

UCHWAŁA Nr 11/2014**Zarządu Spółki -****Sp. z o.o.****w Belchatowie z dnia 24 kwietnia 2014 roku****w sprawie zmiany terminu realizacji przedmiotu Umowy nr**

Na podstawie § 7 ust. 2 lit. e) Regulaminu Zarządu Spółki z dnia 30 marca 2005 roku w związku z wnioskiem Wykonawcy Kontraktu pod nazwą „Budowa instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” o znaku: z dnia 16 kwietnia 2014 roku o przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy, Zarząd Spółki uchwala, co następuje:

§ 1

1. Zarząd Spółki wyraża zgodę na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu Umowy nr z dnia 14 marca 2013 roku do dnia 24 września 2014 roku.
2. Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy, o której mowa w ust. 1, będzie sporządzona w formie aneksu zawartego w dniu 24 kwietnia 2014 roku.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

PROTOKÓŁ Nr 16/2014

posiedzenia Zarządu Spółki –
w Bi odytego w dniu 24 kwietnia 2014 roku.

Sp. z o.o.

W posiedzeniu uczestniczyli: Prezes Zarządu, Wiceprezes Zarządu oraz Dyrektor ds. Projektów i Marketingu.

Lista obecności w załączeniu.

Posiedzenie otworzył Prezes Zarządu, który przedstawił następujący porządek obrad:

1. Zatwierdzenie protokołu nr 15/2014 posiedzenia Zarządu Spółki.
2. Podjęcie decyzji o przedłużeniu terminu realizacji Kontraktu
3. Sprawy różne.

Ad 1.

Protokół poprzedniego posiedzenia Zarządu nr 15/2014 z dnia 22 kwietnia 2014 roku został zatwierdzony i podpisany przez Prezesa Zarządu i protokolanta.

Ad 2.

Zarząd - po zapoznaniu się z wnioskami Wykonawcy Kontraktu o wydłużenie terminu końcowego realizacji inwestycji z dnia: 21.03.2014r., 16.04.2014r. oraz 18.04.2014r. popartej opiniami: Grupy Sp. z o.o., uwzględniając opinie: Komisji, sprecyzowaną w Protokole konieczności z dnia 22.04.2014r., Kierownika Oczyszczalni ścieków w zakresie: budowy zintegrowanego systemu automatyk, dostosowania zasilania oczyszczalni do wymogów dostawcy energii oraz konserwacji zbiorników OBF z dnia 22.04.2014r., kosztorysy inwestorskie z dnia 22.04.2014r., dotyczące wykonania systemu sterowania i wizualizacji, notatkę służbową ze spotkania Komisji w dniu 22.04.2014r. oraz ekspertyzę prawną zleconą przez Spółkę firmy , mając na względzie, iż proponowana zmiana będzie korzystna dla Zamawiającego ze względów finansowych oraz zastosowania nowszych rozwiązań technologicznych, niż istniejące w chwili podpisania Umowy z Wykonawcą - postanawia wyrazić zgodę na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu Umowy Nr z dnia 14 marca 2013 roku do dnia 24 września 2014 roku.

W powyżej sprawie jednogłośnie podjęto uchwałę nr 11/2014 stanowiącą załącznik do niniejszego protokołu.
Dokumenty przedłożone w powyższej sprawie załączono do niniejszego protokołu.

Ad 3.

W tej części tego punktu innych spraw nie rozpatrywano w związku z tym Prezes Zarządu zamknął posiedzenie.

Na tym protokół zakończono i podpisano.

OPINIA

**w sprawie zmian umowy nr z dnia 14 marca 2013 r.
na „Budowę instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni
ścieków”
w zakresie zmian sposobu wykonania zamówienia**

1. Podstawa opinii

Zlecenie Zakładu

Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w B

2. Przedmiot opinii

Opinia zgodnie ze zleceniem obejmuje analizę zmian umowy nr z dnia 14 marca 2013 r. na „Budowę instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” i ocenę zasadności i celowości zmian projektowych dotyczących sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

3. Dokumenty wykorzystane do opracowania opinii

Przy opracowywaniu niniejszej opinii wykorzystano dokumenty przekazane przez Zleceńdawcę, w szczególności:

- Specyfikację istotnych warunków zamówienia z załącznikami,
- Ofertę Wykonawcy - Konsorcjum firm : , ,

Sp.J.

Spółka z o.o.

Sp. z o.o. f

N

- Umowę z dnia 14. 03. 2013 r. nr : na usługi projektowe i roboty budowlane realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”,
- Aneks nr 6 zawarty w dniu 24. 04. 2014 r. ,
- Opinię Departamentu Kontroli Przedsięwzięć NFOŚiGW z kontroli planowej ex-post aneksu nr 6,
- Wniosek Wykonawcy z 16. 04. 2014 r. () o przedłużenie terminu realizacji umowy nr 2/
- Protokół konieczności z dnia 22. 04. 2014 r.
- Opinię z dnia 17. 04. 2014 r. dotyczącej zmiany systemu SCADA na Oczyszczalni Ścieków w Bełchatowie w związku z prowadzoną budową Instalacji Suszenia Osadu opracowanej przez
- pisma zleceńdawcy - Zakładu do Departamentu Kontroli Przedsięwzięć NFOŚiGW z dnia 15. 09. 2014 r. znak: załącznikami,

Inne materiały wykorzystane do opracowania ekspertyzy:

- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.),

- rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 poz. 1129)
- ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.),
- opinie i komentarze dotyczące ustawy Prawo budowlane oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Stan faktyczny

W dniu 14 marca 2013 r. po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego Zakład

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B
zawarł umowę nr : na usługi projektowe i roboty budowlane realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj” pod nazwą „Budowa instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” z Wykonawcą - Konsorcjum firm :

/ Spółka z o.o. 9

il.

ip. z o.o.

W dniu 16. 04. 2014 r. Wykonawca wystąpił pismem do Zamawiającego

- z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 24 lipca 2014 r., powołując się na § 18 ust. 4 umowy.

Według wykonawcy wystąpiły okoliczności, sygnalizowane na wcześniejszych spotkaniach, uzasadniające wprowadzenie zmian, które przyczynią się do sprawnej i bardziej ekonomicznej eksploatacji obiektu.

Zaproponowane przez Wykonawcę zmiany dotyczyły:

- systemu sterowania i polegały na zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu nowego systemu sterowania dla wszystkich obiektów oczyszczalni, a nie tylko dla nowoprojektowanych, w oparciu o nowoczesne, najnowsze rozwiązania dostępne na rynku,
- zasilania energetycznego i polegały na zaprojektowaniu i wybudowaniu w rejonie suszarni kontenerowej stacji transformatorowej dla potrzeb zasilania modernizowanych i nowoprojektowanych obiektów zamiast ich zasilania z istniejącej stacji transformatorowej na terenie oczyszczalni i rozdzielni głównej.

Wyszczególnione wyżej zmiany jak również inne wskazane przez wykonawcę okoliczności, a mianowicie konieczność modernizacji istniejącej rozdzielni głównej ze względu na wymagania określone przez dostawcę energii - PGE Dystrybucja, ze

wymagają w ocenie Wykonawcy dodatkowych nakładów prac y uzasadniających konieczność wydłużenia okresu realizacji umowy do dnia 24 lipca 2014 r.

W uzupełnieniu ww wniosku dotyczącego zmiany terminu realizacji umowy Wykonawca w dniu 18. 04. 2014 r. przy piśmie przedłożył:

- „Opinię w sprawie możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia” - Sp. z o. o.,
- Informację techniczno-handlową

- Opinię dotyczącą zmiany systemu SCADA na oczyszczalni Ścieków w Bełchatowie.

W piśmie Wykonawca wnioskował o przedłużenie terminu do 24 września 2014 r.

W dniu 22. 04. 2014 r. w PROTOKÓLE KONIECZNOŚCI komisja uznała za korzystne ze względów technologicznych i finansowych wprowadzenie zaproponowanych przez Wykonawcę zmian polegających na budowie zintegrowanego systemu automatyki oraz budowie nowej kontenerowej stacji transformatorowej i modernizacji istniejącej rozdzielni głównej. W konsekwencji, biorąc pod uwagę, że realizacja powyższego jest uzależniona od zmiany terminu realizacji umowy Komisja rekomendowała rozważenie potrzeby wydłużenia terminu realizacji Kontraktu o okres 5 miesięcy tj. do dnia 24 września 2014 r.

W związku z wnioskiem Wykonawcy o wydłużenie terminu końcowego realizacji inwestycji oraz opinią Komisji wyrażoną w PROTOKOLE KONIECZNOŚCI w dniu 24 kwietnia 2014 r. Zarząd Spółki -

Uchwałę Nr o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu Umowy z dnia 14 marca 2014 r. do dnia 24 września 2014 r. i wprowadzenie tej zmiany w formie aneksu do umowy.

W konsekwencji w dniu 24 kwietnia 2014 r. został podpisany Aneks nr 6, którego przedmiotem były zmiany terminów realizacji. Zgodnie z Aneksem Wykonawca zobowiązuje się wykonać „wszystkie roboty budowlane i montażowe wraz z dokonaniem odbioru końcowego i przekazaniem inwestycji do eksploatacji do dnia 24. 09. 2014 r.

Powyższy Aneks został zakwestionowany przez jednostkę kontrolującą tj Departament Kontroli Przedsięwzięć NFOŚiGW, która w opinii z kontroli planowej ex-post stwierdziła, że zmiana terminu wprowadzona Aneksem nr 6 nie wypełnia przesłanek z art. 144 ust. ustawy Pzp. Zdaniem kontrolujących w wyniku podpisania Aneksu doszło do naruszenia polegającego na „nieprzestrzeganiu dyspozycji art. 144 ustawy Pzp poprzez dokonanie niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy”.

Z tego tytułu na podstawie dokumentu pn *Wskaźniki procentowe do obliczania wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych*

współfinansowanych ze środków funduszy UE uznano, że wydatki kwalifikowane na zamówienie realizowane w ramach kontraktu nr _____ zostaną pomniejszone w o wskaźnik w wysokości 25 %.

W tej sytuacji Zamawiający mając wątpliwości i zastrzeżenia odnośnie wyników kontroli dotyczącej zawarcia Aneksu nr 6 uznał za celowe uzyskanie opinii zarówno w sprawie możliwości zmiany terminu realizacji umowy jak również zasadności, dopuszczalności i prawidłowości dokonania zmian w sposobie wykonania zamówienia. Niniejsza opinia dotyczy wyłącznie kwestii zmiany sposobu wykonania zamówienia, gdyż opinia prawna w sprawie możliwości terminu realizacji stanowi przedmiot odrębnego opracowania.

5. Opinia

W opisanym stanie faktycznym kluczowym dla przedmiotowej opinii jest ustalenie czy można uznać opisane zmiany sposobu wykonania zamówienia za zasadne i dopuszczalne w świetle postanowień umowy i obowiązujących przepisów.

Z przekazanych opiniodawcy dokumentów wynika, że w trakcie realizacji umowy uznano za celowe:

- zaprojektowanie i wdrożenie dla systemu monitoringu i sterowania całej oczyszczalni w oparciu o nową generację sterowników - SIMATIC,
- zaprojektowanie i wykonanie systemu zasilania nowoprojektowanych i modernizowanych obiektów oczyszczalni poprzez kontenerową stację transformatorową (KST) 15 kV/0,4kV i rozbudowanie istniejącej rozdzielni na potrzeby projektowanej KST.

Szczegółowe uzasadnienie powyższych zmian zostały przedstawione w pismach wykonawcy z dnia 16 i 18 kwietnia 2014 r., popartych załączonymi opiniami.

Zamawiający uznał celowość dokonania proponowanych przez Wykonawcę zmian wskazując dodatkowo w notatce służbowej z dnia 22 kwietnia 2014 r., że zaproponowany nowy system sterowania i wizualizacji oparty na nowej platformie i sterownikach uprości realizację inwestycji, pozwoli na osiągnięcie korzyści finansowych. Z dokumentów w ocenie opiniodawcy wynika jednoznacznie, że proponowane zmiany rozwiązań projektowych w stosunku do przewidzianych i wynikających z zawartej umowy są zmianami korzystnymi i celowymi, gdyż pozwalają na uzyskanie lepszych, nowocześniejszych rozwiązań, których wykonanie nie powoduje wzrostu kosztów wykonania umowy a nawet daje wymierne oszczędności.

O ile celowość wprowadzenia proponowanych zmian w ocenie opiniodawcy nie powinna budzić zastrzeżeń, pewne wątpliwości mogą być natomiast związane z oceną

możliwości (dopuszczalności) i trybu ich wprowadzenia zgodnie z postanowieniami umowy i obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 zakazane jest bowiem dokonywanie 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.

W związku z powyższym konieczna jest w pierwszej kolejności ocena charakteru zmian będących przedmiotem niniejszej opinii, a mianowicie czy należy je zaliczyć do zmian istotnych postanowień umowy, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z wyżej zacytowanego przepisu.

Biorąc pod uwagę:

- zakres i szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym (ogólny opis stanu istniejącego oraz projektowanego dot. zasilania energetycznego modernizowanych i nowych obiektów oraz systemu automatyki - AKPIA),
 - zakres i skutki proponowanych zmian będących przedmiotem analizy,
 - komentarze i orzecznictwo dotyczące interpretacji pojęcia „istotnej zmiany”
- w ocenie opiniodawcy zaproponowane i zaakceptowane zmiany dotyczące sposobu wykonania systemu zasilania oraz systemu automatyki nie kwalifikują się do zmian istotnych w rozumieniu przepisów ustawy.

Jako potwierdzenie powyższego stanowiska można dodatkowo wskazać opinię wyrażoną w piśmie Prezesa UZP z 26.08. 2009 r. znak

z której wynika, że „dokonanie nieistotnych zmian projektu budowlanego, w przypadku gdy tryb ich wprowadzenia został przewidziany w umowie zawartej z wykonawcą nie stanowi zmiany tej umowy, szczególnie jeżeli nie powoduje istotnego zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy oraz nie wykracza poza zakres zamówienia podstawowego przewidziany w projekcie budowlanym”. Powyższą opinię można zastosować na zasadzie analogii w odniesieniu do zamówienia, którego przedmiot jest opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Należy dodatkowo podkreślić, że zakres zmian będących przedmiotem niniejszej opinii również na podstawie przepisów ustawy Prawo budowlane (art. 36a ust. 5) nie kwalifikuje się do zmian istotnych projektu budowlanego.

Z powyższego wynika, że brak jest podstaw do uznania analizowanych zmian dotyczących sposobu wykonania zasilania i systemu automatyki jako zmiany istotne a tym samym możliwe do wprowadzenia wyłącznie w formie zmiany umowy o ile była

przewidziana możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określono warunki takiej zmiany.

Analizując możliwość i tryb wprowadzenia przedmiotowych zmian należy wziąć pod uwagę następujące postanowienia umowy:

- § 2 dz. II. pkt 5 - „W przypadku konieczności wprowadzenia zmian w trakcie realizacji robót Budowlanych i będących przedmiotem opracowanej dokumentacji projektowej Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego uzgadniania tych zmian z Zamawiającym.”

- § 2 dz. II. pkt 3 - „Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w programie funkcjonalno-użytkowym, pod warunkiem zapewnienia parametrów i funkcjonalności nie gorszych niż określone w ww programie i uprzedniego wyrażenia przez Zamawiającego pisemnej zgody na taką zmianę.”

Powyższe zapisy wskazują na możliwości wprowadzania zmian w opisanym zakresie w trybie roboczym nieobjętych zmianami umowy przewidzianymi w § 18.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zakres i sposób wprowadzenia zmian w stosunku do zapisów programu funkcjonalno - użytkowego, dotyczących zaprojektowania i wykonania zasilania energetyczne nowych budynków i obiektów modernizowanych oraz systemu automatyki nie był zakwestionowany jako niezgodny z umową i przepisami przez organ kontrolujący.

6. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę zakres i specyfikę zmian będących przedmiotem niniejszej opinii należy uznać je w ocenie opiniującego nie tylko za w pełni uzasadnione i dopuszczalne w świetle postanowień umowy i obowiązujących przepisów ale również za konieczne do wprowadzenia ze względu na konieczność przestrzegania zasady efektywności, gospodarności i oszczędności przy wydatkowaniu środków.

Opinię opracował:

mgr. inż.

zot. 14

KANCELARIA DORADZTWA PRAWNEGO

Opinia prawna

dotycząca: zastrzeżeń w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r.
do umowy nr z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr
POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-
kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”.

Za zgodność

30. 01. 2015

z oryginałem

Warszawa, 29 stycznia 2015 r.

Zleceniodawca

Spółka z o.o.

Przedmiot opinii

Opinia dotycząca zastrzeżeń w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr _____ z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”.

Stan faktyczny

Zleceniodawca zwrócił się z prośbą o dokonanie oceny możliwości sformułowania zastrzeżeń w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr _____ z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”, wydanej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (jednostkę kontrolującą).

W piśmie z dnia 19 stycznia 2015 r. jednostka kontrolująca wskazała, że dokonała oceny stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń polegających na nieprzestrzeganiu dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy. W związku ze stwierdzonym naruszeniem wydatki

kwalifikowane na zamówieniu realizowanym w ramach kontraktu nr

z

dnia 14.03.2013 r. zostaną pomniejszone w wysokości 25 %.

Jak wynika z pkt III pisma z dnia 19 stycznia 2015 r. „w ramach aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr _____ z dnia 14.03.2013 r. zamawiający wydłużył czas przewidziany na realizację robót budowlanych i montażowych wraz z dokonaniem odbioru końcowego i przekazaniem inwestycji do eksploatacji z dnia 25.04.2014 r. do dnia 24.09.2014 r. Wydłużenie terminu na ukończenie prac spowodowane było zmianą proponowanego przez wykonawcę systemu automatyki, opartego na systemach i sterownikach nowej generacji (...). Z analizy przedłożonych dokumentów wynika, że przedmiotowa zmiana ma charakter istotny, między innymi z uwagi na fakt, że termin realizacji umowy uległ wydłużeniu o 5 miesięcy. Należy uznać, że zobowiązanie wykonawcy odbiega istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie. Tym samym zmiana dotyczy istotnych postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonana wyboru wykonawcy. Zamawiający uzasadnia zawarcie aneksu zapisami § 18 ust.2 pkt.d w związku z § 18 ust. 5 umowy. W § 18 ust.2 pkt.d umowy zawarto zapis, że zmiana umowy w zakresie terminu może nastąpić z przyczyn niemożliwych wcześniej do przewidzenia przez żadną ze stron umowy lub jeżeli zmiany są korzystne dla zamawiającego. Należy jednak zauważyć, iż w artykule 144 ustawy Prawo zamówień publicznych mowa jest o sytuacji, w której zamawiający „przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”. Istota tego przepisu jest więc przewidzenie przez zamawiającego możliwości wystąpienia skonkretyzowanej sytuacji. Zaistnienie sytuacji niemożliwej do przewidzenia, na którą powołuje się zamawiający, nie zawiera w istocie opisu warunków dokonania zmiany kontraktu, a jedynie powtarza nie obowiązujący już zapis art. 144 ustawy, zmieniony przez ustawodawcę nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 24.10.2008 r. Zastosowany tu zapis nie wypełnia przesłanek do dokonania zmiany w umowie, bowiem nie można uznać, iż zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany oraz określił jej warunki, skoro powołuje się jedynie na „okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Kontraktu”. Ponadto samą intencją ustawodawcy i istotą nowelizacji ustawy pzp, była właśnie rezygnacja z warunku dopuszczającego możliwość dokonania zmiany umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, których zamawiający nie był w stanie przewidzieć. Abstahując od powyższego, w § 18 ust. 5 umowy zawarto zapis, iż zamawiający dopuszcza

możliwość uzgodnionych przez strony przesunięć w zakresie rzeczowym i odpowiedni finansowym pomiędzy etapami harmonogramu rzeczowo-finansowego. Przesunięcia te nie mogą skutkować zmianą końcowego zakresu rzeczowego i finansowego oraz końcowego terminu realizacji. Tak sformułowany zapis wyklucza w zasadzie możliwość wprowadzenia zmian o których mowa w aneksie nr 6, gdyż dotyczy on właśnie sytuacji związanej z wydłużeniem czasu na realizację zadania, co zgodnie z treścią umowy zostało zabronione. (...) Biorąc pod uwagę powyższe Departament Kontroli Przedsięwzięć Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej stwierdza, iż zmiana nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr 2/JRP/2013 z dnia 14.03.2013 r., realizowanej w ramach projektu „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”, nie wypełnia przesłane z art. 144 ust. 1 ustawy pzp”.

W przedstawionym powyżej stanie faktycznym, zaszła potrzeba wskazania czy doszło do naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Uzasadnienie prawne stanowiące odpowiedź na powyższe przedstawia poniższy stan prawny.

Dodatkowo na rzecz Zleceniodawcy sporządzono opinię na temat „zmian umowy nr z dnia 14 marca 2013 r. na „Budowę instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” w zakresie zmian sposobu wykonania zamówienia”, która stanowi uzasadnienie merytoryczne dokonanej zmiany umowy. Kancelaria w pełni podziela i przyjmuje jak swoją własną ww. opinię.

Stan prawny

Zgodnie z brzmieniem § 18 ust.2 lit. d) umowy „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany postanowień niniejszej umowy w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn niemożliwych wcześniej do przewidzenia przez żadną ze Stron Umowy lub jeżeli zmiany te są korzystne dla Zamawiającego”.

Należy wskazać, iż przedmiotowe postanowienie umowne jest jak najbardziej zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Po pierwsze należy wskazać, iż przedmiotowe postanowienie odpowiada art. 144 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma uprawnienie wprowadzić na gruncie SIWZ lub Ogłoszenia o zamówieniu, możliwość dokonania zmian postanowień umownych w

stosunku do treści oferty. Na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający miał prawo przyjąć możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia i w sposób prawidłowy uregulował tę kwestię w umowie. Jednocześnie, należy uznać, iż ograniczenie możliwości zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia do sytuacji, w których zmiana ta będzie dokonana z przyczyn niemożliwych wcześniej do przewidzenia lub z korzyścią dla Zamawiającego, również odpowiada wymaganiom ustawy. Należy bowiem wskazać, za poglądem doktryny oraz orzecznictwa, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego na korzyść Zamawiającego jest zawsze dopuszczalna. Tak stwierdził skład Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 5 marca 2013 r., KIO 376/13: „Do istotnych postanowień umowy dostawy należą oznaczenie przedmiotu umowy, terminy wykonania oraz ustalenie ceny (art. 605 KC w zw. z art. 14 PrZamPubl zgodnie z którym przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo 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 13.12.2013 r. Tylko w wyjątkowych, przewidzianych warunkach w umowie jest możliwa zmiana terminu wykonania umowy. Przy czym nie dotyczy to zmian umowy, co do terminu jej wykonania w granicach czasowych umowy za zgodą stron to jest w tym wypadku wcześniejszego wykonania umowy, **ponieważ zmiany na korzyść zamawiającego są zawsze dopuszczalne w umowach o zamówienie publiczne**”. Powyższy pogląd wyrażony przez Izbę potwierdza zatem, iż zmiana umowy dokonana na korzyść Zamawiającego jest dopuszczalna na gruncie przepisów ustawy pzp. Jednocześnie, nie można uznać wskazanego zapisu umownego za niezgodnego z przepisami Kodeksu cywilnego, w szczególności art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego, bowiem, jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku X Ga 67/08, na gruncie ustawy pzp dochodzi do swoistej modyfikacji zasady swobody umów. To Zamawiający określa postanowienia umowy, natomiast wykonawcy poprzez złożenie oferty, mogą je zaakceptować. Z tego względu, umowa w sprawie zamówienia publicznego przypomina umowę adhezyjną. Ustalanie istotnych postanowień umowy lub sporządzanie wzorów umowy w treści SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, stanowi zarazem obowiązek, jak i uprawnienie Zamawiającego, i z tego tytułu nie można mu czynić zarzutu. W związku z powyższym, wskazany zapis umowny należy uznać za zgodny z

przepisami obowiązującego prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto należy wskazać, iż, zmiany umowy, o których mowa w § 18 ust. 1 lit.d) umowy, mieszczą się w granicach wyznaczonych przepisem art. 144 ust. 1 ustawy. Należy bowiem wskazać, iż § 18 ust. 1 lit.d) umowy określa zakres zmiany umowy oraz określa warunki jej zmiany. Zakres zmiany to wskazanie na *termin realizacji przedmiotu zamówienia*, zaś warunki tej zmiany to po pierwsze *przyczyny niemożliwe wcześniej do przewidzenia*, po drugie, *zmiany korzystne dla zamawiającego*. Z brzmienia postanowienia umowy („Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany postanowień niniejszej umowy w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn niemożliwych wcześniej do przewidzenia przez żadną ze Stron Umowy lub jeżeli zmiany te są korzystne dla Zamawiającego”), nie można wywieść, iż Zamawiający zastosował przepisy obecnie nieobowiązujące. Jak wskazano w wyroku KIO z 3.08/2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 946/09) **przepis art. 144 ustawy zezwala na zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego pod warunkiem jej przewidzenia w ogłoszeniu lub słuz oraz określenie jej warunków i nie wyłącza możliwości objęcia tymi zmianami żadnego z elementów umowy, tj. np. wielkości zamówienia czy czasu jej trwania.**

W ocenie Kancelarii brzmienie postanowienia umowy *przyczyny niemożliwych wcześniej do przewidzenia przez żadną ze Stron Umowy lub zmiany korzystne dla Zamawiającego*, mogą co najwyżej przywoływać na myśl nieobowiązujące przepisy ustawy pzp, jednakże określenie możliwości zmiany umowy nastąpiło na gruncie obowiązującego na dzień wszczęcia postępowania przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Kancelarii zapisy umowy przedmiotowego postępowania w zakresie możliwości jej zmiany są prawidłowe.

Jednostka kontrolująca naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy upatruje także w postanowieniu § 18 ust. 5 umowy, stwierdzając, iż tak sformułowany zapis *wyklucza w zasadzie możliwość wprowadzenia zmian o których mowa w aneksie nr 6, gdyż dotyczy on właśnie sytuacji związanej z wydłużeniem czasu na realizację zadania*, co zgodnie z treścią umowy zostało zabronione. W ocenie Kancelarii z ww. postanowienia umownego nie można odczytać zakazu zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem § 18 ust. 5 umowy „Zamawiający dopuszcza możliwość uzgodnionych przez Strony przesunąć w zakresie rzeczowym i odpowiednio - finansowym pomiędzy etapami Harmonogramu rzeczowo-finansowego. Przesunięcia te nie mogą skutkować zmianą końcowego zakresu rzeczowego i finansowego oraz końcowego terminu realizacji”. Postanowienia umowy w powyższym zakresie pozwalają stronom umowy na dokonywanie przesunąć co do zakresu rzeczowego, a w ślad za nim także finansowego pomiędzy etapami realizacji przedmiotu umowy, okresowymi w harmonogramie rzeczowo finansowym, z zastrzeżeniem, iż przedmiotowe przesunięcia nie mogą prowadzić do zmiany terminu realizacji zamówienia. Oznacza to tyle, że § 18 ust. 5 umowy służy do określenia funkcji harmonogramu rzeczowo-finansowego, zawiera jedynie wymogi techniczno - finansowe w zakresie sporządzenia harmonogramu, natomiast sama zmiana terminu realizacji zamówienia w oparciu o § 18 ust. 5 umowy nie może dotyczyć końcowego zakresu rzeczowo - finansowego oraz końcowego terminu realizacji. To oznacza, że Zamawiający może zmienić termin realizacji w oparciu o § 18 ust. 2 lit.d) umowy, natomiast w sposób samodzielny nie może zmienić terminu realizacji w oparciu o § 18 ust.5 umowy. Zmieniając termin realizacji w oparciu o § 18 ust. 2 lit.d) umowy, jest to jednoznaczne ze zmianą harmonogramu rzeczowo-finansowego. Należy zauważyć, iż w wyroku KIO z dnia 22 stycznia 2010 r. , sygn. akt KIO/UZP 1729/09 wskazano, iż „zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Wykładni treści oświadczenia woli dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych, które występują między zawartymi w tekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, a także cel oświadczenia”.

Powyższy sposób rozumienia postanowień umowy wynika bezpośrednio z treści Oświadczenia interpretacyjnego do Umowy nr _____ na usługi projektowe i roboty budowlane realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, sporządzonego przez Zamawiającego. Oświadczenie interpretacyjne stanowi dowód co osnowy dokumentu tj. co do osnowy umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt VCSK 436/12 „wracając do rozważań dotyczących naruszenia przepisów postępowania w kontekście oceny naruszenia art. 65 KC trzeba wskazać, że według ukształtowanej w orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle tego artykułu (zob. m.in. uchwała składu

siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995, nr 12, poz. 168 a także wyroki z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81; z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 9; z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, ; z dnia 21 marca 2013 r., III CSK 223/12,) tzw. kombinowanej metody wykładni w przypadku oświadczeń woli składanych innej osobie **przyznaje się pierwszeństwo temu znaczeniu oświadczenia, które rzeczywiście nadawały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni).** Pierwszeństwo to jest wyprowadzane z zawartego w art. 65 § 2 KC nakazu badania raczej, jaki był zgodny zamiar stron umowy, aniżeli opierania się na dosłownym brzmieniu umowy. To, jak same strony rozumiały oświadczenie woli w chwili jego złożenia można wykazywać za pomocą dowodu z przesłuchania stron, ale i wszelkich innych środków dowodowych albowiem w przypadku dokonywania wykładni niejasnej treści świadczeń woli zgłaszane na te okoliczności dowody nie są dowodami przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu, lecz dowodami co do osnowy dokumentu (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1999 r., II CKN 722/98, niepubl; z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 72/00). Na rozumienie to może wskazywać także zachowanie się stron po złożeniu oświadczenia woli, np. sposób wykonania umowy. Sąd stwierdzając, że strony w sposób tożsamy rozumiały użyte w umowie sformułowania jest związany taką zgodną interpretacją umowy chociażby znaczenie nadawane oświadczeniu woli przez same strony odbiegało od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03, "Izba Cywilna" 2004, nr 10, s. 33 i 34 i z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, "Izba Cywilna" 2004, nr 10, s. 33 i 34).

W razie braku porozumienia stron, co do rozumienia treści złożonych przez nie oświadczeń za prawnie wiążące należy uznać jego znaczenie ustalone według obiektywnego wzorca wykładni. Przyczyna powyższego rozstrzygnięcia - potrzeba ochrony adresata - przemawia za tym, aby było to znaczenie, które jest dostępne dla adresata przy założeniu, jak się określa w piśmiennictwie, starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych, tylko bowiem zaufanie adresata do znaczenia będącego wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych zasługuje na ochronę. Potwierdza to zawarty w art. 65 § 1 KC nakaz tłumaczenia oświadczenia woli tak,

jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wymienionego wyroku z dnia 8 października 2004 r. ustalając powyższe znaczenie oświadczenia woli wyrażonego za pomocą słów należy wyjść od jego sensu wynikającego z reguł językowych, przy czym w pierwszej kolejności należy uwzględnić reguły o regionalnym zasięgu lub środowiskowe, w tym także ustalone zwyczaje, co do posługiwania się określonymi zwrotami przez środowisko lub grupę zawodową, do której należą strony, a dopiero potem reguły o ogólnym zasięgu (powszechne reguły danego języka). Trzeba przy tym mieć na względzie jednak nie tylko interpretowany zwrot, ale i jego kontekst, czyli pozostałe elementy wypowiedzi, której jest on składnikiem. W związku z tym nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi, klóciłoby się to, bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego, na którym zasadza się funkcja oświadczenia woli, jako regulatora stosunków cywilnoprawnych.

Oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę, zgodnie z art. 65 § 1 KC, także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron, ich status, przebieg negocjacji, kontekst faktyczny, w którym sporządzono projekt umowy i w którym umowę zawierano (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38; z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. akt IV CK 582/03). **Niezależnie od tego z art. 65 § 2 KC wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem;** dotyczy to zresztą wszelkich oświadczeń woli składanych innej osobie (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1997 r., III CZP 39/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 191). Zarówno uwzględnienie okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, jak i uwzględnienie celu umowy może prowadzić - na co w odniesieniu do drugiej sytuacji jednoznacznie wskazuje art. 65 § 2 KC - do przypisania oświadczeniu woli prawnie wiążącego sensu odbiegającego od znaczenia wynikającego z reguł językowych (por. aktualne także w tym zakresie wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03, i z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03).

Interpretacja postanowień umownych tj. § 18 ust. 2 lit.d) umowy w związku z § 18 ust. 5 umowy winna być dokonana mając na uwadze sens tych postanowień. W procesie interpretacji dokumentu podstawowa rola przypada językowym regułom

znaczeniowym, jednakże wykładni poszczególnych wyrażeń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w kontekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje, a także cek oświadczenia woli wskazany w tekście bądź zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień (uzasadnienie uchwały Sądu najwyższego z dnia 29.06.1995r., III CZP 66/95). Prawidłowa wykładania umowy winna zatem w pierwszej kolejności uwzględniać zgodny zamiar stron i cel umowy, a celem Zamawiającego była możliwość zmiany umowy między innymi w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający nie określił w § 18 umowy okoliczności uzasadniających zmianę umowy, w tym zmianę terminu realizacji zamówienia (§ 18 ust. 2 lit.d) umowy) i konsekwencji zmiany tego terminu (§ 18 ust. 5 umowy), to faktycznie zmiana terminu realizacji zamówienia pociągałaby za sobą naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

Ponadto należy stwierdzić, iż stanowisko prezentowane przez jednostkę kontrolującą jest sprzeczne z art. 385 § 2 kodeksu cywilnego oraz wskazuje na świadczenie niemożliwe do spełnienia, co w związku z art. 58 §1 i w związku z art.387 §1 kodeksu cywilnego, powoduje nieważność z mocy prawa w zakresie § 18 ust. 5 umowy. Praktyką na gruncie zamówień publicznych jest to, iż Zamawiający w każdym przypadku tworzenia wzoru umowy o roboty budowlane przewidują możliwość przesunięcia/ zmiany terminu realizacji zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym także przewidziano taką możliwość, co oznacza, że § 18 ust. 5 umowy jest sprzeczny z § 18 ust. 2 lit.d) umowy, a tym samym na mocy art. 58 §1 kodeksu cywilnego w związku z art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz w związku z przepisami wyżej wskazanymi jest z mocy prawa nieważny. Przedmiotowe stanowisko zostało potwierdzone także w oświadczeniu interpretacyjnym, dokonanym w oparciu o art. 65 § 1 kodeksu cywilnego.

Co więcej zestawienie brzmienia postanowienia § 18 ust. 2 lit.d) umowy z postanowieniem § 18 ust. 5 umowy, wskazuje, iż § 18 ust. 5 umowy ma charakter pomocniczy w stosunku do § 18 ust. 2 lit.d) umowy. Zmiana harmonogramu rzeczowo-finansowego nie może powodować zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, zaś zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia niemal w każdej sytuacji będzie wiązała się ze zmianą harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zmiany umowy określone w § 18 ust. 5 umowy mają charakter zmian nieistotnych.

Twierdzenie takie jest uprawnione w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w świetle umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy bowiem wskazać, iż w rozdziale 4 siwz – opis przedmiotu zamówienia – określono, że „realizacja kontraktu odbywać się będzie na podstawie Harmonogramu rzeczowo – finansowego, do którego złożenia zostały zawarte w załączniku do projektu umowy. Zakłada się cztery płatności wynagrodzenia w powiązaniu z zaangażowaniem wynikającym z Harmonogramu, którego ostateczny kształt zostanie uzgodniony pomiędzy Zamawiającym a wybranym Wykonawcą zgodnie z zapisami załączonego do SIWZ projektu umowy. Na pięć dni przed podpisaniem umowy, wybrany Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu następujące dokumenty: 1. Projekt harmonogramu rzeczowo – finansowego”. W § 1 ust. 8 umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazano, że „ w ciągu 7 dni od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego całości dokumentacji projektowej Wykonawca winien dostarczyć Zamawiającemu Harmonogram rzeczowo finansowy, zawierający m. in. a) zakres rzeczowy w podziale na usługi, sieci i obiekty, b) wartości netto i brutto planowanych do wykonania prac, w powiązaniu z terminami płatności wynikającymi z projektu Harmonogramu (sporządzonego z uwzględnieniem zaleceń dotyczących harmonogramu prac). Harmonogram rzeczowo – finansowy ma zatem charakter pomocniczy, co oznacza, iż nie jest dokumentem bezwzględnie obowiązującym w treści pierwotnie opracowanej przez Wykonawcę. Harmonogram miał jedynie obrazować plan realizacji zamówienia. W wyroku KIO z 11 marca 2013r., sygn. akt KIO 415/13, w którym analizowano podobne jak w przypadku niniejszego zamówienia, postanowienia siwz i umowy wskazano, iż „powyżej cytowane istotne postanowienia umowy w sposób jednoznaczny precyzują charakter harmonogramu rzeczowo-financeowego, który w ocenie Izby miał jedynie obrazować plan realizacji zamówienia. Plan ten miał znaczenie informacyjno-rozpoznawcze, bez obligatoryjnego wprowadzenia zapisów tam zaproponowanych w życie w chwili podpisania, a następnie realizacji umowy. Jako, że HRF miał jedynie znaczenie informacyjne, gdyż podlegał będzie dalszym modyfikacjom i zmianom, brak jest podstaw do twierdzenia, że w odniesieniu do jego treści bezwzględne zastosowanie musi odnajdywać hipoteza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby aby móc zastosować przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, że wyrażona wola zawarcia umowy (oferta) jest niemożliwa do zmiany czy modyfikacji z uwzględnieniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Skoro zatem HRF jest tym elementem oferty, który przed zawarciem umowy oraz w trakcie jej realizowania

będzie podlegał zmianom i modyfikacjom, to nie można mu przypisać charakteru bezwzględnie obowiązującego, a z błędów w nim popełnionych wywodzić niezgodności ze s.i.w.z., w konsekwencji odrzucając ofertę z postępowania". Z powyższego wyroku jednoznacznie wynika zatem jaki charakter może mieć harmonogram rzeczowo - finansowy. Skoro zatem dokument ten nie jest bezwzględnie obowiązujący, to nie można wysnuć twierdzenia, iż tak sformułowany zapis (przypis autora: § 18 ust.5 umowy) wyklucza w zasadzie możliwość wprowadzenia zmian o których mowa w aneksie nr 6, gdyż dotyczy on właśnie sytuacji związanej z wydłużeniem czasu na realizację zadania , co zgodnie z treścią umowy zostało zabronione.

W świetle powyższego niezadane jest także twierdzenie jednostki kontrolującej, iż zobowiązanie wykonawcy odbiega istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok KIO z 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1041/10, w którym wskazano, że „ należy podkreślić, że przepis art. 140 ust. 1 ustawy pzp w połączeniu z dyspozycją ust. 3 tego artykułu ustawy oraz zakazem aneksowania umów w drodze porozumienia stron, zawartym w art. 144 ust. 1 ustawy pzp, należy interpretować jako zabezpieczenie zawierania umów oraz wykonywania zamówień w zakresie i przedmiocie, który obejmowało dane postępowanie o udzielenie zamówienia, **jednak zakres samego świadczenia wykonywanego w ramach umowy jest determinowany przez sposób wykonania zobowiązania określony w umowie**". Skoro tak, to należy jednoznacznie wskazać, iż sposób wykonania zamówienia, w tym czas jego realizacji określono wprost w umowie i w umowie dopuszczono także możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Podsumowanie

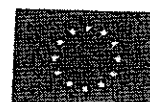
Z przedstawionego powyżej stanu prawnego jednoznacznie wynika, iż zmiana nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr z dnia 14.03. 2013 r. , realizowanej w ramach projektu „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa” wypełnia przesłanki art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Postanowienia § 18 ust. 1 lit.d) umowy, które nie wskazują na elementy istotne czy nieistotne w zakresie zmiany umowy, określają jednoznacznie zakres zmiany umowy

oraz określają warunki jej zmiany. Zakres zmiany to wskazanie na *termin realizacji przedmiotu zamówienia*, zaś warunki tej zmiany to po pierwsze *przyczyny niemożliwe wcześniej do przewidzenia*, po drugie, *zmiany korzystne dla zamawiającego*. Postanowienie § 18 ust. 5 umowy nie wyłącza zaś możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia. Zestawienie powyższych postanowień umownych i dokonanie wykładni umowy w oparciu o reguły wyrażone w art. 65 kodeksu cywilnego, pozwalają na stwierdzenie, iż aneks nr 6 został zawarty w sposób prawidłowy, w poszanowaniu przepisów ustawy pzp, a harmonogram rzeczowo-finansowy na gruncie przedmiotowej umowy ma charakter postanowienia nieistotnego, skoro jest on odzwierciedleniem istotnych postanowień umowy i może być zmieniony, o ile wcześniej zostaną zmienione istotne postanowienia umowy w sposób wynikający z § 18 ust. 2 lit.d) umowy.



**INFRASTRUKTURA
I ŚRODOWISKO**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI

UNIA EUROPEJSKA
FUNDUSZ SPÓJNOŚCI



Bełchatów, 2015-01-30

Narodowy Fundusz

Zastrzeżenia w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr : z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”.

W piśmie z dnia 19 stycznia 2015 r. (data wpływu 23 stycznia 2015 r.) jednostka kontrolująca wskazała, że dokonała oceny stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń polegających na nieprzestrzeganiu dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem wydatki kwalifikowane na zamówieniu realizowanym w ramach kontraktu nr : dnia 14.03.2013 r. zostaną pomniejszone w wysokości 25 %.

W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisu art. 144 ust.1 ustawy pzp, które to naruszenia skutkować mogą nałożeniem korekty finansowej.

Należy wskazać, że :

- 1) zmiana nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr z dnia 14.03. 2013 r. , realizowanej w ramach projektu „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta B.....” wypełnia przesłanki art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Postanowienia § 18 ust. 1 lit.d) umowy, które nie wskazują na elementy istotne czy nieistotne w zakresie zmiany umowy, określają jednoznacznie zakres zmiany umowy oraz określają warunki jej zmiany. Zakres zmiany to wskazanie na *termin realizacji przedmiotu zamówienia*, zaś warunki tej zmiany to po pierwsze *przyczyny niemożliwe wcześniej do przewidzenia*, po drugie, *zmiany korzystne dla zamawiającego*. Postanowienie § 18 ust. 5 umowy nie wyłącza zaś możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia. Zestawienie powyższych postanowień umownych i dokonanie wykładni umowy w oparciu o reguły wyrażone w art. 65 kodeksu cywilnego, pozwalają na stwierdzenie, iż aneks nr 6 został zawarty w sposób prawidłowy, w poszanowaniu przepisów ustawy pzp, a harmonogram rzeczowo-finansowy na gruncie przedmiotowej umowy ma charakter postanowienia nieistotnego, skoro jest on odzwierciedleniem istotnych postanowień umowy i może być zmieniony, o ile wcześniej zostaną zmienione istotne postanowienia umowy w sposób wynikający z § 18 ust. 2 lit.d) umowy.

Wnioski takie wypływają z opinii prawnej sporządzonej przez Kancelarię Doradztwa Prawnego z siedzibą w Warszawie, którą Zamawiający załącza do niniejszego pisma. Zamawiający oświadcza, iż ustalenia dokonane w ww. opinii traktuje jak swoje własne i w związku z tym opinia stanowi szczegółowe uzasadnienie przedmiotowych zastrzeżeń.

- 2) Biorąc pod uwagę zakres i specyfikę zmian umowy wynikających z aneksu nr 6, zmiany należy uznać nie tylko za w pełni uzasadnione i dopuszczalne w świetle postanowień umowy i obowiązujących przepisów ale również za konieczne do wprowadzenia ze względu na konieczność przestrzegania zasady efektywności, gospodarności i oszczędności przy wydatkowaniu środków.

Wnioski takie wypływają z opinii sporządzonej przez Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, którą Zamawiający załącza do niniejszego pisma. Zamawiający oświadcza, iż ustalenia dokonane w ww. opinii traktuje jak swoje własne i w związku z tym opinia stanowi szczegółowe uzasadnienie przedmiotowych zastrzeżeń.

- 3) Przedmiotowe postępowanie w tym umowa z wykonawcą były przedmiotem kontroli przez Narodowy Fundusz

W pismach nr z dnia 12.06.2013 r. oraz nr

z dnia 29.08.2013 r. nie stwierdzono naruszeń przepisów ustawy pzp, które w konsekwencji mogłyby skutkować nałożeniem na Zamawiającego korekty finansowej.

Skoro w wyniku ww. kontroli nie dopatrzono się naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp w zakresie dotyczącym zmian umowy wskazanych w §18 umowy w sprawie zamówienia publicznego, to w sytuacji zrealizowania już przedmiotu zamówienia, tym bardziej nie można mówić o naruszeniu przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp. Aneks nr 6 do umowy zawarty został na podstawie i w granicach wskazanych w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności treść złożonych wraz z niniejszym pismem opinii, prosimy o przyjęcie przedmiotowych zastrzeżeń do w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr

z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta B

W konsekwencji wnosimy o weryfikację Państwa stanowiska i stwierdzenie, iż nie doszło do naruszeń przepisów ustawy pzp i nie ma podstaw do pomniejszenia wydatków realizowanych w ramach kontraktu nr z dnia 14.03.2013 r.

Załączniki:

- 1) Opinia prawna dotycząca: zastrzeżeń w sprawie opinii z kontroli aneksu nr 6 z dnia 24.04.2014 r. do umowy nr z dnia 14.03.2013 r. dotyczącej projektu nr POIS.01.01.00-00-203/09 „Budowa i modernizacja

systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Be [?],
sporządzona przez Kancelarię Doradztwa Prawnego

- 2) Opinia w sprawie zmian umowy nr [?] z dnia 14 marca 2013
r. na „Budowę instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” w
zakresie zmian sposobu wykonania zamówienia, sporządzona przez
Sp. Z o. o.
- 3) Oświadczenie interpretacyjne do Umowy nr [?] na usługi
projektowe i roboty budowlane realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu
Measure Authorising Officer [?]

Otrzymują:

1. Adresat;
2. DN;
3. JRP /aa

Oświadczenie interpretacyjne

do Umowy nr

na usługi projektowe i roboty budowlane realizowane w trybie
„zaprojektuj i wybuduj”.

sporządzone przez:

- Pełnomocnika ds. Realizacji Projektu realizowanego przez
Spółka z ograniczona odpowiedzialnością,

Niniejsze oświadczenie interpretacyjne zostało sporządzone, wobec dostrzeżonych potrzeb określenia rzeczywistej woli Zamawiającego. Postanowienia oświadczenia interpretacyjnego odzwierciedlają wolę uniknięcia nieporozumień w trakcie realizacji Umowy.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 65 § 1 kodeksu cywilnego ustala się co następuje:

§ 1

– Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu, ze względu na to, iż brał udział w przygotowaniu treści siwz, uczestniczył w trakcie postępowania do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy w postępowaniu na „Budowę instalacji przeróbki osadów na oczyszczalni ścieków” realizowanego w ramach projektu „Budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa”, oświadcza, że:

- 1) § 18 ust. 2 lit.d) umowy jest postanowieniem umowy nadrzędnym w stosunku do § 18 ust. 5 umowy,
- 2) § 18 ust. 5 umowy służy do określenia funkcji harmonogramu rzeczowo-finansowego, zawiera jedynie wymogi techniczno – finansowe w zakresie sporządzenia harmonogramu, natomiast sama zamian terminu realizacji zamówienia w oparciu o § 18 ust. 5 umowy nie może dotyczyć końcowego zakresu rzeczowo – finansowego oraz końcowego terminu realizacji. To oznacza, że Zamawiający może zmienić termin realizacji w oparciu o § 18 ust. 2 lit.d) umowy, natomiast w sposób samodzielny nie może zmienić terminu realizacji w oparciu o § 18 ust.5 umowy. Zmieniając termin realizacji w oparciu o § 18 ust. 2 lit.d) umowy, jest to jednoznaczne ze zmianą harmonogramu rzeczowo-finansowego.

§ 2

W pozostałym zakresie umowa nie budzi wątpliwości.

§ 3

Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu
Measure Authorising Officer-MAO

Oświadczenie dotyczy całego okresu od momentu publikacji siwz.

30-01-2015