



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Bydgoszczy

LBY – 4101-023-01/2014

P/14/009

# WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

## I. Dane identyfikacyjne kontroli

Numer i tytuł kontroli	P/14/009 - Zamówienia publiczne współfinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Bydgoszczy
Kontroler	Andrzej Szulc, starszy inspektor kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr 91254 z dnia 4 listopada 2014 r.  (dowód: akta kontroli str. 1, 2)
Jednostka kontrolowana	Urząd Miasta Inowrocławia, ul. Prezydenta Franklina Roosevelta 36, 88-100 Inowrocław (dalej: „Urząd” lub „Zamawiający”)
Kierownik jednostki kontrolowanej	Ryszard Brejza, Prezydent Miasta Inowrocławia  (dowód: akta kontroli str. 274, 275)

## II. Ocena kontrolowanej działalności<sup>1</sup>

### Ocena ogólna

Zamawiający, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> (dalej: „Pzp”), udzielił zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu, w ramach realizacji zadania „Uzdrowisko Inowrocław” (dalej: „Zamówienie”), w związku z realizacją projektu „Uzdrowisko Inowrocław (rozwój funkcji uzdrowiskowej) - II etap” (dalej: „Projekt”), współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007 – 2013. Zamówienia udzielono w trybie przetargu nieograniczonego określonego w art. 39 ust. 1 Pzp. Zamawiający powołał komisję przetargową do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz do badania i oceny ofert. Prawidłowo opisano przedmiot Zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny oraz koncepcji budowy obiektu. Ogłoszenie o Zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych i zawierało wymagane dane. Wyznaczono prawidłowy termin składania ofert i wybrano ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z ustalonymi kryteriami. Odpowiadała ona postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania.

W wyniku kontroli stwierdzono nieprawidłowości polegające m.in. na:

- zawarciu w dniu 28 września 2011 r. umowy w sprawie Zamówienia<sup>3</sup> (dalej: „umowa”), której istotne postanowienia odbiegały od postanowień SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz od zaakceptowanego przez wykonawcę wzoru

<sup>1</sup> Najwyższa Izba Kontroli stosuje 3-stopniową skalę ocen: pozytywna, pozytywna mimo stwierdzonej nieprawidłowości, negatywna. Jeżeli sformułowanie oceny ogólnej według porównywanej skali by-obyj nadmiernie straszone, albo taka ocena nie dawałoby prawdziwego obrazu funkcjonowania kontrolowanej jednostki w zakresie objętym kontrolą, stosuje się ocenę opisową, bądź uzupełnia ocenę ogólną o dodatkowe objaśnienia.

<sup>2</sup> Dz. U. z 2016 r. Nr 113 poz. 799, ze zm.

<sup>3</sup> Nr ZZP.272.54.2011.

umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, czym naruszono art. 144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 Pzp;

- przyjęciu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia, czym naruszono art. 147 ust. 2 Pzp;
- niewyegzekwowaniu od wykonawcy Zamówienia przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z przedłużeniem terminu wykonania przedmiotu umowy, czym naruszono postanowienia SIWZ oraz art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Pzp;
- wskazaniu w SIWZ krótszego od dopuszczalnego terminu ważności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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<sup>4</sup> (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

### III. Opis ustalonego stanu faktycznego

#### Udzielenie Zamówienia w ramach Projektu współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007 - 2013.

Opis stanu faktycznego

1. W Urzędzie, zadania związane z planowaniem, przygotowaniem i udzielaniem zamówień publicznych podzielono pomiędzy poszczególne komórki organizacyjne. Przyjęte regulacje określały zadania pracowników Urzędu na poszczególnych etapach udzielania zamówień i nie powodowały przyznania im wyłącznych bądź nadmiernych kompetencji w tym zakresie.

(dowód: akta kontroli str. 3-9)

2. W dniu 10 grudnia 2009 r. Miasto Inowrocław zawarło z Województwem Kujawsko-Pomorskim umowę o dofinansowanie Projektu<sup>5</sup> w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007-2013. Projekt przewidywał między innymi realizację zadania „Wykonanie przebudowy kompleksu basenowo-hotelowego” (dalej: „Zadanie”). Zgodnie z § 11 ust. 1 powyższej umowy Zamawiający był zobowiązany do stosowania Pzp przy realizacji Projektu.

W celu realizacji powyższego Zadania, Urząd udzielił Zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przewidzianego art. 39 Pzp<sup>6</sup>.

(dowód: akta kontroli str. 11-45)

3. Zadanie obejmowało wybudowanie nowego basenu rehabilitacyjnego wyposażonego w atrakcje wodne wraz z budynkiem zaplecza. W otoczeniu basenu przewidziano tereny rekreacyjne: place do plażowania, zabaw i gier, boiska do gry oraz zabawową kręgielnię. Wysokość zaplanowanych wydatków (ogółem i kwalifikowalnych) przypisanych w Projekcie na to zadanie wynosiła 6 995,8 tys. zł.

(dowód: akta kontroli str. 20-30)

<sup>4</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 228, poz. 1817.

<sup>5</sup> Nr: WPM.1.3043-E-3-117/09, zmieniona Aneksami nr 3 z dnia 19 lipca 2012 r.

<sup>6</sup> Oznaczenie sprawy ZPR.271.46.2011.

4. Z wnioskiem o wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia, opracowanym zgodnie z załącznikiem do Regulaminu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych przez Miasto Inowrocław<sup>7</sup> wystąpił Naczelnik Wydziału Inwestycji, Rozwoju Gospodarczego i Funduszy Europejskich Urzędu, stosownie do § 4 tego Regulaminu. Wniosek, zaakceptowany przez pracownika Zespołu Zamówień Publicznych Urzędu (pod względem formalnym) i Skarbnika Miasta (pod względem finansowym), zatwierdził Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia (dalej: „Zastępca Prezydenta”), któremu Prezydent pisemnie powierzył wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie tego Zamówienia. W powyższym wniosku zaproponowano skład komisji przetargowej oraz wskazano inne osoby uczestniczące w przygotowaniu postępowania.

Prezydent Miasta powołał komisję przetargową do przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia, określił jej organizację, tryb pracy oraz zakres obowiązków jej członków. Komisji nie powierzono czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożyły oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia ich z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Żadna z tych osób nie podlegała wyłączeniu.

(dowód: akta kontroli str. 31, 38, 39, 46-49)

5. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie Zamówienia 12 sierpnia 2011 r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Ze względu na wartość Zamówienia, ogłoszenie zamieszczono również w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 40 ust. 2 Pzp. Zawierało ono dane wymagane art. 41 Pzp. W ogłoszeniu zawarto informację o dokumentach jakie powinni składać oferenci krajowi, o sposobie dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez oferentów z zagranicy, a także o dofinansowaniu zamówienia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Nie dokonano zmian treści ogłoszenia albo SIWZ prowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie skorzystał z możliwości przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieszczenia na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych<sup>8</sup> zamówieniach.

(dowód: akta kontroli str. 32, 40, 41, 50-61, 153)

6. Przedmiot Zamówienia opisano w zatwierdzonej przez Zastępcę Prezydenta, w dniu 12 sierpnia 2011 r. SIWZ oraz w załączonym do niej programie funkcjonalno-użytkowym. Opisu dokonano za pomocą cech technicznych i jakościowych, przy zastosowaniu nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu Zamówienia był zgodny z zakresem Zadania przewidzianym w Projekcie.

Program funkcjonalno-użytkowy sporządzono zgodnie z postanowieniami Rozdziału 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Załącznik do zarządzenia nr 55/2010 Prezydenta Miasta Inowrocławia z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie ustalenia regulaminu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych przez Miasto Inowrocław.

<sup>8</sup> Zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp zamieszczenie ogłoszenia informacyjnego stanowi uprawnienie zamawiającego a nie obowiązek.

<sup>9</sup> Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.



Zawarty w tym programie opis przedmiotu Zamówienia był zgodny z opisem zawartym w SIWZ.

(dowód: akta kontroli str. 20-32, 36, 37, 39, 46, 64-67, 87-95)

7. Szacunkową wartość Zamówienia na kwotę 4 436,8 tys. zł netto, tj. 1 155,7 tys. euro<sup>10</sup> ustalono w dniu 12 sierpnia 2011 r., na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp. Była ona mniejsza niż kwoty, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zmawiający nie dokonał podziału zamówienia na części.

(dowód: akta kontroli str. 31, 37, 38)

8. Zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o Zamówieniu do upływu terminu składania ofert. SIWZ zawierała dane wymagane art. 36 ust. 1 Pzp. Ustalone warunki udziału w postępowaniu pozwalały na zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części Zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy.

Wykonawcy trzykrotnie zwrócili się o wyjaśnienie treści SIWZ. Wnioski wpłynęły po upływie połowy terminu składania ofert (tj. po 21 sierpnia 2011 r.) w związku z czym zamawiający nie był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi, zgodnie z art. 38 ust. 1a Pzp. Odpowiedzi udzielono w terminie od jednego do dwóch dni oraz zamieszczono je na stronie internetowej Urzędu. Wyjaśnienia treści SIWZ nie prowadziły do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. W wyniku wyjaśnień zmieniono treść wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, dostosowując go do treści SIWZ. Dokonane zmiany nie prowadziły do wydłużenia terminu składania ofert.

Dane zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ były zgodne. Zamawiający ustalił w SIWZ kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny oraz koncepcji budowy obiektu. Określone kryteria oceny ofert nie utrudniały uczciwej konkurencji oraz nie naruszały zasady równego traktowania wykonawców.

(dowód: akta kontroli str. 31, 32, 40, 46, 61-86, 96, 97, 153)

9. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 30 sierpnia 2011 r., tj. 18 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o Zamówieniu, co było zgodne z art. 43 ust. 1 Pzp. Do upływu wyznaczonego terminu wpłynęły cztery oferty. Na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie: wiedzy i doświadczenia (wybudowanie co najmniej dwóch basenów rekreacyjnych) – w jednym przypadku i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia – w drugim przypadku. Wykonawcy odpowiedzieli na wezwania Zamawiającego w wyznaczonym terminie, przy czym wyjaśnien pierwszego z nich nie uznano, wykluczając go z udziału w tym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (wykonawca podtrzymał, że wskazane w ofercie doświadczenie spełnia warunki udziału w postępowaniu).

10. Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 50 tys. zł, która stanowiła 1,1% wartości Zamówienia i była zgodna z art. 45 ust. 4 Pzp. Wykonawcy wnieśli

<sup>10</sup> Wg kursu 3,639 określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2005 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796).

wadium przed upływem terminu składania ofert, trzech w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a jeden w formie gwarancji bankowej.

(dowód: akta kontroli str. 34, 53, 74-75)

11. Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 19 września 2011 r., na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ. Wybrana oferta była zgodna z postanowieniami SIWZ, nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, a składający ją wykonawca – wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Pzp. Złożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny, która w każdym przypadku przewyższała szacunkową wartość zamówienia.

(dowód: akta kontroli str. 31-34, 40-43, 60, 76-78, 98, 99, 100-102)

12. W dniu 20 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił pocztą elektroniczną oraz faksem wszystkich wykonawców ubiegających się o Zamówienie, o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty wraz ze wskazaniem nazwy i adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnieniem jej wyboru,
- b) punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
- c) odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania,
- d) wykonawcy wykluczonym z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym,
- e) pięciodniowym terminie, po upływie którego umowa może być zawarta.

Zamawiający zamieścił informacje o wyborze na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym, zgodnie z art. 92 ust. 2 Pzp.

W postępowaniu nie zaistniały, określone w art. 93 ust. 1 Pzp, przesłanki jego unieważnienia. Wykonawcy nie korzystali ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 34, 43, 44, 61, 100-102)

Protokół postępowania o udzielenie Zamówienia sporządzono wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>11</sup>. Zawierał on wszystkie informacje wymagane art. 96 ust. 1 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 36-45)

13. Umowę w sprawie Zamówienia zawarto w dniu 28 września 2011 r. z wykonawcą, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Określony w tej umowie zakres przedmiotowy odpowiadał wybranej ofercie. Umowę opatrzono emblematem Unii Europejskiej oraz logo Narodowej Strategii Spójności i Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego<sup>12</sup>. Termin wykonania Zamówienia określono zgodnie z SIWZ, na 15 miesięcy od dnia jej zawarcia wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Do tego terminu nie wliczały się okresy oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę oraz o pozwoleniu na użytkowanie. Zamawiający zamieścił w dniu 30 września 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia<sup>13</sup>.

W dniu 12 lutego 2013 r. do umowy o udzielenie Zamówienia wprowadzono istotną zmianę, polegającą na przedłużeniu terminu wykonania części Zamówienia (wykonanie terenów zielonych) do dnia 30 kwietnia 2013 r. Zmiana była

<sup>11</sup> Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458.

<sup>12</sup> Wymagane § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie nr WPM.13043.6.3-1.17.09 z dnia 10 grudnia 2009 r., w brzmieniu ustalonym § 10 ust. 1 pkt 3 z dnia 19 lipca 2012 r.

<sup>13</sup> nr 313738.

podyktowana wystąpieniem niekorzystnych warunków pogodowych i była przewidziana w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

(dowód: akta kontroli str. 34, 35, 44, 103-133)

Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w wysokości 326,9 tys. zł, co stanowiło 5% przewidzianego wynagrodzenia. Zabezpieczenie z tytułu rękojmi za wady wykonawca ustanowił w kwocie 98,1 tys. zł, co stanowiło 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wysokość wniesionego zabezpieczenia odpowiadała wymaganiom SIWZ oraz była zgodna z art. 150 ust. 2 i 151 ust. 2 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 80-81, 108, 134-136)

Ustalone  
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Zamawiający, po wyborze oferty najkorzystniejszej, zawarł umowę o udzielenie Zamówienia na warunkach innych niż zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o Zamówieniu i zaakceptowanym przez wybranego wykonawcę wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, w części dotyczącej terminu wykonania Zamówienia. W § 2 dodano ust. 4, który m.in. wydłużał pięciomiesięczny termin wykonania projektu budowlanego poprzez wskazanie, że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę (licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie takiej decyzji do dnia jej uprawomocnienia) nie podlega wliczeniu do pięciomiesięcznego terminu wykonania Zamówienia.

Wprowadzony zapis był niezgodny z postanowieniami Rozdziału V SIWZ oraz pkt VI.4.16 ppkt 2 ogłoszenia o Zamówieniu, stanowiącymi iż termin wykonania projektu budowlanego łącznie z uzyskaniem dla Zamawiającego prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę wynosi pięć miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy.

W § 8 ust. 1 pkt 1 umowy przewidziano karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w odniesieniu do jego zaprojektowania. Termin wykonania projektu wraz z otrzymaniem pozwolenia budowlanego miałyby (gdyby nie wprowadzono niedozwolonych zmian) w dniu 28 lutego 2012 r. Tymczasem pozwolenie na budowę wydano w dniu 18 kwietnia 2012 r., a decyzja stała się prawomocna z dniem 4 maja 2012 r. czyli 66 dni po terminie. Kara umowna z tego tytułu wyniosłaby 1 294 425,39 zł.

(dowód: akta kontroli str. 60, 81-83, 96-97, 104, 111, 117, 137-147)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, który zawarł powyższą umowę wyjaśnił m.in. że zmiana nie dotyczyła istotnych postanowień lecz stanowiła uporządkowanie i doprecyzowanie umowy, bez zmian merytorycznych na etapie zawierania umowy. Wzór umowy nie stanowi umowy i jest dostosowywany do przyszłego wykonawcy przy oczywistym zachowaniu ekwiwalentności świadczeń. Dodanie w § 2 umowy ust. 4 było zmianą redakcyjną polegającą na umieszczeniu w oddzielnym ustępie i doprecyzowaniu zdania z § 2 ust. 3 wzoru umowy. Termin wykonania przedmiotu zamówienia ustalono na 15 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy, a w tym termin wykonania projektu budowlanego na 5 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy. Wykonawców poinformowano (w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ, wzorze umowy – zmienionym w dniu 29 sierpnia 2011 r.), że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia,

nie zostanie wliczony do 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli więc przed terminem składania ofert poinformowani, że okres oczekiwania na ww. prawomocne decyzje faktycznie może przedłużyć 15-miesięczny i częściowy 5-miesięczny termin wykonania przedmiotu umowy. Tak określony termin wykonania przedmiotu umowy nie wymagał przewidywania zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania. Ponadto Prezydent dodał, że Wykonawca nie złożył w ofercie wzoru umowy a Zamawiający go nie wymagał.

U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych Urzędu, która przygotowywała wzór umowy, potwierdziła w wyjaśnieniach podane przez Prezydenta Miasta Inowrocławia przyczyny zmiany postanowień umowy.

(dowód: akta kontroli str. 156, 157, 164-168, 246-248, 251-252)

Powyższe wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za zasadne ponieważ wydłużenie terminu o okres oczekiwania na uzyskanie ww. decyzji odnosiło się wyłącznie do terminu 15 miesięcy wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, również wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 28 sierpnia 2011 r. nie zawierały zapisów wskazujących, że czasu oczekiwania na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę nie wlicza się do pięciomiesięcznego terminu wykonania projektu budowlanego. Taki zapis dodano dopiero w zawartej umowie. Wprowadzona zmiana w istotny sposób zmieniała obowiązki Wykonawcy, który uzyskał dłuższy termin na wykonanie tej części zamówienia, przez co nie można jej uznać za zmianę redakcyjną. Wybrany Wykonawca w pkt 4 swojej oferty oświadczył, że zapoznał się z warunkami wzoru umowy i zobowiązał się do jej zawarcia na ustalonych warunkach. Zapisy zawartej umowy mogą różnić się od wzoru umowy zawartym w SIWZ, jednak różnice takie mogą dotyczyć wyłącznie postanowień nieistotnych. Zmiany istotnych postanowień można dokonać jeżeli zostały przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, co w omawianej sprawie nie miało miejsca<sup>14</sup>.

2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie Zamówienia, wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zawierało zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia, czym naruszono art. 147 ust. 2 Pzp oraz ust. 2 Rozdziału XV SIWZ, który przewidywał, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, wyjaśnił m.in., że Zamawiający nie ograniczył swoich uprawnień w dochodzeniu roszczeń z tytułu wad wykonanego przedmiotu umowy w okresie rękojmi oraz nienależytego wykonania lub niewykonania umowy. Gwarancja ubezpieczeniowa wykonawcy obejmowała bezwarunkowe i nieodwołalnie wypłacenie należności powstałej szkody z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy.

(dowód: akta kontroli str. 159)

Zgodnie z treścią gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu<sup>15</sup> oraz gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek<sup>16</sup> możliwość dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń ograniczono do roszczeń bezspornych. Ponadto w gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu dochodzenie roszczeń ograniczono do zapłaty wymagalnych kar umownych.

<sup>14</sup> Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano m.in., że zamawiający po wyborze na korzystniejszej oferty musi zwrócić umowę na warunkach przedstawionych w wzorze umowy (LEX nr 1124956).

<sup>15</sup> Nr 04G502/0001/11/0065, z dnia 27 września 2011 r.

<sup>16</sup> Nr 04G502/0001/11/0067, z dnia 27 września 2011 r. wraz z aneksem nr 1 z 2 sierpnia 2013 r.

Ograniczenie możliwości dochodzenia roszczeń tylko do roszczeń bezspornych powoduje niemożność korzystania przez Zamawiającego z gwarancji w przypadku nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, który zgłosiłby zastrzeżenia. Funkcją instytucji zabezpieczenia jest umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy ze zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez pokrycie ich z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową<sup>17</sup>. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest uprawnieniem zamawiającego, którego celem jest zapewnienie zamawiającemu ścisłości roszczeń, przysługujących mu m.in. z tytułu odszkodowań, kar umownych, wykonania zastępczego.

(dowód: akta kontroli str. 80, 81, 108, 134-136)

3. Zamawiający nie wyegzekwował od wykonawcy przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czym naruszono art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z ust. 11 pkt 1a Rozdziału XV SIWZ zabezpieczenie powinno obejmować okres od dnia zawarcia umowy do 30 dnia po zakończeniu robót. Zgodnie z ust. 11 pkt 2 Rozdziału XV SIWZ stanowiącej integralną część umowy o udzielenie Zamówienia (§ 15 pkt 2), wykonawca był zobowiązany do przedłużenia ważności zabezpieczenia o okres przedłużenia terminu wykonania zamówienia.

Wniesiona przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa<sup>18</sup> była ważna w okresie od 28 września 2011 r. do 27 stycznia 2013 r. Aneksiem z dnia 12 lutego 2013 r. dodano ust. 5 do § 2 umowy, którym ustalono termin wykonania terenów zielonych na 30 kwietnia 2013 r. i zgodnie z postanowieniami pkt 11 ppkt 2 Części XV SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedłużenia terminu ważności gwarancji do 30 maja 2013 r.

(dowód: akta kontroli str. 80, 81, 108, 120, 121, 135-136)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że w okresie do 30 maja 2014 r. dochodzenie ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy było zabezpieczone należnym Wykonawcy wynagrodzeniem z tytułu niezapłaconych faktur o wartości przekraczającej wielkość zabezpieczenia kontraktu, co było zgodne z postanowieniami ust. 11 pkt 3 Rozdziału XV SIWZ. Dwie ostatnie faktury opiewające na łączną kwotę 937 501,97 zł zostały zapłacone w dniach 30 kwietnia i 5 czerwca 2013 r. (odbior końcowy odbył się 15 kwietnia 2013 r., a odbiór terenów zielonych 6 maja 2013 r.).

(dowód: akta kontroli str. 159-160)

Powyższe wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie ponieważ, faktura zapłacona w dniu 30 kwietnia 2013 r. została wystawiona w dniu 3 kwietnia 2013 r. i dopiero od tego dnia Zamawiający dysponował należnym wynagrodzeniem wykonawcy i w okresie od 27 stycznia do 3 kwietnia 2013 r. nie mógł zatrzymać wynagrodzenia wykonawcy z tej faktury. Wcześniejsza faktura (nie wymieniona w wyjaśnieniach Prezydenta Miasta Inowrocławia) została wystawiona w dniu 20 marca 2013 r., (zapłacona w dniu 18 kwietnia 2013 r.) i również nie dotyczyła całego okresu nieobjętego gwarancją. Ponadto zabezpieczenie powinno obejmować okres do 30 maja 2014 r., a po zapłaceniu faktury z dnia 3 kwietnia 2013 r. wartość

<sup>17</sup> Opinia prawna zamieszczona na portalu Urzędu Zamówień Publicznych „Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy” - <http://www.uzp.gov.pl>

<sup>18</sup> nr 04/G/02X/00 9/11/0056, z dnia 27 września 2011 r.



ostatniej faktury, wystawionej w dniu 9 maja 2012 r., wynosząca 137,5 tys. zł była niższa od wymaganej wartości zabezpieczenia w wysokości 326,9 tys. zł. W dniu przedłużenia terminu wykonania umowy nie można było ustalić czy pozostała nieodebrana część Zamówienia o wartości 1 737,5 tys. zł zostanie należycie wykonana i Zamawiający będzie mógł zatrzymać ewentualne wynagrodzenie wykonawcy.

(dowód: akta kontroli str. 122)

4. W SIWZ wskazano krótszy od dopuszczalnego termin ważności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zgodnie z ust. 1.1 pkt 2 Rozdziału VII SIWZ od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej żądano złożenia dokumentów potwierdzających odpowiednio, że nie otwarto ich likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów termin ten powinien wynieść 6 miesięcy.

(dowód: akta kontroli str. 72, 73)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że podanie niewłaściwego terminu wynikało z pomyłki.

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 155, 251, 269)

5. W SIWZ oraz ogłoszeniu o Zamówieniu nie wskazano wszystkich form w jakich można wnieść wadium, w czym naruszono art. 36 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 45 ust. 6 Pzp.

W ust. 3 Rozdziału VIII SIWZ oraz pkt III.1. ppkt. 3 ogłoszenia o Zamówieniu, nie wskazano, że wadium może być wniesione również w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości<sup>19</sup>. Błędnie wskazano, że wadium może być wniesione w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, czyli w brzmieniu Pzp nadanym w tekście pierwotnym, który uległ zmianie w dniu 10 lipca 2004 r.<sup>20</sup>. Wg stanu na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie Zamówienia, tj. 12 sierpnia 2011 r., treść art. 6 ust. 3 ww. ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości przedstawiała się następująco: „za czynności określone w ust. 1 pkt 1-7 Agencja może pobierać opłaty w wysokości nieprzekraczającej ponoszonych kosztów.”

(dowód: akta kontroli str. 53, 75)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że przez przeoczenie wymieniono dozwolone formy wniesienia wadium bez uwzględnienia zmian w Pzp.

<sup>19</sup> Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.

<sup>20</sup> Zmiana Pzp na podstawie art. 3 ustawy z dnia 28 maja 2004 r. o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1537).

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 155, 156, 251, 269)

6. W SIWZ nie wskazano wszystkich form w jakich można wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w czym naruszono art. 36 ust. 1 pkt 15 w związku z art. 148 ust. 1 Pzp.

W ust 3 Rozdziału XV, SIWZ nie wskazano, że zabezpieczenie może być wniesione również w poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej wymienionych w art. 148 ust. 1 pkt 2 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 80)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że w SIWZ przez przeoczenie pominięto i nie zapisano formy wniesienia zabezpieczenia w postaci poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 156, 251, 269, 270)

7. W treści umowy z dnia 28 września 2011 r. nie zamieszczono informacji o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu, czym naruszono § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie Projektu<sup>21</sup>. Obowiązek zamieszczenia powyższej informacji wynikał również z pkt 5 Wytocznych dla beneficjentów z zakresu promocji projektów realizowanych w ramach RPO WK-P<sup>22</sup>.

(dowód: akta kontroli str. 19, 103-112)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, który zawarł powyższą umowę wyjaśnił m.in., że zapis o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu został zamieszczony w nagłówku umowy, w SIWZ stanowiącej zgodnie z § 15-pkt. 1 umowy jej integralną część oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

(dowód: akta kontroli str. 158)

Zgodnie z § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie obowiązkiem Zamawiającego było zarówno oznaczenie dokumentów odpowiednimi logo i emblematami oraz zamieszczenie w dokumencie informacji o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu. Były to dwa odrębne obowiązki Zamawiającego. Ogłoszenie o Zamówieniu nie stanowiło integralnej części umowy.

#### IV. Uwagi i wnioski

Wnioski pokontrolne

Przedstawiając powyższe oceny i uwagi wynikające z ustaleń kontroli, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli<sup>23</sup>, wnosi o wystąpienie do wykonawcy umowy z dnia

<sup>21</sup> Nr Wp/VI.3043-6-3-117/09, zmienione Aneksami nr 3 z dnia 19 lipca 2012 r.

<sup>22</sup> Z dnia 16 grudnia 2009 r. opublikowane [http://www.malopolska.eu/FILES/malopolska/dokumenty/rpo/rpo/wytyczne\\_z\\_zakresu\\_informacji\\_i\\_promocji.pdf](http://www.malopolska.eu/FILES/malopolska/dokumenty/rpo/rpo/wytyczne_z_zakresu_informacji_i_promocji.pdf)

<sup>23</sup> Dz. U. z 2012 r., poz. 82



28 września 2011 r. o wniesienie gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek nie zawierającej zapisów ograniczających uprawnień Zamawiającego.

## V. Pozostałe informacje i pouczenia

Prawo zgłoszenia  
zastrzeżeń

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Zgodnie z art. 54 ustawy o NIK kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do dyrektora Delegatury NIK w Bydgoszczy.

Obowiązek  
poinformowania  
NIK o sposobie  
wykorzystania uwag  
i wykonania wniosków

Zgodnie z art. 62 ustawy o NIK proszę o poinformowanie Najwyższej Izby Kontroli, w terminie 21 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków pokontrolnych oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.


W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Bydgoszcz, dnia 10 stycznia 2015 r.

Kontroler  
Andrzej Szulc  
starszy inspektor k.p.

  
.....  
podpis

Najwyższa Izba Kontroli  
Delegatura w Bydgoszczy

Dyrektor  
Barbara Antkiewicz  
**DYREKTOR**  
Delegatura Najwyższej Izby Kontroli  
w Bydgoszczy  
z up.   
.....  
podpis Bar  
Wicedyrektor

Prezydent Miasta Inowrocławia

Inowrocław, 4.02.2015 r.

Znak sprawy ZZP.271.1.4.2015

Pani  
Barbara Antkiewicz  
Dyrektor Delegatury  
Najwyższej Izby  
Kontroli w Bydgoszczy

Dotyczy sprawy : L.BY-4101-023-01/2014  
P/14/009

### **ZASTRZEŻENIA DO WYSTĄPIENIA POKONTROLNEGO**

W związku z otrzymaniem 19 stycznia 2015 r. wystąpienia pokontrolnego dotyczącego zamówienia publicznego współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego pn: „Zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu, w ramach realizacji zadania Uzdrawisko Inowrocław”, w imieniu kontrolowanej jednostki wnoszę o uwzględnienie zastrzeżeń w całości i zmianę ww. wystąpienia pokontrolnego.

Zdaniem Urzędu Miasta Inowrocławia w jego działalności nie miały miejsca nieprawidłowości polegające na:

- zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia odbiegały od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu i od zaakceptowanego przez wykonawcę wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji,
- przyjęciu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia,

- niewyegzekwowaniu od wykonawcy zamówienia przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z przedłużeniem terminu wykonania jej przedmiotu.

Z powyższego wynika, że w sprawie nie doszło do naruszenia art.144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1, art.147 ust. 2 i art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Jednostka kontrolowana podtrzymuje stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach złożonych pisemnie podczas kontroli.

Uzasadniając pogląd, że Miasto Inowrocław nie zawarło umowy w sprawie zamówienia publicznego, której istotne postanowienia odbiegały od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu i od zaakceptowanego przez wykonawcę wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji, a tym samym nie naruszyło art.144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Urząd Miasta Inowrocławia wyjaśnia, że  **dodanie ust. 4 w § 2 umowy było zmiana redakcyjna i doprecyzowująca treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.** W jej rozdziale V ustalono, że termin wykonania całego przedmiotu zamówienia wynosi 15 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy. Zastrzeżono jednocześnie, że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, licząc od dnia złożenia w imieniu Zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia, nie zostanie wliczony do 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia. Dodany w §2 ust. 4 umowy stanowi, że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, licząc od dnia złożenia w imieniu Zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia, nie podlega wliczeniu odpowiednio do 5 – miesięcznego i 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że 5-miesięczny termin mógłby być przekroczony wyłącznie wówczas, gdyby wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę został złożony po upływie 5 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy. Oczywiście jest, że  **5-miesięczny termin na wykonanie projektu mieścił się w ww. 15-miesięcznym terminie**

wykonania zamówienia. Zarówno Miasto Inowrocław, jak i oferenci rozumieli w ten sam sposób postanowienia SIWZ i umowy, tj. że oczekiwanie na decyzje nie jest wliczane ani do 5-miesięcznego, ani do 15- miesięcznego terminu. Dowodem takiej wykładni jest pismo z 26 sierpnia 2011 r. skierowane do Zamawiającego przez Alstal Grupę Budowlaną sp. z o.o. spółkę komandytową - wniosek o zmianę wzoru umowy, by była zgodna ze specyfikacją. Oferent stał na słusznym stanowisku, że „do okresu wykonania umowy nie wlicza się czasu oczekiwania na decyzje właściwych organów”. Nie ulega zatem wątpliwości, że oferent, tak jak Zamawiający, miał na myśli obie decyzje, a zatem zarówno oba terminy 5- miesięczny i 15-miesięczny, o jakich mowa wyżej. Skoro bowiem w 15 – miesięcznym terminie wykonania zamówienia mieści się termin 5-miesięczny na wykonanie projektu budowlanego, to bez względu na moment wystąpienia faktu oczekiwania na ww. decyzje w okresie 15 miesięcy od zawarcia umowy, oczekiwanie to wydłużało termin umowny wykonania przedmiotu zamówienia ustalony przez strony na 15 miesięcy. Termin ten nie zostałby wydłużony w sposób uzasadniony i zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym wzorem umowy i samą umową, gdyby wniosek o pozwolenie na budowę został złożony po upływie 5 miesięcy od zawarcia umowy. Termin na wykonanie projektu upływał 28 lutego 2012 r. i tego dnia musiał być wykonany, skoro 29 lutego 2012 r. Wykonawca złożył go w Starostwie Powiatowym wraz z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę.

Dowód: kopia pisma z 26 sierpnia 2011 r.

W sprawie znajduje zastosowanie przepis art. 65 Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zatem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Stanowisko Miasta Inowrocławia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, m.in. z wyroku Sądu

Apelacyjnego w Warszawie z 18 kwietnia 2013 r. ( I ACa 1226/12), zgodnie z którym przepisy art. 139 i 144 p.z.p. nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. Również w wyroku z 17 czerwca 2009 r. tym razem Sąd Najwyższy ( IV CSK 90/09) stwierdził, że przepisy art. 139 i 144 Prawa zamówień publicznych nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. Jej celem jest bowiem ustalenie rzeczywistej treści zawartej umowy, a nie zmiana jej postanowień wymagająca zachowania - zgodnie z przytoczonymi przepisami - określonych wymagań, także co do formy umowy. Zdaniem Sądu Najwyższego, przepis art. 65 § 2 k.c. dopuszcza taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych.

Ważne jest, by przy interpretacji oświadczeń woli stron przyjąć założenie, że ich wola była racjonalna i że strony miały na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i swoim interesem (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 19.11.2002 r., IV CKN 1474/00, źródło LexPolonica).

W przedmiotowej sprawie wolą Miasta Inowrocław było, by po doprecyzowaniu/sprostowaniu wzoru umowy zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tak sprecyzować umowę, by osiągnąć rezultat odpowiadający możliwej do założenia w oparciu o ww. pismo z dnia 26 sierpnia 2011 r. intencji przyszłego wykonawcy, przy tym intencji zgodnej ze stanowiskiem Zamawiającego. W trybie art. 38 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, doprecyzowany wzór umowy Zamawiający niezwłocznie opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej, by wszyscy zainteresowani zamówieniem mieli do niego dostęp.

**Miasto Inowrocław nie naruszyło art.144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Takie stanowisko byłoby nadinterpretacją przepisu art. 140 ust. 1, który stanowi jedynie iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.** Przepis art. 140 Prawa zamówień publicznych, jako lex specialis względem unormowania art. 144 ust. 1 odnosi się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, zaś art. 144 do wszystkich innych korekt trwającego zobowiązania (cyt. KIO/UZP 1883/09).

Zatem nie mogło dojść do zmiany istotnych postanowień zawartej umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia.

Pięćmiesięczny termin na wykonanie projektu został zachowany, skoro Wykonawca 29 lutego 2012 r. złożył go w Starostwie Powiatowym wraz z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę.

Żaden okres oczekiwania na decyzję administracyjną nie zależy ani od wykonawcy, ani od zamawiającego i z zasady nie mógłby zostać uznany za uprawniający Miasto Inowrocław do żądania zapłaty kary umownej. Dłużnik uwalnia się od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (vide: wyroki Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 20 marca 2014 r. I ACa 3/14 i z 5 marca 2014 r. I ACa 947/13, wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., I CSK 748/12). **Nie naliczono kar umownych za opóźnienie w wykonaniu projektu budowlanego, ponieważ takie opóźnienie nie nastąpiło.** Jak wskazano powyżej, zgodnie z § 2 ust. 4 umowy okres oczekiwania na wydanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę, licząc od dnia złożenia w imieniu Zamawiającego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, nie był wliczany do terminu ustalonego na zaprojektowanie basenu solankowego. Wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę został złożony w Starostwie Powiatowym w Inowrocławiu 29 lutego 2012 r. Starosta Inowrocławski wydał decyzję o pozwoleniu na budowę w dniu 18 kwietnia 2012 r., która stała się ostateczna 4 maja 2012 r. Okres oczekiwania na decyzję o pozwoleniu na budowę wyniósł 65 dni i zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, SIWZ oraz umową zawartą z Wykonawcą nie stanowi opóźnienia w wykonaniu zaprojektowania basenu solankowego.

Miasto Inowrocław przyjęło zabezpieczenie należytego wykonania umowy i zabezpieczenie usunięcia wad i usterek w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której postanowienia nie ograniczyły uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia.

W dniu zawarcia umowy od Wykonawcy przyjęto zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Bydgoszczy. Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania umowy obejmowała odpowiedzialność gwaranta z tytułu kar umownych do kwoty należnego zabezpieczenia, tj. 326.875,10 zł, co stanowiło maksymalną kwotę 5 % całości wynagrodzenia wykonawcy ustaloną w SIWZ. Miasto Inowrocław przyjęło również gwarancję ubezpieczeniową usunięcia wad i usterek do kwoty 98.063,53 zł. Zakres uprawnień Zamawiającego określony w § 8 umowy obejmował odpowiedzialność Wykonawcy za opóźnienia w wykonaniu projektu budowlanego, w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy oraz w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy, w okresie gwarancji lub rękojmi, a także za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Jak wynika z powyższego, **roszczenia Zamawiającego obejmowały pełny pakiet zabezpieczenia należytego wykonania umowy.**

Gwarancje ubezpieczeniowe Wykonawcy obejmowały nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę bezspornych należności odpowiednio do ww. kwot 326.875,10 zł i 98.063,53 zł, do zapłacenia których na rzecz Zamawiającego zobowiązany byłby Wykonawca z tytułu kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu oraz z tytułu nieusurfięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie ważności gwarancji po podpisaniu protokołu zdawczo – odbiorczego przedmiotu określonej powyżej umowy. **Udzielający gwarancji ubezpieczeniowej doprecyzował co rozumie pod pojęciem „należności bezsporne”** – tj. takie, co do których zobowiązany - Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. spółka komandytowa do dnia doręczenia przez Beneficjenta gwarancji – Miasto Inowrocław żądania zapłaty z gwarancji nie zgłosił zastrzeżeń. Z powyższego wynika, że nie kiedykolwiek, lecz wyłącznie do dnia doręczenia przez Zamawiającego żądania zapłaty z gwarancji, zastrzeżenia zgłoszone przez Wykonawcę czyniły należności spornymi. W tym kontekście zabezpieczenie roszczeń



bezsportnych nie ograniczyło prawa Zamawiającego do dochodzenia należności z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy. Oczywistym jest, że Zamawiający nie mógł dochodzić roszczeń niewymagalnych. Dopiero bowiem wymagalność roszczenia jest stanem, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności (vide: uchwała Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 r., III CZP 72/13).

Przede wszystkim organ kontroli nie zwrócił uwagi na fakt, że Miasto Inowrocław odmiennie interpretuje postanowienia ust. 2 rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienie, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz roszczeń z tytułu rękojmi za wady, nie wyklucza możliwości złożenia przez wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej roszczenia tylko bezsporne. W tym zakresie specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie może być uznana za nieprawidłową w świetle art. 147 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jak błędnie zakłada organ kontroli. Przepis ten nie może być rozumiany, jak zdaje się czynić organ, jako przepis szczególny do art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, który stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zatem art. 147 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie może ograniczać swobody ubezpieczyciela i wykonawcy co do treści zawieranej przez nich umowy gwarancji ubezpieczeniowej.

Prawidłowość takiego rozumowania Miasta Inowrocław potwierdza teza 3 uchwały Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2011 r. KIO/KU 54/11, gdzie stwierdzono m.in. : „Niezależnie od ograniczeń wprowadzonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie dotyczącym uprawnienia wykonawców dotyczących wyboru formy zabezpieczenia (materii wprost wynikających z ustawy) wykonawcy uprawnieni są do wniesienia zabezpieczenia zgodnie z ustawą. Zamawiający jest natomiast uprawniony, aby w SIWZ

doprecyzować kwestie ustawą nieuregulowane, jak np. wymagania dotyczące tego, że gwarancja bankowa ma być bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie zamawiającego itp.”. Trudno byłoby bowiem przyjąć wykładnię art. 147 ust. 2 i art. 148 Prawa zamówień publicznych, zakładającą że zamawiający ma swobodę wyboru co do możliwości zastrzeżenia zabezpieczenia, ale nie wolno mu określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na jakich warunkach zabezpieczenie ma zostać udzielone. Przepis art. 147 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie określa warunków na jakich powinno zostać udzielone zabezpieczenie, a skoro tak, to Miasto Inowrocław przyjęło prawidłowe gwarancje ubezpieczeniowe. Tymczasem stanowisko Najwyższej Izby Kontroli zostało oparte na nadinterpretacji ww. przepisu, który nie wskazuje sposobu określenia warunków zabezpieczenia. Zatem ustalenia organu kontroli zostały oparte na nieprawidłowo określonym celu omawianej normy, którego to celu do osiągnięcia przez Zamawiającego ustawodawca nie przewidział. Nasuwa się więc wniosek, że do sformułowania nieprawidłowości w tym zakresie przez Najwyższą Izbę Kontroli doprowadziło zastosowanie kryterium celowości, czyli kryterium niedozwolonego w świetle przepisu art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli.

Twierdzenie, że Zamawiający nie wyegzekwował od Wykonawcy przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pomimo przedłużenia terminu wykonania jej przedmiotu, brzmi przekonująco dopóki nie zostanie skonfrontowane z faktami i specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W rozdziale XV ust. 11 pkt 2 i 3 Zamawiający przewidział, że w przypadku zmiany terminu wykonania zamówienia, wykonawca będzie zobowiązany do przedłużenia ważności odpowiednich części zabezpieczenia o okres, o jaki przedłużono termin wykonania zamówienia. Zdając sobie sprawę z możliwych praktycznych trudności wyegzekwowania tego obowiązku zastrzegł jednocześnie, że w przypadku nie wykonania go, Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania należnego wykonawcy wynagrodzenia do czasu spełnienia ww. obowiązku. Zatem nie można zgodzić się z twierdzeniem zawartym w wystąpieniu pokontrolnym, że Zamawiający „w okresie od 27 stycznia do 3 kwietnia 2013 r. nie mógł zatrzymać wynagrodzenia

wykonawcy". W tym czasie były wykonywane roboty budowlane przy basenie o wartości znacznie wyższej od wymaganego zabezpieczenia. Świadczy o tym suma kwot, na jakie zostały wystawione faktury, tj. 937.501,97 zł. Taką kwotą Zamawiający mógł dysponować jako zabezpieczenie należnego wynagrodzenia dla Wykonawcy. Zakończenie wykonywania robót nastąpiło w dniu 15 kwietnia 2013 r. Zdaniem Miasta Inowrocław nie ma przy tym znaczenia termin wystawienia faktur. Wage należy raczej przywiązać do wartości robót i „wzbogacania” Zamawiającego o ich wartość. Warto również podkreślić, że przedmiot umowy został wykonany prawidłowo i Zamawiający nie miał potrzeby korzystania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie zastrzeżeń w całości i zmianę wystąpienia pokontrolnego z 16 stycznia 2015 r.

MIASTO INOWROCŁAW  
ul. F.D. Roosevelta 36  
88-100 Inowrocław  
NIP 556-263-84-08

PREZYSTOENT MIASTA

Ryszard Breyzu

Załącznik - kopia pisma z 26 sierpnia 2011 r.

Otrzymują:

- 1) p. Barbara Antkiewicz Dyrektor Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Bydgoszczy;
- 2) a/a



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI  
Komisja Rozstrzygająca

KPK-KPO.443.050.2015

Warszawa, dnia 6 marca 2015 r.

UCHWAŁA

Zespół Orzekający  
Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli

w składzie:

- Przewodniczący: Andrzej Gómy – doradca prawny  
w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
- Członkowie: Paweł Gliński – doradca prawny  
w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
- Sławomir Poniewierka – doradca prawny  
w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
- przy udziale protokolanta: Czesławy Zaleskiej-Ejgierd – starszego referenta  
w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego

po rozpatrzeniu na posiedzeniu jawnym w dniu 6 marca 2015 r., w trybie art. 61a ust. 5 i 6 oraz art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2012 r., poz. 82 ze zm.), zastrzeżeń zgłoszonych przez Prezydenta Miasta Inowrocławia do wystąpienia pokontrolnego z dnia 16 stycznia 2015 r. (Nr LBY-4101-023-01/2014), skierowanego w związku z przeprowadzoną w Urzędzie Miasta Inowrocławia kontrolą zamówień publicznych współfinansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego:

oddalił zastrzeżenia

  
Paweł Gliński

  
Andrzej Gómy

  
Sławomir Poniewierka

## UZASADNIENIE

Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura w Bydgoszczy przeprowadziła w Urzędzie Miejskim w Inowrocławiu kontrolę zamówień publicznych współfinansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Ustalony w toku kontroli stan faktyczny i ocena kontrolowanej działalności zostały zawarte w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 16 stycznia 2015 r. (Nr I.BY-4101-023-01/2014), do którego w piśmie z dnia 4 lutego 2015 r. Prezydent Miasta Inowrocławia (dalej: Prezydent) zgłosił trzy zastrzeżenia.

Zastrzeżenie nr 1 dotyczyło nieprawidłowości opisanej w na str. 3-4 i 8-9 wystąpienia pokontrolnego, polegającej na naruszeniu art. 144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 ze zm. zwana dalej „Pzp”), poprzez zawarcie w dniu 28 września 2011 r. umowy w sprawie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu, w ramach realizacji zadania Uzdrowisko Inowrocław”, której istotne postanowienia – dotyczące terminu wykonania zamówienia – odbiegały od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „SIWZ”), ogłoszenia o zamówieniu oraz od zaakceptowanego przez wykonawcę wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. W § 2 tej umowy dodano bowiem ust. 4, który m.in. wydłużał pięciomiesięczny termin wykonania projektu budowlanego poprzez wskazanie, że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę (licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie takiej decyzji do dnia jej uprawomocnienia) nie podlega wliczeniu do pięciomiesięcznego terminu wykonania zamówienia. Brzmienie nowego ust. 4 umowy było niezgodne z postanowieniami Rozdziału V SIWZ oraz pkt VI.4.16 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, które nie przewidywały wydłużenia terminu wykonania projektu budowlanego o czas oczekiwania na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

W zastrzeżeniu Prezydent podniósł, że dodanie ust. 4 w § 2 umowy było zmianą redakcyjną, doprecyzowującą treść SIWZ. W rozdziale V SIWZ ustalono bowiem, że termin wykonania całego przedmiotu zamówienia wynosi 15 miesięcy (licząc od dnia zawarcia umowy) i do tego czasu nie zostanie wliczony okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia). Zgłaszający zastrzeżenia wyjaśnił, że według § 2 ust. 4 umowy okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia) nie podlega wliczeniu odpowiednio do 5-miesięcznego i 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia, zaznaczając przy tym, że 5-miesięczny termin na wykonanie projektu mieścił się w 15-miesięcznym terminie wykonania zamówienia.

Zdaniem Prezydenta zarówno Miasto Inowrocław, jak i oferenci rozumieli w ten sam sposób postanowienia SIWZ i umowy, tj. że oczekiwanie na decyzje nie jest wliczane ani do 5-miesięcznego, ani do 15-miesięcznego terminu. Dowodem takiej wykładni jest pismo z 26 sierpnia 2011 r. skierowane do zamawiającego w sprawie zmiany wzoru umowy, by była zgodna z SIWZ. Według zgłaszającego zastrzeżenia oferent stał na słusznym stanowisku, że „do okresu wykonania umowy nie wlicza się czasu oczekiwania na decyzje właściwych organów”, a zatem nie

ulega wątpliwości, że oferent, tak jak Zamawiający, miał na myśli obie decyzje, czyli zarówno termin 5-miesięczny i 15-miesięczny, o jakich mowa wyżej. Prezydent wyraził pogląd, że skoro w 15-miesięcznym terminie wykonania zamówienia mieści się termin 5-miesięczny na wykonanie projektu budowlanego, to bez względu na moment wystąpienia faktu oczekiwania na ww. decyzje w okresie 15 miesięcy od zawarcia umowy, oczekiwanie to wydłużyło umowny termin wykonania przedmiotu zamówienia ustalony przez strony na 15 miesięcy.

Prezydent – odwołując się do art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 139 ust. 1 Pzp – wskazał, że wolą Miasta Inowrocław było, by po doprecyzowaniu/sprostowaniu wzoru umowy zgodnie z SIWZ, tak sprecyzować umowę, by osiągnąć rezultat odpowiadający możliwej do założenia w oparciu o pismo z dnia 26 sierpnia 2011 r. intencji przyszłego wykonawcy, zgodnej ze stanowiskiem zamawiającego. Doprecyzowany wzór umowy niezwłocznie opublikowano w Biuletynie Informacji Publicznej, by wszyscy zainteresowani zamówieniem mieli do niego dostęp. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia nie naruszono art. 144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 Pzp, bowiem przepis art. 140 ust. 1 Pzp stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a zatem – jako *lex specialis* względem art. 144 ust. 1 Pzp – odnosi się wyłącznie do przedmiotu zamówienia, podczas gdy art. 144 Pzp dotyczy wszystkich innych korekt trwającego zobowiązania. Prezydent wskazał również, że nie naliczono kar umownych za opóźnienie w wykonaniu projektu budowlanego, ponieważ takie opóźnienie nie wystąpiło – pięćmiesięczny termin na wykonanie projektu został zachowany, skoro wykonawca w dniu 29 lutego 2012 r. złożył go wraz z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Zespół Orzekający podzielił wyrażoną w wystąpieniu pokontrolnym ocenę, że wprowadzenie – w umowie z dnia 28 września 2011 r. o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu – postanowienia (§ 2 ust. 4 umowy) o niewliczaniu do pięćmiesięcznego terminu wykonania projektu budowlanego okresu oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę, naruszyło art. 144 Pzp, zgodnie z którym „zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

Złożona przez wykonawcę oferta była zgodna z treścią SIWZ, według której (pkt IV.4.16) okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia, nie zostanie wliczony do 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia. Stanowiący integralną część SIWZ projekt umowy nie zawierał takiego zastrzeżenia i dopiero na skutek zapytania jednego z wykonawców o wyjaśnienie niezgodności w tym zakresie pomiędzy SIWZ a wzorem umowy – która wbrew sugestii zgłaszającego zastrzeżenia nie dotyczyła kwestii 5-miesięcznego okresu na wykonanie projektu budowlanego – zamawiający uzupełnił projekt umowy o postanowienie, iż okres oczekiwania na wydanie właściwych decyzji nie podlegał wliczeniu do 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia.



Zdaniem Zespołu Orzekającego istnieje zasadnicza różnica między niewliczeniem okresu oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę odpowiednio do 5-miesięcznego okresu na wykonanie projektu budowlanego i 15-miesięcznego terminu wykonania całości zamówienia. Należy podkreślić, że w SIWZ była mowa o niewliczeniu do 15-miesięcznego terminu zarówno okresu oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę, jak i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Jest to o tyle istotne, że o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie można się zwracać do właściwego organu dopiero po zakończeniu robót budowlanych, a zatem decyzje te udzielone są na kraincowo innych etapach procesu budowlanego.

Nieprzewidziane w SIWZ i we wzorze umowy, a wprowadzone następnie do umowy, postanowienie o niewliczeniu okresu oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę do 5-miesięcznego okresu na wykonanie projektu budowlanego zmieniło w sposób istotny warunki wykonania zamówienia na korzyść wykonawcy, który z jednej strony uzyskał większą elastyczność w realizacji zamówienia, a z drugiej uniknął konieczności zapłaty kary umownej w wysokości 0,3% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w odniesieniu do jego zaprojektowania (§ 8 ust. 1 pkt 1 umowy). Tymczasem, w oparciu o warunki opisane w SIWZ niedochowanie przez wykonawcę 5-miesięcznego terminu na wykonanie projektu budowlanego łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę skutkowałoby naliczeniem ww. kary umownej. Tak istotne zmiany umowy zmniejszały ryzyko wykonawcy i gdyby były znane oferentom przed terminem składania ofert, mogłyby wpłynąć na zwiększenie zainteresowania potencjalnych wykonawców udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zespół Orzekający nie podziela również poglądu Prezidenta, że art. 140 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 54/10) odnoszącym się, tak jak w przedmiotowej sprawie, do zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy po upływie terminu składania ofert: „z art. 140 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem wynikającym z treści oferty. W konsekwencji umowa zawarta przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony w ofercie”, a zatem zmiana taka jest możliwa, gdy została przewidziana stosownie do art. 144 ust. 1 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła ponadto, że: „Gdyby nawet przyjąć stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że zmiana terminu wykonania umowy nie oznacza zmiany przedmiotu zamówienia, to stwierdzić należy, że termin realizacji zamówienia w sposób niezaprzeczalny determinuje wykonanie zamówienia i czyni to możliwym, bądź nie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie”.

Zastrzeżenie nr 2 dotyczyło nieprawidłowości opisanej w na str. 4 i 9-10 wystąpienia pokontrolnego, polegającej na naruszeniu art. 147 ust. 2 Pzp, poprzez przyjęcie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia.



W zastrzeżeniu Prezydent wskazał, że od wykonawcy przyjęto właściwe zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, przy czym zakres uprawnień zamawiającego określony w § 8 Umowy obejmował odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia w wykonaniu projektu budowlanego, w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy oraz w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy w okresie gwarancji lub rękojmi, a także za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a zatem roszczenia zamawiającego obejmowały pełny pakiet zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Prezydent podniósł, że gwarancje ubezpieczeniowe obejmowały nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę „bezsportnych należności”, przez które udzielający gwarancji ubezpieczeniowej rozumiał takie należności, co do których zobowiązany (wykonawca zamówienia) nie zgłosił zastrzeżeń do dnia doręczenia przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) żądania zapłaty z gwarancji. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia wynika stąd, że nie kiedykolwiek, lecz wyłącznie do dnia doręczenia przez zamawiającego żądania zapłaty z gwarancji, zastrzeżenia zgłoszone przez wykonawcę czyniły należności spornymi. W tym kontekście zabezpieczenie roszczeń bezsportnych nie ograniczyło prawa zamawiającego do dochodzenia należności z tytułu niewykonania, bądź nienależytego wykonania umowy, przy czym oczywistym jest, że zamawiający nie mógł dochodzić roszczeń niewymagalnych.

Według Prezydenta postanowienia ust. 2 rozdziału XV SIWZ nie wykluczają możliwości złożenia przez wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej tylko roszczenia bezsportne i w tym zakresie SIWZ nie może być uznana za nieprawidłową w świetle art. 147 ust. 2 Pzp. Przepis ten nie może być bowiem rozumiany jako szczególny do art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, według którego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W opinii zgłaszającego zastrzeżenia – powołującego się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r. (KIO/KU 54/11) – art. 147 ust. 2 Pzp nie może ograniczać swobody ubezpieczyciela i wykonawcy co do treści zawieranej przez nich umowy gwarancji ubezpieczeniowej, jak również przepis ten nie określa warunków na jakich powinno zostać udzielone zabezpieczenie, a skoro tak, to Miasto Inowrocław przyjęło prawidłowe gwarancje ubezpieczeniowe.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Zakres wymaganej ochrony interesów zamawiającego poprzez wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy został określony w ust. 2 Rozdziału XV SIWZ i obejmował odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zdaniem Zespołu Orzekającego w przyjętym zabezpieczeniu należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej ograniczono możliwość dochodzenia przez zamawiającego roszczeń wyłącznie do roszczeń bezsportnych i tylko w zakresie zapłaty wymagalnych kar umownych. Ograniczenia te w praktyce powodowałyby niemożność skorzystania przez zamawiającego z gwarancji w stosunku do wykonawcy, który co prawda nienależycie wykonał umowę (co stanowiłoby okoliczność bezsportną), ale jednocześnie zgłosiłby zastrzeżenia do roszczeń zamawiającego. W związku z powyższym, a także w świetle art. 147 ust. 2 Pzp – zgodnie z którym: „Zabezpieczenie służy

pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy" (taki sam zakres ochrony zamawiającego został określony w ust. 2 Rozdziału XV SIWZ) – uznać należy, że zawarta w wystąpieniu pokontrolnym ocena jest trafna. Jednocześnie, wbrew twierdzeniu Prezydenta, nie odwołuje się ona do kryterium celowości, lecz wskazuje na niedochowanie przez zamawiającego staranności przy zapewnianiu zgodności treści gwarancji ubezpieczeniowej (przyjętej jako forma zabezpieczenia należytego wykonania umowy) z zakresem wymaganej ochrony interesów zamawiającego określonym w ust. 2 Rozdziału XV SIWZ.

Zastrzeżenie nr 3 dotyczyło nieprawidłowości opisanej w na str. 4 i 10-11 wystąpienia pokontrolnego, polegającej na naruszeniu postanowień SIWZ oraz art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Pzp, poprzez niewyegzekwowanie od wykonawcy zamówienia przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z przedłużeniem terminu wykonania przedmiotu umowy.

W zastrzeżeniu Prezydent wskazał, że w rozdziale XV ust. 11 pkt 2 i 3 SIWZ zamawiający przewidział, iż w przypadku zmiany terminu wykonania zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do przedłużenia ważności odpowiednich części zabezpieczenia na okres, o jaki przedłużono termin wykonania zamówienia. Zgłaszający zaznaczył, że zdając sobie sprawę z możliwych trudności wyegzekwowaniem tego obowiązku zastrzegł jednocześnie, że w przypadku jego niewykonania, zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania należnego wykonawcy wynagrodzenia do czasu spełnienia ww. obowiązku, w związku z czym w wystąpieniu pokontrolnym niewłaściwie stwierdzono, że zamawiający „w okresie od 27 stycznia do 3 kwietnia 2013 r. nie mógł zatrzymać wynagrodzenia wykonawcy”. Prezydent podkreślił jednocześnie, że przedmiot umowy został wykonany prawidłowo i zamawiający nie miał potrzeby korzystania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Wniesiona przez wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa była ważna w okresie od dnia 28 września 2011 r. do dnia 27 stycznia 2013 r. Aneksem z dnia 12 lutego 2013 r. dodano ust. 5 do § 2 umowy, w którym termin wykonania terenów zielonych ustalono na dzień 30 kwietnia 2013 r. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 30 kwietnia 2013 r., gwarancja ubezpieczeniowa nie obejmowała już tego okresu realizacji umowy. Zgodnie z postanowieniami pkt 11 ppkt 2 części XV SIWZ należało przedłużyć termin ważności gwarancji na okres zmieniony umową. Ponieważ nie uczyniono tego, w okresie od dnia 28 stycznia 2013 r. do dnia 30 kwietnia 2013 r. brak było zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co trafnie oceniono w wystąpieniu pokontrolnym jako nieprawidłowość. Jednocześnie Zespół Orzekający nie rozważał kwestii możliwości uznania za zabezpieczenie należytego wykonania umowy zatrzymania należnego wykonawcy wynagrodzenia, gdyż taka forma zabezpieczenia nie została wymieniona w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp.

Mejając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji uchwały.

Od uchwały odwołanie nie przysługuje.

  
Paweł Gliński

  
Andrzej Górny

  
Sławomir Poniewiorka

