadał się o sposobie realizacji tej umowy, tj. o tym, czy jej strony prawidłowo realizowały swoje obowiązki i uprawnienia wynikające z umowy, nie rozstrzygał o wzajemnych roszczeniach stron, itp. Ocenie podlegała wyłącznie treść umowy, nie zaś jej faktyczne wykonanie. Tym samym teza o wkroczeniu przez Prezesa Urzędu w kompetencje władzy sądowniczej jest pozbawiona jakichkolwiek podstaw.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że kontrola została przeprowadzona na skutek zawiadomienia złożonego przez podmiot wykonujący umowę. Istotne jest bowiem to, czy zakres kontroli jest zgodny z przepisem art. 603 ust. 2 ustawy Pzp, nie zaś moment i powód jej wszczęcia. Jak słusznie wskazano w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z art. 607 ust. 4 ustawy Pzp wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Za typową należy więc uznać sytuację, w której kontrola doraźna dotyczy zamówienia będącego w toku realizacji, zatem argumentacja przedstawiona w tym zakresie w zastrzeżeniach jest chybiona.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....