



POWIAT NOWODWORSKI

Nowy Dwór Gdański 26.10.2011r.

OSO.042.1.2011.RG

SEK. 1710.5, 2011

Urząd Marszałkowski Woj. Pomorskiego
Departament Programów Regionalnych
ul. Augustyńskiego 2
80-819 Gdańsk

dot. pisma DPR.K.44.79.11; EOD 31430/10/2011; ldz. 4636/2011; Informacja pokontrolna z dnia 17 października 2011r.
Nr 79/P/1/11/I z kontroli realizacji projektu. Umowa Nr UDA-RPPM.09.01.00-00035/09-00 z późn. zmianami.

Po zapoznaniu się z przedstawionymi wnioskami zawartymi w Informacji pokontrolnej przesyłamy jeden egzemplarz podpisany przez uprawnione osoby wraz z wniesionymi uzasadnionymi wyjaśnieniami.

Wyjaśnienie dotyczące realizacji zamówienia publicznego Nr 2 w Informacji Pokontrolnej, na: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu – nad projektem „Przebudowa infrastruktury dydaktycznej wraz z rozbudową hali sportowej – Zespołu Szkół nr 1 w Nowym Dworze Gdańskim ul. 3 maja 3”. Kwalifikacja prawna oraz opis naruszenia:

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 144 ust. 1, poprzez wprowadzenie zmian do umowy, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Po zapoznaniu z wnioskami Zespołu Kontrolującego, wnosimy o odrzucenie obu zarzutów o naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. § 1 pkt 1, Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.). W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, wykazu wykonanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania

82-100 Nowy Dwór Gdański, ul. gen. Władysława Sikorskiego 23



POWIAT NOWODWORSKI

ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał posiadania doświadczenia z ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy z tego okresu wyrażającego się wykonaniem przynajmniej 1 zamówienia nadzoru jako Inżynier kontraktu nad inwestycją o wartości nie mniejszej niż 3.5 mln. zł brutto odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia – należało przez to rozumieć nadzór nad projektem finansowanym ze środków Unii Europejskiej którego przedmiotem była budowa, przebudowa oraz remont budynków. W opinii zamawiającego tylko takie doświadczenie inżyniera kontraktu było gwarantem prawidłowej obsługi inwestycji. Powszechnie wiadomo, iż inwestycje finansowane ze środków UE, są inwestycjami realizowanymi na specjalnych zasadach i pod specjalnym nadzorem. Zarówno podczas ich realizacji jak i po zakończeniu wymagają znajomości zasad ich realizacji wynikających wprost z projektu; umowy z beneficjentem, zasad finansowania zadania ze środków EFRR w ramach RPO WP, a także rozliczenia i przygotowania informacji o realizacji i osiągnięciu wskaźników zadań. Nawet okres kontroli i przechowywania jest różny od zwykłych inwestycji i wynosi nie 5 lecz 10 lat. Więc wymaganie zamawiającego aby wymienioną inwestycję przeprowadził doświadczony w praktycznym stosowaniu unijnego prawa wykonawca jest w naszym mniemaniu jak najbardziej zgodna z prawem.

Odnosząc się do drugiego zarzutów w opinii zamawiającego wykazał on należyłą staranność przy wyborze wykonawcy zamówienia publicznego i w trakcie badania złożonych ofert w dniu 16 marca 2010r. wezwał pismem nr OSO.346.6/2/10r., wykonawcę do uzupełnienia oferty złożonej w dniu 15.03.2010r. w przedmiotowym postępowaniu, o wykazanie, iż wykonawca nadzorował inwestycję finansowaną ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający ustala termin uzupełnienia złożonej oferty do dnia 19 marca 2010r. do godziny 10:00. (załącznik nr 1 do wyjaśnień). Zgodnie z otrzymanym zwrotnym potwierdzeniem odbioru (załącznik nr 2 do wyjaśnień), wykonawca zapoznał się z treścią pisma w dniu 17 marca 2010r. W dniu 19 marca 2010r. wykonawca uzupełnił swoją ofertę o potwierdzoną kopię umowy (załącznik nr 3 i nr 4 do wyjaśnień), na wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego nad inwestycją finansowaną ze środków UE, znajdująca się w wykazie usług załączonym do złożonej uprzednio oferty. Zamawiający uznał doświadczenie wykonawcy i podpisał z nim stosowną umowę.

Wyjaśnienie dotyczące realizacji zamówienia publicznego Nr 3 w Informacji Pokontrolnej, na: „Przebudowę hali sportowej wraz z budową łącznika”. Kwalifikacja prawna oraz opis naruszenia:

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 144 ust. 1, poprzez wprowadzenie zmian do umowy, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.



POWIAT NOWODWORSKI

- naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych.

Po zapoznaniu z wnioskami Zespołu Kontrolującego, wnosimy o odrzucenie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 144 ust. 1, poprzez wprowadzenie zmian do umowy, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Uzasadnienie:

Z treści art. 144 ust. 1, Pzp, wynika, że przepis ten zezwala na dokonywanie zmian w umowie w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych wcześniej w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym przewidziane w ogłoszeniu lub w specyfikacji przesłanki zmiany zawartej umowy nie muszą być szczegółowo skonkretyzowane. Wydaje się, iż przesłanki te mogą być sformułowane z pewnym stopniem ogólności. Przepis art. 144 ust. 1 nie mówi bowiem o przewidzeniu konkretnych przypadków zmian, lecz na określeniu warunków dokonania zmiany.¹

Istotnym jest także fakt, że nie wszystkie jednak zapisy umowy obejmuje zakaz z art. 144 ust. 1. Odnosi się on bowiem do zmian istotnych, natomiast postanowienia umowy które nie zostaną uznane za istotne, mogą być dowolnie zmieniane w każdym czasie. Decyzję o tym, czy zmiana ma charakter istotny, podejmuje każdorazowo zamawiający biorąc pod uwagę wszystkie aspekty i okoliczności związane z zawartą i realizowaną umową. Na pewno za istotną zmianę należałoby uznać zwiększenie zakresu zamówienia, gdyż przesądza o tym przepis art. 140, ust. , stanowiąc, iż zmiana taka podlega unieważnieniu. Zmiana istotną może być zwiększenie ceny. Skoro tak, to również zmniejszenie ceny należałoby uznać za zmianę istotną. A zatem, chcąc mieć możliwość dokonania zmiany ceny, należałoby to przewidzieć w siwz. Termin realizacji zamówienia już niekoniecznie w każdym przypadku będzie stanowił istotny element umowy, a więc i jego zmiana może być czasem dozwolona jako nieistotna. Także sposób realizacji zamówienia, jeżeli nie powoduje to jego zwiększenia, przesunięcia terminu oraz zmiany ceny, niekoniecznie musi być potraktowany jako istotny element umowy, objęty zakazem art. 144 ust. 1.²

W trakcie realizowanego zamówienia zamawiający trzykrotnie przedłużał termin zakończenia zadania. Dokonanie każdej zmiany miało prawne podstawy i zostało przewidziane w treści zawartej umowy, pomimo powszechnie panującej opinii o nieistotności zmian umowy o zamówienie publiczne dotyczącej terminu jej wykonania o ile oczywiście termin ten nie został przez zamawiającego uznany jako kryterium oceny ofert. W opinii zamawiającego przy sporządzaniu treści umowy dotyczącej przewidzenia dopuszczalności możliwości zmian postanowień umowy została zachowana należyta staranność, gdyż art. 18 umowy otrzymał brzmienie:

¹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 441.

² . Pieróg, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 439-440.



POWIAT NOWODWORSKI

„Zamawiający, dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadania, dopuszcza możliwość istotnych zmian postanowień zawartych w niniejszej umowie. W szczególności zmiany mogą dotyczyć przedmiotu zamówienia, terminu wykonania umowy, ustalonego wynagrodzenia, w sytuacji gdy:

- a. zaszły okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy,
- b. zmiany przepisów prawnych w tym zmiany stawki podatku VAT,
- c. sytuacji niezależnych od stron umowy lub w przypadku działania siły wyższej, powodującej konieczność wprowadzenia zmian do umowy, w tym termin wykonania. W takim przypadku przesunięcie terminu może nastąpić o okres w jakim wykonywanie przedmiotu umowy było niemożliwe ze względu na działanie siły wyższej. Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie poinformować Zamawiającego o fakcie zaistnienia siły wyższej,
- d. gdy potrzeba wprowadzenia zmian do umowy wynika ze zmian natury technicznej, w tym zmian dokumentacji projektowej,
- e. przerw w realizacji robót budowlanych powstałych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy,
- f. zlecenia przez Zamawiającego robót dodatkowych lub zamiennych od których wykonania uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego, jeżeli terminy ich zlecenia, rodzaj lub zakres uniemożliwiają dotrzymanie pierwotnego terminu zakończenia realizacji umowy. W takim przypadku termin wykonania zamówienia podstawowego może być przesunięty o czas niezbędny na zlecenie i wykonanie zamówienia dodatkowego lub zamiennego,
- g. zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji: danych, zgód lub pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów,
- h. prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwe organy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy.

Natomiast art. 19 wymienionej umowy o zamówienie publiczne w sposób ścisły określił warunek takiej zmiany zapisem o brzmieniu wynikającym wprost z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp: „*Zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej w formie aneksu pod rygorem nieważności takiej zmiany.*” Jest to jedyny znany warunek dookreślony w obowiązujących przepisach prawa i jako taki został przez zamawiającego przewidziany w treści umowy.

W dalszej części uzasadnienia, rozpatrując, przykładowo sporządzenie przez zamawiającego Aneksu nr 1, uznanego przez kontrolującego jako „BEZZASADNY”, informujemy, iż zamawiający przewidział w Dziale III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt 5, że: „*Wykonywanie prac budowlanych nie może przerywać ani zakłócać normalnego funkcjonowania jednostki szkolnej (np. egzaminów maturalnych)*”. Niemniej ani wykonawca ani zamawiający nie mógł przewidzieć i nie miał wpływu na specjalne wymagania strony trzeciej czyli użytkownika obiektu a także uczniów piszących egzaminy maturalne. Ani na etapie przygotowywania przetargu ani podczas jego realizacji nie można było przewidzieć jaki poziom hałasu wywołanego pracami budowlanymi będzie do przyjęcia dla piszących egzaminy. Wykonawca stosując się do zapisów SIWZ, przewidział w trakcie pisania egzaminów wykonywanie prac typowo ręcznych bez użycia urządzeń i maszyn, nie mniej i to wywołało protesty uczniów i ich rodziców. Mogło to zaszkodzić



POWIAT NOWODWORSKI

podważeniem wyników matur, więc dyrekcja szkoły wystąpiła o całkowitą ciszę i ze względów czysto społecznych zamawiający przystał na wniosek wykonawcy o zatrzymaniu prac. Co w dalszej części spowodowało wydłużenie terminu zakończenia zadania z przyczyn leżących o stronie zamawiającego.

W przypadku Aneksu nr 2 oraz nr 3, przyczyną przydłużenia terminu zakończenia zadania były komplikacje wynikające z błędów popełnionych w dokumentacji projektowej. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Prawo budowlane do obowiązków zamawiającego należy zorganizowanie procesu budowy i zapewnienie opracowania projektu budowlanego. Obowiązujące w tej mierze przepisy nakładają więc tylko zapewnienie przez zamawiającego opracowania dokumentacji przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach. Opracowana dokumentacja musi być zaopatrzona w pisemne oświadczenie projektanta, że jest wykonana zgodnie z umową i kompletna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć. Nie można więc od zamawiającego wymagać aby przewidywał, że dokumentacja będzie posiadała wady, które będą podstawą do wstrzymania procesu budowlanego, skutkujące dalej wnioskiem wykonawcy o przedłużenia terminu zakończenia zadania. Zamawiający nie odpowiada za treść otrzymanej dokumentacji tak jak nie ma uprawnień do kwestionowania oświadczeń projektanta o kompletności wykonanej dokumentacji. W omawianym przypadku zaszła konieczność przeprojektowania i doprojektowania pewnych elementów i sieci, bez których nie można było realizować prac budowlanych.

Dla praktyków jest ogólnie znanym fakt, iż na zmianę terminu umownego, zarówno w trakcie postępowania jak i realizacji zadania ma wpływ bardzo wiele obiektywnych czynników. Jest to do tego stopnia czynnik niepewny, iż w przeważającej większości zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych jako termin wykonania nie podaje się konkretnej daty kalendarzowej lecz ilość dni. Już w momencie ogłoszenia postępowania wniesienie odwołania przez potencjalnego wykonawcę spowodowałoby niedotrzymanie tego terminu. W trakcie realizacji zadania takich przyczyn jest relatywnie dużo więcej. I z reguły są to przyczyny niemożliwe do przewidzenia dla stron umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane.

Jednocześnie wnosimy o odrzucenie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy pzp, ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych.

Uzasadnienie:

W opinii kontrolowanego w realizacji przedmiotowego zamówienia została zachowana należyta staranność a przedmiot zamówienia został opisany w Dokumentacji Projektowej oraz w Specyfikacji technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Natomiast z treści art. 31 ust 1, wynika, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Z uwagi na konieczność użycia w dokumentacji projektowej nazw producentów i rekomendacji poszczególnych materiałów, w Specyfikacji Technicznej



POWIAT NOWODWORSKI

Wykonania i Odbioru Robót budowlanych (dalej jako STWiORB), (załącznik nr 5 do wyjaśnień), dotyczącej projektu, w Dziale II Wymagania Ogólne, pkt 2 Materiały, ppkt 2. 8, str. 14 STWiORB: **Wariantowe stosowanie materiałów**, został wskazany zapis:

„Jeśli, ze względów uzasadnionych specyfiką budowy, Dokumentacja Projektowa lub Specyfikacja Techniczna opisze przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenie zastosowanych technologii lub materiałów, dopuszcza się możliwość wariantowego zastosowania w wykonywanych robotach **materiałów i technologii równoważnych**. Zastosowane materiały równoważne powinny być porównywalne pod względem technologicznym oraz jakościowym do wskazanych przez projektanta, oraz spełniać odpowiednie normy i atesty. W przypadku zmiany materiałów w trakcie budowy niezbędna będzie do tego zgoda Inżyniera kontraktu”. Zapis ten należy rozpatrywać w kontekście innego zapisu dotyczącego przygotowania oferty - STWiORB - Dział I Wstęp, pkt 1.4, str. 4:

Warunki dotyczące przetargu i przygotowania oferty, o brzmieniu:

„Części składowe dokumentacji przetargowej mają charakter uzupełniający się wzajemnie. Oferta wykonawcy powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją obiektu, o których informacja znajduje się w dokumentacji przetargowej (opisach, wykazach, rysunkach) oraz tych, które wykonawca powinien uwzględnić przy realizacji obiektu.”

W naszej opinii zapisy te są wyczerpujące i w sposób jednoznaczny dopuszczają możliwość składania ofert równoważnych.

Załączniki:

1. Pismo nr OSO.346.6/2/10r.
2. Zwrotne potwierdzenie odbioru.
3. Pismo wykonawcy z dnia 19.03.2010r.
4. Potwierdzona kopia umowy.
5. STWiORB.

82-100 Nowy Dwór Gdański, ul. gen. Władysława Sikorskiego 23