

Łódź, dnia 12 listopada 2015 roku

Pan
GRZEGORZ NITA
Dyrektor Zarządu Dróg i
Transportu

WK – 602/44/2015

Działając na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity Dz.U. z 2012 r., poz. 1113 ze zm.) informuję Pana Dyrektora, że Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi przeprowadziła kontrolę gospodarki finansowej i zamówień publicznych w Zarządzie Dróg i Transportu w Łodzi¹. Kontrolą objęto wybrane o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U z 2013 r., poz. 907 ze zm.). Stwierdzone w wyniku czynności kontrolnych nieprawidłowości i uchybienia wynikały z nieprzestrzegania obowiązujących przepisów, niedostatecznego nadzoru ze strony kierownictwa jednostki oraz naruszania procedur kontroli wewnętrznej.

Wykazane uchybienia i nieprawidłowości – szczegółowo opisane w protokole kontroli, którego egzemplarz pozostawiono w kontrolowanej jednostce – dotyczyły w szczególności:

I.

W zakresie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowy ulicy Św. Teresy od Dzieciątka Jezus na odcinku od ul. Szczecińskiej do ul. Traktorowej w Łodzi

Stwierdzono, że w dniu publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na stronie internetowej zamawiającego, tj. w dniu 12 lipca 2014 roku, nie zawierała ona wszystkich, wymienionych w spisie treści elementów: [1] opisu technicznego, w tym: podstawy opracowania, zakresu projektu, istniejących linii oświetlenia, projektowanego oświetlenia (zasilania i sterowania oświetlenia),

¹ Czynności kontrolne przeprowadzone zostały w ramach kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Miasta Łodzi. W dniu 21 września 2015 roku jednostka kontrolowana odmówiła podpisania protokołu kontroli.

projektowanych rozdzielnic ROU, projektowanych linii oświetleniowych, układania projektowanych kabli, ochrony od porażeń prądem elektrycznym), uwag ogólnych, obliczeń technicznych oraz zestawienia podstawowych materiałów – pkt 2 – 4 spisu treści dla Projektu oświetlenia ul. Świętej Teresy od Dzieciątka Jezus na odcinku od ul. Szczecińskiej do ul. Traktorowej w Łodzi; [2] Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) dla rozwiązania kolizji teletechnicznych T.01.03.02. Brakujące elementy SIWZ zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 8 sierpnia 2014 roku, w konsekwencji pytań składanych przez oferentów. Powyższe stanowiło naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym to przepisem - specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. W przypadku robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia, będący integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, na co wskazuje art. 31 ww. ustawy. Dlatego też, zgodnie z treścią art. 42 ww. ustawy - niezbędne jest umieszczenie w wymaganym terminie kompletnej specyfikacji, wraz z wszystkimi załącznikami i dokumentacją projektową. Przestrzeganie powyższej regulacji jest istotne także ze względu na fakt, iż w związku z nieopublikowaniem pełnej SIWZ w terminie i przekazaniu brakujących elementów w późniejszym czasie, skróceniu ulega okres przeznaczony dla wykonawców na zadawanie pytań dotyczących uzupełnionego zakresu, na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zamówienia publicznego na wykonanie przebudowa układu drogowo – torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego

1. W dniu 7 marca 2013 roku zamawiający wszczął postępowanie dotyczące przebudowy układu drogowo – torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Zarządu Dróg i Transportu. W dniu 4 marca 2013 roku przekazano ogłoszenie do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (dalej DUUE), którego publikacja nastąpiła w dniu 7 marca 2013 roku pod nr 2013/S 047-075821 (wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Analiza strony internetowej zamawiającego wykazała, że zamawiający po dniu ogłoszenia przetargu uzupełniał dokumenty opisujące przedmiot zamówienia (np. projekt wykonawczy branży drogowej – układ drogowo – torowy oraz projekt budowlany), co nastąpiło nawet po upływie miesiąca od dnia wszczęcia postępowania. Było to spowodowane, m.in., uwagami wykonawców biorących udział w postępowaniu (opis w protokole kontroli).

W ocenie RIO w Łodzi dokumentacja taka jak projekt budowlany, czy też projekt wykonawczy branży drogowej – układ drogowo – torowy, winna zostać opublikowana na stronie internetowej w celu zadośćuczynienia konieczności jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, które miało być realizowane w centrum Łodzi. Tym bardziej, że w dniu wszczęcia postępowania zamawiający nie dysponował akceptacją zgłoszeń robót budowlanych/pozwoleniami na budowę, a nawet jeszcze nie złożył stosownych zgłoszeń, lub wniosków o wydanie decyzji pozwolenia na budowę.

Powyższe oznacza, że zamawiający nie mógł przesądzić, czy właściwy organ nie zakwestionuje zgłoszeń i zażąda wystąpienia o wydanie decyzji pozwolenia na budowę. Sądząc po cytowanych w protokole kontroli pytaniach, także wykonawcy uważali, że publikacja w ramach SIWZ dokumentów takich jak projekt budowlany, czy też projekt wykonawczy branży drogowej – układ drogowo – torowy była konieczna do prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że takiego samego zdania (przynajmniej na etapie przygotowania postępowania) był również sam zamawiający, **który dokumentację projektową opracował (zakładając racjonalność postępowania, uzasadnione jest domniemanie, że dokumentacja taka była niezbędna)** oraz traktował ją nie jako załącznik do SIWZ, lecz jako jeden z jej tomów. Ten sam zamawiający nie opublikował jednak znacznej części tej dokumentacji projektowej w ustawowym terminie, czym naruszył art 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Przywołany przepis zobowiązuje zamawiającego do udostępnienia na stronie internetowej wszystkich dokumentów i załączników, składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W szczególności dotyczy to dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający od dnia 7 marca 2013 roku, tj. dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE udostępnił na stronie internetowej jedynie część SIWZ pomijając jej kluczowe fragmenty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia uzupełnianie w późniejszym okresie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2008 roku, KIO/UZP 104/08, stwierdziła m.in.: *„Dokumentacja projektowa jest częścią specyfikacji i jako taka powinna zostać zamieszczona na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia, zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”* Wymóg wynikający z art. 42 ust. 1 ww. ustawy nierozdzielnie wiąże się z minimalnymi terminami składania ofert, które zostały określone w art. 43 ustawy. Brak bowiem udostępnienia części SIWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu pośrednio wpływa na termin, w którym wykonawcy mają nieskrępowany dostęp do informacji niezbędnych do przygotowania oferty.

2. W dniu 25 kwietnia 2013 roku opublikowano na stronie BIP zamawiającego ostatnią serię wyjaśnień SIWZ w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo zamawiający w dniu 25 kwietnia 2013 roku przekazał wykonawcom za pośrednictwem faksu (w dwóch przypadkach za pośrednictwem poczty elektronicznej) informację, że na stronie internetowej www.zdit.uml.lodz.pl opublikowano przedmiotowe wyjaśnienia, wśród których znalazło się m.in.: Pytanie nr 1 zestaw XXIV wykonawcy KRAL Sp. z o.o. (wpływ do zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2013 roku - faks): „Czy nie jest nadmiernym wymaganiem żądanie, określone w tomie I SIWZ pkt 7.2.e, od podmiotów udzielających swoich zasobów osobowych dokumentów finansowych określonych w pkt 7.1.7 i 7.1.8. Podmioty te nie wpływają na sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy – składającego ofertę? Prosimy o usunięcie pktu 7.2.e.” Odpowiedź: „Zamawiający nie żąda od Wykonawcy polegającego na osobach zdolnych do wykonywania zamówienia, innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp załączenia do oferty dokumentów, o których mowa w pkt 7.1.7. i 7.1.8. Tomu I SIWZ”. Na zakończenie czwartej serii wyjaśnień, udzielonych w trybie art. 38 ww.

ustawy, zamawiający wskazał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani są do uwzględnienia w ofercie treści udzielonych odpowiedzi.

Udzielona odpowiedź zmieniała zakres dokumentów żądanych od wykonawców polegających na potencjale innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym konkretnym przypadku ściśle w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia – potencjał kadrowy². Należy podkreślić, że prawodawca nie określił żadnej szczególnej formy dokonywania zmian treści specyfikacji.

W literaturze przedmiotu przyjęto, iż nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w oddzielnym piśmie, zamieścił ujednoczony tekst specyfikacji uwzględniający zmiany, czy też dokonał tego poprzez odpowiedzi na pytania wykonawców. Informacja taka nie musi być nawet opatrzona klauzulą, iż udzielone odpowiedzi stanowią zmianę SIWZ, aby stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają/zmieniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert³.

Zgodnie z pkt 7.1. SIWZ – „w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca obowiązany był dołączyć do oferty następujące dokumenty” m.in.:

- pkt 7.1.7. – „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”;
- pkt 7.1.8. – „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Z kolei w pkt 7.2. i 7.3. SIWZ zamawiający wskazał, że

7.2. „W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych, innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, e) dokumentów, o których mowa w pkt. 7.1.7. i 7.1.8.

7.3. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt. 6.1.5. SIWZ polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na

2 Wykonawca konsorcjum: KRAL Sp. z o.o. (lider), MPK-Lódź Sp. z o.o. (partner), Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane KEMY Sp. z o.o. (partner) w złożonej później ofercie nr 3 wymienił trzech kierowników robót, którzy mieli być udostępnieni przez podwykonawców i jednocześnie korzystając z cytowanej odpowiedzi nie załączył dokumentów wymaganych w pkt III.2.2) ogłoszeń o zamówieniu oraz w pkt 7.1.7. i 7.1.8. SIWZ.

3 Zob. np. wyrok KIO z dnia 12 maja 2010 r., KIO/UZP 729/10.

zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, przedkłada dokumenty, o których mowa w pkt 7.1.7. i 7.1.8. dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej.”

Mając na uwadze treść pkt 7.2.e SIWZ należy negatywnie ocenić żądanie przez zamawiającego opłaconej polisy i informacji banku (lub dokumentów dotyczących tych dokumentów – jak wskazano literalnie w SIWZ) od podmiotów udostępniających wykonawcy potencjał taki jak: wiedzę i doświadczenie, lub/i osoby zdolne do wykonania zamówienia. Odpowiedź udzielona przez zamawiającego w pytaniu nr 1 zestawu nr XXIV zmieniała wymóg wynikający z pkt 7.2.e SIWZ, jednak tylko w zakresie potencjału kadrowego. Pozostawiono natomiast zapis w stosunku do wykonawców korzystających z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, który zaprzeczał treści § 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231), z którego wynikało, że zamawiający może wymagać informacji banku i/lub opłaconej polisy od podmiotu udostępniającego potencjał wykonawcy, jednak wyłącznie jeżeli ten potencjał służy wykazaniu spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej (dokumenty takie jak opłacona polisa, czy też informacja z banku nie mają nic wspólnego z wiedzą i doświadczeniem). Zgodnie z ww. § 1 ust. 6 pkt 1 - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać: w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11⁴, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pozostawienie przez zamawiającego żądania opłaconej polisy i informacji banku (lub nieskonkretyzowanych dokumentów dotyczących tych dokumentów) od podmiotów udostępniających wykonawcy potencjał taki jak wiedzę i doświadczenie, należy traktować jako nieuzasadnione i naruszające zdanie pierwsze art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do którego - w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Dodatkowo, pomimo udzielenia omówionej powyżej odpowiedzi na pytanie wykonawcy (nr 1 zestaw XXIV), zamawiający nie dostosował w analogicznym zakresie treści ogłoszeń o zamówieniu⁵. Udzielenie odpowiedzi zmieniającej

4 Zamawiający może żądać: wg pkt 9 - sprawozdania finansowego albo jego części, wg pkt 10 - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wg pkt 11 - opłaconej polisy.

5 Pkt III.2.1)2 ogłoszeń o zamówieniu do końca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego brzmiał: „W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych, innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposobu wykorzystania

zapisy SIWZ w zakresie dokumentów żądanych od wykonawców korzystających z potencjału innych podmiotów odnośnie osób zdolnych do wykonania zamówienia – potencjał kadrowy, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i brak zmiany analogicznych zapisów w ogłoszeniach o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ww. ustawy.

3. Analiza zmian SIWZ oraz ogłoszeń o zamówieniu dokonywanych w trakcie postępowania wykazała, że wykonawcy korzystali z trybu przewidzianego w art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnosili liczne pytania dotyczące treści specyfikacji. Mając na uwadze, że postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość zamówienia była większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zamawiający był zobligowany do udzielenia odpowiedzi nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Z uwagi na pierwotne wyznaczenie terminu składania ofert na dzień 16 kwietnia 2013 roku oraz brzmienie art. 38 ust. 1b, stosownie do którego przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu złożenia wniosku, zamawiający był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na pytania, które wpłynęły do dnia 26 marca 2013 roku (w dniu 4 marca 2013 roku zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji w DUUE, która nastąpiła w dniu 7 marca 2013 roku pod nr 2013/S 047-075821). W przypadku wniosków wpływających po tym terminie udzielanie wyjaśnień miało charakter fakultatywny. W dniu 25 marca 2013 roku (godz. 15:23) wpłynął za pośrednictwem faksu zestaw pytań od wykonawcy BUDIMEX S.A. (wg pieczęci ZDiT wpływ odnotowano w dniu 26 marca). Stwierdzono, że zamawiający nie udzielił odpowiedzi na część pytań złożonych w ww. zestawie (na niektóre z pytań zamawiający udzielał odpowiedzi w innych zestawach). W tym zakresie zamawiający nie wypełnił dyspozycji wynikających z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
4. W przewidzianym terminie składania ofert, tj. do dnia 6 maja 2013 roku do godziny 10:00 wpłynęły **3** oferty, w tym oferta najtańsza, złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KRAL Sp. z o.o. (lider), MPK-Łódź Sp. z o.o. (partner), Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane KEMY Sp. z o.o. (partner), cena brutto oferty 28.844.975,85 zł. W pkt 9 SIWZ zamawiający określił wymagania dotyczące wadium (600.000,00 zł), wskazując m.in.: „W przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej winna ona zawierać następujące elementy:
 - a) **wskazanie Wykonawcy**, wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ubezpieczenia, wskazanie Gwaranta (banku lub towarzystwa ubezpieczeniowego udzielającego gwarancji) **oraz wskazanie ich siedzib, [...]**

zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, e) dokumentów, o których mowa w pkt. III.2.2)”.
Dodatkowo pkt III.2.2) ogłoszeń pn. Zdolność ekonomiczna i finansowa, wskazywał: „[...]Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca obowiązany jest dołączyć do oferty następujące dokumenty: 1. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej [...], 2. opłaconą polisę [...]”.

- e) z treści gwarancji lub poręczenia powinno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia Zamawiającemu na pierwsze pisemne żądanie pełnej sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu przewidziane w ustawie okoliczności, określone w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych [...]”.

W celu wypełnienia wymagań SIWZ do oferty nr 3 załączono m.in. gwarancję bankową wadium nr DIFSP/152/2013 z dnia **22 kwietnia 2013 roku**. W treści gwarancji określono beneficjenta: Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu oraz wskazano: „[...] Zostaliśmy poinformowani, że w związku z publicznym ogłoszeniem przez Was w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego” - Nr sprawy ZDiT-DZ.331.27.2013 [...], Miejskie Przedsiębiorstwo Komunalne – Łódź Sp. z o.o. ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź, zwane dalej Wykonawcą, złoży ofertę, zwaną dalej Ofertą. My Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna [...] działając na zlecenie Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego – Łódź Sp. z o.o. ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam każdej kwoty do wysokości **600.000,00 zł** [...] na pierwsze Wasze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane oraz Wasze pisemne oświadczenie, że Wykonawca: [...] Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty. Zobowiązanie z tytułu niniejszej gwarancji wygasa z upływem terminu jej ważności mimo niezwrócenia jej nam. Gwarancja niniejsza jest nieprzenośna.”

W ofercie nr 3 znajdowało się również pełnomocnictwo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w treści którego umocowni przedstawiciele wykonawców wchodzących w skład tzw. konsorcjum w postępowaniu sygn. ZDiT-DZ.331.27.2013 ustanowili pełnomocnikiem Andrzeja Wójcickiego – Prezesa Zarządu KRAL Sp. z o.o. (zarząd jednoosobowy). Istotny z punktu widzenia daty wystawienia gwarancji wadialnej (z dnia 22 kwietnia 2013 roku) jest fakt, że przedmiotowe **pełnomocnictwo zostało udzielone dopiero w dniu 24 kwietnia 2013 roku przez przedstawicieli MPK – Łódź Sp. z o.o. oraz jeszcze później, bo w dniu 30 kwietnia 2013 roku przez przedstawiciela KRAL Sp. z o.o. i P.D.B. KEMY Sp. z o.o. (daty przy podpisach osób umocowanych do reprezentacji).** Powyższe wskazywało, że w dniu wystawiania gwarancji wadialnej nr DIFSP/152/2013 na zlecenie wykonawcy MPK – Łódź Sp. z o.o., wykonawca mógł planować złożyć indywidualną ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tłumaczy dlaczego w rzeczony gwarancji bankowej nie było wzmianki o jakimkolwiek konsorcjum, o wyartykułowaniu firm pozostałych wykonawców nie wspominając. Pełnomocnictwo upoważniało Prezesa KRAL Sp. z o.o. (lider konsorcjum) – Andrzeja Wójcickiego do szeroko rozumianej reprezentacji konsorcjum w postępowaniu, a także do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. **We wstępie wzmiankowanego pełnomocnictwa wykonawcy przesadzili, że nie łączy ich umowa regulująca wzajemne relacje w tym konkretnym postępowaniu i nie wystąpi taka umowa do czasu uzyskania zamówienia publicznego.** Zamawiający również nie udostępnił takiej umowy w trakcie kontroli⁶.

⁶ Inspektorzy RIO w Łodzi ustalili w rozmowie telefonicznej przeprowadzonej w dniu 20 marca 2015 roku o godzinie 12:31 z Naczelnikiem Wydziału Inwestycji i Remontów Joanną Adamczyk, że zamawiający nie dysponuje umową konsorcjum, ponieważ nie żądano jej od wykonawcy.

Mając na względzie powyższe RIO w Łodzi doszło do przekonania, że gwarancja bankowa wadium nr DIFSP/152/2013 wystawiona na rzecz MPK – Łódź Sp. z o.o. – jednego z wykonawców składających ofertę wspólną, nie zabezpieczała w sposób należyty i niebudzący wątpliwości oferty nr 3 złożonej przez trzech wykonawców. Wobec powyższego wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Gwarancja bankowa wadium nr DIFSP/152/2013 nie obejmowała okoliczności określonych w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną, a jedynie wobec MPK – Łódź Sp. z o.o. Inaczej mówiąc przypisanie, co najmniej jednego ze zdarzeń określonych w art. 46 ust 4a i 5 ww. ustawy do któregośkolwiek z wykonawców niewymienionych w gwarancji wadium nr DIFSP/152/2013 mogło prowadzić do nieuzyskania kwoty wadium przez zamawiającego,. Tym samym wadium załączone do oferty nr 3 nie stanowiło substytutu pieniądza.

Uzasadnione wątpliwości związane z wadium wniesionym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być rozpatrywane w sposób rygorystyczny. Takie stanowisko wynika, m.in., z bogatego orzecznictwa, m.in. z wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 roku (sygn. X Ga 189/13, szerzej w protokole kontroli).

Na kanwie omawianego stanu faktycznego dotyczącego gwarancji bankowej nr DIFSP/152/2013, RIO w Łodzi zauważa, iż oprócz przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w ustawie Prawo zamówień publicznych nie bez znaczenia pozostaje podmiotowa strona ich wypełnienia. Okoliczności przewidziane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy nie występują bowiem w próżni, lecz są nierozłącznie związane i przypisane do konkretnych podmiotów (wykonawców), którzy je wypełniają występując w drugim stosunku prawnym zwanym stosunkiem podstawowym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia gwaranta zakres podmiotów, które potencjalnie mogą wypełnić okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest niezwykle istotny, ponieważ to ich sytuację finansową/ekonomiczną bada gwarant przed wystawieniem gwarancji, to ta sytuacja finansowa/ekonomiczna oraz liczba podmiotów/wykonawców, których gwarancja ma dotyczyć wpływa na określone decyzje gwaranta, np. cenę, a także samą decyzję, czy w ogóle udzielić takiej gwarancji. Ponad wszelką wątpliwość gwarant wystawiając określony dokument wadium nie ręczy za ogół podmiotów występujących na danym rynku, lecz za ściśle określony ich krąg. Gwarant nie ręczy za podmioty, o których istnieniu nie wie lub, których sytuacji finansowej/ekonomicznej nie badał i nie uwzględnił ryzyka związanego z udzieleniem gwarancji na rzecz kilku, a nie jednego podmiotu. Nie ulega wątpliwości, że np. potencjalna możliwość odmowy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw w przypadku trzech wykonawców jest większa niż w przypadku jednego wykonawcy (analogicznie w pozostałych okolicznościach zatrzymania

wadium). Wobec powyższego gwarant może uchylić się od spełnienia roszczenia beneficjenta/zamawiającego w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium wystąpią po stronie wykonawcy jakiegokolwiek, a nie tego konkretnie wskazanego w gwarancji⁷. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 marca 2013 roku (sygn. I CSK 630/12) zważył m.in.: „[...] ocena zakresu obowiązków i możliwego sposobu obrony gwaranta w ramach stosunku gwarancji wymaga uwzględnienia treści umowy gwarancji, którą strony mogą ukształtować w ramach swobodnego uznania[...]”.

Uzasadniając powyższe stanowisko należy podkreślić ponadto, że:

1. W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest definicji legalnej tzw. konsorcjum, czy też nawet użycia słowa. Od dnia 25 maja 2006 roku, art. 23 ww. ustawy pozostaje niezmienny i koreluje z definicją wykonawcy wynikającą z art. 2 pkt 11 ustawy, zgodnie z którą - ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. **W omawianym postępowaniu ofertę nr 3 złożyło więc wspólnie trzech oddzielnych wykonawców. Fakt, że do wykonawców składających ofertę wspólną stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy nie wpływa na status prawny tych wykonawców** (zobacz wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2014 roku I ACa 1308/14), w którym Sąd stwierdził, m.in., „*Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10 - Lex nr 602808; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2008 r. KIO/ UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170; wyrok Sądu Najwyższego z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, lex nr 1350061)*”.
2. W pkt 9.4. SIWZ zamawiający wymagał, aby w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej zawierała ona m.in. wskazanie wykonawcy oraz jego siedziby. Owszem, zamawiający nie wskazał wprost, że w przypadku oferty wspólnej mają być wskazani wszyscy wykonawcy wchodzący w skład tzw. konsorcjum, jednak w ocenie kontrolujących obowiązek wskazania wykonawcy nie mógł być w świetle brzmienia powołanych przepisów oraz orzecznictwa rozumiany jako obowiązek wskazania jednego z trzech wykonawców składających ofertę wspólną. W przypadku gwarancji zabezpieczającej ofertę wspólną obowiązek wskazania wykonawcy i jego siedziby, to nic innego jak obowiązek wskazania w niej każdego z członków konsorcjum, względnie zamieszczenie zapisu, iż gwarancja dotyczy oferty składanej przez konsorcjum. Tymczasem gwarancja bankowa wadium nr DIFSP/152/2013 z dnia 22 kwietnia 2013 roku zawierała ww. informacje jednak dotyczące jednego z trzech wykonawców składających potem wspólną ofertę, pomijając pozostałych dwóch wykonawców, jak również nie sygnalizując istnienia konsorcjum. Nadto załączone do oferty pełnomocnictwo wskazywało, iż umowa o współpracy zostanie zawarta pomiędzy wykonawcami składającymi ofertę wspólną dopiero w przypadku uzyskania zamówienia publicznego.

⁷ Niektóre z banków publikują na własnych stronach internetowych regulaminy udzielania gwarancji, lub udzielają odpowiedzi na pytania z nimi związane. Co do zasady w takich regulaminach można znaleźć zapisy, umożliwiające gwarantowi uchylenie się od wypłaty na rzecz beneficjenta gwarantowanej kwoty, jeżeli nie zostaną spełnione warunki wynikające z **treści gwarancji** (przykłady powołano w protokole kontroli).

3. Mając na względzie, że oferta nr 3 została złożona przez „sumę pojedynczych wykonawców” warto odnieść się do spotykanych poglądów, wg których wykonawcy ci ponoszą solidarną odpowiedzialność za ofertę, której to źródła należy upatrywać w treści art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub art. 370 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), wskazując, że:
- art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy okresu po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to właśnie na etapie postępowania tzw. konsorcjum składa ofertę;
 - art. 370 ustawy Kodeks cywilny znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zobowiązanie dotyczy „wspólnego mienia” podmiotów zaciągających zobowiązanie. W omawianym stanie faktycznym zamawiający nie dysponował umową konsorcjum, a tym samym nie mógł mieć wiedzy o jakimkolwiek wspólnym mieniu wykonawców, którzy złożyli ofertę nr 3. Wskazane pojęcie wspólnego mienia jest cechą charakterystyczną dla spółek cywilnych, której to cechy - co do zasady - nie da się przypisać wykonawcom tworzącym tzw. konsorcjum. Ponadto, w omawianym stanie faktycznym, ponieważ na dzień złożenia oferty nr 3 trudno mówić w ogóle o uregulowaniu jakichkolwiek wzajemnych relacji wykonawców (vide oświadczenie złożone w pełnomocnictwie), to tym bardziej nieuprawnione jest domniemanie wystąpienia ich tzw. wspólnego mienia⁸.
4. W świetle art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe (tekst jednolity Dz.U. 2015 r., poz. 128 ze zm.) - gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie

⁸ Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 17 października 2012 roku (sygn. I ACa 460/12) stwierdził m.in.: „Na wstępie należy podkreślić, że polskie prawo nie wyodrębnia w kodeksie cywilnym odrębnego typu umowy konsorcjum, jednak dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów wynika z obowiązującej zasady swobody umów. (art. 353¹ § 1 k.c.). Istota umowy konsorcjum sprowadza się do zobowiązania się przez jego uczestników do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych w umowie czynności. Powyższe cechy tego stosunku prawnego czynią go podobnym do przewidzianej w kodeksie cywilnym spółki cywilnej, w przypadku której wspólnicy także zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony (art. 860 § 1 k.c.). W orzecznictwie i przez większość przedstawicieli doktryny umowa konsorcjum jest zaliczana do kategorii umów nienazwanych i traktowana jest jako umowa spółki prawa cywilnego, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860-875 k.c. (zob. J. Konsorcjum budowlane - wybrane zagadnienia prawne. Mo.P. Nr i powołana tam literatura). W tym kontekście, w piśmiennictwie zauważa się, że nie każda umowa konsorcjum jest umową spółki cywilnej, ponieważ zasada swobody umów pozwala nadawać umowom różnicowane treści. Dlatego też, spośród umów klasyfikowanych lub nazywanych umową konsorcjum, tylko te są umowami spółki cywilnej, które w konkretnym przypadku wykazują cechy określone w art. 860 in. k.c. (tak - Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum. Radca Prawny Nr (...), a zatem strony mogą tak ukształtować, określany mianem konsorcjum, stosunek prawny, że nie będzie on spełniał przesłanek z art. 860 § 1 k.c. (J. A - tamże). **Jako jedną z cech, która może odróżniać umowę konsorcjalną od typowej umowy spółki cywilnej, podaje się, że nie musi powstać, w ramach umowy konsorcjum, wspólny majątek konsorcjantów (tak m.in.: J.- tamże i, -, D. Umowy o roboty budowlane. Lex nr 129440).** [...] Odnosząc te konstatacje do realiów rozpoznawanej sprawy, należy zauważyć, że przedmiotowa umowa konsorcjum nie zawiera żadnych postanowień, które mogłyby wskazywać, że intencją stron było wyposażenie konsorcjum w majątek, wyodrębniony z majątku jego uczestników, bądź też powstanie, w trakcie wykonywania umowy, wspólnego majątku konsorcjantów [...] Najistotniejszym zatem skutkiem braku majątku wspólnego uczestników umowy konsorcjum będzie także brak podstaw do odpowiedniego stosowania, do tego stosunku prawnego, konstrukcji majątku wspólnego wspólników spółki cywilnej (art. 863 i art. 785 § 1 k.c.) [...]”.

beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku; Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. **Treść powołanej normy wskazuje, iż z punktu widzenia gwaranta decydujące znacznie ma treść gwarancji. Jak wskazano we wcześniejszej części wystąpienia, w ocenie RIO w Łodzi niezwykle istotna jest również treść gwarancji w jej sferze podmiotowej, tzn. podmiotów, za które rzeczy gwarant, albowiem wyłącznie postępowania tych podmiotów gwarancja dotyczy⁹.**

Sformułowany zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stał się jedną z zasadniczych przesłanek odmowy podpisania protokołu z przeprowadzonej kontroli. Niemniej jednak zastrzeżenia składane przez jednostkę kontrolowaną należy uznać za nietrafione.

W pierwszej kolejności Dyrektor Zarządu Dróg i Transportu w żaden sposób nie zakwestionował faktu, że gwarancja bankowa wadium nr DIFSP/152/2013 została wystawiona wcześniej niż wykonawcy udzielili pełnomocnictwa na rzecz lidera (nie przedłożono nowych, innych dowodów). Nadto załączone do oferty pełnomocnictwo stwierdzało, iż umowa o współpracy między wykonawcami zostanie zawarta dopiero po uzyskaniu zamówienia publicznego. Ustalenia te potwierdzają, że gwarancja bankowa wadium mogła zabezpieczyć tylko ofertę jednego z wykonawców, który wykorzystał ją jednak do złożenia oferty wspólnej. Podniesione naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje uzasadnienie w dominującej w ostatnich latach linii orzeczniczej. W pierwszej kolejności - ze względu na rozstrzygnięcie w dwóch instancjach - należy wymienić wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 roku sygn. akt: KIO 974/15, dotyczący postępowania zamawiającego, którym był Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. W wyroku Izba wskazała, w szczególności, że „W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji bankowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki Euroconsult S.A., z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną czyli spółki Trakt sp. z o.o. sp. k. (...). Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 7.1.1997 r., I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97, podnosząc, iż "istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu

⁹ Zobacz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 roku (sygn. I CSK 630/12). W wyroku Sąd stwierdził, m.in.: „Wobec sygnalizowanych wyżej wątpliwości należy opowiedzieć się za oceną, że stosunek gwarancji powstaje na podstawie umowy między gwarantem a beneficjentem gwarancji (wierzycielem) o charakterze jednostronnie zobowiązującym i na jej podstawie powstaje odrębny stosunek prawny, nieakcesoryjny wobec stosunku podstawowego, co różni umowę gwarancji bankowej od poręczenia. W literaturze i judykaturze zgodnie prezentowane jest stanowisko, że wobec charakteru regulacji ustawowej odnoszącej się do gwarancji bankowej ocena zakresu obowiązków i możliwego sposobu obrony gwaranta w ramach stosunku gwarancji wymaga uwzględnienia treści umowy gwarancji, którą strony mogą ukształtować w ramach swobodnego uznania (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94)”

zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji". (...) Na tle analizowanej sprawy spór dotyczył prawidłowości określenia treści gwarancji w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum wykonawców i ustalenia czy do skutecznego wniesienia wadium konieczne jest wymienienie w liście gwarancyjnym wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Nie ulega żadnej wątpliwości (i jest to między stronami bezsporne), że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji bankowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić bankowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej. Przede wszystkim wskazać należy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. (...). Jednocześnie podkreślić należy, że wynikająca z ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak bank (gwarant). Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 421/12). Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego...(...).

W ocenie Izby wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium [...]"

Wyrokiem z dnia 10 września 2015 roku Sygn. akt XXIII Ga 1041/15 Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

podzielił w całości poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 974/15) ustalenia faktyczne, ich prawną ocenę i w konsekwencji uznał je za własne¹⁰.

5. W dniu **12 czerwca 2013** roku Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, reprezentowane przez Dyrektora Grzegorza Niteę, zawarło umowę nr **3331.42/DZ/2013** z wybranym wykonawcą - konsorcjum: KRAL Sp. z o.o. (lider), MPK-Łódź Sp. z o.o. (partner), Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane KEMY Sp. z o.o. (partner). Strony uzgodniły m.in.:
- „[...] termin zakończenia realizacji **przedmiotu zamówienia nastąpi do 30 września 2014 roku**, z podziałem na niżej wymienione etapy realizacji:
Etap I – 15 stycznia 2014 r.,
Etap II - 30 września 2014 r.” (§ 2 ust. 1);
 - „wykonawca przystąpi do realizacji robót **etapu II** po dokonaniu odbioru robót **etapu I**” (§ 2 ust. 2)¹¹;
 - „w ramach realizacji **etapu I** wykonawca, po dokonaniu odbioru częściowego robót, zobowiązany jest do zapewnienia organizacji ruchu umożliwiającej **od dnia 1 października 2013 roku przejazd tramwajów** w ramach zbiorowej komunikacji miejskiej w obu kierunkach na odcinku od ul. Włókniarzy do ul. Żeromskiego oraz przejazd przez skrzyżowanie Gdańska – Zielona” (§ 2 ust. 3);
 - płatność za realizację przedmiotu zamówienia miała nastąpić na podstawie **3 faktur częściowych. W 2013 roku** strony przewidziały wystawienie **pierwszej faktury** częściowej do wysokości **10.900.000,00** zł, zgodnie z faktycznie wykonanymi robotami określonymi w harmonogramie rzeczowo-finansowym, który stanowił integralny składnik umowy. **Druga faktura** częściowa miała być wystawiona po wykonaniu i odbiorze robót dla etapu I, natomiast wystawienie **trzeciej faktury** częściowej winno nastąpić po odbiorze robót etapu II.

W dniu 12 czerwca 2013 roku wykonawca przelał na rachunek zamawiającego kwotę **2.884.497,59** zł tytułem gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek (10% ceny ofertowej).

W dnia 2 stycznia 2014 roku strony spisały **protokół odbioru końcowego, który dotyczył etapu nr 1 inwestycji. Odbiór końcowy jednego z dwóch etapów zamówienia stał w sprzeczności z zapisami § 14 ust. 6 pkt c) umowy nr 3331.42/DZ/2013 z dnia 12 czerwca 2013 roku.** Stosownie do treści § 14 ust. 6 pkt c) umowy: „strony ustalają następujące postanowienia szczegółowe w sprawie procedury odbioru: odbiór końcowy dokonany będzie po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy¹², na podstawie oświadczenia kierownika budowy

¹⁰ W protokole kontroli przywołano bogatsze orzecznictwo potwierdzające stanowisko zajęte przez RIO w Łodzi m.in. wyrok KIO z dnia 15 września 2014 roku (sygn. akt: KIO 1785/14) oraz wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2694/14).

¹¹ W § 17 przewidziano katalog sytuacji, w jakich zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany terminów wykonania zamówienia w szczególności poszczególnych etapów oraz terminu z § 2 ust. 3, zastrzegając jednocześnie, iż za przedłużenie terminu realizacji zamówienia wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

¹² Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem umowy była przebudowa ulicy Kopernika w Łodzi w zakresie opisanym w dokumentacji projektowej wraz z niezbędną przebudową infrastruktury i remontem torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej. W ramach przedmiotu umowy wyróżniono dwa zadania i dwa etapy, co nie zmienia faktu, iż dopiero łącznie stanowiły one przedmiot jednego zamówienia/umowy. Zamówienie nie było podzielone na części i wykonawcy nie składali ofert na

oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo budowlane, potwierdzonych przez zamawiającego [...]”. Wcześniej natomiast w § 14 ust. 6 pkt b) stwierdzono, że odbiór częściowy następować będzie na podstawie sporządzonego przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego i dotyczyć będzie zakończonych elementów robót, jednorazowo po ich wykonaniu.

W dniu 25 marca 2014 roku strony tj. zamawiający i wykonawca-konsorcjum, spisały Aneks nr 1 do umowy nr 3331.42/DZ/2013 oświadczając: „W oparciu o § 12 ust. 3 w związku z art. 151 ustawy prawo zamówień publicznych zmiane ulega zapis § 12 ust. 1, który otrzymuje brzmienie: Wykonawca wnosi na rzecz Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, których oryginał został złożony w siedzibie Zamawiającego:

a) dla ETAPU I w wysokości 818.135,45 zł

b) dla ETAPU II w wysokości 157.379,41 zł.”

Pozostałe zapisy umowy pozostały niezmienione. Wykonawca przedłożył gwarancję ubezpieczeniową nr 280000085684 z dnia 21 marca 2014 roku usunięcia wad lub usterek, wystawioną w związku z umową 3331.42/DZ/2013 na realizację zamówienia „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego Etap I”. Gwarant zapewnił nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji zapłatę za powstałe w okresie ważności gwarancji zobowiązania wykonawcy – konsorcjum wynikające z ww. umowy z wyłączeniem kar umownych i odsetek do wysokości 818.135,45 zł w przypadku nieusunięcia lub nienależytego usunięcia wad lub usterek powstałych w przedmiocie umowy¹³. Ważność gwarancji od dnia 1 lutego 2014 do dnia 17 stycznia 2019 roku (~ 60 m-cy od odbioru etapu I zamówienia).

Wykonawca przedłożył także gwarancję ubezpieczeniową nr 280000085689 z dnia 24 marca 2014 roku należytego wykonania umowy i usunięcia wad lub usterek, wystawioną w związku z umową 3331.42/DZ/2013 na realizację zamówienia „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego Etap II” (przedmiot umowy). Gwarant zapewnił nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji zapłatę za powstałe w okresie ważności gwarancji zobowiązania wykonawcy – konsorcjum wynikające z ww. umowy: a) do wysokości 157.379,41 zł w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy na okres od dnia 24 marca 2014 roku do dnia dokonania odbioru przedmiotu umowy (czyli etapu II), nie dłużej jednak niż do dnia 27 listopada 2014 roku; b) do wysokości 47.213,82 zł w przypadku nieusunięcia lub nienależytego usunięcia przez wykonawcę wad lub usterek w okresie od dnia dokonania odbioru przedmiotu umowy potwierdzonego protokołem odbioru stwierdzającym należyte wykonanie przedmiotu umowy do dnia 14 listopada 2019 roku (~ 60 m-cy od odbioru etapu II zamówienia).

W dniu 31 marca 2014 roku zamawiający zwrócił na rachunek wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania umowy uiszczony w dniu podpisania umowy w formie pieniężnej w kwocie łącznej 2.912.643,97 zł (dwa przelewy powiększone o odsetki).

każdą z części.

13 Gwarancja traktowała jako przedmiot umowy nazwę zadania inwestycyjnego eksponując Etap I.

Analiza gwarancji ubezpieczeniowych wykazała, że zamawiający pozwolił zmienić formę zabezpieczenia, **ale przede wszystkim zmienił warunki zabezpieczenia de facto w znacznej części z niego rezygnując.** Zamawiający podzielił jeden przedmiot zamówienia (złożony z dwóch etapów i dwóch zadań) na dwa odrębne zamówienia publiczne przypisane do etapów. W rezultacie, ponieważ cena etapu 1 wg harmonogramu rzeczowo-finansowego wynosiła 27.271.181,78 zł i został on odebrany przed spisaniem Aneksu nr 1, zamawiający zrezygnował z zabezpieczenia należytego wykonania etapu 1 umowy do końca jej trwania otrzymując w zamian zabezpieczenie z tytułu wad i usterek na znacznie mniejszą kwotę (mniej o 70%). Czynności zamawiającego zaprzeczały zapisom dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których kompleksowa analiza skłaniała do wniosku, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać wniesione przez wybranego wykonawcę przed podpisaniem umowy w wysokości 10% ceny ofertowej na okres przekraczający o 30 dni termin realizacji zamówienia rozumianego jako etap 1 i etap 2. Dopiero po zrealizowaniu całego zamówienia, zamawiający miał zatrzymać 30% zabezpieczenia na okres przekraczający o 15 dni okres rękojmi za wady.

Wyraźnego wyeksponowania wymaga fakt, że wykonawcy na etapie postępowania (składania ofert) nie mieli wiedzy, że zamawiający może zrezygnować z części zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed zakończeniem realizacji całej inwestycji (etap 1 i etap 2, zadanie 1 i zadanie 2). Tymczasem to właśnie zabezpieczenie należytego wykonania umowy, jako, że niesie ze sobą największe ryzyko dla gwaranta przekłada się na znaczne koszty po stronie wykonawcy, co niewątpliwie znajduje wyraz w cenie ofertowej. Jednocześnie w § 12 ust. 4 wzoru umowy zamawiający wyraźnie zastrzegł, że w przypadku przedłużenia czasu trwania umowy wykonawcy będą zobligowani przedłużyć zabezpieczenie należytego wykonania umowy (aneks nr 1 nie zmienił tej regulacji). Dokonany przez zamawiającego w dniu 31 marca 2014 roku zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowił naruszenie art. 151 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Przedmiotowy przepis wyraźnie wskazuje na „wykonanie zamówienia”, nie zaś części jego przedmiotu (etapu). Termin ważności gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000085684 z dnia 21 marca 2014 roku usunięcia wad lub usterek wskazuje również, że w zakresie etapu nr 1 przesunięciu uległ termin gwarancji i rękojmi za wady w zakresie etapu 1. Na zakończenie protokołu odbioru końcowego etapu I wskazano, że: „na podstawie § 15 wykonawca złoży pisemną gwarancję jakości na przedmiot umowy”.

Zapisy SIWZ (ze zm.) przesądzały o tym, iż: przewidziano tylko jeden odbiór końcowy po zakończeniu całego przedmiotu zamówienia, tj. etap 1 i 2, zadanie 1 i 2, zaś zabezpieczenie należytego wykonania umowy było związane z realizacją całego zamówienia (etap 1 i 2, zadanie 1 i 2):

W odpowiedzi na pytanie nr 2 zestaw X (wykonawca MPK Łódź Sp. z o.o.) „Zamawiający określił termin zakończenia robót Etapu I na 15 stycznia 2014 roku, konieczność zapewnienia przejezdności tramwajów na 1 października 2013 roku, a całości zadania na 30 września 2014 roku, co oznacza, że torowisko tramwajowe do czasu odbioru końcowego będzie eksploatowane przez okres 1 roku. Czy okres gwarancyjny dla robót Etapu I biegnie od momentu odbioru tego etapu przez Zamawiającego?” **zamawiający wskazał, że „Roboty wykonane w ramach Etapu I będą**

odebrane tylko na podstawie protokołów odbioru częściowego. Do momentu odbioru końcowego całości przedmiotu zamówienia teren ten pozostaje Terenem Budowy, za który wykonawca ponosi odpowiedzialność. W odpowiedzi na pytanie nr 3 zestaw X (wykonawca MPK Łódź Sp. z o.o.): „Jeżeli okres gwarancyjny rozpoczyna się od chwili odbioru całości zadania, to kto ponosić będzie ewentualne koszty wynikające z przywrócenia ruchu tramwajowego i eksploatacji torowiska po zakończeniu robót i ich odbiorze w ramach Etapu I ? **zamawiający odpowiedział** „Koszty wynikające z przywrócenia ruchu tramwajowego i eksploatacji torowiska, w okresie od odbioru częściowego w ramach Etapu I do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego ponosić będzie Zamawiający.”

Sumując, postępowanie zamawiającego polegające na zastosowaniu odbioru końcowego po zakończeniu etapu 1 zamówienia oraz podpisanie aneksu nr 1, doprowadziło w istocie do częściowej rezygnacji z należytego zabezpieczenia wykonania zamówienia oraz było wyrazem nierównego traktowania wykonawców, którzy analizując powołane fragmenty dokumentacji z postępowania winni wnioskować, że w przypadku uznania ich oferty za najkorzystniejszą będą zobligowani wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej na okres przekraczający o 30 dni termin realizacji zamówienia, a następnie pozostawić 30% z tej kwoty na okres o 15 dni dłuższy od obowiązywania rękojmi za wady (60 m-cy). **Omówione zobowiązania umowne dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy mają na etapie postępowania charakter cenotwórczy dla wykonawców i wywierają wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Dlatego ich zmiana w trakcie realizacji inwestycji ma istotne znaczenie, a ponieważ nie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz nie określono warunków takiej zmiany, uzasadniony jest wniosek, że zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,** 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.

Jako chybione należy uznać zastrzeżenia Dyrektora ZDiT przedstawione w piśmie uzasadniającym odmowę podpisania protokołu kontroli: „[...] Na etapie postępowania przetargowego zakładano, że realizacja Etapu II ww. inwestycji nastąpi bezpośrednio po Etapie I (§ 2 ust. 2 umowy 3331.42/DZ/2013 z dnia 12.06.2013 r.¹⁴). Z tej racji, że przekazanie placu budowy dla realizacji Etapu II, nie było możliwe bezpośrednio po zakończeniu Etapu I z przyczyn opisanych poniżej, zaistniało ryzyko odstąpienia przez Wykonawcę od umowy i obciążenia Zamawiającego z tego tytułu karą umowną.¹⁵ Opóźnienie w realizacji Etapu II było wynikiem okoliczności

14 Wbrew treści zastrzeżeń, § 2 ust. 2 w rzeczywistości brzmiał: „wykonawca przystąpi do realizacji robót etapu II po dokonaniu odbioru robót etapu I”.

15 Przedmiotowe twierdzenie nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia w zapisach umowy. Zgodnie z **§ 16 ust. 1 pkt 2** wykonawcy przysługiwało prawo odstąpienia od umowy w szczególności jeżeli: a) zamawiający odmawia bez uzasadnionej przyczyny odbioru robót lub odmawia podpisania protokołu odbioru, b) zamawiający zawiadomi wykonawcę, iż wobec zaistnienia uprzednio nie przewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec wykonawcy. Zgodnie z **§ 5 ust. 4 umowy** – w przypadku nie przekazania przez zamawiającego terenu budowy w określonym terminie wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu robót w takim zakresie w jakim opóźnił się zamawiający (art. 471 k.c. in fine).

należących po stronie Wykonawcy, (opóźnienie w wydaniu placu budowy Etapu II). Wpłynęły na nie, przedłużające się procedury związane z wykwaterowaniem mieszkańców nieruchomości przy ul. Łąkowej 20 i 22, kolidujących z budową drogi i podlegających rozbiórce w ramach realizacji ul. Łąkowej (włączenie do ul. Kopernika), co spowodowało opóźnienie w przekazaniu przez Administrację Zasobów Komunalnych ww. budynków do prac rozbiórkowych. W konsekwencji spowodowało to przesunięcie terminu przekazania terenu robót dla Etapu II tj. rozbudowy ul. Łąkowej na odcinku od ul. Karolewskiej do ul. Kopernika na dzień 22.09.2014 r. oraz 29.09.2014r. Wykonawca zażądał odbioru końcowego Etapu I na podstawie art. 654 k.c. Zamawiający dokonał odbioru końcowego Etapu I dnia 02.01.2014 r. i dokonał zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy liczonego od wartości Etapu I. W konsekwencji zwrot ww. zabezpieczenia uwzględnił uzasadniony interes Wykonawcy. Jednocześnie pozostałe zabezpieczenie dostatecznie chroniło interes Zamawiającego. Przy czym wydaje się niecelowe zatrzymywanie zabezpieczenia, w sytuacji gdy dane roboty zostały odebrane – nie koresponduje to z ideą zabezpieczenia. W związku z powyższym za niezasadny uważam zarzut dotyczący częściowej rezygnacji z należytego zabezpieczenia wykonania zamówienia oraz zarzut nierównego traktowania Wykonawców, bowiem każdy inny potencjalny Wykonawca mógłby skorzystać z możliwości określonej w art. 654 k.c.”

Odnośząc się do powołanych zastrzeżeń należy zauważyć, że zamawiający nie przedłożył dokumentacji potwierdzającej żądanie przez wykonawcę odbioru końcowego etapu na podstawie art. 654 ustawy Kodeks cywilny. Ponadto, art. 654 ww. ustawy, zgodnie z którym - w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego zaistniałego w omawianym postępowaniu, w którym umowa precyzowała odbiory częściowe i związane z nimi płatności. **W czasie postępowania potencjalni wykonawcy byli zobligowani zaakceptować m.in. zakres Etapu I, który obejmował znakomitą większość przedmiotu całego zamówienia, tj. przebudowę układu drogowo torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego wraz z remontem torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej oraz termin jego odbioru - do 15 stycznia 2014 roku. Jednocześnie roboty wykonane w ramach tego etapu miały być odebrane tylko na podstawie protokołów odbioru częściowego, zaś do momentu odbioru końcowego całości przedmiotu zamówienia teren ten miał być terenem budowy, za który wykonawca ponosi odpowiedzialność (wyjaśnienie 2, zestaw pytań X). Odpowiedzialność za teren budowy nierozdzielnie wiąże się z kosztami po stronie wykonawcy. Sytuacja, w której odbiór częściowy Etapu I zastąpiono odbiorem końcowym rodzi uzasadnione domniemanie, iż strony przestały traktować teren związany z Etapem I zamówienia, jako teren budowy.**

6. Podstawą ostatecznego rozliczenia etapu I inwestycji (obejmował cały przedmiot zamówienia z wyłączeniem robót budowlanych w ul. Łąkowej na odcinku od ul. Kopernika do ul. Karolewskiej) był protokół odbioru końcowego spisany w dacie 2 stycznia 2014 roku. Dodatkowo do rozliczanych faktur załączano „protokoły odbioru wykonanych robót”, w których w pkt 3 każdorazowo czytamy: „Roboty ujęte wyżej w kolumnach 1-5 zostały wykonane zgodnie z umową (projektem i kosztorysem).”

Na podstawie materiału źródłowego dotyczącego zamówienia uzupełniającego nr 2 udzielonego w dniu 25 marca 2014 roku nr 333.35/DZ/2014 oraz wyjaśnień¹⁶ Dyrektora ZDiT – Grzegorza Nity z dnia 19 lutego 2015 roku (ZDiT-II.0802-17.2015) poruszających problematykę m.in. zamówienia uzupełniającego nr 2, ustalono, że zamawiający dokonał zmiany elementów przedmiotu zamówienia podstawowego w zakresie przebudowy ciągów pieszych, nawierzchni chodników, podbudowy oraz krawężników na ławie betonowej, zaś cena zmienionych materiałów stanowiła dopłatę do ujętych w zamówieniu podstawowym płyt chodnikowych betonowych i krawężników kamiennych, które byłyby zastosowane w tych samych miejscach.

Mając na względzie postanowienia SIWZ (ze zm.)¹⁷ uzasadniony jest wniosek, że **roboty budowlane dotyczące zamówienia uzupełniającego nr 2 (omówione w dalszej części wystąpienia) zostały faktycznie wykonane przed przeprowadzeniem postępowania w trybie z wolnej ręki i udzieleniem zamówienia uzupełniającego nr 2.** Inaczej mówiąc, zamawiający najpierw wykonał roboty, natomiast w okresie późniejszym sporządził dokumentację z nimi związaną. Łącznie za etap I zamówienia podstawowego zamawiający zapłacił kwotę 27.271.181,78 zł brutto. Ostatniej płatności dotyczącej etapu I inwestycji dokonano w dniu 31 stycznia 2014 roku, natomiast zamówienie uzupełniające nr 2 udzielone w dniu 25 marca 2014 roku dotyczyło właśnie zmian elementów przedmiotu zamówienia podstawowego – etapu I. W dniu 28 marca 2014 roku dokonano protokolarnego odbioru robót będących przedmiotem umowy nr 333.35/DZ/2014, tj. zamówienia uzupełniającego nr 2 **(trzeciego dnia po zawarciu umowy !).**

7. W dniu 15 lipca 2013 roku Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, zawarło umowę nr 3331.76/DZ/2013 z wykonawcą - konsorcjum: KRAL Sp. z o.o. (lider), MPK Łódź Sp. z o.o., PD-B KEMY Sp. z o.o. – na wykonanie robót uzupełniających polegających na remoncie ulicy Zielonej na odcinku od ul. 28 Pułku Strzelców Kaniowskich do ul. Zachodniej (w tym skrzyżowania: ul. 28 Pułku Strzelców Kaniowskich, ul. Pogonowskiego, ul. Lipowej, ul. Żeromskiego, ul. Małej, ul. Wólczańskiej) wraz z remontem instalacji wodociągowej w ulicy Zielonej na odc. wyznaczonym przez granice remontu torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej w Łodzi. Termin wykonania - do dnia 30 stycznia 2014 roku (wybór wykonawcy wskazanego przez komisję przetargową zatwierdził Dyrektor ZDiT). W ramach realizacji zadania po dokonaniu odbioru częściowego robót wykonawca miał zapewnić nieograniczoną możliwość przejazdu od dnia 1 października 2013 roku komunikacji tramwajowej i samochodowej w obu kierunkach na odcinku ul. Zielonej od ul. 28 Pułku Strzelców Kaniowskich do ul. Zachodniej oraz przejazd przez wszystkie skrzyżowania na tym odcinku ul. Zielonej. Strony ustaliły, że wynagrodzenie będzie płatne na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy brutto miało wynieść **2.687.498,22 zł.**

¹⁶ Zamawiający nie udostępnił dzienników budowy w zakresie robót budowlanych niewymagających decyzji pozwolenia na budowę.

¹⁷ W szczególności: pkt 4.3. SIWZ: „Etap I obejmuje przebudowę układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego wraz z remontem torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej. Etap II – obejmuje wykonanie robót budowlanych w ul. Łąkowej na odc. od ul. Kopernika do ul. Karolewskiej”; pkt 5.1. SIWZ: „Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w terminie do: Etap I: 15 stycznia 2014 r., Etap II: 30 września 2014 r.”; pkt 5.2. SIWZ: „Wykonawca przystąpi do realizacji robót etapu II, po dokonaniu odbioru robót etapu I.”.

W dniu 24 stycznia 2014 roku strony spisały ANEKS nr I do umowy nr 3331.76/DZ/2013 w ramach, którego wprowadzono nowe brzmienie: § 2 ust. 1: Strony zgodnie oświadczają, iż termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia nastąpi do 30 czerwca 2014 roku; § 11 ust. 2: Szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia wynosi brutto 3.355.734,51 zł w tym należny podatek VAT = 627.495,07 zł; § 11 ust. 5: Strony ustalają, że płatność za realizację przedmiotu zamówienia nastąpi na podstawie 4 faktur częściowych [...]

Łączna kwota wydatków rzeczywiście poniesionych w ramach zamówienia uzupełniającego wyniosła **3.355.107,12 zł.**

W ocenie RIO w Łodzi przedmiotowe zamówienie w rzeczywistości nie spełniało wszystkich przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (uzasadnienie zamieszczono w dalszej części wystąpienia pokontrolnego).

W znacznej części przedmiotu ww. zamówienie zostało udzielone z naruszeniem art. 10 ust. 1 ustawy, stosownie do którego - podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, w związku z art. 7 ust. 1 i 3, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wyjątek stanowił zakres robót polegający na remoncie instalacji wodociągowej w ulicy Zielonej na odc. wyznaczonym przez granice remontu torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej w Łodzi, które należy uznać za zamówienie uzupełniające, którego cena wynosiła **132.236,64 zł brutto wg kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy nr 3331.76/DZ/2013. Na podstawie faktur ustalono jednak, że za remont wodociągu faktycznie zapłacono jedynie **106.253,85** zł brutto (w ramach faktury FRA 31/13/B). **Sumując zamawiający wydatkował z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 6 i art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych kwotę 3.248.853,27 zł brutto.****

Mając na względzie dokumentację dotyczącą zamówienia podstawowego oraz uzupełniającego nr 1, a także złożone wyjaśnienia, stwierdzić należy:

- w treści ogłoszeń o zamówieniu (podstawowym) oraz SIWZ, zamawiający ograniczył się do krótkiej informacji: „[...]przewiduje skorzystanie z prawa do udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do 30 % wartości zamówienia podstawowego”. Zamawiający w żaden sposób nie podjął próby uszczegółowienia ilości, zakresu, lokalizacji, branż itp. dla jakich ewentualnie udzieli zamówień uzupełniających. Wyjątek stanowiło jedno z wyjaśnień udzielonych w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, które dookreślało przedmiot i umiejscowienie potencjalnych robót uzupełniających w zakresie zadania 2 oraz jego lokalizację w obszarze skrzyżowania Zielona – Gdańska, czyli w zakresie zamówienia podstawowego: pytanie nr 3 zestaw XVI: „Czy w ramach zadania 2, w związku z przebudową torowiska należy dokonać przebudowy kolidujących sieci uzbrojenia podziemnego. Jeżeli tak, to prosimy o udostępnienie dokumentacji technicznej przebudowy tych kolizji wraz z przedmiarem robót i STWiORB”. Odpowiedź – „Zamawiający przewiduje możliwość wystąpienia kolizji z sieciami uzbrojenia podziemnego na etapie realizacji Zadania 2. W przypadku zaistnienia ww. kolizji Zamawiający udzieli zamówienia uzupełniającego w tym zakresie.”;

- zamawiający przesądził, że ewentualne zamówienia uzupełniające będą musiały być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, zakresem robót przewidzianych w zamówieniu podstawowym oraz lokalizacją inwestycji określonej w tym zamówieniu podstawowym. Opis przedmiotu zamówienia podstawowego w zakresie zadania 2 – Remont torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej został w rzeczywistości ograniczony do publikacji na stronie BIP zaledwie 5 plików: **a)** opis techniczny – 3 strony, **b)** przedmiar Pdf – 5 stron, **c)** przekrój torowiska – 1 rys., **d)** strefy okołoszynowe – 1 rys., **e)** zakres remontu – 1 zdjęcie satelitarne. W trakcie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, wykonawcy występowali do zamawiającego zwracając uwagę na mało wyczerpujący opis przedmiotu Zadania 2 – „Remont torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej” (szczegółowy opis w protokole kontroli).

Sumując, dokumentacja projektowa zamówienia podstawowego dotycząca zadania 2 oraz wyjaśnienia udzielane wykonawcom w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 2, choć był minimalistyczny, to jednak wyraźnie określał obszar objęty zamówieniem (wyłącznie skrzyżowanie ulic Gdańska i Zielona - linie naniesione na zdjęcie satelitarne). Mając na względzie zdjęcie satelitarne ww. skrzyżowania znajdujące się w pliku pn. „zakres remontu pdf”, na który naniesiono obszar wymienianego torowiska oraz frezowania nawierzchni bitumicznej, warto zauważyć, że większa część remontu miała dotyczyć fragmentu ulicy Gdańskiej (roboty na ul. Zielonej ograniczały się do skrzyżowania i zjazdów w tę ulicę). Tym samym opublikowana dokumentacja nie przewidywała remontu ulicy Zielonej na znacznie większym odcinku, tj. od ul. 28 Pułku Strzelców Kaniowskich do ul. Zachodniej, który stał się przedmiotem pierwszego zamówienia uzupełniającego. Zamawiający na etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nie wskazał, że roboty uzupełniające mogą wykroczyć poza obszar wyznaczony przez dokumentację projektową zawierającą szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Oprócz wyraźnego określenia obszaru, na którym miało zostać zrealizowane zadanie 2 (w zamówieniu podstawowym), zamawiający przesądził jednoznacznie o celu jaki przeświecał remontowi torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej, które jest poniekąd oderwane miejscowo od ulicy Kopernika (nawet dokumentacja – opis przedmiotu zamówienia nie był wykonany przez wykonawcę, który projektował przebudowę ulicy Kopernika). Remont przedmiotowego skrzyżowania/torowiska miał na celu umożliwić od dnia 1 października 2013 roku skuteczne uruchomienie komunikacji tramwajowej w ul. Kopernika, która prowadzi w ul. Gdańską, a następnie w ul. Zieloną przechodzącą w ul. Narutowicza¹⁸ (problematyka omówiona w protokole kontroli).

Sumując, dokumentacja dotycząca przetargu nieograniczonego w zakresie zadania 2 określała w sposób jednoznaczny obszar objęty zamówieniem podstawowym – skrzyżowanie ulic Gdańska-Zielona (niejako oderwane od ul. Kopernika), a także cel, w którym realizowano te roboty (warto pamiętać, że zamówienie uzupełniające nr 1 udzielono zaledwie miesiąc po podpisaniu

¹⁸ Warto nadmienić, że w opisie sposobu wykonywania robót budowlanych załączonym do zgłoszenia robót budowlanych ZDiT-UE.406.36.2013 datowanego na dzień 12 marca 2013 roku dotyczącego zadania nr 2 w ramach zamówienia podstawowego – remont torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej, wskazano m.in., że „[...] Wykonanie remontu jest niezbędne z uwagi na obecny zły stan techniczny infrastruktury torowej na wskazanym fragmencie trasy tramwajowej (stan techniczny szyn oraz nawierzchni jezdni w torowisku wspólnym wykazuje bardzo duże zużycie eksploatacyjne)[...]”

umowy na zamówienie podstawowe). O ile nie sposób nie zauważyć, że zamówienie uzupełniające nr 1 dotyczyło robót tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, o tyle należy ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że **roboty te zostały zrealizowane w innej lokalizacji aniżeli obszar przewidziany w przedmiocie zamówienia podstawowego (wyjątek to remont instalacji wodociągowej w ulicy Zielonej na odcinku wyznaczonym przez granice remontu torowiska w skrzyżowaniu Gdańska Zielona objętego zamówieniem podstawowym), a więc nie były zgodne z przedmiotem i celem zamówienia podstawowego.**

Przedmiotowa okoliczność (zgodność) wynikała wprost z art. 31 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), który stanowił, iż „(...) *pod warunkiem że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną*”. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie wystąpiły wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i zamówienia udzielono z naruszeniem tego przepisu – brak zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego. **Idąc dalej, wykonanie robót poza obszarem wynikającym z dokumentacji zamówienia podstawowego, tj. remont ulicy Zielonej na odc. od ul. 28 Pułku Strzelców Kaniowskich do ul. Zachodniej, świadczy, iż udzielono nowego zamówienia nie, zaś uzupełniającego.** Tym samym zamawiający naruszył art. 10 ust. 2 ustawy, który wskazuje, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, w związku z art. 7 ust. 1 i 3, stosownie do którego - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Dyrektora ZDiT (powołane w protokole kontroli), należy w pierwszej kolejności wyeksponować, że zamawiający stosuje nieprawidłową wykładnię pojęcia „zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego” identyfikując je z tożsamością rodzaju wykonywanych robót¹⁹. Wykładnia prezentowana w złożonych wyjaśnieniach mogłaby w skrajnych przypadkach prowadzić do sytuacji, w której zamawiający realizując inwestycję o znacznej wartości mógłby jednocześnie przeprowadzić tożsame roboty budowlane na znacznie większym, lub innym obszarze (przy jednoczesnym braku wyszczególnienia tych robót w dokumentacji projektowej postępowania podstawowego), np.: ZDiT realizując przebudowę trasy W-Z (przy założeniu, że dokumentacja projektowa ograniczała się do tej drogi i przeprowadzono jeden przetarg nieograniczony), mógłby w ramach zamówień uzupełniających przebudować znaczną część ulic Łodzi (do 50% wartości zamówienia podstawowego). Niewątpliwie trudno sobie wyobrazić rodzaje robót drogowych/mostowych, które nie są realizowane na trasie W-Z, a tym samym analogiczne roboty mogłyby zostać wykonane na jakiegokolwiek innej łódzkiej drodze np. wszystkich drogach prostopadłych, a nawet równoległych. Idąc dalej zamawiający, który działa w całej Polsce np. GDDKiA w ramach zamówień

19 W art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca odróżnia: „powtórzenie tego samego rodzaju zamówień” od „zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego”.

uzupełniających do autostrady budowanej na południu kraju, mógłby przebudowywać drogi krajowe w okolicach Słupska itd.

Dalece wątpliwe jest również uzasadnienie realizacji zamówienia uzupełniającego podnoszone w złożonych wyjaśnieniach, ponieważ argument poprawy układu komunikacyjnego można co do zasady przypisać jakiegokolwiek remontowanej/przebudowywanej drodze/ulicy. Poważne zużycie torowiska w ul. Zielonej na obszarze przekraczającym skrzyżowanie z ul. Gdańską (przy założeniu, iż remont faktycznie dotyczył torowiska – w załączniku do zgłoszenia robót budowlanych z dnia 22 maja 2013 roku wskazywano, że: [...] remont nie zakłada żadnej ingerencji w konstrukcję torowiska tramwajowego) nie zostało nawet zasygnalizowane w SIWZ zamówienia podstawowego, a więc wykonawcy nie mieli świadomości na etapie postępowania podstawowego o możliwości remontu ul. Zielonej na większym odcinku. Dopiero wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą zrealizował roboty uzupełniające na znacznie szerszym obszarze. Takie postępowanie pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niniejszym zasadom zaprzecza również wskazywane uzasadnienie chęci wykorzystania okresu remontu torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej (w analogiczny sposób zamawiający mógł uznać, że można przebudować, co najmniej częściowo pozostałe ulice prostopadłe do ul. Zielonej, czy Kopernika). Na marginesie należy podkreślić, że zamawiający wiedział lub powinien wiedzieć o konieczności remontu ul. Zielonej. W dokumentacji projektowej: „Przebudowa (modernizacja) wodociągu DN 300 mm w ul. Zielonej na skrzyżowaniu z ul. Gdańską w Łodzi wraz z modernizacją przyłącza wodociągowego do posesji nr 23 przy ul. Zielonej”; załączonej do wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – uzupełniającego nr 1 z dnia 2 lipca 2013 roku znajdowało się pismo Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z dnia 17 października 2012 roku (TT.T-411-307/12) skierowane do łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej dotyczące wymagań technicznych w zakresie modernizacji sieci wodociągowej w ul. Zielonej, na odcinku od al. Kościuszki do ul. Żeligowskiego. Na wstępie ww. pisma wskazano: „W związku z planowaną modernizacją ul. Zielonej oraz z uwagi na wiek i stan techniczny przewodów konieczna jest [...]”.

Analogiczne stany faktyczne do objętego kontrolą były niejednokrotnie przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) i orzeczeń KIO. W dokumencie pn. „Wyniki przeprowadzonych w 2014 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” (www.uzp.gov.pl) na stronach 43-44, czytamy: „Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pn.: „Zamówienie uzupełniające: Połączenie al. Rejtana z ul. Szopena wraz z przebudową mostu”. W uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazał, że „(...) W trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwowano liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nieobjętym przebudową. Dla poprawy bezpieczeństwa wszystkich uczestników ruchu oraz aby okolica nowo wybudowanego mostu była estetyczna niezbędny jest remont ww. ulicy. W związku z tym, iż wykonawca - firma S. realizuje wszystkie roboty zamówienia podstawowego oraz teren budowy został przekazany dotychczasowemu wykonawcy do czasu zakończenia inwestycji, stąd wskazane jest, aby roboty uzupełniające wykonywał ten sam wykonawca [...]”.

„W przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka zgodności zamówienia udzielonego w trybie wolnej ręki z zamówieniem podstawowym. Nieuprawnione jest bowiem działanie zamawiającego polegające na zleceniu w trybie wolnej ręki w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych robót budowlanych niż objęte i zgodne z zamówieniem podstawowym. Zamawiający może więc udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane tylko w zakresie zamówienia podstawowego. Tymczasem zamawiający wskazując w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia przyczyny wyboru trybu z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt. 6 informuje, iż w trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwował liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nieobjętym zamówieniem podstawowym. Także z analizy dokumentacji oraz wyszczególnionego zakresu przedmiotu zamówienia uzupełniającego wynika jednoznacznie, iż odcinek ulicy objęty tym zamówieniem nie znajdował się w zakresie przedmiotu zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe obejmowało m.in. przebudowę ul. Naruszewicza od ulicy Szopena do mostu przez rzekę Wisłok. Natomiast zamówienie uzupełniające obejmowało wykonanie nowych warstw nawierzchni z betonu asfaltowego w ciągu ul. Naruszewicza na odcinku od skrzyżowania z ul. Targową (ulica ta przechodzi w ulicę Szopena na skrzyżowaniu z ul. Naruszewicza) do ul. Zamenhoffa. Były to inne, nie pokrywające się odcinki ul. Naruszewicza. Tym samym zamówienie uzupełniające w zakresie, w jakim dotyczyło nowego odcinka ulicy Naruszewicza, nie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż wykraczało poza zakres zamówienia podstawowego. W istocie zamówienie uzupełniające stanowiło nowe zamówienie, niezwiązane z zamówieniem podstawowym i powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym.

Reasumując, z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wniósł zastrzeżenia, które nie zostały uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO/KD 3/15)²⁰.

8. Zarządzeniem z dnia 7 marca 2014 roku nr ZDiT-DZ.3321.24.2014 Dyrektor Zarządu Dróg i Transportu powołał komisję przetargową do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie drugiego zamówienia uzupełniającego na „Przebudowę układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego – zamówienie uzupełniające”.

Inspektorzy RIO w Łodzi otrzymali zestaw dokumentów („oferta”) złożony przez wykonawcę – konsorcjum w ramach negocjacji dotyczących drugiego zamówienia uzupełniającego sygn. ZDiT-DZ.3321.24.2014, który zawierał m.in.:

- 1) Pełnomocnictwo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w treści którego umocowani przedstawiciele wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w postępowaniu sygn. ZDiT-DZ.3321.24.2014 ustanowili pełnomocnikiem Andrzeja Wójcickiego – Prezesa Zarządu KRAL Sp. z o.o. (Zarząd jednoosobowy). Przedmiotowe pełnomocnictwo udzielone zostało w dniu 18 marca 2014 roku (daty przy

²⁰ Zob. również orzecznictwo wyszczególnione w protokole kontroli: uchwała z dnia 29 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO/KD 68/14; uchwała z dnia 29 lipca 2014 roku, sygn. akt: KIO/KD 46/12; uchwała z dnia 6 czerwca 2013 roku sygn. akt KIO/KD 53/13.

podpisach) i upoważniało do szeroko rozumianej reprezentacji konsorcjum w postępowaniu (m.in. do składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa, w tym poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem), a także do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. We wstępie rzeczzonego pełnomocnictwa wykonawcy dali do zrozumienia, że nie łączy ich umowa regulująca wzajemne relacje w tym konkretnym postępowaniu: „[...] *wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oświadczamy, że w przypadku uzyskania zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania zamierzamy zawrzeć umowę o współpracy w celu realizacji niniejszego zamówienia [...]*”. Zamawiający nie udostępnił takiej umowy w trakcie kontroli. Nadto należy wskazać, że ww. pełnomocnictwo nie umożliwiło udzielania pełnomocnictw dalszych, czyli wykonawcy nie przewidzieli możliwości, aby pełnomocnik przeniósł przyznane mu przez wykonawców uprawnienia na inną osobę. Stosownie do treści art. 106 ustawy Kodeks cywilny - pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Tymczasem akta sprawy zawierały pełnomocnictwo dalsze wystawione przez Andrzeja Wójcickiego, który w imieniu członków konsorcjum ustanowił Konrada Makowskiego pełnomocnikiem do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w szczególności do: podpisania i złożenia w imieniu wykonawcy wniosku wraz z załącznikami oraz oferty, składania w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z tym postępowaniem, w tym poświadczania kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, składania wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów składanych

w postępowaniu, prowadzenia korespondencji w toczącym się postępowaniu, zadawania pytań, prowadzenia dialogu/negocjacji związanych z przedmiotowym postępowaniem. Na zakończenie jednoznacznie stwierdzono, że pełnomocnictwo dotyczy postępowania o zamówienie publiczne pn. „Przebudowa układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego – zamówienie uzupełniające nr sprawy ZDiT-DZ.3321.24.2014”. Pełnomocnictwo miało dodatkowo upoważniać pełnomocnika do samodzielnego działania i co istotne do udzielania dalszych pełnomocnictw do samodzielnego działania w przyjętym zakresie. Udzielone pełnomocnictwo dalsze było nieprawidłowe, co najmniej z dwóch powodów:

- pełnomocnictwo dla Andrzeja Wójcickiego – Prezesa Zarządu KRAL Sp. z o.o. zostało podpisane/udzielone w dniu 18 marca 2014 roku, a więc nie mógł on przenieść przyznanych mu uprawnień dzień wcześniej niż sam je uzyskał od wykonawców. Niezasadne jest również domniemywanie, iż był on umocowany na podstawie pełnomocnictwa złożonego w zamówieniu podstawowym wraz z ofertą nr 3, które w szczególności wskazywało: „[...] zawarcia umowy z zamawiającym (kontraktu) w imieniu i na rzecz stron wraz ze wszelkimi aneksami do niej oraz innych umów związanych z realizacją kontraktu, w szczególności umów na roboty dodatkowe, nawet gdyby ich pozyskanie przeprowadzone było w innych postępowaniach w ramach regulacji zamówień publicznych (np. zamówienia z wolnej ręki), z zastrzeżeniem jednak uprzedniego uzgodnienia i akceptacji partnera w tym przypadku”. W takiej sytuacji również obligatoryjna była więc zgoda partnera, a ponadto początkowe upoważnienie wynikające z zamówienia

podstawowego, także nie umożliwiło przeniesienia uprawnień na pełnomocnika dalszego;

- przyjmując nawet, że nastąpiła jedynie omyłka w danych udzielonych pełnomocnictw dla Andrzeja Wójcickiego i Konrada Makowskiego, warto podkreślić, że pełnomocnik Andrzej Wójcicki nie posiadał umocowania do przekazywania przyznanych mu uprawnień. W świetle brzmienia art. 104 Kodeksu cywilnego - jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednak gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

- 2) Formularz cenowy podpisany przez Konrada Makowskiego – Dyrektora ds. Przygotowania Produkcji KRAL Sp. z o.o.
- 3) Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podpisane w dacie 17 marca 2014 roku jedynie przez Konrada Makowskiego – Dyrektora ds. Przygotowania Produkcji KRAL Sp. z o.o.
- 4) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ww. ustawy, złożone w imieniu wykonawcy KRAL Sp. z o.o. i podpisane przez Konrada Makowskiego – Dyrektora ds. Przygotowania Produkcji (w przypadku pozostałych wykonawców oświadczenia złożyli umocowani przedstawiciele).
- 5) Aktualne odpisy z właściwego rejestru (w omawianym stanie faktycznym KRS) każdego z trzech wykonawców. Wszystkie odpisy były podpisane i opieczątowane wyłącznie przez Konrada Makowskiego – Dyrektora ds. Przygotowania Produkcji KRAL Sp. z o.o.

Mając na względzie, iż pełnomocnikiem konsorcjum był Andrzej Wójcicki należy wskazać, iż w zakresie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca-konsorcjum nie wypełnił dyspozycji wynikającej z art. 68 ust. 2 ww. ustawy, stosownie do której - najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

Tym samym zamawiający był zobligowany wypełnić kompetencje wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający zaniechał ww. obowiązku naruszając art. 26 ust. 3 ww. ustawy.

W dniu 25 marca 2014 roku Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, zawarło umowę nr 333.35/DZ/2014 z wykonawcą - konsorcjum: KRAL Sp. z o.o. (lider), MPK Łódź Sp. z o.o., PD-B KEMY Sp. z o.o. – na wykonanie przedmiotu zamówienia (robót uzupełniających wyszczególnionych w formularzu cenowym). Termin wykonania - do dnia 28 marca 2014 roku. Strony ustaliły, że wynagrodzenie będzie płatne za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilość rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy brutto = 987.108,46 zł. W dniu 28 marca 2014 roku dokonano protokolarnego odbioru robót będących przedmiotem umowy nr 333.35/DZ/2014 z dnia 25 marca 2014 roku. Wykonawca wystawił fakturę nr FRA 12/14/B na kwotę **987.108,46 zł**, która została zapłacona w dniu 29 kwietnia 2014 roku (wpływ do zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2014 roku).

9. Udostępniona dokumentacja źródłowa dotycząca drugiego zamówienia uzupełniającego nie precyzowała w sposób wystarczający jego przedmiotu, w szczególności dokładnej lokalizacji (np. gdzie miały być wykonane znaczne powierzchnie chodników o nawierzchni granitowej, podczas gdy zamówienie podstawowe przewidywało wykonanie chodników z płyt betonowych). W dniu 17 lutego 2015 roku inspektorzy RIO w Łodzi wystąpili o doprecyzowanie i uzasadnienie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę udzielenia w dniu 25 marca 2014 roku zamówienia uzupełniającego nr 333.35/DZ/2014, którego przedmiotem była przebudowa ciągów pieszych, nawierzchni chodników, podbudowy oraz krawężników na ławie betonowej, w szczególności: a) rozebranie podbudowy z betonu grubości 10 cm, b) nawierzchnia z kostki granitowej łupanej na podsypce cementowo-piaskowej grubości 5 cm – zabruk przy elewacji, c) nawierzchnia z kostki granitowej cięto – łupanej na podsypce cementowo-piaskowej grubości 5 cm, d) ławy fundamentowe betonowe C12/15 pod krawężniki, e) montaż krawężników polimerobetonowych. Nadmienione roboty dotyczące przebudowy elementów ulicy np. nawierzchni, obrzeży (jakkolwiek z innych materiałów) były również przewidziane, jako elementy przedmiotu zamówienia podstawowego. Powyższe wskazywało, że potencjalnie mogła wystąpić co najmniej jedna z sytuacji:

- zamawiający udzielił nowego/odrębnego zamówienia, które nie było zgodne z przedmiotem (zakresem przedmiotowym) zamówienia podstawowego, tj. wykonano przebudowę elementów np. ulicy Kilińskiego (przyzupuszczenie uzasadnione postępowaniem zamawiającego w ramach zamówienia uzupełniającego nr 1),
- zamawiający wykonał roboty wynikające z zamówienia podstawowego, a następnie poniósł dodatkowe koszty na rozebranie/wymianę położonych nawierzchni i dostawę oraz wykonanie nowych nawierzchni o wyższych parametrach technicznych,
- wreszcie zamawiający nie wykonał w ogóle nawierzchni z materiałów przewidzianych w zamówieniu podstawowym, ponieważ zastąpił je materiałami o wyższych parametrach technicznych (granit), zmieniając jednocześnie elementy zamówienia podstawowego przy jednoczesnym zwiększeniu ceny.

Pismem z dnia 19 lutego 2015 roku (ZDiT-II.0802-17.2015) Dyrektor ZDiT – Grzegorz Nita złożył wyjaśnienia w zakresie zamówienia udzielonego w dniu

25 marca 2014 roku nr 333.35/DZ/2014 (zob. protokół kontroli). Mając na względzie wyjaśnienia dotyczące zamówienia uzupełniającego nr 2 ustalono, co następuje:

- 1) Wyeksponowane przez zamawiającego przesłanki, którymi kierował się w zakresie rozebrania podbudowy z betonu grubości 10 cm, tj.: konieczność wykonania większego zakresu robót rozbiórkowych dla kontynuacji zamówienia podstawowego, skłaniają do stwierdzenia, że zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego, nie zaś uzupełniającego. Zamawiający powołał, bowiem w uzasadnieniu przesłanki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 2) W zakresie robót wskazanych w pkt b), cena ofertowa = 359.189,52 zł brutto (292.024,00 zł netto), pkt c) cena ofertowa = 245.212,80 zł brutto (199.360,00 zł netto), pkt d) cena ofertowa = 10.173,58 zł brutto (8.271,20 zł netto) i pkt e) cena ofertowa = 213.016,32 zł brutto (173.184,00 zł netto), **zamawiający jednoznacznie rozstrzygnął, iż faktycznie dokonano zmiany elementów przedmiotu zamówienia podstawowego, które w żaden sposób nie powinny zostać zakwalifikowane jako zamówienie uzupełniające. Roboty budowlane nie mogą bowiem być uznawane za uzupełniające, jeżeli zastępują inne roboty będące elementami przedmiotu zamówienia podstawowego, czyli są realizowane zamiast części przedmiotu, nie zaś jako ich uzupełnienie. O fakcie zmiany przedmiotu zamówienia podstawowego przesądzają w szczególności fragmenty wyjaśnień, w których zamawiający odwołuje się do:**

a) wytycznych BAM w zakresie wykonania nawierzchni chodników z granitu zamiast betonu stwierdzając m.in.: „[...] Otrzymane wytyczne spowodowały konieczność dokonania **zmian materiałowych i poszczególnych rozwiązań projektowych w stosunku do projektu pierwotnego** (tj. dokumentacja z zamówienia podstawowego). Z uwagi na termin otrzymania pisma od BAM na kilka dni przed otwarciem ofert nie było możliwości dokonania tych **zmian** na etapie prowadzonej procedury przetargowej. Decyzja o **zmianie** materiałów dla ul. Kopernika na materiały określone przez BAM mogły zapaść dopiero po podpisaniu umowy z wykonawcą. Projekt pierwotny zakładał dla całej części chodników ułożenie płyt betonowych o wymiarach 25x25x8 cm. Dla opaski przyelewacyjnej oraz dla pasa technicznego płyty betonowe zostały **zmienione** na kostkę drobnowymiarową. [...] **Cena** określona w kosztorysie ofertowym dla zamówienia uzupełniającego w pozycji „Nawierzchnia z kostki granitowej [...] **stanowi różnicę** pomiędzy rzeczywistą ceną materiałów zastosowanych tj. kostki granitowej cięto łupanej na podsypce cementowo - piaskowej grubości 5 cm i robocizny w tym zakresie a ceną określoną w zamówieniu podstawowym dla płyt chodnikowych betonowych 25x25x8 cm i robocizny (o powierzchni równej nowopowstającej opaski przyelewacyjnej i pasa technicznego) na podsypce z grysu kamiennego stabilizowanego mechanicznie o grubości 5 cm. **Różnica w cenach wynika z faktu, iż kostka kamienna jest materiałem droższym od materiałów betonowych. Analogicznie koszty robocizny są wyższe dla układania kostki o małych wymiarach 7x9 cm w stosunku do kosztu układania płyt o wymiarach 25x25x8 cm. Powyższy zakres wykonanych robót zamiennych w zakresie opaski przyelewacyjnej dotyczył całej ul. Kopernika na odc. Włókniarzy – Żeromskiego i części pasa technicznego dla tego odcinka drogi. Powyższe zmiany znajdują**

odzwierciedlenie w dokumentacji projektowej zamiennej (dokumentacja w załączeniu, rysunki 1.1, 1.2, 3.1)."

Do wyjaśnień załączono pismo Dyrektora Biura Architekta Miasta z dnia 5 kwietnia 2013 roku (wpływ do ZDiT w dniu 11 kwietnia 2013 roku), w którym wskazano m.in. „W załączeniu przekazuję wytyczne odnoszące się w głównej mierze do materiałów dla remontowanych i przebudowywanych dróg w Strefie Wielkowiejskiej Łodzi. Wytyczne odnoszą się również do sposobu traktowania historycznego materiału zastanego. Wyznaczono obszary Strefy Wielkowiejskiej, dla których opracowano zróżnicowanie materiałowe, przy wprowadzeniu spójnego podziału chodników na pasy: a) przy elewacji budynków, b) część pieszą i c) część techniczną (opis i rysunki graficzne w załącznikach 1-3). [...] Ustalenia dotyczące materiałów nawierzchni ulic w Strefie Wielkowiejskiej, na podstawie notatki ze spotkania w dniu 29 marca 2013 r. oraz po korekcie Architekta Miasta [...]”;

- b) przyczyn zastosowania nowego typu krawężników, w rezultacie czego konieczna miała być zmiana konstrukcji ław fundamentowych „[...]Krawężniki polimerobetonowe zamontowano na przejściach dla pieszych przy skrzyżowaniach [...] oraz na 5 przystankach komunikacji zbiorowej w następujących lokalizacjach [...] Krawężniki tego typu nie były ujęte w zamówieniu podstawowym. Ich wykonanie podyktowane było rozpoczęciem wprowadzaniem kompleksowych rozwiązań dla osób niepełnosprawnych i niedowidzących na terenie miasta Łodzi. Na chwilę obecną dla wszystkich inwestycji Strefy Wielkowiejskiej a także dla głównych często uczęszczanych szlakach komunikacyjnych przez pieszych stosowane są rozwiązania w oparciu o niemiecką normę DIN 32984. Stosowane są jedne i spójne rozwiązania w tym zakresie. Norma nie jest obowiązująca, jako obligatoryjna na terenie Polski, ale jej wprowadzenie miało na celu poprawę życia jakości osób niepełnosprawnych, starszych i niedowidzących.

Sumując, strony umowy nr 333.35/DZ/2014 w rzeczywistości dokonały zmiany przedmiotu zamówienia podstawowego, która doprowadziła do zwiększenia ceny tego zamówienia o kwotę 827.592,22 zł brutto. Sama umowa nr 333.35/DZ/2014 winna być postrzegana w kategoriach aneksu do umowy podstawowej. Wprowadzone zmiany przedmiotu skutkujące istotnym zwiększeniem wynagrodzenia należy uznać za istotne zmiany umowy podstawowej z dnia 12 czerwca 2013 roku nr 3331.42/DZ/2013 w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności o istotności zmienionych elementów umowy nr 3331.42/DZ/2013 świadczy okoliczność, że zmiany dotyczyły elementów wymienionych w treści art. 647 ustawy Kodeks cywilny, zgodnie z którym - przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Analogiczny sposób rozumowania zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 5 marca 2013 roku (KIO 376/13): „[...]Do istotnych postanowień umowy dostawy należą oznaczenie przedmiotu umowy, terminy

wykonania oraz ustalenie ceny (art. 605 k.c. w zw, z art. 14 ustawy P.z.p. zgodnie z którym przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo periodycznie a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny). Tak więc istotną zmianą w umowach zamówień publicznych, która jest zakazana to zmiana terminu poza termin określony w ofercie to jest poza 13 grudnia 2013 r [...]"

Dodatkowo należy założyć, że istotna zmiana ceny wywołana zmianą przedmiotu zamówienia podstawowego, a nawet samo dopuszczenie możliwości zmian przedmiotu oraz ceny, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego mogło mieć potencjalny wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty²¹. Na istotność zmiany wskazują również pytania wykonawców - składane w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych - przywołane w dalszej części wystąpienia pokontrolnego. **Powyższe rozważania przesądzają, że umowa nr 333.35/DZ/2014 z dnia 25 marca 2014 roku zmieniała zapisy umowy podstawowej z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie dopuścił bowiem (mimo prośb wykonawców²²) możliwości dokonania istotnej zmiany umowy (przedmiotu lub ceny) w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również nie określił warunków takiej zmiany.**

W wyjaśnieniach z dnia 19 lutego 2015 roku (ZDiT-II.0802-17.2015) Dyrektor ZDiT wskazał na presję czasu towarzyszącą realizacji procesu inwestycyjnego, w szczególności:

*„[...] Wszczęcie procedury przetargowej dla zadania (chodziło o zadanie podstawowe) nastąpiło w dniu 7 marca 2013 r., **otwarcie ofert natomiast w dniu 16 kwietnia 2013 roku.** [...];*

*„[...] Na otrzymanym piśmie z BAM, obecny Zastępca Dyrektora ds. Inwestycji Witold Nykiel w dekretacji pisma na wydziały inwestycyjne wskazał cyt: „proszę o realizację”. [...] **Z uwagi na termin otrzymania pisma od BAM na kilka dni przed otwarciem ofert nie było możliwości dokonania tych zmian na etapie prowadzonej procedury przetargowej. Decyzja o zmianie materiałów dla ul. Kopernika na materiały określone przez BAM mogły zapaść dopiero po podpisaniu umowy z wykonawcą.**”*

W pierwszej kolejności warto odnotować, że prezentowane uzasadnienia opierają się na błędnym założeniu, iż otwarcie ofert miało nastąpić w dniu 16 kwietnia 2013 roku. W dniu 10 kwietnia 2013 roku Dyrektora ZDiT opublikował na stronie BIP wyjaśnienia udzielone w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmieniając termin składania ofert na dzień 6 maja 2013 roku. Dokonana zmiana terminu znalazła swoje odzwierciedlenie w ogłoszeniu opublikowanym w DUUE. **Tym samym wbrew twierdzeniom zamawiającego pismo BAM nie wpłynęło na kilka, a na kilkadziesiąt dni przed otwarciem ofert.** Warto również przypomnieć, że w następnych dniach zamawiający udzielał dalszych wyjaśnień w trybie art. 38 ww. ustawy, tj. w dniu 23 kwietnia 2013 roku oraz w dniu 25 kwietnia 2013 roku. W

21 Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 marca 2014 roku, II GSK 12/13.

22 Jeden z wykonawców prosił, w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, o rozszerzenie możliwości zmiany umowy (pytanie 11, zestaw XIII), jednak w odpowiedzi zamawiający stwierdził: „Zamawiający nie wprowadza zmian treści Tomu II SIWZ – Formularz aktu umowy”. Przedmiotowe pytanie wpłynęło od wykonawcy SKANSKA S.A., który ostatecznie nie złożył oferty w postępowaniu podstawowym.

wyjaśnieniach wprowadzano również zmiany w SIWZ, dlatego bezpodstawne jest twierdzenie, że „decyzja o zmianie materiałów dla ul. Kopernika na materiały określone przez BAM mogła zapaść dopiero po podpisaniu umowy z wykonawcą”.

Ponadto kwestia Strefy Wielkomiejskiej nie stanowiła nowego zagadnienia w dniu wszczęcia postępowania podstawowego, tj. 7 marca 2013 roku. Podstawowe założenia związane ze Strefą Wielkomiejską zostały określone m.in. na kilkudziesięciu stronach uchwały NR LV/1146/13 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 16 stycznia 2013 roku w sprawie Strategii przestrzennego rozwoju Łodzi 2020+, która weszła w życie z dniem podjęcia. Uchwała (jak w niej wskazano) stanowiła politykę sektorową, „[...] wynikającą z uchwały Nr XLIII/824/12 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 25 czerwca 2012 r. w sprawie przyjęcia „Strategii Zintegrowanego Rozwoju Łodzi 2020+”. Dodatkowo kwestia Strefy Wielkomiejskiej pojawiała się w pytaniach wykonawców składanych w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in.:

- Pytanie nr 6 pkt e w zestawie nr II (KRAL Sp. z o.o.): Odpowiedź: „[...] Dla strefy wielkomiejskiej przyjmujemy kolor wiaty (secesyjnej) – zielony RAL6005 [...]”;
- Pytanie nr 1 w zestawie nr VI (TOR-KRAK Sp. z o.o.): Odpowiedź: „Słupek Separator dla Strefy Wielkomiejskiej w typie Komserwis Agora 005252, 005245 lub równoważny.”;
- Pytanie nr 2 w zestawie nr X (MPK Sp. z o.o.): Odpowiedź: „Elementy małej architektury muszą być zgodne z Wytycznymi dla obiektów małej architektury ulic i innych przestrzeni publicznych Miasta Łodzi – Strefa Wielkomiejska[...]”;

Sumując, nawet gdyby uznać, iż zamawiający nie mógł dostosować zapisów SIWZ w czasie trwania postępowania wszczętego w dniu 7 marca 2013 roku, prawidłowe planowanie procesu inwestycyjnego obligowało zamawiającego do uwzględnienia co najmniej wytycznych uchwały NR LV/1146/13 poprzez prognozowanie, iż w trakcie realizacji zadania mogą ulec zmianie pewne założenia projektowe. Naturalnym wyrazem takiego planowania winno być dopuszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości dokonania zmiany umowy w stosunku do oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz określenie warunków takiej zmiany. Wprowadzenie takich zapisów w ogłoszeniach lub SIWZ umożliwiłoby zamawiającemu elastyczność na etapie realizacji inwestycji, a przede wszystkim stanowiłoby zadośćuczynienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy w sposób niedyskryminujący otrzymaliby dostęp do tych istotnych informacji na etapie postępowania (tymczasem w trakcie postępowania zamawiający odmówił rozszerzenia przesłanek zmiany umowy).

Do analogicznych wniosków można dojść analizując uzasadnienie zamawiającego dotyczące montażu krawężników polimerowych. Zgodnie z treścią zarządzenia Nr 660/VI/11 Prezydenta Miasta Łodzi z dnia 17 maja 2011 roku w sprawie opiniowania projektów inwestycyjnych Miasta Łodzi przez Miejską Społeczną Radę ds. Osób Niepełnosprawnych, która działa we współuczestnictwie z Rzecznikiem Osób Niepełnosprawnych: „Na podstawie art. 33 ust. 3 i ust. 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (...) zarządzam, co następuje: § 1. Zobowiązuję kierowników komórek organizacyjnych Urzędu Miasta Łodzi oraz kierowników miejskich jednostek organizacyjnych, do zasięgania na etapie projektów opinii Miejskiej Społecznej Rady ds. Osób Niepełnosprawnych w przypadku realizacji: 1) inwestycji

budowlanych dotyczących budynków użyteczności publicznej; 2) inwestycji drogowych; 3) innych inwestycji o podobnym charakterze, w tym komunikacyjnych, mogących mieć wpływ na ułatwienie uczestnictwa w życiu społecznym środowiska osób niepełnosprawnych. Zarządzenie weszło w życie z dniem wydania. Jeżeli nie wypełniono dyspozycji wynikającej z ww. zarządzenia (z różnych przyczyn), na co wskazuje fakt zmian przedmiotu zamówienia dopiero na etapie realizacji inwestycji, zamawiający mógł w przedmiotowym zakresie przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość dokonania zmiany umowy w stosunku do oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz określić warunki takiej zmiany. Kwestia krawężników pojawiała się także w pytaniach wykonawców składanych w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- Pytanie nr 6 pkt h w zestawie nr II (KRAL Sp. z o.o.): „Czy w związku z obowiązującymi w chwili obecnej przepisami i ustaleniami przystosowującymi perony i przejścia dla osób niewidomych i niepełnosprawnych nie należy zastosować w projekcie układu krawężników specjalnych i płytek wskaźnikowych.” Odpowiedź: „Należy przyjąć do wyceny rozwiązania zgodne z Dokumentacją Projektową.”;
- Pytanie nr 9 w zestawie nr VII (KRAL Sp. z o.o.): „Uwagi do przedmiaru dla zadania I: Prosimy o podanie sposobu wykończenia krawężników kamiennych (cięte, płomieniowane, groszkowane), brak szczegółu z krawężnikiem „na płask” przy zatoce postojowej”. Odpowiedź: „Wykończenie krawężników kamiennych należy wykonać w technologii płomieniowania antypoślizgowego. Krawężnik na płask należy wykonać z tych samych asortymentów materiałowych, co w szczegółach przedstawionych na rysunku D 04.02 z uwzględnieniem wydłużenia stopy ławy fundamentowej o szerokość krawężnika w ułożeniu na płask.”;
- Pytanie nr 35 w zestawie nr X (MPK Sp. z o.o.): „Ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego: Czy Zamawiający przewiduje na przystankach komunikacji miejskiej nawierzchni ułatwiającej poruszanie się osobom ociemniałym i niewidomym (np. „system bez barier”), skoro w projekcie zabrakło szczegółów takiego rozwiązania. Jednocześnie zaznaczamy, iż obecnie na wielu inwestycjach miejskich takiego typu przystanki komunikacji są budowane” Odpowiedź: „W Dokumentacji Projektowej przewidziano kostkę ryflowaną. Lokalizacja zgodna z planem sytuacyjnym branży drogowej. Szczegół określony w przedstawionej dokumentacji.”.

Omówiona powyżej problematyka obrazuje nienależyty nadzór nad planowaniem i prowadzeniem procesu inwestycyjnego ze strony zamawiającego (w tym konkretnym przypadku).

W ocenie RIO w Łodzi Dyrektor ZDiT Grzegorz Nita w dodatkowych wyjaśnieniach (powołane w protokole kontroli) z dnia 30 marca 2015 roku (ZDiT-DO.0802.19.2015) potwierdził w całości konstrukcję zarzutów postawionych we wcześniejszej części wystąpienia. Warto jednak wskazać, że analiza zaistnienia ewentualnych przesłanek zamówienia uzupełniającego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma sens jedynie wówczas, gdy mamy do czynienia z robotami, usługami, dostawami niejako przekraczającymi przedmiot zamówienia podstawowego. Jeżeli zamawiający realizuje roboty, z którymi nierozdzielnie winna wiązać się dostawa ściśle określonych w SIWZ zamówienia podstawowego materiałów, natomiast dochodzi do wykonania tych robót jednak z innych materiałów, które

oprócz parametrów użytkowych zmieniają również cenę – możemy wyłącznie mówić o zmianie elementów przedmiotu zamówienia (w omawianym przypadku dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 ww. ustawy). Istotą zamówienia z wolnej ręki – uzupełniającego jest bowiem to, że rozszerza ono zakres przedmiotowy zamówienia podstawowego, a nie zastępuje jego elementy. Inaczej mówiąc może ono występować niejako obok, lub ponad przedmiot zamówienia podstawowego, nigdy zaś zamiast tego zamówienie. Tymczasem ze złożonych wyjaśnień można wywieść, że zamawiający prezentuje stanowisko, wg którego w skrajnych sytuacjach prawidłowym postępowaniem i wypełniającym dyspozycje art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie np.

- a) przeprowadzenie przetargu nieograniczonego na budowę nadmorskiej promenady z drewna o standardowych parametrach technicznych, które spełni np. sosna, natomiast po rozstrzygnięciu przetargu zamawiający dopłaci wykonawcy za wykonanie tej promenady z drewna egzotycznego np. Ipe (Lapacho);
- b) przeprowadzenie przetargu nieograniczonego na wymianę pokrycia dachowego hali sportowej o parametrach technicznych, które spełni najtańsza blachodachówka, natomiast po rozstrzygnięciu przetargu zamawiający dopłaci wykonawcy za wykonanie dachu z pokrycia miedzianego.

Otóż w takich sytuacjach, ponad wszelką wątpliwość wystąpi zmiana przedmiotu zamówienia mimo, że nie zmieni się technologia wykonania, miejsce realizacji robót itp. Uznanie zrealizowanej przez zamawiającego zmiany przedmiotu zamówienia za zamówienie uzupełniające byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji, w której zrealizowano by całkowicie przedmiot zamówienia podstawowego, w tym m.in. chodniki betonowe, a dopiero następnie na wykonane chodniki położono by dodatkową nawierzchnię granitową (w przypadku pozostałych robót analogia). Z kolei uznanie tezy wynikającej z wyjaśnień, iż nie nastąpiła zmiana zamówienia, a doszło do zamówienia uzupełniającego, które stanowi odrębne zamówienie i tak powinno być oceniane prowadzi do przekonania, że nie wykonano w ogóle omawianych elementów zamówienia podstawowego (w ich miejsce wykonano inne, jednak będące przedmiotem odrębnego nowego zamówienia). Mimo to zamawiający nie naliczył i nie pobrał kar umownych za niewykonanie przedmiotu zamówienia, a dodatkowo odebrał niekompletny przedmiot i zapłacił pełne wynagrodzenie.

10. W dniu 10 czerwca 2014 roku Zarząd Dróg i Transportu zawarł umowę nr 333.84/DZ/2014 dotyczącą zamówienia uzupełniającego nr 3. W ocenie kontrolujących, nie wszystkie prace budowlane wykonane w ramach przedmiotowej umowy stanowiły zamówienia uzupełniające, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie stanowiły bowiem powtórzenia tego samego rodzaju zamówień co zamówienie podstawowe. Część z tych robót wypełniała przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, w szczególności w zakresie konieczności wykonania prac wskutek niemożliwej do przewidzenia sytuacji, gdy wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione było od wykonania zamówienia dodatkowego, co pozwala stwierdzić, że były to zamówienia dodatkowe.

W ocenie kontrolujących, w kontekście wyjaśnienia cytowanego w protokole kontroli, zamówienia dodatkowe stanowiły prace polegające na:

- wykonaniu dodatkowego zasilania pomiędzy częścią oświetlenia PGE i ZDIT, koniecznego do zapewnienia pewności oświetlenia w przypadku awarii zasilania podstawowego (poz. 3 – 6 formularza ofertowego);
- ułożeniu dodatkowych kabli i rur osłonowych w celu odtworzenia kabli sterowniczych dla połączenia obwodów PGE, zgodnie z umową kolizyjną z PGE (poz. 11 – 13 formularza ofertowego);
- robotach energetycznych wykonywanych na posesjach nr 74, 70, 38 oraz na skrzyżowaniu ulic Kopernika i Żeromskiego (poz. 14 – 31 kosztorysu ofertowego);
- przebudowie sieci teletechnicznych (poz. 33 – 38 kosztorysu ofertowego);
- robotach kanalizacyjnych (poz. 42 – 47 kosztorysu ofertowego) polegających na wykuciu warstwy betonu w istniejących rozgałęzieniach od kanału ogólnospławnego, wykonanych przy jego budowie na przyszłe potrzeby, w celu prawidłowego wykonania odwodnienia ul. Kopernika;
- powtórnym rozebraniu i ułożeniu podbudowy chodnika i zjazdów wynikającym ze zmian projektowych kabli zasilających sieci trakcyjnej (poz. 50 – 54 kosztorysu ofertowego), z powodu instalacji niezinventaryzowanych wcześniej na mapie do celów projektowych, nieuwjętych w zamówieniu podstawowym.

W zakresie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy alei Piłsudskiego 138 w Łodzi wraz z przebudową układu drogowego

1. Zarządzeniem nr 5779/VI/14 Prezydenta Miasta Łodzi z dnia 21 lutego 2014 roku wyznaczono Zarząd Dróg i Transportu do: [1] przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia związanego z realizacją zadań inwestycyjnych obejmujących zakres zadań Urzędu Miasta Łodzi – Biura ds. Inwestycji w Departamencie Architektury i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi oraz Zarządu Dróg i Transportu pod nazwami: a) „Budowa stadionu przy al. Piłsudskiego 138”, b) „Przebudowa układu drogowego wokół stadionu Łódź Widzew”; [2] udzielenia zamówienia na rzecz jednostek, o których mowa powyżej; [3] przeprowadzenia ewentualnych postępowań i udzielania zamówień uzupełniających lub dodatkowych.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 marca 2014 roku poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej Zarządu Dróg i Transportu. W tym samym dniu zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (opublikowane w dniu 20 marca 2014 roku; 2014/S 056-093054).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 20 marca 2014 roku (zatwierdzona w dniu 17 marca 2014 roku przez Dyrektora ZDiT Grzegorza Niteę). Zamawiający zdecydował się na opis przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem prawa opcji. W przedmiotowym postępowaniu (formuła zaprojektuj i wybuduj) w powyższym zakresie wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: [1] wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych dla stadionu czterotrybunowego na min. 18 tys. miejsc siedzących z zadaszonymi trybunami wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (przedmiot zamówienia

należało zaprojektować w taki sposób, aby możliwe było wybudowanie trybuny północnej w późniejszym czasie); [2] wybudowanie i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie stadionu piłkarskiego o pojemności min. 15 tys. miejsc siedzących z zastrzeżeniem, iż w przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji docelowa pojemność ma wynieść min. 18 tys. miejsc siedzących; [3] przebudowę układu drogowego wokół stadionu. W dalszej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł opis zamówienia (zakres) realizowanego na podstawie prawa opcji wraz z określeniem okoliczności, w których nastąpi realizacja prawa opcji. Zakres prac – wybudowanie trybuny północnej o pojemności min. 3 tys. miejsc siedzących wraz z instalacjami i wyposażeniem niezbędnym do funkcjonowania trybuny północnej. Wykonawcy mieli wycenić zakres prac przewidzianych jako opcja (budowa trybuny północnej) i przedstawić w ofercie, przy czym zamawiający wyraźnie wskazał, że cena podana za wykonanie zakresu objętego prawem opcji nie będzie podlegała ocenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Wartość robót objęta prawem opcji nie mogła przekroczyć 15% ceny ofertowej za całość zamówienia. Warunkiem skorzystania z prawa opcji było złożenie oświadczenia woli przez zamawiającego o skorzystaniu z tego prawa w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi o prawie opcji jedynie w zakresie szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy, jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Powołany przepis nie odnosi się w ogóle do zamówień na roboty budowlane, stąd w doktrynie pojawiają się rozbieżne stanowiska, co do możliwości korzystania z prawa opcji przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane. Abstrahując od powyższego sporu, należy zwrócić uwagę na poniższe kwestie związane ze stosowaniem prawa opcji w zamówieniach publicznych.

RIO w Łodzi podziela stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2011 roku²³, w którym Izba wskazała, że „ (...) zamówienie stanowiące opcję jest realizowane w ramach tego samego postępowania co zamówienie podstawowe i w oparciu o tę samą umowę. Nie wymaga ono ani wszczęcia nowego postępowania, jak również zawarcia odrębnego kontraktu. Ustawa Pzp w zakresie opcji zawiera tylko jeden przepis odnoszący się do ustalenia wartości zamówienia. Jak wynika z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Tym samym powyższy przepis jednoznacznie wskazuje, iż prawo opcji zawiera się w zakresie zamówienia i zamawiający ustalając wartość zamówienia winien uwzględnić również wartość prawa opcji. Na powyższe wskazują również pośrednio art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tym samym pomiędzy zakresem świadczenia zawartym w ofercie a zakresem świadczenia wynikającym z umowy winna zachodzić tożsamość. Powyższy zapis, przy uwzględnieniu treści art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, należy odnieść do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ i tym samym do całego zakresu świadczenia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”.

23 Sygn. akt: KIO 2287/11 i KIO 2339/11; www.uzp.gov.pl

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż w postępowaniu, w którym zamawiający przewiduje prawo opcji, przedmiot zamówienia obejmuje: [1] zamówienie, które wykonawca będzie musiał wykonać w ramach umowy o zamówienie publiczne (zamówienie gwarantowane); [2] zakres zamówienia objęty opcją, które w zależności od jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego może (ale nie musi) zostać zrealizowane.

W art. 2 pkt 5 ustawy wskazano, że przez pojęcie najkorzystniejszej oferty należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast z ówczesnym brzmieniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy²⁴, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Mając na uwadze powołane wyżej przepisy ustawy, wskazać należy, iż kryteria oceny ofert muszą się odnosić do całości przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszej kontroli przedmiot zamówienia obejmował zatem: [1] zaprojektowanie stadionu (cztery trybuny) i wybudowanie stadionu (trzy trybuny); [2] wybudowanie czwartej trybuny; [3] przebudowę układu drogowego wokół stadionu. W związku z powyższym, kryteria oceny ofert (cena) winny być zatem związane z całością przedmiotu zamówienia. Zamawiający natomiast w SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny zapisał, że: [1] cena oferty stanowi suma cen brutto za wykonanie Zadania 1 i Zadania 2; [2] cena podana w ofercie za wykonanie zadania 1 nie obejmuje wartości robót brutto przypadającej za wybudowanie trybuny północnej (opcji) i nie będzie podlegała ocenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty – przy czym wartość robót brutto zadania 1 za wybudowanie trybuny północnej (opcja) nie może być wyższa niż 15% ceny ofertowej brutto dla całości zamówienia.

W ocenie Izby, pomimo że zamawiający w zakresie ceny zamówienia objętego opcją ograniczył ją do 15% ceny ofertowej brutto dla całości zamówienia, to naruszył art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy²⁵. Stosownie bowiem do art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3). Zauważyć należy, że zamawiający decydując się na skorzystanie z prawa opcji – realizacji części zamówienia za cenę, która nie podlegała ocenie przez

²⁴ To brzmienie ww. przepisu obowiązywało do dnia 18 października 2014 roku.

²⁵ Na marginesie wskazać należy, że we wniosku o przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, który w dniu 18 lutego 2014 roku Biuro ds. Inwestycji Urzędu Miasta Łodzi przekazało Zarządowi Dróg i Transportu wskazano opis proponowanych kryteriów oceny ofert. Jako kryterium oceny ofert wskazano jedynie cenę (waga 100%, oferta mogła uzyskać maksymalnie 100 pkt), jednakże w podziale na 3 części: [1] część I – zaprojektowanie stadionu czterotrybunowego i wybudowanie stadionu trzytrybunowego (bez trybuny północnej) – 60 pkt; [2] część II – cena za wybudowanie trybuny północnej – 15 pkt; [3] część III – cena za wybudowanie układu drogowego – 25 pkt.

pryzmat zastosowanego w postępowaniu kryterium – nie zachował uczciwej konkurencji. Przy jedynym kryterium, jakim jest cena, cenę oferty winna obejmować także cenę w zakresie zamówienia objętego opcją.

Powyższa teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok z dnia 28 maja 2013 roku²⁶: „Zgodnie z sekcją IV.2.1. ogłoszenia o zamówieniu jedynym kryterium oceny w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Zamawiający w rozdziale XVI siwz wyodrębnił jedynie dwa podkryteria: kryterium ceny za zamówienia podstawowe i cenę za opcjonalną rozbudowę. W ocenie Izby takie wyodrębnienie podkryteriów nie powoduje, że kryterium zmienia swój cenowy charakter. Ceną oferty, jak już wcześniej wskazano, jest cena za cały zakres zamówienia łącznie z opcją, zatem przy kryterium cenowym ocenie podlega także cena oferty opcjonalnej, żądanie zatem odwołującego zmierzające do usunięcia kryterium ceny opcjonalnej rozbudowy powoduje, że ocenie nie podlegałaby wówczas cena całej oferty, a jedynie jej części”.

Abstrahując już od stwierdzonego naruszenia ww. przepisów ustawy, to gwołi ścisłości napisać należy, iż w niniejszym postępowaniu cena najkorzystniejszej oferty (PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A.) powiększona o cenę zamówienia objętego opcją, była niższa niż cena kolejnej oferty bez uwzględniania tego zakresu (opcji) – patrz poniższa tabela:

Nr oferty	Dane wykonawcy	Wycena prawa opcji (zł)	Cena ofertowa łącznie (zł)
1.	Konsorcjum: SKB Sp. z o.o. Sp. k. BAUGESELLSCHAFT WALTER HELLMICH GmbH	30.767.891,14	242.363.545,63
2.	Konsorcjum: PORR (Polska) S.A. NDI S.A.	14.960.490,00	169.338.802,35
3.	Konsorcjum: WARBUD S.A. EUROVIA POLSKA S.A.	21.997.610,00	168.746.155,13
4.	Konsorcjum: MIRBUD S.A. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A.	8.685.304,36	158.254.453,19
5.	BUDIMEX S.A.	12.844.344,50	161.484.870,34
6.	PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A.	17.880.066,18	137.879.066,18
7.	MOSTOSTAL WARSZAWA S.A.	19.950.000,00	162.257.809,11

2. Stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 38 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość zamówienia była większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Mając na uwadze powyższe, zamawiający był zobligowany do udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynęły do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Z uwagi na pierwotne wyznaczenie terminu składania ofert na dzień 28 kwietnia 2014 roku oraz brzmienie art. 38 ust. 1b, stosownie do którego przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu do złożenia wniosku,

²⁶ Sygn. akt: KIO 1168/13; www.uzp.gov.pl

zamawiający był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na pytania, które wpłynęły do dnia 7 kwietnia 2014 roku. W przypadku wniosków wpływających po tym terminie udzielanie wyjaśnień miało charakter fakultatywny. W dniu 7 kwietnia 2014 roku wykonawca KRAL Sp. z o.o. przesłał faksem 7 pytań, na które zamawiający nie udzielił odpowiedzi, czym naruszył ww. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. W dniu 9 czerwca 2014 roku Dyrektor ZDiT Grzegorz Nita zatwierdził wniosek Komisji przetargowej dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A. Wykonawca w zakresie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie obiektu sportowego o pojemności min. 10.000 miejsc i wartości min. 80.000.000,00 zł brutto – powołał się na potencjał podmiotu trzeciego AK-BUD KURANT Sp. z o.o. W zakresie ww. podmiotu do oferty załączono m.in.: [1] oryginał zobowiązania AK-BUD KURANT Sp. z o.o. z dnia 9 maja 2014 roku do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobu wiedzy i doświadczenia (str. 27 oferty); [2] oryginał listu intencyjnego z dnia 9 maja 2014 roku (str. 28 oferty); [3] referencje wystawione w dniu 8 października 2010 roku na rzecz AK-BUD KURANT Sp.j. (str. 29-31 oferty). Do oferty załączono także umowę sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa z dnia 15 marca 2013 roku, która została zawarta między AK-BUD KURANT Sp.j. (sprzedawca) a AK-BUD KURANT Sp. z o.o. (nabywca). W umowie wskazano, że przedmiotem sprzedaży są także referencje związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, których zestawienie stanowiło załącznik do umowy.

Treść zobowiązania: *„Działając w imieniu AK-BUD KURANT Sp. z o.o. (...) jako podwykonawca robót budowlanych, zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy Przedsiębiorstwu Robót Mostowych »Mosty-Łódź« S.A. (...) działającemu samodzielnie lub w ramach Konsorcjum na cały okres realizacji Kontraktu pn. »Zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi wraz z przebudową układu drogowego« wiedzy i doświadczenia polegających na wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie obiektu sportowego o pojemności min. 10.000 miejsc i wartości min. 80.000.000,00 złotych brutto, zdobytego podczas realizacji kontraktu: (...)»Rozbudowa Stadionu Miejskiego przy ul. Bułgarskiej 5/7 w Poznaniu dla potrzeb EURO 2012 w zakresie wykonania I i III trybuny wraz z zadaniem trybun I, II, III«, o pojemności 43.269 miejsc, wartość zamówienia 486.048.000,00 złotych brutto. Oświadczamy, iż wskazaną powyżej wiedzę i doświadczenie udostępniemy poprzez bezpośrednią realizację prac w charakterze podwykonawcy przez cały okres trwania zamówienia, w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, na podstawie umowy zawartej z Wykonawcą po uzyskaniu przez niego zamówienia”. Zobowiązanie zostało podpisane przez Prezesa AK-BUD KURANT Sp. z o.o. (zgodnie z załączonym wypisem z KRS, każdy z członków zarządu jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania Spółki).*

Treść listu intencyjnego: *„Działając w imieniu Przedsiębiorstwa AK-BUD KURANT Sp. z o.o. (...) oświadczam, iż przypadku wyboru przez Zamawiającego (...) oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych »Mosty-Łódź« S.A. (...) do realizacji Kontraktu pn. »Zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi wraz z przebudową układu drogowego« zobowiązujemy się do realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy na podstawie umowy podwykonawczej, zawartej po podpisaniu przez PRM »Mosty-Łódź« S.A.*

umowy na realizację Kontraktu z Zamawiającym. W ramach podwykonawstwa zobowiązujemy się do udostępnienia na cały okres realizacji Kontraktu własnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia uzyskanego m.in. podczas realizacji inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie obiektu sportowego (stadionu piłkarskiego) o pojemności min. 10.000 miejsc o wartości min. 80.000.000,00 zł brutto". List intencyjny został podpisany przez Prezesa AK-BUD KURANT Sp. z o.o.

Treść referencji: „Spółka »Euro Poznań 2012« Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Bułgarskiej 5/7 niniejszym zaświadcza, iż Konsorcjum firm: HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., AK-BUD KURANT Sp.j., ALPINE BAU GmbH, ALPINE BAU DEUTSCHLAND AG, Alpine Construction Polska Sp. z o.o., którego liderem była HYDROBUDOWA POLSKA S.A. w okresie od 15.12.2008 do 29.07.2010 zrealizowało inwestycję pn. »Rozbudowa Stadionu Miejskiego przy ul. Bułgarskiej 5/7 w Poznaniu dla potrzeb EURO 2012 w zakresie wykonania I i III trybuny wraz z zadaszeniem trybun I, II, III«. Zadanie obejmowało budowę dwóch trybun żelbetowych nr I i nr III wraz z zadaszeniem trybun jako uzupełnienie dla istniejących trybun nr II i nr IV wraz z pełną infrastrukturą oraz zapleczem handlowo-usługowym i socjalno-technicznym. (...) Stadion Miejski w Poznaniu po przeprowadzonej modernizacji spełnia wymogi stawiane przez UEFA stadionom klasy ELITE, na których możliwe jest rozgrywanie meczów piłki nożnej w ramach Mistrzostw Europy EURO 2012. Wartość umowy podstawowej brutto 486,048 mln zł.” W dalszej części opisano szczegółowo co obejmował przedmiot zamówienia oraz wskazano, że wszystkie roboty wykonane zostały należycie, rzetelnie i fachowo, zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną.

Wykonawca PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A. na stronie 7 oferty zawarł zapis, że zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawców w zakresie: [1] prac projektowych; [2] robót związanych z wykonaniem konstrukcji i wyposażenia obiektu; [3] robót drogowych, robót branżowych.

Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

[a] zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; [b] sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; [c] charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; [d] zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby, mając na uwadze przedłożone w ofercie oświadczenia i dokumenty, nie sposób jednoznacznie ocenić, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Wprawdzie z treści zobowiązania oraz listu intencyjnego wynika, iż podmiot AK-BUD KURANT Sp. z o.o. będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, jednak nie wskazano w jakim zakresie. Powyższe ma istotny wpływ na ocenę, czy udostępniany zasób wiedzy i doświadczenia pozwala na należyte wykonanie przedmiotu

zamówienia. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 7.2 zawarł następujący zapis: „W sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych, innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz: 1) dokumenty dotyczące: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”. Treść ww. zapisu SIWZ pokrywa się w swojej treści z powoływanym już § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku.

Przedmiotowe zamówienie obejmuje swoim zakresem: [zadanie 1] zaprojektowanie i wybudowanie stadionu; [zadanie 2] przebudowę układu drogowego wokół stadionu. W sytuacji, gdyby podwykonawstwo AK-BUD KURANT Sp. z o.o. obejmowało np. wykonanie tylko zadania 2 lub jakiś wycinek prac objęty zamówieniem, to należałoby uznać, iż PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A. nie wykazała spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2014 roku²⁷ wskazano: „To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołujący się na art. 26 ust. 2b P.z.p. musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów, jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień, co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy P.z.p.”.

W ocenie RIO w Łodzi, zamawiający, stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy, winien wezwać PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A. o uzupełnienie dokumentu, który precyzowałby zakres zobowiązania AK-BUD KURANT Sp. z o.o. jako podwykonawcy. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu,

27 Sygn. akt 792/14; www.uzp.gov.pl

w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W dniu 24 lipca 2014 roku Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu i Miasto Łódź – Biuro ds. Inwestycji w Departamencie Architektury i Rozwoju w UMŁ, reprezentowane przez Dyrektora ZDiT Grzegorza Nitę, zawarło umowę nr 333.88/DZ/2014 z Przedsiębiorstwem Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A. na wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę 119.999.000,00 zł, w tym: [1] 95.822.328,57 zł za wykonanie zadania nr 1 (zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego), [2] 24.176.671,43 zł za wykonanie zadanie nr 2 (przebudowa układu drogowego wokół stadionu). Termin realizacji przedmiotu umowy – 28 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W dniu 24 lipca 2014 roku, na podstawie §6 ust. 7 i 8 umowy, o której mowa powyżej, zlecono PRM MOSTY-ŁÓDŹ S.A wykonanie robót w zakresie prawa opcji, tj. wybudowanie trybuny północnej o pojemności min. 3 tys. miejsc siedzących wraz z instalacjami i wyposażeniem niezbędnym do funkcjonowania trybuny północnej za wynagrodzeniem w kwocie 17.880.066,18 zł. Oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji zostało złożone przez Dyrektora ZDiT Grzegorza Nitę.

W zakresie nadzoru autorskiego

Stwierdzono, że Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi przeprowadzał w latach 2013 - 2014 postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na sprawowanie nadzoru autorskiego w ramach prowadzonych inwestycji budowlanych, w wyniku których „nadzór autorski” nad projektem sprawowany był przez podmiot nie będący jego twórcą. Powyższe działanie stanowiło naruszenie art. 16 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity z 2006 r, Dz. U. nr 90, poz. 631 ze zm.) w zakresie przestrzegania praw osobistych autora projektu, w zw. z art. 67 ust. 1 pkt b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku przeprowadzonych przetargów objętych kontrolą zawarte zostały następujące umowy na pełnienie nadzoru autorskiego²⁸:

1. Umowa nr 3331/103/DZ/2013 z dnia 22 sierpnia 2013 roku zawarta pomiędzy Miastem Łódź – Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, reprezentowanym przez Dyrektora Grzegorza Nitę, a Spółką z o.o. „PROGREG” z siedzibą w Krakowie, ul. Dekarzy 7c, reprezentowaną przez Prezesa Grzegorza Kudelskiego w przedmiocie „Sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych część III Nadzór dla inwestycji nr 3 – Przebudowa układu drogowo-torowego ul. Kopernika”. Wynagrodzenie ustalono w wysokości maksymalnej 54.120,00 zł – płatne po połowie w 2013 i w 2014 roku), w tym za jeden pobyt w wysokości 2.460,00 zł.
2. Umowa nr 3331.104/DZ/2013 z dnia 23 sierpnia 2013 roku zawarta pomiędzy Miastem Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, reprezentowanym przez Grzegorza Sójkę Zastępcę Dyrektora ds. Utrzymania i Eksploatacji, a Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością EKKOM z siedzibą w Krakowie, przy ul. Wadowickiej 8i, reprezentowaną przez Prezesa Zarządu Janusza Bohatkiewicza – w przedmiocie „Sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych – część IV nadzór dla inwestycji nr 4 Przebudowa ulicy Rojnej na

²⁸ W większości weryfikowanych przypadków przetarg wygrywał podmiot nie będący twórcą dokumentacji projektowej, w dwóch sytuacjach w wyniku przeprowadzonego postępowania, wygrał podmiot będący autorem projektu.

odcinku od ul. Traktorowej do ul. Szczecińskiej". Wynagrodzenie ustalono w wysokości 16.236 zł brutto, płatne po połowie w 2013 i w 2014 roku.

3. Umowa nr 3331.127/DZ/2013 z dnia 21 października 2013 roku zawarta pomiędzy Miastem Łódź – Zarządem Dróg i Transportu, reprezentowanym przez Dyrektora Grzegorza Nitę, a Pracownią Projektową Inżynierii Lądowej „RONDO” – Irena Palińska, Paweł Sobczyk, reprezentowaną przez pełnomocnika Irenę Palińską, w przedmiocie „Sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych na terenie miasta łodzi – część 1 Nadzór dla inwestycji nr 1 Rozbudowa ul. Ustronnej wraz z ul. Siostrzaną”, za wynagrodzeniem w kwocie maksymalnej 51.660,00 zł, z tym, że za jeden pobyt w wysokości 738,00 zł brutto.
4. Umowa nr 3331.128/DZ/2013 z dnia 21 października 2013 roku zawarta pomiędzy Miastem Łódź – Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, reprezentowanym przez Dyrektora Grzegorza Nitę, a Sp. z o.o. „Polska Inżynieria” z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowogrodzkiej 62B, reprezentowaną przez Prezesa Dariusza Godelwskiego, w przedmiocie „Sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych na terenie miasta łodzi – część 2 Nadzór dla inwestycji nr 2 Budowa drogi rowerowej wzdłuż al. Rydza Śmigłego na odcinku od al. J. Piłsudskiego do ul. Władysława Broniewskiego oraz przejazdów rowerowych w wybranych lokalizacjach na terenie miasta łodzi.” – przy maksymalnym wynagrodzeniu 8.302,50 zł, w tym za jeden pobyt 553,00 zł.
5. Umowa nr 333.96/DZ/2014 z dnia 2 lipca 2014 roku zawarta pomiędzy Miastem Łódź – Zarządem Dróg i Transportu, reprezentowanym przez Dyrektora Grzegorza Nitę, a Sp. Z o.o. „PROGREG” z siedzibą w Krakowie przy ul. Dekarzy 7c, reprezentowaną przez Prezesa Grzegorza Kudelskiego, w przedmiocie „Pełnienia nadzoru autorskiego nad realizacją zadania Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód – Zachód (Retkinia – Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem”. Wynagrodzenie ustalono w wysokości 858.540,00 zł brutto.

Przedmiotem umów o pełnienie nadzoru autorskiego było w szczególności:

- zapoznanie się z dokumentacją techniczną dostępną na stronie internetowej zamawiającego;
- stwierdzanie w toku realizacji robót budowlanych zgodności realizacji z projektem;
- wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań (art. 20 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane) w terminie 7 dni od daty otrzymania prośby o dokonanie wyjaśnienia;
- ustalanie z zamawiającym i wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych oraz przygotowanie wszelkiej dokumentacji dotyczącej rozwiązań zamiennych w stosunku do dokumentacji projektowej, w odniesieniu do materiałów i konstrukcji oraz rozwiązań technicznych;
- wykonywanie rysunków zamiennych i opracowań dodatkowych na polecenie zamawiającego w sposób, by zakres wprowadzonych zmian nie powodował istotnej zmiany zatwierdzonego projektu budowlanego, wymagającej uzyskania nowego pozwolenia na budowę – w terminie każdorazowo uzgodnionym z zamawiającym;

- opiniowanie możliwości wbudowania wyrobów budowlanych równoważnych pod względem zgodności z dokumentacją projektową w terminie 7 dni kalendarzowych od daty jej przekazania i zaopiniowania;
- kwalifikowanie, opiniowanie i uzgadnianie dokumentacji technicznej opracowanej przez wykonawcę robót budowlanych w terminie 7 dni kalendarzowych od daty jej przekazania do zaopiniowania;
- wydawanie opinii i opracowywanie rozwiązań technicznych (w szczególności opracowywanie dodatkowych rysunków);
- bieżąca współpraca z wykonawcą robót przy poszczególnych etapach realizacji robót branżowych celem niedopuszczenia do przerw w robotach;
- uczestniczenie, na wezwanie zamawiającego w radach budowy, spotkaniach, komisjach i naradach technicznych, uczestnictwo w odbiorach częściowych i końcowym, cyklicznych pobytach na budowie;
- zatwierdzanie do realizacji dokumentacji zamiennej opracowanej na wniosek zamawiającego lub wykonawcy robót w terminie 7 dni od daty jej przekazania do zaopiniowania, w szczególnych przypadkach termin ten może ulec zmianie na wniosek zamawiającego (bez zmian istotnych)²⁹;
- dokonywanie pisemnej oceny, czy zmiana jest wynikiem błędu w dokumentacji projektowej i w przypadku stwierdzenia błędu niezwłoczne powiadomienie o tym fakcie inżyniera i zamawiającego³⁰;
- uczestniczenie we wszystkich innych czynnościach mających na celu doprowadzenie do osiągnięcia projektowanych zdolności użytkowych obiektu³¹.

Jednocześnie w ramach zawartych umów o sporządzenie dokumentacji projektowej wskazanych we wcześniejszej części wystąpienia pokontrolnego między zamawiającym a wykonawcami dokumentacji, dochodziło - w trybie art. 67 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - do ustaleń w zakresie przeniesienia praw majątkowych - upoważnienia do korzystania z utworu na określonych polach eksploatacji, co szczegółowo opisane zostało w protokole kontroli. Poza tym między stronami dochodziło także do innych uzgodnień, w ramach których ustalano m.in., że: zamawiający jest uprawniony do dokonywania wszelkich opracowań, modyfikacji, tłumaczeń - bez zgody wykonawcy, do przenoszenia autorskich praw majątkowych i praw zależnych na inne osoby oraz do udzielania im licencji na korzystanie z opracowań i dokumentów.

Ustalenia zawierane między zamawiającym a wykonawcami nie miały jednak wpływu na podstawowe reguły rządzące prawami autorskimi, o których mówi ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zgodnie z jej treścią, utwory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne oraz urbanistyczne stanowią przedmiot prawa autorskiego. Jest nim, stosownie do art. 1 ust. 1 ww. ustawy, każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia utworu. Zatem by utwór można było uznać za przedmiot prawa autorskiego, należy przypisać mu cechy indywidualności i charakterystyczności. Podlega on także ochronie, bez względu na to czy został ukończony czy też nie, a także bez konieczności dopełnienia jakichkolwiek

²⁹ Dotyczy umowy nr 333.96/DZ/2014 z dnia 2 lipca 2014 roku

³⁰ jw.

³¹ jw.

formalności. Dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, za pomocą której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi przedmiot prawa autorskiego. Twórcą – osobie której przysługuje prawo autorskie do dzieła - jest, zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - osoba, której nazwisko w tym charakterze uwidoczono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu. W wyniku stworzenia utworu, twórcy przysługują dwa podstawowe na gruncie ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych prawa: prawa autorskie osobiste oraz autorskie prawa majątkowe.

Pierwsze ustawodawca doprecyzował w art. 16 tej ustawy wskazując, że odnoszą się one do więzi twórcy z utworem, są niezbywalne, nie można się ich zrzec bądź zbyć oraz podlegają nieograniczonej w czasie ochronie. Wiąż o której mowa powyżej odnosi się do bezpośredniej relacji pomiędzy twórcą, a utworem, w szczególności w zakresie prawa do: [1] autorstwa utworu, [2] oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo udostępniania do anonimowo, [3] nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania, [4] decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności, [5] nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Uprawnienia te mają przede wszystkim za zadanie ochronę autora, zapewniając należyte użytkowanie utworu, określającego de facto jego kompetencję i dobre imię. Również prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania nie podlegające zrzeczeniu się czy zbyciu, w praktyce oznacza, że jedynie autor może sam dokonywać zmian w swoim utworze. Niezależnie od stosunku prawnego łączącego strony (np. w ramach umowy na sporządzenie dokumentacji projektowej) nie może przenieść na nikogo innego uprawnień do dokonywania zmian.

Jedynym odstępstwem od tej reguły jest opracowanie cudzego utworu oraz rozporządzanie i korzystanie z niego w ramach „praw zależnych”, o których mowa w art. 2 ww. ustawy, a także dokonywanie zmian spowodowanych oczywistą koniecznością, co do których twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić – o czym mowa w art. 49 ww. ustawy. Oba te zagadnienia objęto szczegółową analizą w dalszej części wystąpienia.

Autorskie prawa majątkowe natomiast, będące przedmiotem ustaleń między stronami umów na sporządzenie dokumentacji projektowej, zasadniczo różnią się od praw autorskich osobistych. Przede wszystkim tym, że zgodnie z rozdziałem 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, są zbywalne. Zgodnie z art. 41 tej ustawy, jeżeli akt prawny nie stanowi inaczej, autorskie prawa majątkowe mogą przejść na inne osoby w drodze dziedziczenia lub na podstawie umowy, a nabywca autorskich praw majątkowych może przenieść je na inne osoby, chyba że umowa stanowi inaczej. Przejście praw majątkowych następuje na określonych przez strony polach eksploatacji. Do twórcy należy decyzja na jakich polach chce udostępnić utwór, a także czy pobierać będzie z tego tytułu wynagrodzenie. Stosownie do przepisów prawa - art. 50 ww. ustawy, przeniesienie praw następować będzie w szczególności w zakresie: [1] utrwalania i zwielokrotniania utworu – wytwarzania określoną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową; [2] obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono – wprowadzanie do obrotu, użyczenie, najem oryginału albo egzemplarzy; [3] rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w pkt 2 – publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. Katalog

wskazany powyżej jest jedynie przykładowy, na co wskazuje sformułowanie „w szczególności”, a strony mogą go modyfikować, jednak z poszanowaniem porządku prawnego, w tym i także autorskich praw osobistych twórcy, które są niezbywalne, nieprzenaszalne, w konsekwencji czego nie mogą zostać objęte przekazanymi polami eksploatacji.

Sprawowanie nadzoru autorskiego w ramach robót budowlanych, będącego w rzeczywistości nadzorem nad sposobem korzystania z utworu, o którym mowa w art. 16 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, także należy rozpatrywać z uwzględnieniem regulacji kształtujących prawa autorskie, w tym i tych stanowiących o jego niezbywalności, nieprzenaszalności i bezterminowości. Prawo to wynika bowiem z samego faktu stworzenia danego utworu – projektu – bez konieczności dopełnienia jakichkolwiek formalności. Dlatego też prawa majątkowe i przenoszone w ich zakresie pola eksploatacji nie mogą obejmować nadzoru autorskiego.

Tym samym, treść art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, która w praktyce powoduje trudności interpretacyjne, nie zaprzecza powyższej tezie (patrz uzasadnienie poniżej). Przepis ten wskazuje, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-budowlanymi regulują odrębne przepisy. Nie oznacza to jednak, że odsyła on bezpośrednio do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, wskazując na istotną różnicę pomiędzy nadzorem autorskim sprawowanym przez twórcę w stosunku do innych kategorii utworów, w odniesieniu do których sprawowanie nadzoru autorskiego jest wyłącznie prawem osobistym autora, a nie jego obowiązkiem, w konsekwencji czego istnieją wyjątki od zasady ochrony praw osobistych³².

Przepisy prawa budowlanego oczywiście także znajdują zastosowanie przy sprawowaniu nadzoru autorskiego nad projektami architektoniczno-budowlanymi. Określają m.in.: [1] uczestników procesu budowlanego, [2] obowiązki inwestora – art. 18, 19 i 44 ustawy Prawo budowlane, [3] obowiązki projektanta – art. 20 ww. ustawy, [4] zasady ponoszenia odpowiedzialności zawodowej w budownictwie – art. 95 i 96 ww. ustawy. Wprowadzając szereg istotnych regulacji przepisy te w żaden sposób nie kwestionują czy też nie naruszają autorskich praw osobistych, przysługujących autorowi jedynie z samego faktu stworzenia utworu. Nie odnoszą się w swej treści do zagadnień podmiotowych, a przedmiotowych, wskazując na prawa i obowiązki m.in. inspektora nadzoru autorskiego, oraz sytuacje w których nadzór ten jest obligatoryjnie lub fakultatywnie sprawowany. Zgodnie z przywołanym art. 17 ww. ustawy - uczestnikami procesu budowlanego są: [1] inwestor, [2] inspektor nadzoru inwestorskiego, [3] projektant, [4] kierownik budowy lub kierownik robót. Co istotne, przepis ten nie wprowadza do procesu budowlanego odrębnego, samodzielnego podmiotu, jakim jest inspektor nadzoru autorskiego. Natomiast norma prawna wyrażona w art. 18 tej ustawy wskazuje na obowiązki i prawa inwestora mające na celu zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Obowiązki zawarte są w ust. 1 powyższego artykułu. Celem wypełnienia przesłanek o których mowa powyżej, inwestor w szczególności obowiązany jest zapewnić: [1] opracowanie projektu budowlanego stosownie do potrzeb innych projektów, [2] objęcie kierownictwa budowy przez kierownika budowy, [3] opracowanie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, [4] wykonanie i odbiór robót budowlanych, a w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót budowlanych lub warunkami gruntowymi, nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych. W ust. 2 i 3 art. 18 ustawy Prawo budowlane

32 Zobacz treść opinii Urzędu Zamówień Publicznych z 2012 roku w sprawie sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1954>.

ustawodawca określił uprawnienia inwestora, dotyczące organizowania nadzoru autorskiego i inwestorskiego. Gdy w ocenie inwestora zaistnieje konieczność sprawowania większej kontroli nad robotami budowlanymi, ma on możliwość ustanowienia nadzoru inwestorskiego, a w momencie gdy konieczna jego zdaniem będzie bieżąca kontrola zgodności realizacji inwestycji z projektem budowlanym, ma on możliwość skorzystania z nadzoru autorskiego, zobowiązując do jego pełnienia projektanta. Zatem art. 18 ust. 1 ustawy Prawo budowlane wskazuje na obowiązki inwestora, a art. 18 ust. 2 i 3 ustawy na jego uprawnienia³³.

Dodatkowo, zgodnie z art. 19 ww. ustawy, właściwy organ może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, a także obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko. Organ ten, wydając swoją decyzję opiera się na dokumentacji projektowej, uprzednio mu przekazanej. W momencie gdy stwierdzi, że ten konkretny projekt charakteryzuje się np. wysokim stopniem skomplikowania, zdecydować może, aby przy jego wykonywaniu uczestniczył jego autor – jedyna osoba posiadający szczegółową, pełną i kompletną wiedzę na temat swojego dzieła i wizji jego wdrożenia. Z kolei w zakresie nałożenia na inwestora obowiązku powołania inspektora nadzoru inwestorskiego zastosowanie znajdują przepisy szczególne, określające rodzaje obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane jego ustanowienie oraz listę obiektów budowlanych i kryteria techniczne, jakimi powinien kierować się organ podczas nakładania na inwestora obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru autorskiego³⁴.

U podstaw powołania inspektora nadzoru autorskiego i inwestorskiego znajdują się inne przyczyny, a głównym uzasadnieniem uczestniczenia przy realizacji inwestycji autora, nie są normatywne przesłanki a potrzeba, aby jedyny podmiot posiadający kompletną wizję swojego dzieła, uczestniczył przy jego wykonywaniu. W trakcie czynności kontrolnych zwrócono się do Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z prośbą o przekazanie pozwoleń na budowę, zezwoleń i zgłoszeń w ramach których wykonywano roboty budowlane przy inwestycjach objętych weryfikacją w zakresie nadzoru autorskiego (przekazaną dokumentację opisano w protokole kontroli). Na jej podstawie nie stwierdzono, by właściwy organ nałożył na inwestora obowiązek prowadzenia prac z udziałem nadzoru autorskiego. Jednocześnie ustalono, że zatwierdzenie przez właściwy organ projektu budowlanego odbywało się z imiennym powołaniem na jego autorów oraz z przekazaniem wydanej decyzji do autora projektu, który w rzeczywistości nie uczestniczył już w procesie realizacji inwestycji.

Utwory takie jak dokumentacja projektowa często sporządzane są przez pracowników zatrudnianych w firmach projektowych, które to właśnie firmy zostają wybrane przez zamawiającego do przygotowania projektu. W takich przypadkach, w ramach korzystania z praw autorskich osobistych i majątkowych zastosowanie

33 „Komentarz do ustawy Prawo budowlane” A. Plucińska-Filipowicz, K. Buliński, T. Filipowicz, wyd. Lex 2014. „W myśl art. 18 ust. 3 inwestor może (a więc ma prawo a nie obowiązek) zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. Ponieważ stosunek pomiędzy inwestorem a projektantem oparty jest na umowie (a więc akcie prawa cywilnego), zobowiązanie projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego musi wynikać z umowy zawartej pomiędzy tymi podmiotami. Jest tak dlatego, że co prawda nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta, który sporządził dla inwestora zamówiony projekt, jednak czynności związane z nadzorem autorskim różnią się od czynności projektowych, przekraczają one zakres projektowania dlatego konieczne jest zawarcie w umowie stosownych postanowień”.

34 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 19 listopada 2001 roku w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego (DZ.U.2001r, nr 138, poz. 1554).

znajdzie art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, który mówi o tym, że jeżeli ustawa lub umowa o pracę nie stanowi inaczej, pracodawca, którego pracownik stworzył utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy, nabywa z chwilą przyjęcia utworu autorskie prawa majątkowe w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron. Przedmiotowa regulacja wskazuje, że osobiste prawa autorskie wskazane w art. 16 ww. ustawy nadal przysługują temu pracownikowi, a pracodawca nabywa prawa związane z użytkowaniem i eksploatacją utworu (prawa majątkowe) na polach eksploatacji określonych w umowie o pracę bądź ustaleń między stronami³⁵.

Ustawa Prawo budowlane określa także w art. 20 podstawowe obowiązki projektanta, a w art. 21 jego uprawnienia. Obowiązkami są: [1] opracowanie projektu budowlanego, [2] wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań, a także sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu, w zakresie: [a] stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, [b] uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Zapis ten wskazuje na czynności wykonywane przez projektanta – autora projektu w ramach nadzoru autorskiego (zob. wyrok KIO 222/12 z dnia 15 czerwca 2012 roku) i znajduje odniesienie do opisanych wcześniej art. 18 i 19. Do uprawnień projektanta należy z kolei m.in.: [1] prawo wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji, [2] żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych, w razie: a) stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia, b) wykonywania ich niezgodnie z projektem. Zauważyć należy, że prawo do ww. czynności wiąże się z pełnieniem funkcji nadzoru autorskiego – tj. bieżącej kontroli zgodności realizacji robót z projektem. W umowach o pełnienie nadzoru autorskiego zawieranych pomiędzy ZDiT a podmiotami wyłonionymi w trybie przetargu nieograniczonego, opisanych we wcześniejszej części wystąpienia pokontrolnego, znajdują się zapisy, w których zobowiązywano nowo wybranych inspektorów nadzoru autorskiego do „wyjaśniania wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań (art. 20 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo budowlane)”. W świetle przedstawionych ustaleń podkreślić trzeba, że jest to jeden z podstawowych obowiązków projektanta (w ramach pełnienia nadzoru autorskiego), a nie osobny zakres czynności inspektora. Dlatego też, jedynie łączne sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego nad swoją dokumentacją, pozwoli prawidłowo realizować przedmiotowy obowiązek.

Przepisem, przy interpretacji którego formułowane jest stanowisko, zgodnie z którym - ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu sprawującego nadzór autorski w trakcie trwania procesu budowlanego, a tym samym jeżeli chodzi o utwory architektoniczne czy architektoniczno-budowlane nie ma obowiązku, aby nadzór autorski sprawował jedynie projektant, jest art. 44 ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z nim - inwestor jest obowiązany bezzwłocznie zawiadomić właściwy organ o zmianie: kierownika budowy robót, inspektora nadzoru autorskiego, projektanta sprawującego nadzór autorski – podając od kiedy zmiana ta nastąpiła. Niemniej, w ocenie kontrolujących - ustawodawca wprowadzając do porządku prawnego art. 44 ww. ustawy miał na celu uregulowanie kwestii zmiany osoby sprawującej nadzór autorski, w przypadku gdy prawa o których mowa w art. 16 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przysługują kilku

35 „(...) O ile nic innego nie wynika z ustawy (...) lub umowy (o pracę albo umowy cywilnoprawnej), pracodawca staje się właścicielem autorskich prawa majątkowych pracownika – twórcy, w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron. (...) Utwory w tym czasie powstałe w ramach stosunku pracy, przyjęte przez pracodawcę, stawały się własnością pracodawcy, z których może on korzystać stosownie do przedmiotu działania swego przedsiębiorstwa.” Wyrok Sądu Apelacyjnego z 25 kwietnia 2007 roku sygn. I ACa 116/07

podmiotom jednocześnie. Możliwa jest, bowiem sytuacja w której jeden utwór – projekt został stworzony przez kilka podmiotów, a w wyniku wewnętrznych ustaleń jeden z nich sprawował nadzór autorski. Wówczas, gdy dojdzie do zmiany osoby sprawującej nadzór autorski nad projektem w ramach osób uprawnionych, na inwestora nałożony jest obowiązek, o którym mowa powyżej³⁶.

W kontekście przywołanych powyżej regulacji prawnych kształtujących rolę autora projektu i sprawowanie przez niego nadzoru autorskiego, tryb wyboru podmiotu sprawującego nadzór autorski poprzez stosowanie przetargu nieograniczonego, stanowi naruszenie reguł określających prawa autorskie, opisanych we wcześniejszej części wystąpienia pokontrolnego. Fakt wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w konsekwencji uniemożliwia twórcom korzystanie w pełni z przysługujących im praw autorskich osobistych. W jednym z takich przypadków, szczegółowo opisanym w protokole kontroli, w ramach przetargu na „Sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją robót budowlanych” znak ZDIT-DZ.331.40.2013 do Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi wpłynęło zapytanie na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pytanie to złożone zostało przez twórcę dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Przebudowa układu drogowo-torowego ul. Kopernika” - Mosty Katowice. W piśmie tym wykonawca wniósł o unieważnienie postępowania przetargowego w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy. Zgodnie z treścią, wniosek został uzasadniony sprzecznością ogłoszonego przetargu, między innymi, z obowiązującymi przepisami tj. art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane oraz uchwałą KIO z dnia 6 lipca 2012 roku w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na sprawowanie nadzoru autorskiego (sygn. KIO/KD 57/12) i wyrokiem KIO z dnia 15 lutego 2012 roku (sygn. KIO 222/12). W odpowiedzi na powyższe Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych³⁷, potwierdził legalność swych działań wskazując na możliwość sprawowania nadzoru autorskiego w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Jako podstawę prawną swych działań wskazano: art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a także: art. 44 ust. 1 pkt 3, art. 46 (prawa zależne) oraz art. 49 ust. 2 ww. ustawy. Dwa pierwsze z przywołanych wyżej przepisów zinterpretowano w niniejszym wystąpieniu pokontrolnym, wskazując, iż nie dają one podstaw prawnych do wyłączenia nadzoru autorskiego sprawowanego nad dokumentacją projektową spod reżimu ochrony praw autorskich osobistych.

W art. 46 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ustawodawca uregulował zagadnienie tzw. prawa zależnego, stwierdzając, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości praw majątkowych. W umowie zawartej między ZDIT a Mosty Katowice wykonawca przeniósł na zamawiającego prawa majątkowe na określonych polach eksploatacji, a także uprawnił go do dokonywania wszelkich opracowań, modyfikacji

³⁶ KIO/KD 57/12 z 6 lipca 2012 roku „(...)W ocenie Izby wywodzenie, z powołanego przepisu, że ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów należy uznać za błędne. Izba stoi na przedstawionym i uzasadnionym wcześniej stanowisku, iż nadzór autorski, co wynika z samej jego istoty, może sprawować jedynie autor projektu. Dodatkowo Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu może odnosić się do sytuacji, w której określony projekt został wykonany przez kilka podmiotów, którym przysługuje wówczas status współautorów projektu, a następnie tylko jeden z nich sprawował nadzór autorski nad jego wykonaniem. W przypadku zmian w tym zakresie zastosowanie właśnie znajdzie przepis art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego”.

³⁷ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1954>

i tłumaczeń bez zgody wykonawcy, a także do dalszego przenoszenia praw majątkowych i praw zależnych na inne osoby i udzielania im licencji na korzystanie z opracowań, projektów i dokumentów. Stanowiło to wypełnienie przesłanki, o której mowa w art. 46 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Definicja prawa zależnego znajduje się w art. 2 ww. ustawy. Zgodnie z powyższym przepisem, opracowanie cudzego utworu, w szczególności tłumaczenie, przeróbka, adaptacja, jest przedmiotem prawa autorskiego bez uszczerbku dla prawa do utworu pierwotnego, a rozporządzanie i korzystanie z opracowania zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego (prawo zależne), chyba że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. Powyższy przepis odnosi się jednak do utworu stworzonego w związku z innym, istniejącym już utworem, przy wniesieniu w jego powstanie twórczych elementów³⁸. Możliwe jest zatem, że przy przeniesieniu praw zależnych przez twórcę, tak jak miało to miejsce w opisywanym przypadku, zamawiający, czy podmiot przez niego wskazany, będzie mógł stworzyć opracowanie, stanowiące osobny, niezależny utwór, co istotne, chroniony prawem autorskim, jednak bez uszczerbku dla dokumentacji pierwotnej. W rzeczywistości nowy podmiot zostanie autorem, z pełnymi prawami i obowiązkami, o których mowa w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnym – wobec stworzonego przez siebie opracowania, a autor dokumentacji pierwotnej w dalszym ciągu pozostanie niezmienny.

Regulacja ta, nie zmienia ustaleń kontroli dotyczących możliwości sprawowania nadzoru autorskiego jedynie przez twórcę projektu. Prawa osobiste autorskie wskazane w art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w tym prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu pierwotnego, w dalszym ciągu przysługują jego autorowi. Podobnie twórcy opracowania, ale jedynie w konkretnym zakresie, którego obszar wyznacza opracowanie. W konsekwencji, powoływanie się na prawa zależne, jako uzasadnienie zlecenia wykonywania nadzoru autorskiego podmiotowi nie będącemu jego twórcą, a jedynie autorem opracowania, jest nieuzasadnione. Co ważne pomimo, że opracowanie to stanowi osobny utwór, z uwagi na fakt, iż powstało w oparciu o inny utwór, zgodnie z art. 2 ust. 5 ww. ustawy, na egzemplarzach opracowania należy wymienić twórcę i tytuł utworu pierwotnego.

Kolejnym przepisem na który powoływał się Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi celem uzasadnienia zlecenia w trybie przetargowym funkcji inspektora nadzoru autorskiego innemu niż autor podmiotowi, był art. 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Stosownie do jego treści - następcą prawnym, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy, czynić zmian w utworze, chyba, że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Regulacja ta dotyczy także utworów, których czas ochrony autorskich praw majątkowych upłynął. Jednocześnie, jeżeli w umowie nie określono sposobu korzystania z utworu, powinien on być zgodny z charakterem i przeznaczeniem utworu oraz przyjętymi zwyczajami. Kontrolujący nie zaprzeczają, iż przepis ten wprowadza możliwość dokonywania zmian w utworze bez zgody autora, po kumulatywnym spełnieniu wskazanych w przepisie warunków: [1] zmian może dokonać następcą prawnym, [2] przyczyną

38 Pismo Ministra Kultury z 20 czerwca 2002 roku znak DP/WPA.024/189/02 „Uznanie utworu za opracowanie” – „(...)Aby określoną pracę uznać za opracowanie w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (DZ.U. z 2000 r. nr 80, poz. 904 z późn. Zm.) konieczne jest wniesienie w jego powstanie twórczych elementów (opracowanie jest odrębnym utworem w rozumieniu prawa autorskiego). Stąd też weryfikacja merytoryczna i językowa całości utworu nie może być co do zasady potraktowana jako prowadząca do powstania opracowań, gdyż celem jej jest nie tyle twórcza ingerencja w formę i treść weryfikowanego utworu, co raczej dbałość o jego fachowy charakter. Inaczej sprawa przedstawia się w przypadku konspektów, streszczeń i pisemnych przedmów naukowych do weryfikowanych utworów, które bez wątplenia mogą być traktowane jako utwory w rozumieniu powyższej ustawy”.

zmiany może być oczywista konieczność, a [3] twórca nie miałby słusznej okoliczności sprzeciwić się tym zmianom. W praktyce regulacja ta budzi liczne kontrowersje bowiem odnosi się do jednego z podstawowych praw autora, wskazanego w art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych – prawa do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania. W literaturze przyjmuje się, że konieczne zmiany to np. takie, które wymagane są celem: [1] zapewnienia zgodnego z prawem użytkowania, [2] prawidłowej, normalnej eksploatacji, [3] zapewnienia zgodności utworu z założeniami znanymi twórcy, czy też [4] zapewnienia eksploatacji utworu z nowoczesną techniką³⁹.

Przykładem dokonania takich zmian mogą być np. błędy ortograficzne czy stylistyczne ale także zmiany dostosowujące projekt do obowiązujących wymogów prawnych – brak zgody właściwego organu administracji państwowej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1981 roku, IV CR 193/81, LEX nr 8381). Katalog oczywistych zmian jest szeroki i nieprecyzyjny. Wiadomym jest, że w trakcie realizacji robót budowlanych, mogą zaistnieć sytuacje nieprzewidziane wcześniej przez projektanta (np. różnego typu kolizje), których uwzględnienie w modyfikacji projektu jest konieczne celem dalszego kontynuowania prac. Można założyć, że przy niezbędnych modyfikacjach projektu, charakteryzującego się umiarkowanym stopniem skomplikowania, zmiana pozostająca w granicach wizji lub pomysłu projektanta, nie powinna spowodować jego sprzeciwu. Dlatego też zasadność dokonywania zmian na podstawie omawianego przepisu, powinna być zawsze rozpatrywana w związku z okolicznościami mogącymi skutkować sprzeciwem twórcy projektu, uwzględniając oczywiście pozostałe przesłanki, o których mowa w art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ale także charakterystykę projektu. Jednocześnie przedstawiona powyżej regulacja, zdaniem kontrolujących - nie stanowi wyjątku od możliwości sprawowania czynności nadzoru autorskiego jedynie przez projektanta. Daje ona możliwość, we wskazanych przypadkach, na dokonywanie przez następcę prawnego koniecznych modyfikacji do projektu. W kontekście omawianego stanu faktycznego, zamawiający na podstawie art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ma możliwość samodzielnie, lub poprzez inny podmiot, dokonywać zmian w projekcie budowlanym w trakcie realizacji inwestycji, oczywiście w zakresie co do którego projektant nie ma podstaw się sprzeciwić. Dlatego też z uwagi na wprowadzenie przez ustawodawcę takiego uprawnienia rozważać należy w ogóle zasadność korzystania z nadzoru autorskiego na podstawie art. 18 ustawy Prawo budowlane, przy małym stopniu skomplikowania projektu i braku w ocenie zamawiającego potrzeby, by to konkretnie autor na bieżąco czuwał nad zgodnością realizacji inwestycji z projektem. Jeżeli w trakcie prac zamawiający nie stwierdzi potrzeby bieżącej konsultacji stosowanych rozwiązań z projektantem, gdy zajdzie taka potrzeba, na podstawie art. 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, samodzielnie będzie w stanie dokonać zmian projektu. Pozostałe czynności, niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji inwestycji, przy braku powodowania rozłamu między projektantem a jego utworem – dokumentacją projektową, zapewnić może także np. inspektor nadzoru inwestorskiego, na podstawie art. 25 ustawy Prawo budowlane. Ustawowy katalog uprawnień inspektora nadzoru inwestorskiego wyczerpuje wszystkie niezbędne elementy niezbędne do kontroli zgodności realizacji inwestycji z projektem. Dlatego też zestawiając to uprawnienie z art. 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, aby budowa realizowana była zgodnie z projektem, oraz aby w trakcie prac możliwe było dokonywanie niezbędnych zmian w dokumentacji, nie ma potrzeby zatrudniania inspektora nadzoru autorskiego. Natomiast, w sytuacji gdy projekt charakteryzuje się wysokim stopniem skomplikowania

39 M. Bukowski, D. Flisak, Z. Okoń, P. Podrecki, J. Raglewski, S. Stanisławska-Kloc, T. Targosz „Prawo Autorskie i Prawa Pokrewne” komentarz, LEX 2015.

a zamawiającemu zależy na tym, by realizacja prac i ich zgodność z tym projektem była na bieżąco monitorowana przez autora, wówczas ma prawo zobowiązać projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego. Stosując się do powyższej zasady, nie będzie dochodziło do naruszania przepisów prawa, a inwestor w dalszym ciągu zapewniać będzie należycie zorganizowany proces budowy. Właściwe stosowanie powyższych przepisów jest o tyle istotne ponieważ w momencie gdy nadzór nad pracami sprawuje inna niż autor osoba, wówczas mamy już do czynienia z nadzorem nad wykonywanymi robotami budowlanymi, niemającymi charakteru nadzoru autorskiego⁴⁰.

Konsekwencją błędnej wykładni przepisów o nadzorze autorskim sprawowanym nad projektami architektoniczno-budowlanymi było stosowanie przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi niewłaściwego trybu udzielania zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego.

W literaturze oraz w orzecznictwie zauważyć można spór czy inspektor nadzoru autorskiego powinien być wybrany w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy w trybie przetargowym. W tym kontekście podkreślić należy, że istotą nadzoru autorskiego jest immanentny związek twórcy projektu z dziełem, a prawo do jego sprawowania jest niezbywalne i nieprzenoszalne. Dlatego też, w świetle poczynionych już ustaleń stwierdzić można, iż organizowanie w przedmiocie sprawowania nadzoru autorskiego, przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 39 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, stanowi naruszenie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Celem uniknięcia tego naruszenia zasadnym byłoby zobowiązanie projektanta do sprawowania nadzoru w ramach umowy na sporządzenie dokumentacji projektowej. Niemniej jednak zamawiający już wówczas musiałby dysponować wiedzą, czy będzie chciał skorzystać z nadzoru autorskiego w ramach przysługującego mu uprawnienia wynikającego z art. 18 ustawy Prawo budowlane, bądź też czy zostanie do tego zobowiązany, w myśl art. 19 ww. ustawy. Jednak żaden akt prawny nie łączy obowiązku jednoczesnego zlecenia, w ramach tej samej umowy, sporządzenia projektu i sprawowania nad nim nadzoru autorskiego. Dlatego też, nie można na podstawie obowiązujących przepisów prawa zakazać inwestorowi zmiany decyzji już w trakcie trwania inwestycji. Czym innym jest natomiast sytuacja, w której zamawiający przygotowując postępowanie i zlecając projektantowi sporządzenie dokumentacji projektowej nie planował nadzoru autorskiego, a dopiero później został do tego zobligowany przez właściwy podmiot, na mocy art. 19 ustawy Prawo budowlane. Wówczas inwestor nie ma innej możliwości, niż zawarcie z projektantem dodatkowej umowy, w sprawie wykonywania nadzoru autorskiego, ustalając w niej m.in. wysokość wynagrodzenia za wykonywane prace oraz sposób ich realizacji. W konsekwencji, aby zapewnić ochronę osobistych praw autorskich, możliwe jest jedynie udzielenie zamówienia po negocjacjach warunków umowy jedynie z projektantem. Zdaniem kontrolujących taki stan faktyczny wypełnia przesłankę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym to przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych,

40 Uchwała KIO/KD 75/14 z 10 września 2014 roku **„(...) Rozróżnia się zatem nadzór autorski sensu stricte sprawowany przez projektanta będącego autorem projektu oraz „nadzór prac” polegający na tych samych czynnościach, co nadzór autorski, ale sprawowany przez innego projektanta”**.

Uchwała KIO/KD 57/12 z 6 lipca 2012 roku „(...) Gdy czynności nadzoru wykonywane są przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, wówczas nie mamy już do czynienia z wykonywaniem czynności nadzoru autorskiego (...)”.

wynikających z odrębnych przepisów. Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej⁴¹ oraz sądów powszechnych⁴².

Odpowiedzialność za ujawnione nieprawidłowości ponoszą pracownicy Zarządu Dróg i Transportu w zakresie szczegółowo wskazanym w protokole kontroli.

II.

Przekazując informacje o powyższych nieprawidłowościach stwierdzonych w wyniku kontroli, proszę Pana Dyrektora o podjęcie działań w celu ich usunięcia oraz zapobieżenia powstawaniu w przyszłości. W tym celu RIO w Łodzi przekazuje następujące **wnioski pokontrolne**:

1. Zapewnić należyty nadzór nad postępowaniami prowadzonymi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych oraz realizacją procesu inwestycyjnego w zakresie zadań zleczanych na podstawie umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.
2. Publikując specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przestrzegać regulacji zawartych w art. 42 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.
3. Zapewnić przestrzeganie art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.
4. Zapewnić przestrzeganie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.
5. Zapewnić przestrzeganie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.
6. Zapewnić przestrzeganie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru

⁴¹ Zob. uchwała KIO/KD 75/14 z 10 września 2014 roku wydana w ramach rozpatrywania zastrzeżeń dotyczących ustaleń poczynionych w wyniku kontroli doraźnej pismo znak UZP/DKD/PWKZ/421/21(5)14/AI KND/6/12.

⁴² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – Wydział I Cywilny, sygn. akt I ACa 137/13, z dnia 25 marca 2013 roku, który w pełni zgodził się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Świdnicy, wyrażonym w wyroku z dnia 8 listopada 2012 roku sygn. akt I C 1469/12 uznając je za pełne i kompletne.

wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

7. Zamówień uzupełniających na roboty budowlane udzielać wyłącznie w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
8. Zapewnić przestrzeganie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym - zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
9. W postępowaniach, w których przewidziano prawo opcji, tak ustalać kryteria oceny ofert, by zakres zamówienia objęty prawem opcji – jako element przedmiotu zamówienia – był oceniany na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.
10. Udzielać wykonawcom wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosownie do wymogu wynikającego z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
11. Zapewnić przestrzeganie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do którego - zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.
12. Zlecając sprawowanie nadzoru autorskiego nad dokumentacją architektoniczną, architektoniczno-urbanistyczną oraz urbanistyczną przestrzegać regulacji zawartych w ustawie z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w szczególności w zakresie autorskich praw osobistych twórcy. Przy braku jednoczesnego zawarcia w umowie obowiązku sporządzenia dokumentacji projektowej i sprawowania nad nią nadzoru autorskiego przez ten sam podmiot, celem ustanowienia inspektora nadzoru autorskiego stosować regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podając powyższe do wiadomości, zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych, proszę Pana Dyrektora o przesłanie informacji o wykonaniu zaleceń pokontrolnych lub przyczynach ich niewykonania w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia.

Jednocześnie informuję, że stosownie do art. 9 ust. 4 ww. ustawy do wniosków zawartych w II części wystąpienia pokontrolnego przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do Kolegium Izby.

Zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od dnia otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem Prezesa Izby. Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Bieg terminu, o którym mowa wyżej, ulega zawieszeniu na czas rozpatrzenia zastrzeżeń w odniesieniu do wniosków pokontrolnych objętych zastrzeżeniem.

Do wiadomości:

1. HANNA ZDANOWSKA - Prezydent Miasta Łodzi,
2. aa.