Warszawa, dnia 2.08 2019 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Zamówień Publicznych

UZP/DKZP/KND/22/19

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Gmina Bogatynia ul. I. Daszyńskiego 1 59-920 Bogatynia
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa otwartego kąpieliska w Bogatyni
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	7 700.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 1 844.355,55 euro
Data wszczęcia postępowania:	28 czerwca 2017 r.
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. **art. 144 ust. 1 pkt 1-3, 5-6 w zw. z art. 10 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający udzielając zamiennych oraz dodatkowych zamówień polegających na:**
   1) **dostawie i zasypce złoża filtracyjnego TURBIDEX;**
   2) **dostawie i montażu ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie);**
   3) **wykonaniu dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2;**
   4) **dostawie i montażu oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:**
      a. **11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED**
      b. **3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED**
      c. **5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED;**
   5) **dostawie i montażu dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych;**
   6) **zwiększeniu powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa);**
   7) **dostawie i montażu dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu;**
   8) **zwiększeniu powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych;**

przekroczył dopuszczalny zakres zmian zawarty w art. 144 ust. 1 w szczególności pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Postępowania te winny być oparte na trybach konkurencyjnych z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z czym, Zamawiający swoim działaniem nie zachował warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców będących potencjalnie w stanie wykonać ww. zamówienia zamienne oraz dodatkowe.

2. **art. 144 ust. 1c ustawy Pzp w przypadku zmian umowy polegających na:**
   1) **dostawie i montażu ogrodzenia ze średnicą drutu (6 i 8 mm) oraz dwóch dodatkowych bram;**

2) **wykonaniu wymiany gruntu na działkach przeznaczonych pod budowę basenu Miejskiego w Bogatyni;**
3) **wykonaniu płyt fundamentowych pod budynkami: użytkowym i technicznym gr. 40 cm, zbrojonych siatką zbrojeniową (fi 12) górą i dołem;**
4) **wykonaniu wzmocnionej podbudowy pod ciągi komunikacyjne;**
5) **wykonaniu fundamentowania niecek basenowych;**

Zamawiający nie dopełnił formalnego obowiązku wynikającego z art. 144 ust. 1c ustawy Pzp, gdyż po dokonaniu ww. zmian Umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na wartość tych zmian, Zamawiający miał obowiązek zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o ww. zmianach Umowy.

UZASADNIENIE

Ad. 1

Zamawiający Gmina Bogatynia przeprowadził, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę otwartego kąpieliska w Bogatyni.

Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (tj. w dniu 28 czerwca 2017 r.), dalej zwanej jako „ustawa Pzp".

Postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość przedmiotowego postępowania została ustalona na kwotę 7 700.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 1 844.355,55 euro.

Zgodnie z rozdziałem 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), przedmiot zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj" obejmował w ramach jednej inwestycji, opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i decyzji pozwolenia na budowę oraz realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji polegających na budowie basenu zewnętrznego w Bogatyni przy ul. Pocztowej w ramach inwestycji pod nazwą „Budowa Otwartego Kąpieliska w Bogatyni". Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych ze względu na to, iż podzielenie zamówienia na części *powodowałoby m. in. znaczne trudności techniczno-organizacyjne (wielu wykonawców realizujących prace na jednym placu budowy), jak również ryzyko problemów*

z realizacją uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi i gwarancji w sytuacji, gdy kilku Wykonawców zrealizowałoby wzajemnie ze sobą powiązane i wpływające wzajemnie na siebie prace budowlane.

Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 3.3 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres został zawarty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla zadania realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj pn. „Budowa otwartego Kąpieliska w Bogatyni opracowanym przez Walczak GROUP Mariusz Walczak z siedzibą w Ostrzeszowie, ul. Baczyńskiego 21 oraz projekcie umowy stanowiących załączniki do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z tym, w rozdziale 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego wskazano, że przedmiot zamówienia polegał na realizacji, w ramach jednej inwestycji, przedsięwzięcia obejmującego zaprojektowanie oraz realizację robót budowlanych polegających na budowie basenu zewnętrznego w Bogatyni przy ulicy Pocztowej w formule zaprojektuj - wybuduj w ramach inwestycji pod nazwą „Budowa Otwartego Kąpieliska w Bogatyni" i obejmował:

- *opracowanie koncepcji zagospodarowania terenu z uwzględnieniem całego obszaru (dz. 17/4-17/7, 17/10-17/13, 17/16 AM-4 obręb II) w powiązaniu z zaprojektowanym kompleksem rekreacyjnym „Zalew"*
- *kompleksowe zaprojektowanie całości obiektu rekreacyjnego, wg wytycznych określonych w niniejszym Programie*

(...)

Zakres opracowania dokumentacji projektowej i wykonania robót budowlanych obejmował m. in. wykonanie:

a) *niecki rekreacyjnej o powierzchni lustra wody ok. 900m2 - stal nierdzewna, wraz z atrakcjami (zjeżdżalnie, grzybki, itp.),*
b) *niecki rekreacyjnej o powierzchni lustra wody ok. 200 m2 - stal nierdzewna, wraz z atrakcjami,*
c) *niecki dla dzieci o powierzchni lustra wody ok. 70 m2 - stal nierdzewna, wraz z atrakcjami,*
d) *technologii uzdatniania i ogrzewania wody basenowej z uwzględnieniem atrakcji wodnych,*
e) *budynku technicznego z pomieszczeniami na filtry oraz magazynami chemikaliów,*
f) *budynku użytkowego w skład którego wchodzi: strefa wejściowa, kasa, pomieszczenie socjalne, pomieszczenie ratowników, pomieszczenie medyczne, węzeł sanitarny, mała gastronomia, zaplecze magazynowe, wc dla pracowników, brudownik, pomieszczenie pomocnicze. Budynek wyposażony w niezbędne instalacje.*

g) zagospodarowania terenu w ramach którego przewiduje się:

- *tarasy słoneczne ziemne z murkami oporowymi - powierzchnia ok 500m2,*
- *chodniki, dojścia, miejsca postojowe, kostka betonowa z podbudową - powierzchnia miejsc postojowych zgodnie z przepisami,*
- *plaża trawiasta - powierzchnia ok 10.000 m2,*
- *stanowiska dla ratowników wraz z wyposażeniem,*
- *elementy małej architektury:*
- *ławki,*
- *brodziki do płukania stóp,*
- *lampy oświetleniowe,*
- *zieleń - kształtowanie istniejącej zieleni, wraz z nasadzeniami zieleni wysokiej.*

h) wykonanie ogrodzenia niecek oraz zagospodarowanej części kąpieliska

Wykonawca zobowiązany był do zaprojektowania i wykonania instalacji:

a) technologicznych uzdatniania wody,
b) elektrycznej i energetycznej dla celów inwestycji,
c) sanitarnej,
d) wodnej,
e) automatyki,
e) oświetlenia terenu,
f) instalacji nagłośnienia
g) monitoringu
h) ogrzewania wody basenowej
i) innych instalacji niezbędnych do realizacji i pracy obiektu,
j) przyłączy - niezbędnych do realizacji i pracy obiektu,

- przyłącze wody zimnej należy zrealizować do odczepu na działce 17/10, zgodnie z załączonym rysunkiem z dokumentacji projektowej opracowanej przez Forum Projekt z Jeleniej Góry,

- przyłącze kanalizacji sanitarnej należy zrealizować do działki 17/10. Zamawiający po uzgodnieniu koncepcji, gdzie wskazane będzie miejsce zakończenia przyłącza kanalizacji sanitarnej na działce 17/10, wykona, na podstawie odrębnego opracowania, dalszy odcinek przyłącza do miejskiej sieci kanalizacyjnej,

- przyłącze kanalizacji deszczowej należy zrealizować do miejsca wskazanego na mapie wraz z uzyskaniem pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzenie ścieków deszczowych do odbiornika.

Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia z określeniem

wytycznych dla robót budowlanych szczegółowo zostały zawarte w rozdziale 3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

W rozdziale 16 pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że *wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej specyfikacji. W cenie oferty należy uwzględnić koszty związane z wykonaniem dokumentacji przedprojektowej i projektowej, pełnieniem nadzoru autorskiego i realizacją robót budowlanych, w tym również koszty towarzyszące takie jak: koszty ubezpieczenia, uzgodnień, pomiarów, badań, ekspertyz, koszty odbiorów , rozruchu itp. - niezbędnych do pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia.*
Cena oferty musi uwzględniać całkowity koszt realizacji prac obejmujący zakres opisany w programie funkcjonalno-użytkowym a także wszelkie ewentualne dodatkowe koszty stanowiące ryzyko Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany wycenić i wykonać wszystkie nie ujęte w programie funkcjonalno-użytkowym prace, które są niezbędne do prawidłowego i zgodnego z przeznaczeniem funkcjonowania obiektów będących przedmiotem zamówienia oraz wymagane obowiązującymi przepisami prawa.

Zgodnie z § 1 ust. 1 Umowy nr 510.2017 zawartej 8 sierpnia 2017 r. w Bogatyni pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (dalej „Umowa") *przedmiotem niniejszej umowy jest realizacja zadania inwestycyjnego pn „Budowa odkrytego Kąpieliska w Bogatyni" w formule zaprojektuj i wybuduj obejmującego opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego oraz uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i decyzji pozwolenia na budowę i wykonaniem całości robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej polegających na budowie basenu zewnętrznego w Bogatyni przy ulicy Pocztowej wraz z zagospodarowaniem terenu, dostawą materiałów, urządzeń oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.*

W § 1 ust. 2 Umowy wskazano, że *szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu umowy określa program funkcjonalno-użytkowy opracowany przez Walczak GROUP Mariusz Walczak z siedzibą w Ostrzeszowie, ul. Baczyńskiego 21.*

W § 6 ust. 1 wskazano, że *Zamawiający za wykonanie przedmiotu umowy, zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, ustalone w oparciu o złożoną ofertę w łącznej wysokości 9 458.700,00 zł brutto (7 690.000,00 zł netto).*

W § 14 Umowy, w zakresie dopuszczalności zmian lub uzupełnień umownych postanowiono, iż:

1. Nie dopuszcza się istotnych zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy za wyjątkiem przypadków wymienionych w §6 ust. 20[1], niniejszej umowy;
2. Zamawiający dopuszcza również możliwość wprowadzenia zmian do umowy w przypadkach, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia niniejszej umowy i mających charakter zmian nieistotnych tj. nie odnoszących się do warunków, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.
3. Nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015r., poz. 2164 ze zm.) zmiany: danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną umowy, danych teleadresowych i rejestrowych, będące następstwem sukcesji uniwersalnej po jednej ze stron umowy.
4. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści niniejszej umowy wymagają formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności, z wyłączeniem formy dokumentowej.

W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający udzielił Wykonawcy szeregu zleceń zamiennych oraz dodatkowych do Umowy, pomijając przy tym stosowanie konkurencyjnych trybów udzielania zamówień, m. in. na:

1) dostawę i zasypkę złoża filtracyjnego TURBIDEX na kwotę 243.637,89 zł netto (299.674,60 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 1 lutego 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 15 lutego 2018 r.;
   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 1 lutego 2018 r.: zamiana projektowanego złoża piaskowego na złoże zeolitowe (Turbidex) podyktowana została przyszłymi kosztami eksploatacyjnymi – złoże zeolitowe wymagają płukania co 8-9 dni, złoża piaskowe – co 2 dni; dzięki tej zamianie zmniejszą się koszty zużycia wody i ścieków o ok. 60%;*
2) dostawę i montaż ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie) na kwotę 519.290,05 zł netto (638.726,76 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 8 lutego 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 1 marca 2018 r.;
   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 8 lutego*

[1] §6 ust. 20 Umowy: *Strony umowy nie dopuszczają możliwości cesji wierzytelności.*

2018 r.: budowa dodatkowej atrakcji (ślizg Kamikaze) wynika z prognozowanej ilości użytkowników obiektu co wpływa na wskaźniki ekonomiczne związane z użytkowaniem – użytkownicy z Niemiec i Czech. W promieniu ok. 60 km wokół Bogatyni brak podobnych atrakcji;

3) wykonanie dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2 na kwotę 353.334,71 zł netto (434.601,69 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 1 marca 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 5 marca 2018 r.;

   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 1 marca 2018 r.: w związku ze zwiększoną ilością 'słonecznych tarasów' oraz prognozowanej ilości Użytkowników Inwestor zdecydował o powiększeniu plaży trawiastej – co pozwoli operatorowi uzyskać dodatkowe fundusze na koszty eksploatacyjne;*

4) zwiększenie powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa) na kwotę 165.319,00 zł netto (203.342,37 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 28 lutego 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 30 marca 2018 r.;

   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 28 lutego 2018 r.: zwiększona ilość ciągów komunikacyjnych wynika z poszerzenia i dopasowania zaprojektowanego układu do wykonanego zagospodarowania terenu (ławki, dojścia do nogomyjek) oraz wykonania osobnego wejścia na plac zabaw dla dzieci (zakres działania dłuższy od zakresu działania basenów);*

5) dostawę i montaż dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu na kwotę 153.377,90 zł netto (188.654,82 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 22 marca 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 5 kwietnia 2018 r.;

   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 22 marca 2018 r.: konieczność dodatkowego oświetlenia terenu obiektu wynika ze zwiększonej powierzchni słonecznych tarasów oraz doświetlenia placu zabaw dla dzieci i boiska do piłki siatkowej;*

6) dostawę i montaż oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:

a) 11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED
b) 3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED
c) 5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED

na kwotę 210.529,88 zł netto (258.951,75 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 15 marca 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 30 kwietnia 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 15 marca 2018 r.: zamiana projektowanego złoża piaskowego na złoże zeolitowe (Turbidex) podyktowana została przyszłymi kosztami eksploatacyjnymi – złoże zeolitowe wymagają płukania co 8-9 dni, złoża piaskowe – co 2 dni; dzięki tej zamianie zmniejszą się koszty zużycia wody i ścieków o ok. 60%;*

7) dostawę i montaż dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych na kwotę 251.000,00 zł netto (308.730,00 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 16 kwietnia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 15 maja 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 16 kwietnia 2018 r.: prace te podyktowane prognozowaną ilością użytkowników oraz przystosowaniem obiektu do eventów tematycznych lub firmowych – co pozwoli operatorowi uzyskać dodatkowe fundusze na koszty eksploatacyjne;*

8) zwiększenie powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych na kwotę 343.432,58 zł netto (422.422,07 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 19 kwietnia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 15 maja 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 19 kwietnia 2018 r.: zwiększenie powierzchni słonecznych tarasów wynika z dopasowania geometrii tego elementu do powierzchni działki i jej zagospodarowania. Wpływa również korzystnie dla komfortu i bezpieczeństwa użytkowników.*

W trakcie postępowania wyjaśniającego, Zamawiający, odnosząc się do zmian dotyczących realizacji zamiennych oraz dodatkowych robót budowlanych, wskazał, że przedstawiciele Gminy w umowie z Wykonawcą (w osobach byłego burmistrza oraz skarbnika przebywającego na zwolnieniu lekarskim) *zlecali prace dodatkowe lub zamienne, jednak niestety Urząd* [Gminy Bogatynia] *nie dysponuje szczegółową dokumentacją w tym zakresie, albowiem działania te były podejmowane z pominięciem pracowników Urzędu odpowiedzialnych za realizację zadań Gminy w zakresie zamówień publicznych.* W obliczu powyższej treści, uzasadnienia Zamawiającego w tej kwestii sprowadziły się do przedstawienia przypuszczalnych motywów zlecania zamiennych oraz dodatkowych robót. Zamawiający wskazał, że przedstawiciele Gminy mogli podjąć ww. działania, gdyż:

a) *zakres zleconych prac w ramach umowy z Generalnym Wykonawcą był nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego reprezentowanego wobec Generalnego Wykonawcy wyłącznie przez ww. osoby* [tj. były burmistrz oraz skarbnik];
b) *podstawą do zawierania umów w poszczególnych przypadkach były reguły zawarte dla poszczególnych zleceń odpowiednio w art. 144 ust. 1, w tym szczególnie pkt 2 i 3 oraz pkt 6 PZP;*
c) *wartość wynagrodzenia z tytułu ryczałtu była rażąco nieadekwatna do rzeczywistej wartości realizowanego zamówienia na szkodę Generalnego Wykonawcy i mogła stanowić wyzysk i bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego kosztem Generalnego Wykonawcy z uwagi na zmianę stosunków (...).*

Zamawiający w kolejnym piśmie z dnia 26 lutego 2019 r. ponownie stwierdził, iż nie jest w stanie udzielić wyjaśnień, gdyż nie posiada wiedzy o podstawach prawnych działań osób działających jako przedstawiciele Zamawiającego tj. były burmistrz oraz skarbnik Gminy Bogatynia, *albowiem działania te były podejmowane z pominięciem pracowników Urzędu Miasta i Gminy w Bogatyni odpowiedzialnych za realizację zadań Gminy Bogatynia w zakresie zamówień publicznych, jak również bez udziału służb prawnych Zamawiającego.* Zamawiający domniemywał raz jeszcze (gdyż nie był w stanie uzyskać wyjaśnień od byłego burmistrza oraz skarbnika), iż dokonane zmiany mogły wynikać z faktu, że:

a) *zakres zleconych prac w ramach umowy z Generalnym Wykonawcą był nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego reprezentowanego wobec Generalnego Wykonawcy wyłącznie przez ww. osoby* [tj. były burmistrz oraz skarbnik];
b) *podstawą do zawierania umów w poszczególnych przypadkach mogły być dla poszczególnych zleceń odpowiednio w art. 144 ust. 1, w tym szczególnie pkt 2 i 3 oraz pkt 6 PZP.*

W świetle art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Natomiast wedle art. 140 ust. 3 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 ustawy Pzp.

Według rozwiązań przyjętych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;
2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:
a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:
a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Ponadto zgodnie z art. 144 ust. 1a ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pkt 4 lit. b, zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Poza tym, w nawiązaniu do art. 144 ust. 1b ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Zgodnie z art. 144 ust. 1c ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy. Natomiast jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień (art. 144 ust. 1d ustawy Pzp).

Należy również zaznaczyć, iż na podstawie art. 144 ust. 1e ustawy 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.

W świetle art. 10 ust. 1 ustawy Pzp do podstawowych trybów udzielania zamówienia zalicza się przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Natomiast, zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jednocześnie, zamawiający jest zobligowany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny oraz prawny sprawy należy zauważyć, że w niniejszym przypadku nie zaistniały przesłanki uzasadniające udzielenie Wykonawcy przez Zamawiającego zamiennych oraz dodatkowych zamówień polegających na:

1) dostawie i zasypce złoża filtracyjnego TURBIDEX;
2) dostawie i montażu ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie);
3) wykonaniu dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2;
4) dostawie i montażu oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:
    a. 11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED
    b. 3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED
    c. 5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED;
5) dostawie i montażu dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych;
6) zwiększeniu powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa);
7) dostawie i montażu dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu;
8) zwiększeniu powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych.

Łączna wartość powyższych prac wyniosła 2 239.922,01 zł netto i stanowiła 29,13% wartości umownej realizowanego zamówienia podstawowego.

Istotą przepisu art. 140 ust. 1 ustawy Pzp jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość, czas trwania itp. Z istoty przepisu wynika zatem, że zamówienie nie może być zwiększone. W praktyce celem przepisu jest uniemożliwianie rozszerzania przedmiotu umowy w drodze jej aneksowania. Takie działanie byłoby bowiem naruszaniem ustawy, w tym jednej z jej podstawowych zasad, określonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak zakazu całkowitego dokonywania zmian w umowie, w tym także w przedmiocie zamówienia. W wyjątkowych wypadkach umowa może być zmieniona, a przesłanki uprawniające do zmiany umowy określone są w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W art. 144 ustawy Pzp wyrażono generalną zasadę niezmienności umów o zamówienie publiczne. Umowa jest bowiem efektem określonych procedur, w wyniku których wybrano najkorzystniejszą ofertę. Dopuszczenie dowolnych zmian w umowie o zamówienie publiczne niweczyłoby zupełnie cel ustawy i sens prowadzenia tych procedur. Oznaczałoby całkowity rozdźwięk pomiędzy postępowaniem i ustalonymi w nim warunkami a zobowiązaniem stron wynikającym z treści umowy. Można stwierdzić, iż zarówno wybór wykonawcy, jak i zakres jego zadań oraz zakres obowiązków zamawiającego nie byłby w żaden sposób wiążący, gdyby w umowie o zamówienie publiczne można było dokonywać dowolnych zmian. Od zasady tej przewidziane są wyjątki, które jednakże nie sprzeciwiają się istocie umowy o zamówienie publiczne, którą jest konkretna treść, wynikająca z przeprowadzenia stosownej procedury w określonym trybie.

Aby otrzymać pełną odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający udzielając Wykonawcy szeregu zleceń zamiennych oraz dodatkowych do Umowy z pominięciem stosowania konkurencyjnych trybów udzielania zamówień postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należy rozpatrzeć osobno każdą z przesłanek dopuszczalności zmian umowy określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp.

1) Pierwszy rodzaj dopuszczalnych zmian umowy, określony w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy zmian, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Przewidzenie to musi mieć postać konkretnych postanowień zawartych w dokumentach przetargowych. W postanowieniach tych należy jednoznacznie i precyzyjnie określić zakres dopuszczalnych w przyszłości zmian umowy, charakter tych zmian oraz warunki, których zaistnienie jest niezbędne dla wprowadzenia zmiany. Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Należy zaznaczyć, iż z uwagi na to, że dokonane przez Zamawiającego zmiany umowy nie były objęte treścią ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ ani Programem Funkcjonalno-Użytkowym (stanowiącym załącznik do SIWZ), zmiany te nie mogły być uzasadnione przesłanką dopuszczalności zmian z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

2) Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. zlikwidowała możliwość udzielania zamówień dodatkowych w trybie z wolnej ręki. W to miejsce przewidziano możliwość zrealizowania dodatkowych zamówień w drodze zmiany umowy. Przesłanki zmiany umowy określone w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp są zbliżone do przesłanek pozwalających wcześniej na udzielenie zamówienia dodatkowego.

Zmiana umowy może dotyczyć każdego rodzaju zamówienia i ma obejmować dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane. Pochodzić one muszą od dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego, ale nie mogą być objęte tym zamówieniem, czyli nie mogą wynikać ze zmienianej umowy. Przepis zawarty w art. 144 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wymaga, aby dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane były kontynuacją dotychczasowego przedmiotu zamówienia albo były tożsame z przedmiotem zamówienia podstawowego. Istotnym jest w tej sytuacji wykazanie, że dodatkowe roboty, które nie zostały objęte zamówieniem podstawowym są niezbędne do wykonania (o ile stały się niezbędne). Realizacja dodatkowych robót budowlanych musi być niezbędna, to znaczy że niewykonanie robót dodatkowych spowoduje co najmniej nieprawidłowe wykonanie robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy o roboty budowlane zawartej z dotychczasowym wykonawcą. Ta niezbędność nie zawsze jest jednak odnoszona wprost do realizacji zamówienia podstawowego, a zatem może zaistnieć z innych powodów niż chęć prawidłowego wykonania dotychczasowego zamówienia. Przymiot niezbędności należy raczej utożsamiać z zamawiającym, a nie z realizowanym zamówieniem podstawowym.

Na niemożność zmiany wykonawcy zamówienia wskazują dalsze przesłanki wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy więc wykazać, że zmiana ta nie może być dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, a także, że spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego. Biorąc pod uwagę sytuację, w której nowy wykonawca musiałby zostać wybrany w jednym z konkurencyjnych trybów, istotna niedogodność może polegać chociażby na stracie czasu niezbędnego do wyboru wykonawcy. Jednocześnie przeprowadzenie nowego postępowania może być na tyle kosztowne w stosunku do dokonywanych zmian, że

sprzeciwiają się temu względy ekonomiczne. Ponadto podstawa zmiany umowy jest ograniczona kwotowo. Nie powinna przekraczać 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Zarazem, aby zamówienie podstawowe nie stało się pretekstem do wielokrotnego realizowania dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, wprowadzono przepis art. 144 ust. 1a ustawy Pzp, który zabrania zamawiającemu wprowadzania kolejnych zmian umowy w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Za takie unikanie na pewno można uznać sytuację, w której kolejne dodatkowe zamówienia łącznie z umową podstawową przekroczą wartościowo kwotę jednego z progów ustawy, określających bardziej rygorystyczne procedury udzielania zamówień. Jeszcze jednym elementem kontroli zmian umowy polegających na zamawianiu dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych jest konieczność zamieszczania w BZP lub przekazywania do publikacji w Dz. Urz. UE ogłoszeń o zmianie umowy. Należy to czynić na specjalnie do tego przeznaczonych formularzach ogłoszeniowych, każdorazowo po dokonaniu kolejnej zmiany umowy.

Odwołując się w tym miejscu do udzielonych przez Zamawiającego Wykonawcy zleceń zamiennych oraz dodatkowych do Umowy w kontekście przesłanki niezbędności ich wykonania, wskazać należy, że ani ustawa, ani też prawo europejskie, nie precyzują, na czym ta niezbędność ma polegać. Pewnym kierunkiem interpretacyjnym wydaje się być motyw 108 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. Wedle treści ww. motywu instytucje zamawiające mogą stanąć w obliczu sytuacji, gdy dodatkowe roboty budowlane, dostawy lub usługi okażą się konieczne. W takich przypadkach modyfikacja pierwotnej umowy bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być uzasadniona, w szczególności gdy dodatkowe dostawy mają na celu częściową wymianę albo zwiększenie bieżących usług, dostaw lub rozbudowę istniejących instalacji, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów, robót budowlanych lub usług o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

W przypadku udzielonych Wykonawcy przez Zamawiającego zamówień zamiennych oraz dodatkowych, tj.:

1) dostawy i zasypki złoża filtracyjnego TURBIDEX;
2) dostawy i montażu ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie);
3) wykonania dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2;
4) dostawy i montażu oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:
    a. 11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED

b. 3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED
c. 5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED;

5) dostawy i montażu dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych;
6) zwiększenia powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa);
7) dostawy i montażu dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu;
8) zwiększenia powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych;

nie mogą one zostać obiektywnie uznane jako niezbędne. Prace te miały na celu w głównej mierze podnieść komfort, bądź bezpieczeństwo użytkowania przedmiotu pierwotnego zamówienia, tj. kąpieliska, bądź też udzielenie ich uzasadniane było względami ekonomicznymi (obniżenie kosztów eksploatacji). Pominięcie powyższych zamiennych oraz dodatkowych zamówień w treści SIWZ zamyka drogę do udzielenia ich na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Szeroki zakres udzielonych zamówień zamiennych oraz dodatkowych wykracza obiektywnie poza ich dodatkowy charakter. Ciężko zarazem znaleźć uzasadnienie dla udzielonych zamówień patrząc w szerszej perspektywie na samego Zamawiającego ze względu na rozmiary przedsięwzięć, ich mnogość, cenę i różnorodność zadań.

W przypadku ww. zmian umownych, badanie ich dopuszczalności pod kątem przesłanek opisanych art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a-c ustawy Pzp należy uznać za niecelowe ze względu na brak przymiotu niezbędności tych zmian.

3) Zgodnie z przesłanką zawartą w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:
a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Trzecią przesłankę cechuje więc brak możliwości przewidzenia zmiany, a więc nieprzewidywalność. Nieprzewidywalność wystąpienia zamiennych oraz dodatkowych robót musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego (musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia - nieprzewidywalność zobiektywizowana), nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania postępowania lub wykonywania robót budowlanych. Oznacza, że zamiennych oraz dodatkowych robót nie mógł przewidzieć zarówno

zamawiający, jak i wykonawca. Nie chodzi tu o sytuację nieprzewidzianą przez zamawiającego, bo jest jasne, iż nie zostało to przewidziane, ale czy przewidziane być mogło i powinno. Jeśli zamawiający nie przewidział określonych robót budowlanych tylko dlatego, że nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie może nabywać od dotychczasowego wykonawcy zamiennych oraz dodatkowych robót budowlanych. Próbę bliższego określenia przesłanki podjął też ustawodawca unijny w motywie 109 do dyrektywy 2014/24/UE. „Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością." Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować – w świetle art. 355 kodeksu cywilnego – dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego – co do zasady – przedsiębiorcą.

W przypadku udzielonych Wykonawcy przez Zamawiającego zamówień zamiennych oraz dodatkowych, tj.:

1) dostawy i zasypki złoża filtracyjnego TURBIDEX;
2) dostawy i montażu ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie);
3) wykonania dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2;
4) dostawy i montażu oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:
    a. 11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED
    b. 3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED
    c. 5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED;
5) dostawy i montażu dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych;

6) zwiększenia powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa);
7) dostawy i montażu dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu;
8) zwiększenia powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych;

uzasadnienie konieczności wykonania ww. robót niższymi kosztami eksploatacyjnymi lub podniesieniem komfortu i bezpieczeństwa użytkowania przedmiotu pierwotnego zamówienia, tj. kąpieliska, nie można potraktować jako obiektywnie nieprzewidywalne. Zarówno dane dotyczące określonych właściwości urządzeń, jak również dane statystyczne odnośnie potencjalnych klientów obiektu, stanowią informacje, które przy zachowaniu należytej staranności w związku z planowaną inwestycją budowy kąpieliska, powinny być znane już na etapie przygotowywania postępowania. Wobec tego, dokonywanie zmian pierwotnych założeń, kierując się zmniejszeniem kosztów eksploatacyjnych lub poprawą komfortu i bezpieczeństwa, nie wypełnia w tych przypadkach ustawowych przesłanek w zakresie zaistnienia okoliczności, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć wcześniej.

4) W świetle art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp możliwe jest dokonywanie zmian o charakterze nieistotnym, niezależnie od wartości tych zmian. Zgodnie z art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli zmiana:

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.

Należy stwierdzić, iż dokonane przez Zamawiającego zmiany nie zmieniły ogólnego charakteru umowy w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy, a także nie zaszły

okoliczności wskazane w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a, b lub d. W związku z tym, kwestią wymagającą rozpatrzenia pozostaje okoliczność z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W kwestii wystąpienia okoliczności opisanej w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. c ustawy Pzp tj. zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres umowy, zaznaczyć należy, iż zmiany tej nie powinno się oceniać jedynie z punktu widzenia wzrostu wynagrodzenia, które może nastąpić z różnych powodów, lecz poprzez ocenę wielkości zamówionego świadczenia, a świadczenia wprowadzanego zmianą. Jeżeli bez żadnego powodu następuje znaczne zwiększenie wolumenu zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych, to taka zmiana jako istotna jest niedozwolona. Biorąc pod uwagę szeroki zakres nowych zleceń ujętych w udzielonych przez Zamawiającego zamówieniach zamiennych oraz dodatkowych, nie sposób potraktować tych zmian jako nieznacznych, wobec czego udzielenie ośmiu (nieuzasadnionych wcześniej analizowanymi przesłankami dopuszczalności zmian umownych) zamówień zamiennych oraz dodatkowych na łączną wartość w wysokości 2 239.922,01 zł netto (2 755.104,06 zł brutto) przy wartości umowy wynoszącej 7 690.000,00 zł netto (9 458.700,00 zł brutto) stanowi znaczne rozszerzenie zakresu świadczeń Wykonawcy (29,13% wartości umowy podstawowej).

5) Ostatnią przesłanką dopuszczalności zmian umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest przypadek, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

W niniejszym stanie faktycznym wartość zamówienia wynosi 7 690.000,00 zł netto (9 458.700,00 zł brutto), natomiast łączna wartość ośmiu (nieuzasadnionych wcześniej analizowanymi przesłankami dopuszczalności zmian umownych) zmian wynosi 2 239.922,01 zł netto (2 755.104,06 zł brutto), zatem łączna wartość zmian jest znacznie większa od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (wynosi 29,13% wartości umowy podstawowej). Wobec tego, zmiany Umowy nie mogły być uzasadnione przesłanką dopuszczalności zmian z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Reasumując, należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 pkt 1-3, 5-6 w zw. z art. 10 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający udzielając zamiennych oraz dodatkowych zamówień polegających na:

1) dostawie i zasypce złoża filtracyjnego TURBIDEX;
2) dostawie i montażu ślizgu KAMIKAZE wraz z urządzeniami i robotami towarzyszącymi (sofa hamowna, pompa, orurowanie);

3) wykonaniu dodatkowej powierzchni trawiastej – 14.800 m^2;
4) dostawie i montażu oświetlenia wielofunkcyjnej niecki basenowej, tj:
    a. 11 x podwodna lampa RGB 36 LED + 3 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 36 LED
    b. 3 x podwodna lampa RGB 3 LED + 1 x sterownik + 1 x pilot dla lamp RGB 3 LED
    c. 5 x podwodna lampa 60 LED + 2 x transformator dla lamp białych 60 LED;
5) dostawie i montażu dodatkowych elementów ZT – ławki gabionowe + miejsca dla busów gastronomicznych;
6) zwiększeniu powierzchni ciągów komunikacyjnych wraz ze zmianą parametrów materiałów (kostka brukowa);
7) dostawie i montażu dodatkowych opraw oświetleniowych zewnętrznych na terenie basenu;
8) zwiększeniu powierzchni słonecznych tarasów wraz z montażem siedzisk granitowych;

przekroczył dopuszczalny zakres zmian zawarty w art. 144 ust. 1 w szczególności pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Postępowania te winny być oparte na trybach konkurencyjnych z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z czym Zamawiający swoim działaniem nie zachował warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców będących potencjalnie w stanie wykonać ww. zamówienia zamienne oraz dodatkowe.

Ad. 2

W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający dokonał również zmian Umowy, polegających na:

1) dostawie i montażu ogrodzenia ze średnicą drutu (6 i 8 mm) oraz 2 dodatkowych bram wjazdowych na kwotę 165.100,00 zł netto (203.073,00 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 26 kwietnia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 15 maja 2018 r.;
   Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 26 kwietnia 2018 r.: zastosowano panele ogrodzeniowe z większą średnicą drutu (6 i 8 mm) oraz 2 dodatkowe bramy wjazdowe wraz z wykonaniem osobnego ogrodzenia dla placu zabaw dla dzieci (ogrodzenie + furtki). Zmiana podyktowana zdarzeniami w trakcie realizacji inwestycji – kradzieże;*
2) wykonaniu wymiany gruntu na działkach przeznaczonych pod budowę basenu Miejskiego w Bogatyni na kwotę 2.118.000,00 zł netto (2.605.140,00 zł brutto),

z terminem wykonania do dnia 30 maja 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 20 grudnia 2017 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 20 grudnia 2017 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 20 grudnia 2017 r.: na podstawie przeprowadzonych badań geologicznych stwierdzono konieczność przeprojektowania posadowienia obiektów; Zamawiający nie załączył do materiałów przetargowych informacji nt. stanu gruntów na działkach inwestycyjnych;*

3) wykonaniu płyt fundamentowych pod budynkami: użytkowym i technicznym gr. 40 cm, zbrojonych siatką zbrojeniową (fi 12) górą i dołem na kwotę 374.273,73 zł netto (460.356,69 zł brutto), z terminem wykonania do dnia 30 kwietnia 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 2 stycznia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 2 stycznia 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 2 stycznia 2018 r.: na podstawie przeprowadzonych badań geologicznych stwierdzono konieczność przeprojektowania posadowienia obiektów; Zamawiający nie załączył do materiałów przetargowych informacji nt. stanu gruntów na działkach inwestycyjnych;*

4) wykonaniu wzmocnionej podbudowy pod ciągi komunikacyjne na kwotę 1.155.010,32 zł netto (1.420.662,69 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 czerwca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 2 stycznia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 5 stycznia 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 2 stycznia 2018 r.: na podstawie przeprowadzonych badań geologicznych stwierdzono konieczność przeprojektowania posadowienia obiektów; Zamawiający nie załączył do materiałów przetargowych informacji nt. stanu gruntów na działkach inwestycyjnych;*

5) wykonaniu fundamentowania niecek basenowych na kwotę 1.324.893,08 zł netto (1.629.618,49 zł brutto); z terminem wykonania do dnia 30 lipca 2018 r., udzielonego na podstawie protokołu konieczności z dnia 4 stycznia 2018 r. (brak daty udzielenia zamówienia) zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę ofertą z dnia 9 stycznia 2018 r.;

Uzasadnienie konieczności wykonania robót dodatkowych, nieobjętych Programem Funkcjonalno-Użytkowym? pochodzące z *Protokołu konieczności z dnia 4 stycznia 2018 r.: konieczność wykonania dodatkowego zbrojenia pod posadowienie niecek*

basenowych jest spowodowane niestabilnością gruntów przeznaczonych pod realizację inwestycji (opinia geotechniczna).

Wyżej wymienione zmiany Umowy należy uznać za uzasadnione na podstawie przesłanki zmiany umowy z art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że:
2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

W stosunku do zamówienia polegającego na dostawie i montażu ogrodzenia ze średnicą drutu (6 i 8 mm) oraz dwóch dodatkowych bram, uzasadnienie konieczności wykonania wynikało z dokonywanych kradzieży. Stwierdzić należy, iż przyczyna ta była niezbędna dla prawidłowego wykonania zamówienia. Pozostałe zaś zlecenia uzasadnione były koniecznością przeprojektowania posadowienia obiektów co wynikało z przeprowadzonych badań geologicznych. W związku z tym, iż w rozdziale 2 pkt 2.1 lit. a) Programu Funkcjonalno-Użytkowego wskazano, że Zamawiający obligatoryjnie wymagał wykonania badań gruntowo-wodnych terenu wraz z opinią geotechniczną, a także ze względu, że przedmiot zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj" obejmował w ramach jednej inwestycji, opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i decyzji pozwolenia na budowę oraz realizację robót budowlanych, potrzeby wynikające z dostosowania gruntu pod realizację przedmiotu zamówienia w postaci ww. zamówień dodatkowych, należy potraktować jako niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołując się w tym miejscu do pozostałych przesłanek możności zmiany umowy, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a-c ustawy Pzp, w kontekście zmian umowy uznanych wyżej za niezbędne, stwierdzić należy, iż ich dokonanie jest obiektywnie uzasadnione. W zakresie przesłanek z lit. a i b ww. przepisu ustawy Pzp, zauważyć należy, iż w przypadku robót budowlanych, zmiana wykonawcy mogłaby spowodować istotną niedogodność natury ekonomicznej bądź technicznej, lub znaczne zwiększenie kosztów dla

Zamawiającego, choćby dlatego, że na terenie budowy jest zgromadzony stanowiący własność dotychczasowego Wykonawcy robót budowlanych sprzęt budowlany ustawiony w ciągu technologicznym, zgodnie z harmonogramem wykonywania robót budowlanych, zaplecze budowy, materiały budowlane, w związku z tym powierzenie wykonania robót dodatkowych innemu wykonawcy spowodowałaby poniesienie przez Zamawiającego znacznych kosztów w związku z ich usunięciem przez dotychczasowego wykonawcę na czas realizacji dodatkowych robót budowlanych przez innego wykonawcę. Zarazem, w odniesieniu do trzeciej przesłanki, opisanej w art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c, wartość każdego kolejnego zamówienia dodatkowego nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w Umowie, co potwierdzają załączone przez Zamawiającego dokumenty.

Zarazem, zgodnie z art. 144 ust. 1c ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy.

W niniejszym przypadku Zamawiający nie dopełnił formalnego obowiązku wynikającego z art. 144 ust. 1c ustawy Pzp, gdyż po dokonaniu zmian Umowy polegających na:

1) dostawie i montażu ogrodzenia ze średnicą drutu (6 i 8 mm) oraz dwóch dodatkowych bram
2) wykonaniu wymiany gruntu na działkach przeznaczonych pod budowę basenu Miejskiego w Bogatyni;
3) wykonaniu płyt fundamentowych pod budynkami: użytkowym i technicznym gr. 40 cm, zbrojonych siatką zbrojeniową (fi 12) górą i dołem;
4) wykonaniu wzmocnionej podbudowy pod ciągi komunikacyjne;
5) wykonaniu fundamentowania niecek basenowych;

na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na wartość tych zmian, Zamawiający miał obowiązek zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o ww. zmianach Umowy. Powyższe zaniechanie stanowi zatem naruszenie art. 144 ust. 1c ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia *Informacji o wyniku kontroli.*

ZASTĘPCA DYR...
Departament Kontroli Zamówień Publi...
Katarzyna Tyc-Ob...