

---

## OPINIA PRAWNA

---

sporządzona dla

**Miasta Podkowa Leśna, 05-807 Podkowa Leśna, ul. Akacyjowa 39/41**

w sprawie

zasadności postawionych zarzutów przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, oceny działań Zamawiającego i propozycji odpowiedzi na postawione zarzuty w związku z przeprowadzoną w Mieście Podkowa Leśna, przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, kontroli pod nazwą „Kontrola procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie udzielania wybranych zamówień publicznych w szczególności zamówienia pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” przez Urząd Miasta Podkowa Leśna sygnatura Dr/91/19”.

Warszawa, dnia 15 marca 2021 roku

## OPINIA PRAWNA

w sprawie zasadności zarzutów postawionych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, oceny działań Zamawiającego i propozycji odpowiedzi na postawione zarzuty w związku z przeprowadzoną w Mieście Podkowa Leśna, przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, kontroli pod nazwą „Kontrola procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie udzielania wybranych zamówień publicznych w szczególności zamówienia pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Nivce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” przez Urząd Miasta Podkowa Leśna sygnatura Dr/91/19”.

Niniejsza opinia prawna, zwana dalej **Opinią**, sporządzona została w dniach od 23lutego do 15 marca 2021 roku, dla Miasta Podkowa Leśna, 05-807 Podkowa Leśna, ul. Akacyjowa 39/41 (dalej jako **Zamawiający**), w wykonaniu zapotrzebowania na zleconą usługę prawną - umowa nr 35.75023.2021 z dnia 23.02.2021r.

### I. Przedmiot Opinii

Przedmiotem niniejszej Opinii jest:

1. *ocena działań Zamawiającego;*
2. *udzielenie odpowiedzi na pytanie czy zarzuty CBA są zasadne;*
3. *przygotowanie propozycji odpowiedzi na postawione zarzuty w związku z przeprowadzoną w Mieście Podkowa Leśna kontrolą jw.*

### II. Podstawa prawna Opinii

Opinia została sporządzona w oparciu o przepisy prawa polskiego, w szczególności zaś przepisy:

- 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2017 r., poz. 1579 z późn. zm. - dalej „Pzp”);

- 2) ustawą z dnia Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz.U. 2017 r. poz. 1332 z późn. zm.);
- 3) piśmiennictwa i orzecznictwa wskazanego w Opinii

Podstawę do sporządzenia Opinii stanowiły również materiały oraz informacje przekazane Autorom Opinii przez Zamawiającego, a w szczególności:

1. protokół kontroli CBA sygnatura DR/91/19;
2. opinię biegłego sądowego z dnia 8 listopada 2019r.;
3. pismo Burmistrza Miasta Podkowa Leśna 08 lipca 2020 r. umotywowane zastrzeżenia do ustaleń zawartych w protokole kontroli otrzymanego 1 lipca 2020 r.;
4. ustosunkowania się CBA do zastrzeżeń Burmistrza Miasta Podkowa Leśna - pismo szefa CBA z 21 września 2020 r.;
5. zastrzeżenia Burmistrza Miasta Podkowa Leśna do wniosków kontroli, pismo z 7 października 2020 r. o odmowie podpisania protokołu kontroli;
6. dokumentacja przetargowa w postępowaniu na „Przebudowę zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej”, znak sprawy ZP.271.26.2017:
  - 1) specyfikacja istotnych warunków zamówienia zatwierdzona w dniu 19.10.2017 r. przez Burmistrza Artura Tusińskiego;
  - 2) projekt umowy w postępowaniu jw. ;
  - 3) informacje nr 1 z 25 października 2017 r. i 2 z 3 listopada 2017 r. do wykonawców w przetargu pn. „Przebudowa zbiornika Wodnego na rzece Niwce (Rów RS-11) w Podkowie Leśnej - Etap I.” - nr sprawy: 271.26.2017.;
  - 4) umowa nr IK.272.394.90006.2017 z dnia 20.11.2017 r. z Michałem Lulisem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą MKL-BUD Michał Lulis.
7. Korespondencja z UZP w trakcie postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.26.2017, ZP.271.9.2018, ZP.271.9.2019:
  - 1) Pismo UZP z 04 września 2020 r. w sprawie wszczęcia postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.26.2017, ZP.271.9.2018, ZP.271.9.2019,

- 2) Pismo UZP z 26 października 2019 r. w sprawie prowadzonego postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.9.2018;
- 3) Pismo Burmistrza Miasta Podkowa Leśna z 18 września 2020 r. dotyczącego prowadzonego postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.26.2017, ZP.271.9.2018, ZP.271.9.2019,
- 4) Pismo Burmistrza Miasta Podkowa Leśna z 12 listopada 2020 r. w sprawie postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.9.2018,.
- 5) Pismo UZP z 12 lutego 2021 r. w sprawie prowadzonego postępowania wyjaśniającego w sprawie ZP.271.9.2018 r,
- 6) Projekt pisma Burmistrza Miasta Podkowa Leśna z 1 marca 2021 r. w sprawie postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.11.2018.

### **III. Stan faktyczny ustalony na podstawie protokołu kontroli CBA nr DR/91/19**

1. W dniu 20.10.2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej w Biuletynie Informacji Publicznej pod nr 605055-N-2017. Ponadto ww. ogłoszenie zostało opublikowane na stronie internetowej pod adresem [bip.podkowalesna.pl](http://bip.podkowalesna.pl) wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej SIWZ), której integralną częścią są: opis przedmiotu zamówienia, formularz ofertowy, oświadczenie, wzór umowy oraz załączniki dla wykonawcy. Termin składania ofert ustalono na 06.11.2017 r., godzina 16:00. Szacunkową wartość zamówienia określono na 686 991,87 zł netto na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Przedmiot zamówienia należało wykonać zgodnie z projektem: „Przebudowa zbiornika wodnego na rowie melioracyjnym Rs-11 w Podkowie Leśnej”, z sierpnia 2016 r. opracowanym przez Pracownię Konstrukcji Budowlanych Tomasz Paweł Gołaszewski.
2. W trakcie postępowania przetargowego wykonawcy złożyli zapytania. Treść pierwszego z nich dotyczyła możliwości zastosowania alternatywnego

rozwiązania wlotu i wylotu rzeki Niwki do i ze stawu. W odpowiedzi z 25.10.2017 r. Burmistrz miasta Podkowa Leśna wskazał, że dopuszcza alternatywne rozwiązanie wlotu i wylotu rzeki Niwki do i ze zbiornika poprzez zastosowanie rur PEHD lub innych równoważących urządzeń. Dwa kolejne zapytania zostały złożone przez MKL-BUD Michał Lulis i dotyczyły zakresu robót.

3. Jako najkorzystniejszą w postępowaniu wybrano ofertę złożoną przez MKL-BUD Michał Lulis, która zdobyła 92,28 pkt. na co składa się cena w wysokości 592 867,87 zł oraz okres gwarancji w liczbie 5 lat.
4. W wyniku postępowania przetargowego 20.11.2017 r. Burmistrz Artur Tusiński w imieniu Miasta Podkowa Leśna zawarł z MKL-BUD Sp. z o.o. umowę o wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie leśnej - Etap I”.
5. Zakres robót w ramach ww. umowy obejmował wykonanie wszystkich robót zgodnie z dokumentacją, do której zaliczały się projekt budowlany oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. W świetle postanowień umowy zakres robót obejmował: 1) rozbiórkę budowli związanych bezpośrednio z eksploatacją obiektu ze względu na ich zły stan techniczny, 2) wykop w dnie i skarpach zbiornika w celu uszczelnienia jego czaszy, 3) wykonanie nowej budowli upustowej na wylocie rowu ze zbiornika oraz kładki dla pieszych na wlocie, łącznie z umocnieniem koryta rowu przy budowlach.
6. Strony umowy przewidziały również możliwość wykonania robót zamiennych. Ustalono, że roboty zamienne będą wykonywane w sposób odmienny od określonego w umowie, jednak w wyniku ich realizacji nie dojdzie do zmiany zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty. Wprowadzenie w toku realizacji przedmiotu umowy robót zamiennych nie może wykraczać poza pierwotny przedmiot umowy określony w SIWZ.
7. Strony postanowiły, że realizacja kontraktu nastąpi do 15.12.2017 r.
8. W zakresie wynagrodzenia strony postanowiły, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest ryczałt. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za kompletne i należyte wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 592 867,87 zł. Powyższe wynagrodzenie obejmuje całość kosztów robót, sprzętu, materiałów i innych wydatków niezbędnych do należytego i kompleksowego

zrealizowania przedmiotu umowy. Warunkiem zapłaty wynagrodzenia będzie przedstawienie przez wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury VAT.

9. Według zawartej umowy rozliczenie za wykonane roboty miało zostać dokonane w oparciu o następujące zasady: 1) zamawiający zapłaci wykonawcy za należyte i kompleksowe wykonanie przedmiotu umowy po przedstawieniu przez niego prawidłowo wystawionej faktury VAT z dołączonym do niej i podpisanym przez strony, protokołem końcowego odbioru robót bez zastrzeżeń, 2) zamawiający nie przewidział rozliczenia częściowego, 3) wyklucza się możliwość wypłaty zaliczek, 4) zapłata nastąpi w terminie 30 dni od daty doręczenia zamawiającemu poprawnie wystawionej faktury VAT wraz z dokumentami wskazanymi powyżej.
10. Strony kontraktu za dzień zakończenia robót uznały datę podpisania protokołu końcowego robót bez zastrzeżeń i przekazanie przedmiotu umowy z dokumentacją powykonawczą, atestami i certyfikatami oraz świadectwami zgodności, oświadczeniami kierownika budowy o wykonaniu robót zgodnie z obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną.
11. W zakresie gwarancji i rękojmi strony postanowiły, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji wynosi 5 lat, natomiast okres rękojmi za wady wynosi 36 miesięcy. Bieg powyższych terminów rozpoczyna się od dnia podpisania przez strony końcowego protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń. Gwarancja obejmuje przeglądy gwarancyjne, usuwanie wszelkich wad i usterek oraz koszty przeglądów gwarancyjnych.
12. Ponadto strony umowy z 20.11.2017 r. ustaliły, że Zamawiający zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość istotnych zmian jej postanowień, w stosunku do treści oferty, w przypadku wystąpienia następującej okoliczności: (...) zmiana terminu realizacji umowy spowodowana zaistnieniem siły wyższej, przez którą rozumieć należy zdarzenie zewnętrzne wobec łączącej strony więzi prawnej o charakterze niezależnym od stron, nieprzewidywalne i nieuniknione, któremu nie da się zapobiec. Za siłę wyższą strony uznały w szczególności powódź, pożar i nagłe załamanie warunków atmosferycznych.
13. W ramach postępowania przetargowego wykonawcy zadawali pytania do SIWZ. MKL-BUD Sp. z o.o. zadał pytanie o następującej treści: „Załączona do przetargu „Informacja dla Wykonawców nr 1” z dnia 25.10.2017 dopuszcza

alternatywne wykonanie wlotu i wylotu ze zbiornika z rur PEHD. Jednocześnie w przedmiarze opisano umocnienia, przyczółki i barierki (poz. 35-95) zgodnie z projektem, które nie będą pasowały do przepustu z rur fi 1000 mm. Rozumiemy, że umocnienia dna i skarp rzeki Niwki należy dobrać i wycenić adekwatnie i zgodnie z wiedzą inżynierską. W tym zakresie Urząd Miasta Podkowy Leśnej udzielił odpowiedzi w Informacji nr 2 dla Wykonawców z 03.11.2017 r. o treści: „ TAK”. Zadane pytanie oraz udzielona na nie odpowiedź są częścią SIWZ.

14. W toku kontroli ustalono, że Kontrolowany podpisał dwa protokoły odbioru robót wykonanych na podstawie umowy z 20.11.2017 r., tj. protokół z 15.12.2017 r. i 27.11.2018 r.; W dniu 15.12.2017 r. komisja w składzie Joanna Kacprowicz (Kierownik Referatu Infrastruktury Komunalnej) i Andrzej Kowalski (podinspektor w Referacie Infrastruktury Komunalnej) reprezentujący Urząd Miasta Podkowa Leśna oraz Michał Lulis reprezentujący MKL-BUD Sp. z o.o. dokonała protokolarnego odbioru robót wykonanych w ramach postępowania przetargowego. Członkowie komisji stwierdzili, że wykonawca przebudował zbiornik wodny na rzece Niwce (rów Rs-11) w Podkowie Leśnej zgodnie z projektem budowlanym (Decyzja Nr 1513/16 z 15.11.2016 r.). Natomiast w rubryce pn. „Niniejsza komisja dokonała odbioru robót i przekazała do użytku: ” ww. protokołu pozostawiono niewypełnione pole.
15. Ponadto odbiór robót, o którym mowa powyżej został poprzedzony zawarciem porozumienia z dnia 14.12.2017 r. pomiędzy Miastem Podkowa Leśna a MKL-BUD Sp. z o.o. Zgodnie z ww. porozumieniem ustalono, że realizacja umocnień rowu przy budowlach oraz kładki dla pieszych na wlocie rowu Rs-11 do stawu zostanie wykonana przez wykonawcę w nieprzekraczalnym terminie do 30.11.2018 r. Jako uzasadnienie przedłużenia terminu realizacji prac strony wskazały konieczność pozostawienia ciągów komunikacyjnych w związku z planowaną inwestycją elektryfikacji Miejskiego Parku Leśnego. Nadto podano, że wykonawca realizuje budowę ścieżek rowerowych. Warunkiem odbioru ww. prac jest wykonanie umocnień rowu przy budowlach oraz kładki dla pieszych na wlocie rowu Rs-11 do stawu.
16. Konsekwencją porozumienia z 14.12.2017 r. było podpisanie protokołu z

27.11.2018 r., w którym komisja w składzie Joanna Kacprowicz - przedstawiciel Urzędu Miasta Podkowa Leśna, Katarzyna Lubecka-Figiel - przedstawiciel Urzędu Miasta Podkowa Leśna oraz Marek Opala - kierownik budowy MKL-BUD Sp. z o.o. dokonała odbioru umocnień rowu oraz kładki dla pieszych na wlocie rowu Rs-11 do stawu.

17. W terminie od 16.10.2019 r. do 01.07.2020 r. funkcjonariusze Departamentu Postępowań Kontrolnych Centralnego Biura Antykorupcyjnego dokonali kontroli procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie udzielania wybranych zamówień publicznych w szczególności zamówienia pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” przez Urząd Miasta Podkowa Leśna, nr kontroli DR/91/19.
18. W trakcie przeprowadzonych czynności przez kontrolerów CBA stwierdzono nieprawidłowości, za które przewidziano jako osobę odpowiedzialną Pana Artura Tusińskiego - Burmistrza Miasta Podkowa Leśna:
  - 1) Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” w ten sposób, że Burmistrz Artur Tusiński zezwolił wykonawcom na umocnienie dna i skarp rzeki Niwki w dowolnej, niezidentyfikowanej technologii zgodnie z tzw. wiedzą inżynierską, a złożone przez nich oferty stały się tym samym nieporównywalne.
  - 2) Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rsl1) w Podkowie Leśnej” w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. To działanie doprowadziło do przerzucenia na wykonawców ciężaru dookreślenia przedmiotu zamówienia mimo tego, że to Kontrolowany był zobligowany do jego przygotowania na podstawie właściwych przepisów Pzp.
  - 3) Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieunieważnienie postępowania pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej”, mimo wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Wspomnianą przesłanką jest nieporównywalność złożonych ofert, która nie pozwalała na zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.



- 4) Naruszenie art. 139 ust. 2 Pzp poprzez niezachowanie formy pisemnej dla zmiany umowy o zamówienie publiczne z 20.11.2017 r. w zakresie warunków płatności, co stanowi dorozumianą jej zmianę. Należy podkreślić, że wspomniana umowa przewidywała wypłatę wynagrodzenia jedynie po zakończeniu wszystkich prac. Mimo to Kontrolowany na podstawie faktury VAT z 15.12.2017 r. wypłacił wykonawcy wynagrodzenie za realizację ww. umowy nie bacząc na to, że zawarł z nim porozumienie o przedłużeniu terminu jej wykonania o blisko dwanaście miesięcy. To działanie Kontrolowanego należy klasyfikować jako zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania właściwej formy pisemnej.
- 5) Naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp poprzez zawarcie z MKL-BUD Sp. z o.o. porozumienia z 14.12.2017 r. przedłużającego termin realizacji umowy o roboty budowlane z 20.11.2017 r. do 30.12.2018 r., co stanowiło jej istotną zmianę. Miasto Podkowa Leśna, jako podstawę zawarcia porozumienia wskazało § 12 lit. a ww. umowy, tj. wystąpienie siły wyższej w postaci planowanej elektryfikacji w Leśnym Parku Miejskim. Jednakże siła wyższa, jako zdarzenie nadzwyczajne i przemożne wyklucza możliwość zaplanowania jej przypadków na przyszłość. Wobec powyższego Miasto Podkowa Leśna dokonało zmiany ww. umowy bezpodstawnie i wbrew przepisom prawa zamówień publicznych oraz warunkom kontraktu.

### III. Ocena działań Zamawiającego wraz z udzieleniem odpowiedzi na pytanie czy zarzuty CBA są zasadne.

1. Stwierdzone nieprawidłowości są wynikiem dokonanej przez powołanych do przeprowadzenia kontroli funkcjonariuszy Departamentu Postępowań Kontrolnych Centralnego Biura Antykorupcyjnego, zwanych dalej „Zespołem kontrolującym”, oceny działań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce(Rów Rs-11) w Podkowie leśnej - Etap I” oraz w trakcie jego realizacji w ramach umowy o wykonanie ww. zamówienia publicznego z dnia 20.11.2017 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą MKL-BUD Sp. z o.o.

2. Aby ustalić zasadność stwierdzonych nieprawidłowości należy dokonać analizy czy Zamawiający miał podstawy prawne i faktyczne do podjęcia działań, które stały się podstawą stwierdzonych przez Zespół kontrolujący zarzutów.
3. Zarzut nr 1, 2 i 3 poprzez ich powiązanie prawne i funkcjonalne zostały przeanalizowane łącznie.

#### Treść zarzutów

- 1) *Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” w ten sposób, że Burmistrz Artur Tusiński zezwolił wykonawcom na umocnienie dna i skarp rzeki Niwki w dowolnej, niezidentyfikowanej technologii zgodnie z tzw. wiedzą inżynierską, a złożone przez nich oferty stały się tym samym nieporównywalne.*
- 2) *Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej” w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. To działanie doprowadziło do przerzucenia na wykonawców ciężaru dookreślenia przedmiotu zamówienia mimo tego, że to Kontrolowany był zobligowany do jego przygotowania na podstawie właściwych przepisów Pzp.*
- 3) *Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieunieważnienie postępowania pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej”, mimo wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Wspomnianą przesłanką jest nieporównywalność złożonych ofert, która nie pozwalała na zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.*

Podstawą powyższych zarzutów jest działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu odpowiedzi w toku objętego kontrolą postępowania o udzielenie zamówienia na poniższe pytania dotyczące możliwości zastosowania przez

wykonawców zamiennego od przewidzianego w dokumentacji projektowej rozwiązania projektowego:

- 1) w dniu 20.07.2017 r. na pytanie oznaczone jako Informacja nr 1 dla wykonawców o treści „W związku z chęcią złożenia oferty w przetargu pt. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce w Podkowie Leśnej - ETAP I” proszę o informację, czy dopuszczają Państwo alternatywne rozwiązania wlotu i wylotu rzeki Niwki do i ze zbiornika? Jeżeli TAK, to w jakim zakresie można dokonać zmian?”

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

*„Tak, dopuszczamy alternatywne rozwiązanie wlotu i wylotu rzeki Niwki do zbiornika poprzez zastosowanie rur PEHD lub równoważnościowy pod względem jakości i użytkowości urządzeń, przy czym należy zastosować co najmniej dwa odcinki przewodów o średnicy min. 100 cm - średnica wewnętrzna rury. Pożądane jest zastosowanie rozwiązania rur z kielichami do celów późniejszego szczelnego połączenia wlotu i wylotu w stawie. Dopuszcza się zatem na tym etapie rezygnację z budowy barierki na kładkach jak te wymienione w projekcie i wykorzystanie obecnie zamontowanych.”*

- 2) w dniu 3.11.2017 r. na pytanie nr 2 oznaczone jako Informacja nr 2 dla wykonawców o treści „Załączona do przetargu „Informacja dla Wykonawców nr 1” z dnia 25.10.2017 dopuszcza alternatywne wykonanie wlotu i wylotu ze zbiornika z rur PEHD. Jednocześnie w przedmiarze opisano umocnienia, przyczółki i barierki (poz. 35-95) zgodnie z projektem, które nie będą pasowały do przepustu z rur fi 1000 mm. Rozumiemy, że umocnienia dna i skarp rzeki Niwki należy dobrać i wycenić adekwatnie i zgodnie z wiedzą inżynierską w tym zakresie”.

Zamawiający udzielił na pytanie nr 2 odpowiedzi - „TAK”

Na wstępie trzeba wskazać, że ustawa Pzp w art. 38 zezwala zamawiającemu na udzielanie wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przed terminem składania ofert. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści tej specyfikacji. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie z uwzględnieniem terminów przewidzianych w ustawie, treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający

przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może także przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja jest udostępniana na tej stronie. Z art. 12 a Pzp wynika, że w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jeżeli zmiana jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Powyższe przepisy w sposób niebudzący wątpliwości zezwalają Zamawiającemu na dokonywanie zmian w dokumentach zamówienia, nawet istotnych, przy zachowaniu powyższych uwarunkowań. Przekazanie wszystkim wykonawcom wyjaśnień o tożsamej treści wraz z ich zamieszczeniem na stronie internetowej na której była zamieszczona SIWZ, dostępna w tym samym czasie dla wszystkich wykonawców o możliwej zmianie opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za dochowanie przewidzianej w art. 7 zasady obligującej zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Informacja nr 1 i 2 z udzielonymi wyjaśnieniami była znana wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia na równych, takich samych zasadach przed terminem

składania ofert i każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mógł się z nią zapoznać i uwzględnić w przygotowanej ofercie. Działaniem tym zamawiający nie naruszył objętych art. 7 ust. 1 Pzp zasad.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp został zdefiniowany w Protokole kontroli nr DR/91/19 „(..) w ten sposób, że Burmistrz Artur Tusiński zezwolił wykonawcom na umocnienie dna i skarp rzeki Niwki w dowolnej, niezidentyfikowanej technologii zgodnie z tzw. wiedzą inżynierską, a złożone przez nich oferty stały się tym samym nieporównywalne”.

Przywołany art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jego naruszeniem jest każde działanie, które te zasady narusza. Obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w praktyce dotyczy między innymi czynności sporządzania opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wyroku KIO 698/14 z 23 kwietnia 2014 r. wskazano, że „opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi, w sytuacji gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu, powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt”. Natomiast, jak wskazuje się w piśmiennictwie, nakaz równego traktowania wykonawców można z kolei odnosić do pojęcia niedyskryminacji. Istotą naruszenia tego nakazu jest „różne traktowanie podobnych sytuacji wykonawców” oraz „podobne traktowanie różnych sytuacji wykonawców”<sup>1</sup>. Przykładowo w wyroku z 11 czerwca 2012 r., KIO 1073/13, podkreślono, że „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze

---

<sup>1</sup> Zob. A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2006, s. 110; Wyrok ETS C-13/63 Włochy vs. Komisja Wspólnot Europejskich, EC 1963, s. 165.

względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców”. Przywołana w art. 7 ust. 1 Pzp kolejna zasada - proporcjonalności polega na niewykraczaniu poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia danego celu co powinno być odczytane jako obowiązek ustalania proporcjonalnych wymagań, niewykraczających poza cel postępowania, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

Jak już wywiedziono na wstępie pytania nr 1 i 2 oraz odpowiedzi na nie, dokonujące zmiany w opisie przedmiotu zamówienia zostały opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania i każdy z wykonawców mógł zapoznać się z ich treścią - nie może więc być mowy o nierównym traktowaniu wykonawców. Każdy z wykonawców uzyskał wiedzę nt. możliwości zaprojektowania wlotu i wylotu rzeki Niwki przy zachowaniu wymagań granicznych zawartych w treści odpowiedzi nr 1 i 2. Nie doszło też do wskazania na nazwy własne, konkretny produkt lub technologię, tym samym udzielone odpowiedzi nie faworyzowały żadnego wykonawcy i żadnemu z zainteresowanych wykonawców nie utrudniały dostępu do zamówienia. A wprost przeciwnie dopuszczając rozwiązanie alternatywne udzielone odpowiedzi raczej otwierały opis przedmiotu zamówienia na konkurencję.

Odnosząc się do istoty udzielonej odpowiedzi i uznania jej przez Zespół kontrolujący jako mającej charakter niejednoznaczny i nieprecyzyjny i naruszający przepisy art. 29 ust. 1 Pzp i prowadzącej do przerwania na wykonawców ciężaru dookreślenia przedmiotu zamówienia mimo tego, że to Zamawiający był zobligowany do jego przygotowania na podstawie właściwych przepisów Pzp należy ustalić, czy Zamawiający dozwalając na rozwiązanie alternatywne dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedopuszczony przepisami Pzp.

Z zasad ogólnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wynika, co ma istotne znaczenie dla niniejszej sprawy, że przedmiot zamówienia może zostać określony na jeden ze sposobów przewidzianych w art. 30 ust. 1 Pzp. Z treści tego przepisu i następnych wynika, że: „zamawiający może opisać przedmiot

zamówienia przy wykorzystaniu różnych sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych z nimi powiązanych, a mianowicie w: 1) sposób funkcjonalny - który polega na określeniu wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych (art. 30 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), co ułatwia wybór rozwiązań niekonwencjonalnych nastawionych na zaspokojenie konkretnych i zindywidualizowanych potrzeb zamawiającego, które niemożliwe są do realizacji przy wykorzystaniu standardowego sposobu opisu przedmiotu zamówienia;

2) sposób konwencjonalny - który polega na wskazaniu minimalnych cech technicznych i jakościowych poprzez odniesienie się do istniejących norm i innych systemów (art. 30 ust. 1 pkt 2 p.z.p.);

3) sposób mieszany - stanowiący kompilację sposobów funkcjonalnego i konwencjonalnego (art. 30 ust. 1 pkt 3 i 4 p.z.p.).”<sup>2</sup>

Wszystkie trzy sposoby opisywania przedmiotu zamówienia są od lat stosowane w praktyce przez zamawiających z sektora rządowego, czy samorządowego. Dodatkowo trzeba wskazać, że w przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiający zgodnie z art. 31 Pzp opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli natomiast 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.

Przyrównując obie te dopuszczone prawem możliwości opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane do przepisów ogólnych Pzp, pierwszy z tych opisów jest opisem technicznym, technologicznym lub projektowym. Zamawiający definiuje przedmiot zamówienia poprzez opis cech technicznych i jakościowych w odesłaniu do norm lub innych systemów referencji technicznych, i w takim przypadku zamawiający sporządza szczegółową dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Drugi opis funkcjonalny, określa efekty jakie mają zostać osiągnięte, funkcje, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia, potrzeby, jakie

---

<sup>2</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Irena Skubiszak – Kalinowska, Ewa Wiktorowska. Str. 485  
Wydawnictwo Wolters Kluwer sp. z o.o. 2017 r.

mają zostać zaspokojone. W tym drugim sposobie ważne są rezultaty, sposób ich osiągnięcia pozostawiany jest do wyboru wykonawcy. W tym też przypadku zamawiający sporządza program funkcjonalno-użytkowy, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Nie jest sporne, że Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia sporządził opis przedmiotu zamówienia, który można określić jako opis techniczny. Wykonawcom została przekazana dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne oparte o projekt budowlany z sierpnia 2016 r. opracowany przez Pracownię Konstrukcji Budowlanych Tomasz Paweł Gołaszewski. Jednak w toku prowadzonego postępowania na skutek dopuszczonych prawem wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dokonał zmiany tego opisu w sposób istotnie różny od dotychczasowego. Zezwolił bowiem wykonawcom na zastosowanie rozwiązania, dla którego nie było opracowanego ani skonkretyzowanego projektu, ani specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Nowy opis przewidywał bowiem, zgodnie z udzielonymi odpowiedziami nr 1 i 2 alternatywne rozwiązanie wlotu i wylotu rzeki Niwki do zbiornika poprzez zastosowanie rur PEHD lub równoważnościowy [w *domyśle materiał*] pod względem jakości i użytkowości urządzeń. Opis ten zawierał także wymaganie, aby zastosować co najmniej dwa odcinki przewodów o średnicy min. 100 cm, była to średnica wewnętrzna rury oraz jako pożądane zastosowanie rozwiązania rur z kielichami do celów późniejszego szczelnego połączenia wlotu i wylotu w stawie. Dodatkowo z tego nowego opisu wynika, że umocnienia dna i skarp rzeki Niwki należy dobrać i wycenić adekwatnie i zgodnie z wiedzą inżynierską w tym zakresie. W zakresie budowy barierek zmieniony opis dopuszczał rezygnację z budowy barierek na kładkach jak te wymienione w projekcie i wykorzystanie obecnie zamontowanych.

W ocenie autora Opinii dokonane zmiany w opisie przedmiotu zamówienia na gruncie Pzp należy przypisać do wskazanego wyżej opisu określonego jako funkcjonalny. Zamawiający bowiem szczegółowe rozwiązania projektowe pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia



zastrzegając jednak w zakresie wlotu i wylotu rzeki Niwki do zbiornika wymagania co do ilości odcinków przewodów, ich średnicy i rodzaju rur jakie powinny zostać zastosowane nakazując jednocześnie dobranie umocnienia dna i skarp rzeki związane z tą zmianą adekwatnie i zgodnie z wiedzą inżynierską w tym zakresie. W analizowanym przypadku Zamawiający nie był zobligowany do opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, gdyż głównym przedmiotem zamówienia było wykonanie robót budowlanych bez projektowania i ten przedmiot generował bezwzględny obowiązek opracowania dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych, natomiast zmiana dotyczyła tylko jednego elementu tej dokumentacji czyniąc ten opis na tle całego zamówienia opisem mieszanym. Pzp dla zamówień mieszanych - część w modelu „wybuduj”, część w modelu „zaprojektuj i wybuduj” nie zawiera dedykowanego przepisu jak tego dokonywać, pozostawiając decyzję samym zamawiającym. Znajduje więc tu zastosowanie generalna zasada odnosząca się do zamówień mieszanych wyrażona w art. 5f Pzp która stanowi, w przypadku jeżeli przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Stosując zasadę *argumentum a maiori ad minus* opartą o wnioskowanie polegające na założeniu, że jeżeli norma prawna dozwala czynić więcej, to dozwala także i mniej trzeba stwierdzić, że skoro Pzp zezwala na wybór wykonawcy w postępowaniu w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy nie zawierający żadnych skonkretyzowanych rozwiązań projektowych i całość projektowania przekłada na wykonawców to tym bardziej dozwala na to tylko do części opisu przedmiotu zamówienia. Co do zgody w przepisach i doktrynie na taki rodzaj opisu można wskazać na niezmiennie na przestrzeni lat orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *„Trafnie zostało przywołane orzecznictwo Izby, podzielone przez skład orzekający w rozpoznawanej sprawie, dotyczące: formuły „zaprojektuj i wybuduj”, która obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią „z góry” przewidzieć, jakie koszty będą związane z realizacją*

*poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Z formułą „zaprojektuj i wybuduj” związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy, jakie rozwiązania techniczne przyjmie dany wykonawca.” Wykonawca przy realizacji całości lub części kontraktu w formule „zaprojektuj i wybuduj” jest zobowiązany do określenia zakresu prac projektowych i budowlanych przy wybranym wariantcie i uzyskania wszystkich niezbędnych dokumentów i pozwoleń na realizację zadania. Sam więc wykonawca musi wziąć odpowiedzialność za ten zakres, a zidentyfikowane przez siebie ryzyka uwzględnić w cenie oferty.”<sup>3</sup>*

W oparciu o powyższe należy stwierdzić, iż stanowisko Zespołu kontrolującego w Protokole kontroli nr DR/91/19 cyt. *„Mając na uwadze powyżej przytoczone zapytanie do SIWZ i udzieloną na nie odpowiedź Kontrolowanego należy stwierdzić, że Miasto Podkowa Leśna zezwoliło na dobranie umocnienia dna i skarp rzeki Niwki w sposób dowolny oraz przerzuciło ciężar dookreślenia przedmiotu zamówienia na wykonawców, co jest niedopuszczalne. Tym samym oferty złożone przez wykonawców w badanym postępowaniu stały się nieporównywalne. Każdy z wykonawców dobierał rozwiązania umocnienia dna i skarp rzeki Niwki według własnego uznania i odmiennie niż pozostali oferenci. Natomiast wykonawcy przy konstruowaniu oferty powinni bazować przede wszystkim na załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej.(dowód: akta kontroli k. 164,165)”* - nie bierze pod uwagę dopuszczonych przepisami prawa zamówień, w których zamawiający w ogóle nie posiada i tym samym nie przekazuje wykonawcom dokumentacji projektowej nakazując jej opracowanie tym wykonawcom oraz możliwości, wobec braku w przepisach takiego zakazu, prowadzenia postępowań na roboty budowlane mieszanych, w których opis przedmiotu zamówienia w całości lub w części ryzyko doboru rozwiązań projektowych, określonych przez zamawiającego na minimalnym poziomie szczegółowości, dzieli pomiędzy strony zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

---

<sup>3</sup> Wyrok KIO sygn. akt 797/19 z 16.05.2019 r, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.11.2018 r. KIO 2225/18, KIO 2241/18, inne

Nie jest zgodne ze stanem faktycznym stwierdzenie Zespołu kontrolującego, że Zamawiający pozostawił wykonawcom pełną swobodę w doborze rozwiązań, albowiem Zamawiający w udzielonej odpowiedzi określił parametry techniczne, którymi wykonawcy byli związani i których podczas realizacji wymagał. Niezależnie zatem od okoliczności, że szczegółowe rozwiązania projektowe Zamawiający poznał dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, określenie tych wymagań pozwala mu sprawdzić zgodność zamierzeń wykonawcy z oczekiwaniami odnośnie przedmiotu zamówienia.<sup>4</sup> Nie można też uznać za wadę opisanie wymogu dobrania dla założonych parametrów rur umocnienia dna i skarp rzeki Niwki jako adekwatnego i zgodnego z wiedzą inżynierską w tym zakresie. Jest to standardowo stosowany zwrot mający swoje umocowanie w przepisach Prawa budowlanego określający wymogi na poziomie minimalnym wynikającym z przepisów prawa i znajdujących zastosowanie odpowiednich norm technicznych i jakościowych znanych wykwalifikowanym zawodom inżynierskim. Przyjmuje się w praktyce, że termin ten oznacza zespół poza systemowych zasad wiedzy dotyczącej procesu budowlanego, wykształconych w drodze gromadzonego doświadczenia, wieloletniej praktyki, które mogą pomóc w rozwiązaniu napotkanych w procesie budowlanym problemów. Pojęcie „zasad wiedzy technicznej” zastąpiło określenie „sztuki budowlanej”. Obecnie te dwa terminy są stosowane przez branżystów i prawników zamiennie. Osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie zobowiązane są do stosowania wiedzy technicznej w zakresie koniecznym do zaprojektowania, wykonania i eksploatacji danego obiektu budowlanego. Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej.<sup>5</sup>

Wobec nie zaistnienia sytuacji naruszenia przez Zamawiającego art. 29 i nast. Pzp przy opisie przedmiotu zamówienia w kontrolowanym zamówieniu, nie może się ostać także zarzut nr 3), tj. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp

---

<sup>4</sup> Zob. wyrok KIO 5.02.2016 r., sygn. akt. KIO 2872/15,

<sup>5</sup> Zob. Zasady wiedzy technicznej w budownictwie a sztuka budowlana, Karkoszka, Piotr , Wojtkiewicz, Tomasz, Budownictwo i Prawo 2019 | R. 22, nr 1 | 3--7

poprzez nieunieważnienie postępowania pn. „Przebudowa zbiornika wodnego na rzece

Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej”, mimo wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Wspomnianą przesłanką stanowiła według kontrolującego nieporównywalność złożonych ofert, która nie pozwalała na zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Przywołany w Protokole kontroli nr DR/91/19 przepis nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy kryje się każde uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem podlegałaby unieważnieniu. Przepis ten należy rozpatrywać w powiązaniu z art. 146 Pzp określającym sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu. Za taką wadę może być uznane sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 29 ust. 2 i 3 Pzp - jest to takie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym mogłoby stanowić przyczynę wystąpienia przez Prezesa UZP, zgodnie z art. 146 ust. 6 Pap, do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania obarczonego taką wadą<sup>6</sup>. Ale jak wywiedziono wyżej z taką sytuacją w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia.

W podsumowaniu nie można nie wskazać na powody, którymi się kierował Zamawiający dokonując zmiany opisu przedmiotu zamówienia zawarte w Protokole kontroli nr DR/91/19:

„Rozwiązania zamiennie, które przewidział kontrolowany to wykonanie wlotu i wylotu ze zbiornika z rur PEHD 2 x fi 1000 oraz umocnienia dna i skarp rowu dobrane zgodnie z wiedzą inżynierską w tym zakresie. Jako uzasadnienie

---

<sup>6</sup> Wyr. KIO z 27.05.2014 r., KIO 914/14, LEX nr 1474891

zastosowania rozwiązań zamiennych Burmistrz Artur Tusiński wskazał w pisemnych wyjaśnieniach z 14.11.2019 r., że *„Rozwiązania zamienne przy budowlu wpustowej i upustowej zostały dopuszczone między innymi z uwagi na: duże przeszacowanie rozmiarów zaprojektowanej budowlu - projekt zakładał w sumie 2 konstrukcje o wadze betonu ponad 220 ton; potrzebę zmniejszenia kosztów późniejszej eksploatacji budowlu - szandory i kraty wymagające ciągłej ręcznej obsługi przy dużej wadze elementów; konieczność wbicia ścianek szczelnych przy czołach budowlu.”*

Burmistrz Artur Tusiński wskazał także, że wszystkie zmiany zostały wprowadzone w trosce o środowisko. Warto również podkreślić, że rozwiązania zamienne pozwalały na zastosowanie ich w ramach nowej koncepcji zbiornika, będącej w posiadaniu Urzędu Miasta.

Dzięki dokonanej zmianie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający otworzył się na korzystne dla środowiska propozycje rynku: *„Najważniejszy z punktu widzenia nowego podejścia jest jednak wymiar innowacji. W przypadku opisu technicznego, co do zasady, nie ma miejsca na innowacje. Nowatorskie rozwiązania mogą powstać (i być zaoferowane) przy funkcjonalnym opisie przedmiotu zamówienia. Opis taki nie ogranicza inwencji wykonawców, którzy - dzięki zastosowaniu nowatorskich rozwiązań - mogą zdobyć przewagę konkurencyjną i uzyskać zamówienie.”*<sup>7</sup>

#### **4. Zarzut nr 4 i 5 poprzez ich powiązanie prawne i funkcjonalne zostały poddane analizie łącznie.**

##### **Treść zarzutów:**

*4)Naruszenie art. 139 ust. 2 Pzp poprzez niezachowanie formy pisemnej dla zmiany umowy o zamówienie publiczne z 20.11.2017 r. w zakresie warunków płatności, co stanowi dorozumianą jej zmianę. Należy podkreślić, że wspomniana umowa przewidywała wypłatę wynagrodzenia jedynie po zakończeniu wszystkich prac. Mimo to Kontrolowany na podstawie faktury VAT z 15.12.2017 r. wypłacił wykonawcy wynagrodzenie za realizację ww. umowy nie bacząc na to, że zawarł z nim porozumienie o przedłużeniu terminu jej*

---

<sup>7</sup> Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw, Warszawa 2010, Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego, Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”. Autor tekstu: Dariusz Koba, Współpraca i konsultacje: Magdalena Olejarz. Str. 13

wykonania o blisko dwanaście miesięcy. To działanie Kontrolowanego należy klasyfikować jako zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania właściwej formy pisemnej.

5) Naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp poprzez zawarcie z MKL-BUD Sp. z o.o. porozumienia z 14.12.2017 r. przedłużającego termin realizacji umowy o roboty budowlane z 20.11.2017 r. do 30.12.2018 r., co stanowiło jej istotną zmianę. Miasto Podkowa Leśna, jako podstawę zawarcia porozumienia wskazało § 12 lit. a ww. umowy, tj. wystąpienie siły wyższej w postaci planowanej elektryfikacji w Leśnym Parku Miejskim. Jednakże siła wyższa, jako zdarzenie nadzwyczajne i przemożne wyklucza możliwość zaplanowania jej przypadków na przyszłość. Wobec powyższego Miasto Podkowa Leśna dokonało zmiany ww. umowy bezpodstawnie i wbrew przepisom prawa zamówień publicznych oraz warunkom kontraktu.

Powyższe zarzuty zostały poprzedzone ustaleniami Zespołu kontrolującego zawartymi w Protokole kontroli nr DR/91/1: „W toku kontroli ustalono, że zapłata wynagrodzenia na rzecz MKL-BUD Sp. z o.o. z jednoczesnym zawarciem porozumienia o przedłużeniu terminu realizacji części robót budowlanych bez zmiany warunków płatności określonych w umowie z 20.11.2017 r. stanowi dorozumianą jej zmianę. Wobec powyższego Urząd Miasta Podkowa Leśna dokonał zapłaty wynagrodzenia na rzecz MKL-BUD Sp. z o.o. wbrew postanowieniom ww. kontraktu. Powyższe stanowi dorozumianą zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokonaną bez zachowania formy pisemnej. Zauważyć należy, że umowa z 20.11.2017 r. w żadnym miejscu nie przewidywała zapłaty „z góry”. Ponadto wykluczono możliwość wypłaty zaliczek. Mimo to Miasto Podkowa Leśna zapłaciło całą umówioną kwotę na rzecz wykonawcy przed zakończeniem wszystkich prac objętych umową. Takie działanie należy sklasyfikować jako dokonanie zapłaty „z góry” pomimo braku uregulowania tej kwestii w umowie o zamówienie publiczne z 20.11.2017 r.”

Wobec tak określonych zarzutów wymaga odpowiedzi, czy Zamawiający zawierając Porozumienie z dnia 14.12.2017 r. zwane dalej „Porozumieniem” działał w sposób dopuszczony przepisami Pzp lub powiązanymi z ww. regulacjami przepisami kodeksu cywilnego.

Należy zgodzić z Zespołem kontrolującym, że nazwa dokumentu nie ma znaczenia co do ustalenia jego skutków. Nie jest spornym między stronami, że treść Porozumienia ingerowała w treść zawartej pomiędzy stronami umowy.

Zgodnie z Porozumieniem z dnia 14.12.2017 r.:

*„Strony wspólnie ustalają, że wykonanie umocnień rowu przy budowlach oraz kładki dla pieszych na wlocie rowu Rs-11 do stawu zostanie wykonane przez Wykonawcę firmę MKL-BUD Sp. z o.o. w nieprzekraczalnym terminie 30.11.2018r. Powyższe spowodowane jest koniecznością pozostawienia ciągów komunikacyjnych w związku z planowaną realizacją inwestycji elektryfikacji Miejskiego Parku Leśnego. Obecnie Wykonawca na terenie Miasta prowadzi zakontraktowane prace w przedmiocie realizacji ścieżek rowerowych. Warunkiem dokonania odbioru powyższych prac jest wykonanie umocnień rowu przy budowlach oraz kładki dla pieszych na wlocie rowu Rs-11 do stawu, co będzie możliwe po skablowaniu terenu Miejskiego Parku Leśnego.”*

Należy również zgodzić się z Zespołem kontrolującym, że zawarta umowa z 20.11.2017 r. nie zawierała jednoznacznie określonej przestanki zmiany terminu zakończenia wykonania robót w celu skoordynowania go z harmonogramem prac realizowanych w oparciu o inne umowy związane z planowaną realizacją inwestycji elektryfikacji Miejskiego Parku Leśnego. Realizacja elektryfikacji parku wpisana była w planie zadań inwestycyjnych miasta na 2018 rok (uchwalonym na sesji w dniu 28 grudnia 2017 r.).

Tym samym podstawą zmiany terminu nie mogły być warunki zawartej umowy. Ustawa Pzp zawiera jednak szereg przepisów, które zezwalają z mocy prawa dokonać zmiany umowy, nie wymagając ich powtórzenia w samej umowie. Przepisy te zostały określone w art. 144 ust. 1 pkt 2-6 oraz w art. 144 ust. 1e Pzp.

W informacji przekazanej przez Burmistrza Podkowy Leśnej do Departamentu Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znak: **ZP.271.26.2017**, ZP.271.9.2018, ZP.271.9.2019,- pismo z dnia 18.09.2020 r. odnosząc się do zadania pn. Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs11) w Podkowie Leśnej - Etap I (znak postępowania: ZP 271.26.2017) wynika następujący stan faktyczny:

(..)Wykonawca wykonał całość robót zgodnie z zapisami zawartej umowy i projektem oraz w terminie przewidzianym w umowie tj. do dnia 15.12.2017 r. Zakończenie inwestycji zostało potwierdzone protokołem odbioru robót z dnia 15.12.2017 w tym wykonanie „barier ochronnych”.

Na wyraźną prośbę Zamawiającego, Wykonawca, nie zamontował jedynie samej barierki ochronnej, która gotowa do montażu znajdowała się na placu budowy z uwagi na fakt, iż w związku z prowadzonymi pracami elektryfikacyjnymi i tak trzeba by ją było zdemontować. Podpisany przez strony, w dniu 14.12.2017 r., dokument, zatytułowany „Porozumienie” miał przede wszystkim za przedmiot wykonanie, przez Wykonawcę, prac polegających na ewentualnym, dodatkowym umocnieniu skarp i dna stawu lub naprawy tych wykonanych w przypadku ich zniszczenia na skutek zdarzeń niezależnych od Zamawiającego lub Wykonawcy (których zniszczenie byłoby poza obszarem rękojmi czy gwarancji np. aktów wandalizmu czy czynników atmosferycznych których nie sposób przewidzieć), co nie było objęte zakresem umowy. Wykonawca zgodził się wykonać je bez dodatkowego wynagrodzenia. W porozumieniu ujęto także, kwestię późniejszego montażu barierki ochronnej, której montaż został wstrzymany przez Zamawiającego.(..) Zawarte porozumienie zawiera ustalenia nie dotyczące i nie zawarte w ramach przedmiotu powyżej wskazanej umowy (poza terminem na montaż barierki przy kładce dla pieszych).

Podmiot kontrolowany jeszcze raz podnosi, iż Porozumienie dotyczyło przede wszystkim wykonania, przez Wykonawcę, prac polegających na ewentualnym, dodatkowym umocnieniu skarp i dna stawu lub naprawy tych wykonanych (których zniszczenie byłoby poza obszarem rękojmi czy gwarancji, na skutek zdarzeń niezależnych do wykonawcy i inwestora np. aktów wandalizmu czy czynników atmosferycznych których nie sposób przewidzieć), które to prace nie były objęte zakresem zawartej uprzednio umowy. Wykonawca realizując zakres rzeczowy prac zgodnie z umową IK.272.394.90006.2017, zrealizował całość prac łącznie z umocnieniem koryta rowu na wlocie i wylocie zbiornika. Prace objęte przedmiotem umowy zostały kompletnie i należycie w całości wykonane (jedynie montaż barierki został wstrzymany przez Zamawiającego).”

Z wyżej przywołanych wyjaśnień wynika także, że wartość robót wykonawcy zgodnie z zawartą umową opiewała na wartość 592.867,87 zł., na taką wartość wykonawca w dniu 15.12.2017 r wystawił fakturę nr 04/12/2017 i została ona



zapłacona. Wartość montażu przedmiotowej barierki wynosi ok. 200 zł, co przy kontrakcie o wartości 592.867,87 zł. stanowi 0,03 % kontraktu. Pozostały zakres Porozumienia, według informacji Burmistrza nie dotyczył przedmiotu realizowanej umowy IK.272.394.90006.2017.

Na wstępie wskazuje się, że Zespół kontrolujący nie podważa powyższego stanu faktycznego, albowiem zarzut oparty jest o treść Porozumienia, które o 12 miesięcy przełożyło termin montażu wcześniej zdemontowanej barierki. Pozostały zakres umowy Wykonawca wykonał w terminie. Nie ma dowodu przeciwnego, że tak nie było.

Przepisy Pzp obok określenia zakresu dopuszczalnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazują także sytuacje, które są kwalifikowane przez ustawodawcę jako istotne zmiany umowy, a tym samym są uważane za prawnie niedopuszczalne. Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), odwołującej się m.in. do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, istotna zmiana postanowień umowy to zmiana powodująca naruszenie równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłoby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Natomiast jako zmianę o charakterze nieistotnym dopuszczoną przepisami ustawy w oparciu o art. 144 ust. 1a Pzp, należy definiować jako modyfikację postanowień umowy, która – wprowadzona na etapie postępowania – nie wpływałaby na krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ani nie decydowałaby o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu innych wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Tym samym, aby mówić o zmianie nieistotnej, przesłanki zmiany umowy muszą odnosić się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiłyby się do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę wprowadzonym postępowaniu i miałby realną szansę na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej. Konieczne jest zatem ustalenie, że zmiana umowy w określonym zakresie i na określonych zasadach, wprowadzona byłaby niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą danego zamówienia. UZP podkreślił ponadto, że ocena dopuszczalności zmiany służącej przywróceniu równowagi ekonomicznej stron pod kątem jej istotności, może zostać dokonana wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy, co powoduje, iż kwestie te powinny być

każdorazowo rozpatrywane indywidualnie (zob. opinia UZP pt. Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3, 6 Pzp).

W analizowanym stanie faktycznym dokonana zmiana umowy IK.272.394.90006.2017 ma charakter zmiany nieistotnej dopuszczalnej przepisami Pzp.

Zgodnie z art. 144 ust. 1e Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
  - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
  - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
  - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
  - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

Wprowadzona zmiana bezsprzecznie nie zmienia charakteru umowy. *„Nie wdając się w szczegółowe rozważania teoretyczne, można stwierdzić, że zmiana ogólnego charakteru umowy następuje wówczas, gdy jej gospodarczy sens zmieni się wskutek modyfikacji tak znacząco, że de facto dojdzie do zawarcia zupełnie nowego kontraktu . Jest to modyfikacja idąca dalej niż istotna zmiana umowy i jej akceptacja stanowiłaby obejście przepisów o zamówieniach publicznych.”*<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki. Opracowanie przygotowane przez: Jan Roliński (red.), Agnieszka Chwiałkowska, Jarosław Kola, Michał Mielnik we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych Jan Roliński (red.), Agnieszka Chwiałkowska, Jarosław Kola, Michał Mielnik we współpracy z Urzędem Zamówień

Taka sytuacja w niniejszym przypadku nie zachodzi, nie doszło także do zmiany zakresu i przedmiotu umowy, jej cel gospodarczy nie uległ zmianie. Co ważne - nie zrezygnowano z zakresu, a jedynie przesunięto w czasie kierując się zasadami gospodarności - by nie dokonywać tych czynności powtórnie - z uwagi na prowadzoną równolegle inwestycje.

Odnosząc się do okoliczności, o których stanowi ust. 2 art. 144 ust. 1e Pzp specyfikując przykładowe zmiany umowy o charakterze istotnym należy wskazać co następuje. Ze względu na znikomą wartość robót i de facto śladowy zakres - montaż zdemontowanej pochodzącej z odzysku barierki, nie da się obronić tezy, że przesunięcie czynności montażu mogłoby mieć wpływ na krąg wykonawców, którzy ubiegali się o przedmiotowe zamówienia albo założyć, że fakt ten mógłby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wykonawca w terminie umownym wykonał przedmiot umowy i zakończona budowla hydrotechniczna mogła pełnić założoną dla niej funkcję - niezależnie od zamontowania lub braku zamontowania ww. barierki.

Podpisanie Porozumienia nie może być także uznane za zmianę naruszającą równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie. W szczególności dlatego, że zmiana ta została dokonana na wniosek Zamawiającego i nie miała związku z działaniami Wykonawcy.

*„Podkreślić należy, że Wykonawca był gotowy na wykonanie tych prac w terminie jednak na wyraźną prośbę Zamawiającego odstąpił od ich wykonania. Dodać należy, iż wykonanie montażu barierki, w terminie umownym, w związku z pracami opisanymi powyżej byłoby nieracjonalne i naraziłoby Zamawiającego na poniesienie dodatkowych, późniejszych kosztów. Porozumienie zatem nie wydłużyło okresu realizacji umowy nr IK.272.394.90006.2017, gdyż wszelkie prace zostały wykonane terminowo tj. do dnia 15.12.2017 r. Wobec tych faktów działanie Podmiotu kontrolowanego było racjonalne i gospodarne, zgodne z zasadą racjonalności wydawania środków publicznych.”<sup>9</sup>*

---

Publicznych. Jan Roliński (red.), Agnieszka Chwiałkowska, Jarosław Kola, Michał Mielnik we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych

<sup>9</sup> Zob. informacja przekazana przez Burmistrza Podkowy Leśnej do Departamentu Kontroli Urzędu zamówień Publicznych w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego znak: ZP.271.26.2017, ZP.271.9.2018, ZP.271.9.2019, – pismo z dnia 18.09.2020 r.

Należy także wskazać na regulacje przepisów prawa cywilnego, które znajdują zastosowanie poprzez odwołanie z art. 139 ust. 1 Pzp. Zgodnie z regulacją art. 649<sup>4</sup> § 3 kodeksu cywilnego inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jeśli Zamawiający nie może odmówić zapłaty nawet za niewykonane roboty, to tym bardziej za przesunięte w czasie z przyczyn dotyczących Zamawiającego. W przeciwnym razie - Zamawiający zobowiązany byłby powetować Wykonawcy szkodę liczoną jako koszt pieniądza w czasie i utrzymywania kontraktu w stanie przedodbiorowym do daty wyznaczonej jako montaż barierki.

W zaistniałym stanie faktycznym należy raczej postawić tezę, że dokonana zmiana naruszała równowagę na niekorzyść Wykonawcy. Mocą zawartego Porozumienia został bowiem zobligowany do ponoszenia przez 12-miesiący kosztów magazynowania i ochrony zdemontowanej barierki, a w przypadku możliwej w tym czasie jej degradacji (barierka była z odzysku) musiałby ją ponownie restaurować przed montażem. Nie powinno budzić wątpliwości, iż dla Wykonawcy korzystniejszym byłoby jej zamontowanie w pierwotnie planowanym czasie.

Dokonana zmiana nie spełnia także kolejnych dwóch przesłanek art. 144e ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp - bowiem ani znacznie nie rozszerzyła ani nie zmniejszyła zakresu świadczeń i zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy. Nie doszło także do zastąpienia Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia nowym wykonawcą.

Ze względu na nieistotność zmiany Zamawiający mógł jej dokonać w oparciu o przepisy obowiązującego prawa, tj. art. 144 ust. 1e Pzp. Nie doszło tym samym do naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp poprzez zawarcie z MKL-BUD Sp. z o.o.

Porozumienia przedłużającego termin realizacji umowy o roboty budowlane z 20.11.2017 r. do 30.12.2018 r.

Aczkolwiek wskazanie przez Miasto Podkowa Leśna, jako podstawy prawnej zawarcia Porozumienia § 12 lit.a umowy nr IK.272.394.90006.2017, tj.

wystąpienia siły wyższej w postaci planowanej elektryfikacji w Leśnym Parku Miejskim - było nieprawidłowe - to w istocie do naruszenia prawa nie doszło, bowiem jak wykazano wyżej można znaleźć inny przepis prawa dający podstawę do dokonania przedmiotowej zmiany.

W kontrolowanej sytuacji mamy do czynienia z postępowaniem Zamawiającego, który dokonał zmiany umowy powołując się na niewłaściwą przesłankę przewidzianą w umowie, ale sama zmiana nie naruszała przepisów, gdyż Zamawiający był uprawniony dokonać zmiany umowy powołując się na art. 144 ust. 1a ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie autora niniejszej Opinii, stanowisko Zespołu kontrolującego jest nieadekwatne do działania Zamawiającego, które można było w tym przypadku skorygować. Zasada proporcjonalności powinna także mieć zastosowanie w wykładni poprawności stosowania prawa zamówień publicznych. Brak naruszenia przepisów, czy drobne naruszenie w postaci niewłaściwego wskazania normy prawnej nie może podlegać penalizacji.

Ze względu na znikomą wartość montażu barierki brak jest także znamion działania na niekorzyść finansów publicznych.

IV. Odnosząc się w kontekście postawionych zarzutów do Opinii biegłego Pana Wojciecha Starczyńskiego<sup>10</sup>, należy stwierdzić co następuje.

Na wstępie trzeba wskazać, że biegły nie został powołany do oceny zgodności działań Zamawiającego z przepisami prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią złożonej Opinii jej celem i zakresem była:

*„Realizacja postanowienia Centralnego Biura Antykorupcyjnego Departament Postępowań Kontrolnych z dnia 8 listopada 2019 roku w brzmieniu, in extenso:*

*Na podstawie art. 43 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U z 2019 roku poz. 1921) powołuję biegłego sądowego Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie Nr ADM-0141-67/08-331/09-477/14 z dziedziny budownictwa ogólnego w osobie Wojciecha*

---

<sup>10</sup> MGR INŻ. WOJCIECH STARCZYŃSKI BIEGŁY SĄDOWY SĄDU OKRĘGOWEGO WARSZAWA - PRAGA Nr ADM - 0141 - 67/08 - 331/09 - 477/14 Nr UAN -VIII - 7342/WJ4 Nr MAZ/BO/t1540/05

*Starczyńskiego dla wyceny wartości prac budowlanych oraz ustalenia ich zakresu, które zostały zrealizowane w ramach przetargu pn. Przebudowa zbiornika wodnego na rzece Niwce (Rów Rs-11) w Podkowie Leśnej oraz sporządzenia szczegółowego sprawozdania z przedmiotowych badań i wydania na ich podstawie opinii w terminie do 20 grudnia 2019 roku.”*

Ze złożonej 23.12.2019 r. Opinii biegłego wynika, na podstawie opracowanego przez biegłego kosztorysu powykonawczego, że wartość robót wykonanych w ramach kontraktu z MKL-BUD Sp. z o.o. osiągnęła poziom 445 864,07 zł netto zaś po uwzględnieniu podatku od towarów i usług wyniosła 548 412,81 zł.

Według zawartej przez Strony umowy nr IK.272.394.90006.2017 Wykonawca MKLBUD Sp. z o.o. otrzymał wynagrodzenie zgodnie ze złożoną i wybraną ofertą za kompletne i należyte wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 592 867,87 zł. Wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy i było wypłacone jednorazowo po zakończeniu robót i prac projektowych w zakresie dokonanej zmiany. Jego wysokość została określona na podstawie złożonej oferty i nie uległa zmianie. Nie było więc potrzeby sporządzania na tę okoliczność kosztorysu ofertowego ani powykonawczego. Wybór Wykonawcy odbył się w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych i wycena Wykonawcy obejmująca zaprojektowanie i wykonanie zmiany wlotu rzeki Niwki była dla obu Stron umowy wiążąca.

Różnica w obu wycenach była w ocenie biegłego dopuszczalna, na co wskazuje sam biegły:

*„Zastrzeżenie niezmiennie - oszacowanie zrealizowanych prac budowlanych odwołuje się do średnich cen rynkowych, obowiązujących w dniu 20 listopada 2017 roku, w czwartym kwartale 2017 roku, publikowanych w reprezentatywnym wydawnictwie Sekocenbud, nie zaś do rzeczywistych parametrów cenowych i kosztotwórczych, generujących zagregowaną wartość finalną umowy, znajdujących się w nieudostępnionym kosztorysie ofertowym wykonawcy.*

*Jednak konsekwentnie akcentować należy, iż nie jest wykluczone, że parametry finansowe oferty firmy MKL-BUD Michał Lulis z dnia 6 listopada 2017 roku, mogą się różnić in plus, ale również in minus (determinanta szerokiego*

*spektrum okoliczności i uwarunkowań lokalnych), od uśrednionych cen Sekocenbud.” Stanowisko biegłego nie może także mieć wpływu na argumentację podniesioną w niniejszej opinii prawnej ze względu na brak właściwości biegłego do wydawania stanowiska wobec przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na fakt, iż Opinia biegłego została sporządzona w grudniu 2019 r. tj. po dwóch latach od zakończenia umowy nr IK.272.394.90006.2017 - nie może także podważać stanu faktycznego w oparciu, o który podejmował działania Zamawiający i kwestionować stanowiska komisji odbioru działającej z pełnomocnictwa Zamawiającego, która potwierdziła w 2017 r. z uwzględnieniem treści Porozumienia z 14 grudnia 2017 r. fakt zakończenia prac. Biegły nie ma też uprawnień do podważania zakresu i treści tego Porozumienia, nie był bowiem jego uczestnikiem. Ponadto nie można nie wskazać, że w latach 2018 i 2019 były realizowane kolejne zadania wokół stawu ze względu na elektryfikację Parku zmieniając otoczenie wokół rzeki Niwki. Ocena stanu faktycznego biegłego na koniec 2017 r. nie mogła być więc dokonana w trakcie oględzin w roku 2019.*

W niniejszej Opinii nie odniesiono się do innych aspektów kontroli zawartych w Protokole kontroli nr DR/91/1- nie zachodziła bowiem taka potrzeba. Wszystkie pozostałe wątki badane przez Zespół kontrolujący nie zaskutkowały postawieniem zarzutów, co należy odczytać za uznanie przez ten Zespół działań Zamawiającego, po uwzględnieniu zawartych w Protokole kontroli dodatkowych wyjaśnień Zamawiającego, za zgodne z przepisami.

Opracowanie:

Ewa Wiktorowska mgr  
inż. budownictwa

Biegły sądowy przy Sądzie Okręgowym w Warszawie z zakresu  
zamówień publicznych Adm-0132-204/12.

Były trener i arbiter z list prezesa UZP