



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI  
Komisja Rozstrzygająca

ZOS Spółka z o.o. Koszalin		
Dz.	UZ.	Przydział
14.10. 2014	1301	

KPK/KPO-415-193/2014

Warszawa, dnia 8 października 2014 r.

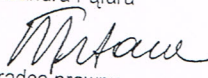
Zarząd spółki  
Zarząd Obiektów Sportowych  
w Koszalinie

Stosownie do art. 61a ust. 8 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2012 r., poz. 82, ze zm.) przesyłam uchwałę Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli z dnia 30 września 2014 r. w sprawie zastrzeżeń zgłoszonych przez Prezesa Zarządu Spółki do wystąpienia pokontrolnego z dnia 14 lipca 2014 r. (Nr LSZ-4112-001-02/2014), skierowanego w związku z kontrolą realizacji w latach 2009-2013 zadania inwestycyjnego „Budowa Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie”.

Uchwała kończy postępowanie odwoławcze.

Załącznik:  
uchwała z dnia 30 września 2014 r.

Przewodnicząca  
Zespołu Orzekającego  
Aleksandra Fafara

  
doradca prawny  
w Departamencie Prawnym  
i Orzecznictwa Kontrolnego



# NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Komisja Rozstrzygająca

KPK/KPO-415-193/2014

Warszawa, dnia 30 września 2014 r.

## UCHWAŁA

Zespół Orzekający

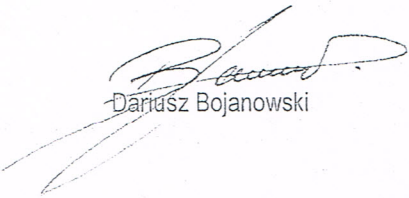
Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli

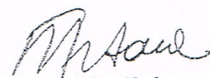
w składzie:

Przewodnicząca:	Aleksandra Fąfara	–	doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
Członkowie:	Dariusz Bojanowski	–	doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
	Andrzej Górny	–	doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
przy udziale protokolanta: Czesławy Zaleskiej-Ejgierd		–	st. referenta w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego

po rozpatrzeniu na posiedzeniu jawnym w dniu 30 września 2014 r., w trybie art. 61a ust. 5 i 6 oraz art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2012 r., poz. 82, ze zm.), zastrzeżeń zgłoszonych przez Prezesa Zarządu ZOS sp. z o. o. w Koszalinie do wystąpienia pokontrolnego z dnia 27 lutego 2014 r. (Nr LSZ 4112-001-02/2014), skierowanego w związku z przeprowadzoną w Zarządzie Obiektów Sportowych sp. z o. o. w Koszalinie kontrolą realizacji w latach 2009-2013 zadania inwestycyjnego „Budowa kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie”

– oddalił zastrzeżenia.

  
Dariusz Bojanowski

  
Aleksandra Fąfara

  
Andrzej Górny



## UZASADNIENIE

Najwyższa Izba Kontroli – Delegatura w Szczecinie przeprowadziła w Zarządzie Obiektów Sportowych sp. z o. o. w Koszalinie (dalej: „Spółka” lub „ZOS”) kontrolę realizacji w latach 2009-2013 zadania inwestycyjnego „Budowa kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie” (dalej: „Kompleks” lub „Inwestycja”).

Ustalony w toku kontroli stan faktyczny, ocena skontrolowanej działalności, a także wnioski w sprawie stwierdzonych nieprawidłowości zostały zawarte w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 14 lipca 2014 r. (Nr LSZ 4112-001-02/2014), do którego w piśmie z dnia 7 sierpnia 2014 r. Prezes Zarządu Spółki (dalej: „Prezes”) zgłosił siedem zastrzeżeń.

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie oceniła realizację przez Spółkę w latach 2009-2013 (I półrocze) Inwestycji pod nazwą „Budowa Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie”.

W uzasadnieniu powyższej oceny ogólnej Izba podała, że negatywnie ocenia działania ZOS ze względu na nieprawidłowości stwierdzone w 4 (z 10 przeprowadzonych) postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienia te miały istotne znaczenie dla terminowej i rzetelnej realizacji Inwestycji w latach 2009-2013 (I półrocze). Nieprawidłowości były (m.in.) następujące:

- w Konkursie na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej zaakceptowano wybór projektu, który jako jedyny nie spełniał celu Konkursu w zakresie założonych kosztów realizacji projektu,
- w postępowaniu na wykonanie pełnobrańkowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej Spółka przyjęła niekorzystne dla Zamawiającego postanowienia umowne, ograniczające możliwość dochodzenia od Projektanta odpowiedzialności za wady sporządzonej dokumentacji,
- w postępowaniu na świadczenie usług Inżyniera dla budowy<sup>1</sup> nie wystąpiono do oferenta, który zaproponował najniższą cenę, o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty. Wybrano ofertę z najniższą ceną, stanowiącą 40,5% wartości zamówienia. ZOS, ze względu na nierzetelną realizację usług przez Inżyniera Kontraktu, po upływie półtora roku rozwiązał umowę,
- w postępowaniu na wybór wykonawcy Inwestycji bezpodstawnie odrzucono ofertę zawierającą najniższą cenę, co miało istotny wpływ na przesunięcie terminu podpisania umowy.

Ponadto, przyjęcie dokumentacji projektowej obciążonej błędami (wg posiadanych przez Spółkę opinii) doprowadziło do wypowiedzenia po 10 miesiącach umowy z pierwszym wykonawcą Inwestycji. Konieczność przeprowadzenia kolejnego postępowania na przeprojektowanie i wykonanie Kompleksu spowodowała przesunięcie planowanego terminu zakończenia Inwestycji o rok. Realizowany projekt znacząco różni się od projektu wybranego w Konkursie przeprowadzonym w 2009 r., a zakładany koszt jego wykonania zwiększył się z 73 mln zł do 86,1 mln zł. NIK zwraca uwagę, że za przyjęcie błędnej dokumentacji odpowiedzialny jest nie tylko Projektant i Inżynier Kontraktu, ale także Spółka (Inwestor) odpowiedzialna za zarządzanie procesem budowlanym.

NIK pozytywnie oceniła działania Spółki podejmowane od połowy 2013 r., zmierzające do zrealizowania prowadzonej Inwestycji.

<sup>1</sup> Dalej: „Inżynier Kontraktu”.



W zastrzeżeniu 1 Prezydent zakwestionował negatywną ocenę ogólną – przedstawił argumentację zawartą w pkt. 1a - 1b (*vide* poniżej).

Zastrzeżenie 1a dotyczyło fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej (str. 1 wyst. pok): „w Konkursie na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej zaakceptowano wybór projektu, który jako jedyny nie spełniał celu Konkursu w zakresie założonych kosztów realizacji projektu”.

W zastrzeżeniu Prezes podał, że NIK ustaliła i uznała za nieprawidłowość okoliczność, iż w wyniku Konkursu (postępowanie 8ZP/09) przeprowadzonego w trybie art. 110 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> Sąd Konkursowy przyznał I nagrodę projektowi, który nie spełniał celu określonego w pkt. 5.4 Regulaminu Konkursu („Maksymalny planowany łączny koszt wykonania obiektu realizowanego w oparciu o pracę konkursową nie powinien przekroczyć kwoty brutto 73 mln zł...”).

Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia błędna ocena NIK w powyższym zakresie wynika z tego, że dokonano jej w oderwaniu od kolejnego postępowania przeprowadzonego przez Spółkę, tj. postępowania 1ZP/10 na sporządzenie dokumentacji projektowej, w którym to postępowaniu zawarto w trybie negocjacyjnym umowę z laureatem konkursu Piotrem Płaskowickim – Płaskowicki & Partnerzy Architekci (dalej: „PPA”). Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż w wyniku kwestionowanego przez Izbę Konkursu doszło jedynie do wyboru koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, a nie projektu. Pozostałe warunki wykonania dokumentacji projektowej były natomiast przedmiotem negocjacji z laureatem konkursu – PPA, w wyniku których doszło do zawarcia umowy. To umowa, a nie koncepcja architektoniczno-urbanistyczna, jest dokumentem, który ostatecznie obrazuje, na jakich warunkach miała przebiegać współpraca między stronami.

Jak podał dalej Prezes, faktem jest, że praca wybranego wykonawcy (PPA) przewidywała wstępnie wykonanie inwestycji za kwotę 81.842 mln zł, na co Zamawiający na etapie Konkursu przystał. Zamawiający miał ku temu prawo, ponieważ:

- praca PPA była w ocenie Sądu Konkursowego (w skład którego wchodził wybitni fachowcy), a także opinii publicznej, ponadczasową, unikalną, wyraźnie górującą nad konkurencyjnymi koncepcjami, a efekt jej realizacji stanowiłby z pewnością świetną wizytówkę miasta;
- Regulamin Konkursu, w szczególności jego pkt 5.4. nie zakazywał przekroczenia kwoty 73 mln zł, a jedynie wskazywał, że łączny koszt wykonania obiektu (...) nie powinien przekroczyć ww. kwoty, co w sposób oczywisty należy interpretować jedynie jako określenie wartości orientacyjnej (przybliżonej), wokół której powinny oscylować szacunkowe koszty realizacji koncepcji zgłoszonych w Konkursie;
- koszt realizacji inwestycji w oparciu o zwycięską koncepcję był jednym z wielu kryteriów oceny nadesłanych prac.

Wszystkie elementy umowy na wykonanie dokumentacji projektowej, w tym przyjęcie proponowanego przez PPA kosztu wykonania obiektu za 81.842 mln zł, były uzależnione od dalszych ustaleń stron (ZOS i PPA) w negocjacyjnej procedurze, w trybie zamówienia z wolnej ręki. W razie braku porozumienia między stronami w zakresie choćby jednego z elementów negocjacji warunków umowy, zastosowano by tryb negocjacji bez

<sup>2</sup> Dz. U. z 2013 r., Nr 907 ze zm. (dalej: „Pzp”).



ogłoszenia z dwoma uczestnikami konkursu – zgodnie z założeniami Konkursu, a tym samym nie zawarto by umowy z PPA. Ostatecznie Zamawiający zawarł z wykonawcą dokumentacji projektowej umowę na pierwotnie przyjętych przez siebie warunkach w zakresie kosztów realizacji Inwestycji – zgodnie z planowanymi środkami finansowymi. Wskazuje na to jednoznacznie postanowienie § 1 ust. 4 pkt 4 umowy nr 1ZP/10, nakładającego na projektanta obowiązek zastosowania takich rozwiązań projektowych, aby koszt brutto budowy Inwestycji realizowanej na podstawie wybranego w Konkursie projektu nie przekroczył równowartości 73 mln zł. Było to zgodne z zaleceniem Sądu Konkursowego odnośnie do przeanalizowania przyjętych rozwiązań materiałowo-technologicznych pod kątem doprowadzenia kosztów Inwestycji do poziomu planowanego przez Spółkę. W opinii zgłaszającego zastrzeżenia, NIK w wystąpieniu pokontrolnym potwierdziła istnienie takich zaleceń (str. 6 pkt 2.4.1.); skoro zatem w umowie z PPA zawarto postanowienie ograniczające koszty wykonania obiektu do kwoty 73 mln zł (§ 1 ust. 4 pkt 4), to tym bardziej niezrozumiałe wydaje się formułowanie zarzutu wyboru w Konkursie na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej pracy, która rzekomo nie spełnia warunków Konkursu.

W związku z powyższym Prezes wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego wskazanego wyżej fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej oraz dokonanie stosownych zmian w pkt. 2.4.1. (str. 6 – opis nieprawidłowości). Podał jednocześnie, że na tym etapie realizacji Inwestycji nie popełniono błędów czy nieprawidłowości w ww. zakresie, które mogłyby zagrozić jej prawidłowej realizacji.

**Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenie.**

Kwestionowany przez Prezesa fragment uzasadnienia oceny ogólnej sformułowany został na podstawie następującego opisu nieprawidłowości (str. 6 wyst. pok.):

W wyniku Konkursu (postępowanie 8ZP/09), przeprowadzonego w trybie art. 110 Pzp, Sąd Konkursowy przyznał I nagrodę projektowi, który nie spełniał celu określonego w punkcie 5.4 Regulaminu Konkursu<sup>3</sup>, tj.: *Maksymalny planowany łączny koszt wykonania obiektu realizowanego w oparciu o pracę konkursową nie powinien przekroczyć kwoty brutto 73 mln zł. Powyższy koszt obejmuje całkowity koszt robót budowlanych związanych z realizacją obiektu wykonanego na podstawie projektu opracowanego w wyniku udzielenia przez zamawiającego zamówienia publicznego po rozstrzygnięciu konkursu. Obejmuje w szczególności koszty wzniesienia i adaptacji obiektów, ich pełnego pierwszego wyposażenia oraz koszt robót związanych z zagospodarowaniem terenu Kompleksu.*

Koszt wykonania Inwestycji według projektu, który otrzymał I nagrodę, miał wynieść 81.482,3 tys. zł, natomiast pozostałych 7 projektów zakwalifikowanych do oceny – od 55.644,2 tys. zł do 72.953,3 tys. zł brutto.

Sąd Konkursowy, wskazując wybrany projekt, zalecił przeanalizowanie przyjętych rozwiązań materiałowo-technologicznych pod kątem doprowadzenia kosztów Inwestycji do poziomu planowanego przez Zamawiającego. Zalecenia zostały zaakceptowane przez Spółkę – Organizatora Konkursu.

Prezes Spółki wyjaśnił, że Regulamin w pkt. 5.4 nie zakazywał przekroczenia kwoty 73 mln zł, a jedynie wskazywał, że łączny koszt wykonania obiektu nie powinien przekroczyć ww. kwoty.

<sup>3</sup> Regulamin Konkursu został zatwierdzony przez Prezesa Spółki Jakuba Pyżanowskiego w dniu 22 lipca 2009 r.



Zespół Orzekający nie podzielił argumentacji Prezesa, w szczególności, że „Regulamin Konkursu (...) nie zakazywał przekroczenia kwoty 73 mln zł, a jedynie wskazywał, iż łączny koszt wykonania obiektu (...) nie powinien przekroczyć ww. kwoty, co w sposób oczywisty należy interpretować jedynie jako określenie wartości orientacyjnej (przybliżonej), wokół której powinny oscylować szacunkowe koszty realizacji koncepcji zgłoszonych w Konkursie”.

Formułując kwestionowany przez zgłaszającego zastrzeżenia fragment uzasadnienia oceny ogólnej, NIK oparła się na przepisie Regulaminu Konkursu (pkt 5.4.), w którym wskazano, że *Maksymalny planowany łączny koszt wykonania obiektu realizowanego w oparciu o pracę konkursową nie powinien przekroczyć kwoty brutto 73 mln zł. Powyższy koszt obejmuje całkowity koszt robót budowlanych związanych z realizacją obiektu wykonanego na podstawie projektu opracowanego w wyniku udzielenia przez zamawiającego zamówienia publicznego po rozstrzygnięciu konkursu. Obejmuje w szczególności koszty wzniesienia i adaptacji obiektów, ich pełnego pierwszego wyposażenia oraz koszt robót związanych z zagospodarowaniem terenu Kompleksu.* Wybrana praca, jako jedyna z 8 złożonych, nie spełniała warunku (jednego z celów Konkursu) w zakresie założonych kosztów realizacji inwestycji. Podkreślić należy, że pozostali uczestnicy Konkursu przestrzegali ww. przepisu Regulaminu (koszt wykonania inwestycji według projektu, który otrzymał I nagrodę, miał wynieść 81.482,3 tys. zł, natomiast pozostałych 7 projektów zakwalifikowanych do oceny – od 55.644,2 tys. zł do 72.953,3 tys. zł brutto). Zaakceptowanie zatem projektu na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, który jako jedyny nie spełniał wskazanego wyżej celu Konkursu, naruszało zasadę równego traktowania jego uczestników. Dywagacje Prezesa na temat znaczenia sformułowania „powinien” są więc niezasadne, zwłaszcza że – jak podaje słownik języka polskiego PWN – „powinien” oznacza, iż coś jest pożądane, konieczne.

Analizowaną tu kwestię należy rozpatrywać przede wszystkim w kontekście przepisów Rozdziału 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Artykuł 113 ust. 1 stanowi, że *sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu (...).* W tym wypadku „wymaganiem określonym w Regulaminie Konkursu” było nieprzekroczenie kwoty brutto 73 mln zł jako łącznego kosztu wykonania obiektu realizowanego w oparciu o pracę konkursową. Zgodnie z art. 115 ust. 2 pkt 3 *ogłoszenie o konkursie zawiera co najmniej (...) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu (...).* Artykuł 116 ust. 2 pkt. 4 stanowi, że *regulamin konkursu określa w szczególności maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej.* Zgodnie z kolejnym przepisem – art. 120 ust. 1 i 2 – *zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników konkursu spełniających wymagania określone w regulaminie konkursu; uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu (podkr. Zesp. Orzek.).*

W załączniku nr 1 do Regulaminu Konkursu (str. 11) wskazano m.in., że „podany przez Zamawiającego w regulaminie konkursu maksymalny koszt budowy obiektów Kompleksu może nie obejmować: 1) budowy części hotelowej...”. W sporządzonej przez eksperta sądu konkursowego „Analizie dokumentacji kosztowej złożonych przez oferentów koncepcji zabudowy terenu...” odnośnie do oferty nr 6, uznanej za najlepszą, ekspert stwierdził: „Według przedstawionej kalkulacji kosztów wykonania Inwestycji metodą wskaźnikową autor koncepcji



architektoniczno-urbanistycznej wyliczył wykonanie obiektu w kwocie przekraczającej 73.000.000,00 zł brutto, co jest niezgodne z wymogami Konkursu...". W załączniku nr 10 do Regulaminu Konkursu – „Założenia do opracowania kosztów budowy Kompleksu” – podano m.in, że „W przyjętych do koncepcji kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie założeniach należy oprzeć się o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych, określonych w programie funkcjonalno-użytkowym<sup>4</sup>”. Założenia funkcjonalno-użytkowe Konkursu, uwzględniające możliwość rozbudowy Kompleksu o dodatkowe elementy, wskazywały na konieczność wzięcia pod uwagę m.in. przeznaczonych środków finansowych. Zdaniem Zespołu Orzekającego dowodzi to, jaką wagę – na etapie ogłoszenia konkursu – Zamawiający przykładał do kosztów budowy Kompleksu, na którą zaciągnięty przez Spółkę kredyt bankowy poręczony jest przez Miasto Koszalin.

Odnosząc się do argumentu zgłaszającego zastrzeżenia, że „w wyniku Konkursu kwestionowanego przez NIK doszło jedynie do wyboru koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, a nie projektu”, Zespół Orzekający stwierdza, iż w wystąpieniu pokontrolnym NIK posłużyła się pierwszym wyrazem z określenia *projekt koncepcyjny*, zawartego w załączniku do Regulaminu Konkursu (str. 6 pkt 5.1); ten sam kwestionowany przez Prezesa wyraz znajduje się na każdej stronie pracy nr 6 (uznanej za najlepszą), tj.: „Konkurs architektoniczno-urbanistyczny na opracowanie projektu koncepcyjnego kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie”. W tej sytuacji Zespół Orzekający uznał, że kwestia będąca przedmiotem (pozornej) „różnicy zdań” zgłaszającego zastrzeżenia i NIK („koncepcja” czy „projekt”) jest w tym wypadku jedynie semantyczna – nie ma bowiem wątpliwości, że chodzi o „projekt koncepcyjny”.

**Zastrzeżenie 1b** dotyczyło fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej (str. 1 wyst. pok): „w postępowaniu na wykonanie pełnobrańkowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej Spółka przyjęła niekorzystne dla Zamawiającego postanowienia umowne, ograniczające możliwość dochodzenia od Projektanta odpowiedzialności za wady sporządzonej dokumentacji”.

W zastrzeżeniu Prezes podał, że negatywną ocenę w powyższym zakresie NIK wywodzi z tego, iż w zaproszeniu do negocjacji z 22 stycznia 2010 r. – w postępowaniu na sporządzenie dokumentacji projektowej (1ZP/10) – skierowanym do laureata konkursu, nie było informacji, że przedmiotem negocjacji będzie kwestia obniżenia kosztów realizacji inwestycji do kwoty 73 mln zł. Natomiast w zaproszeniu przedstawiono warunki udziału w postępowaniu i istotne postanowienia umowy o wykonanie dokumentacji, w tym m.in. zobowiązanie autora pracy do przedstawienia przed podpisaniem umowy *aktualnej polisy od odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z prowadzoną działalnością, na kwotę co najmniej 6 000 000 zł, obejmującą okres od rozpoczęcia realizacji projektu do chwili wygaśnięcia rękojmi za wady projektu*. Jak podał dalej zgłaszający zastrzeżenia, w umowie – zdaniem NIK – na niekorzyść Zamawiającego zmieniono (w porównaniu do zaproszenia) postanowienia dotyczące wartości ubezpieczenia i okresu jego obowiązywania. W § 3 umowy Nr 1ZP/10, zawartej w dniu 20 kwietnia 2010 r. przez Spółkę z PPA,

<sup>4</sup> Dz. U. Nr 130, poz. 1389.



stwierdzono, że *PROJEKTANT najpóźniej w dniu podpisania umowy przedstawi polisę ubezpieczeniową lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i że posiadane przez niego ubezpieczenie pozwala na pokrycie roszczeń ZAMAWIAJĄCEGO, powstałych podczas wykonywania zamówienia, na kwotę odpowiadającą min. 100% ceny ofertowej zamówienia. Umowa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ma być ważna na dzień podpisania niniejszej umowy i obowiązywać do końca jej trwania.* Zdaniem Prezesa ustalenia i konkluzje NIK w powyższym zakresie są błędne; w tym miejscu konieczne jest rozwinięcie rozważań z pkt. a), dotyczących istoty konkursu oraz umowy zawieranej z laureatem. Zgłaszający zastrzeżenia „jeszcze raz przypomniał”, że konkurs na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej Kompleksu wodno-rekreacyjnego (8ZP/09) był przeprowadzony na podstawie Działu III, Rozdziału 2 Pzp. W wyniku rozstrzygnięcia konkursu w dniu 9 grudnia 2009 r. wybrano pracę PPA. Zgodnie z art. 111 Pzp nagrodą w konkursie dla autora wybranej pracy może być zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 66 ust. 1 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zamówienie z wolnej ręki jest sposobem zawarcia umowy, odpowiadającym negocjacom z art. 72 § 1 Kodeksu cywilnego. Oznacza to, że w tym trybie do zawarcia umowy nie dochodzi w drodze złożenia i przyjęcia oferty, lecz wówczas, gdy strony prowadzące negocjacje dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji – z uwzględnieniem konieczności zachowania pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art 66 Pzp, Lex).

W opinii Prezesa twierdzenie NIK, że *w zawartej umowie na niekorzyść Zamawiającego zmieniono (w porównaniu do zaproszenia) postanowienia dotyczące wartości i okresu obowiązywania ubezpieczenia*, nie może być zaakceptowane. W umowie niczego bowiem nie zmieniano. Umowa była efektem uzgodnień dokonanych w trakcie prowadzonych negocjacji. Zaproszenie do negocjacji zawierało warunki, które Spółka chciała uzyskać (celowo wygórowane, aby uzyskać jak najlepszą pozycję negocjacyjną), jednakże ich akceptacja wymagała zgody drugiej strony – PPA. W efekcie umowa jest wynikiem „kompromisu” stron (co jest cechą immanentną umów cywilnoprawnych zawieranych po przeprowadzeniu negocjacji). Z tego względu konkluzja NIK, że *w umowie dokonano zmian w stosunku do zaproszenia do negocjacji, świadczy o niezrozumieniu negocjacyjnego trybu zamówienia. Negocjacje z wykonawcą mogą, jednakże nie muszą, doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W praktyce będzie miało to miejsce wówczas, gdy strony nie porozumieją się co do treści mającej łączyć je umowy. Niemniej trudno uznać, że postanowienie dotyczące ubezpieczenia projektanta od odpowiedzialności cywilnej jest niekorzystne dla Spółki.* Wbrew stanowisku NIK, przyjęte w umowie z PPA postanowienie nie tylko nie pogorszyło sytuacji kontraktowej Spółki, lecz przeciwnie – było dla niej lepsze od wyjściowej (tj. zawartej w zaproszeniu do negocjacji).

Jak podał dalej Prezes, kwestionowany przez NIK § 3 ust. 3 umowy (1/ZP/10 zawartej 20 kwietnia 2010 r.) w brzmieniu: *Umowa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ma być ważna na dzień podpisania niniejszej umowy i obowiązywać do końca jej trwania* musi być interpretowany łącznie z § 3 ust. 2 w brzmieniu: *PROJEKTANT najpóźniej w dniu podpisania umowy przedstawi polisę ubezpieczeniową lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej*



*działalności gospodarczej i że posiadane przez niego ubezpieczenie pozwala na pokrycie roszczeń ZAMAWIAJĄCEGO powstałych podczas wykonywania zamówienia na kwotę odpowiadającą min. 100% ceny ofertowej zamówienia.*

Zamawiający tak zatem skonstruował kwestie ubezpieczenia projektanta, aby przedstawione przez niego polisy zabezpieczyły roszczenia zamawiającego, jakie mogłyby się pojawić w związku z przekazaniem wadliwej dokumentacji. Dla zamawiającego szczególnie istotne było, aby projektant posiadał ważne polisy za rok 2010 i rok 2011, czyli w okresie sporządzenia i przekazania dokumentacji projektowej zamawiającemu. W przypadku posiadania takich polis, jeżeli nawet szkody ujawniłyby się w latach następnych, nieobjętych ubezpieczeniem, zamawiający uzyskałby właściwą ochronę ubezpieczeniową. Dla wypłaty ewentualnego odszkodowania nie jest bowiem istotny moment ujawnienia się szkody, lecz okoliczność, czy zdarzenie, w związku z którym udzielono ochrony ubezpieczeniowej (w naszym przypadku przekazanie dokumentacji projektowej), wystąpiło w okresie ważności polisy.

Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia nie było zatem istotnej różnicy pomiędzy zapisem z zaproszenia do negocjacji: *polisa ma być ważna do wygaśnięcia rękojmi* a postanowieniem umowy: *polisa ma obowiązywać do końca umowy*, skoro umowa regulowała kwestię rękojmi (w dozwolonym przez k.c. zakresie). Przekazanie wadliwej dokumentacji w okresie, kiedy projektant był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, upoważnia zamawiającego do skierowania roszczeń również w stosunku do ubezpieczyciela.

W podsumowaniu tej części zastrzeżenia Prezes stwierdził, że kwestionowane przez NIK postanowienie umowy konstruowało wymogi dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej PPA w taki sposób, aby ochroną ubezpieczeniową objęte były wypadki ubezpieczeniowe powstałe podczas wykonywania przez PPA przedmiotu umowy (w tym obowiązki z rękojmi), nawet gdyby ujawniły się po tym okresie.

Zgłaszający zastrzeżenia zwrócił również uwagę, że kwestionowane przez NIK postanowienie umowy z PPA nakłada obowiązek utrzymywania przez projektanta ubezpieczenia, które pokrywa w pełni ewentualne roszczenia Spółki (nie określając maksymalnej sumy gwarancyjnej), wskazując przy tym, że suma gwarancyjna wymaganego ubezpieczenia OC w żadnym wypadku nie może być niższa niż równowartość 100% ceny ofertowej zamówienia. Tymczasem w wersji „wyjściowej” (tj. z zaproszenia do negocjacji) wynika jedynie konieczność utrzymywania przez projektanta ubezpieczenia OC na sumę gwarancyjną nie niższą niż wskazana, bez wyraźnego obowiązku odniesienia tej sumy do pełnej wysokości ewentualnego roszczenia. Tak więc kwestionowane przez NIK postanowienie umowy było w istocie bardziej korzystne dla Spółki, niż pierwotna propozycja zawarta w zaproszeniu do negocjacji.

W tej sytuacji Prezes „nie zgodził się z zarzutem, iż Spółka przyjęła niekorzystne postanowienia umowne, ograniczające możliwość dochodzenia od PPA odpowiedzialności za wady dokumentacji”. Stwierdził, że argumentacja NIK, oparta wyłącznie na porównaniu zapisów z zaproszenia do negocjacji z postanowieniami umowy dotyczącymi ubezpieczenia OC, pomija postanowienia umowne dotyczące rękojmi i gwarancji, zawarte w umowie nr 1/ZP/10, a to te postanowienia decydują w istocie o odpowiedzialności projektanta za wady przekazanego projektu. I tak, na mocy § 8 umowy Projektant udzielił Zamawiającemu rękojmi za wady fizyczne i prawne za wykonaną dokumentację, do czasu wygaśnięcia okresu rękojmi na roboty budowlane. Wprowadzone do umowy takie postanowienie w praktyce oznacza, że termin wygaśnięcia uprawnień przysługujących Spółce



od projektanta z tytułu rękojmi za wady fizyczne dzieła (projektu) uplynie po 3 latach od daty, kiedy obiekt budowlany (wykonany na podstawie przekazanej dokumentacji) zostanie oddany inwestorowi (art. 568 § 1 k.c.). Spółka ma zatem cały czas otwartą drogę do dochodzenia roszczeń od PPA w związku z wadliwą dokumentacją. W żadnym postanowieniu umownym, wbrew stanowisku NIK, nie ograniczono odpowiedzialności projektanta za wady obiektu, wręcz przeciwnie – wydłużono okres rękojmi z uwagi na specyfikę budowanego obiektu (wady mogą ujawnić się w przyszłości). Spółka podjęła już działania prawne, składając trzy wnioski w Sądzie Rejonowym w Warszawie o zewazwanie projektanta do próby ugodowej. W związku z niedojściem do zawarcia ugody roszczenia będą dochodzone na drodze procesu cywilnego. Brak jest zatem podstaw do uznania, że ograniczona jest możliwość dochodzenia roszczeń od Piotra Płaskowickiego w związku z wadliwą dokumentacją oraz że działania Spółki w tym zakresie są bezskuteczne. Jest to w okolicznościach sprawy stwierdzenie nieuprawnione.

Zgłaszający zastrzeżenia podniósł też, że – jak wskazano w pkt a) – Zamawiający zawarł umowę z PPA, zabezpieczając swoje interesy również w zakresie kosztów realizacji inwestycji, zgodnie z planowanymi środkami finansowymi. Stanowi o tym § 1 ust. 4 pkt 4 umowy 1ZP/10, nakładający na projektanta obowiązek zastosowania takich rozwiązań projektowych, aby koszt budowy brutto dla inwestycji realizowanej na podstawie wybranego w Konkursie projektu nie przekroczył równowartości 73 mln zł. Niespełnienie przez PPA powyższego wymogu rodzi jego odpowiedzialność wobec Spółki z tytułu nienależytego wykonania umowy. W opinii Prezesa „na tym etapie realizacji inwestycji nie popełniono błędów czy nieprawidłowości w zakresie wskazanym w wystąpieniu pokontrolnym”.

W związku z powyższym Prezes wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego wskazanego wyżej fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej oraz dokonanie stosownych zmian w pkt. 2.4.1. i 2.4.2. (str. 6-7 – opis nieprawidłowości), w tym wykreślenie wyrazów: *bezsuteczne próby Spółki wyegzekwowania odpowiedzialności od Projektanta (...)*.

#### **Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenie.**

Kwestionowany przez Prezesa fragment uzasadnienia oceny ogólnej sformułowany został na podstawie następującego opisu nieprawidłowości (str. 6-7 wyst. pok.):

W zaproszeniu do negocjacji z dnia 22 stycznia 2010 r. w postępowaniu na sporządzenie dokumentacji projektowej (1ZP/10), skierowanym do laureata Konkursu, nie było informacji, że przedmiotem negocjacji będzie kwestia obniżenia kosztów realizacji Inwestycji do 73 mln zł. Natomiast w zaproszeniu przedstawiono warunki udziału w postępowaniu i istotne postanowienia umowy o wykonanie dokumentacji, w tym m.in.: *Autor pracy najlepszej jest zobowiązany do przedstawienia przed podpisaniem umowy aktualnej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z prowadzoną działalnością, na kwotę co najmniej 6.000.000,00 złotych, obejmującą okres od rozpoczęcia realizacji projektu do chwili wygaśnięcia rękojmi za wady projektu.*

W zawartej umowie na niekorzyść Zamawiającego zmieniono (w porównaniu do zaproszenia) postanowienia dotyczące wartości ubezpieczenia i okresu jego obowiązywania. W § 3 umowy Nr 1ZP/10, zawartej w dniu 20 kwietnia 2010 r. przez ZOS z Projektantem, stwierdzono m.in., że *Projektant najpóźniej w dniu podpisania umowy przedstawi polisę ubezpieczeniową lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że jest*



ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i że posiadane przez niego ubezpieczenie pozwala na pokrycie roszczeń Zamawiającego powstałych podczas wykonywania zamówienia na kwotę odpowiadającą m.in. 100% ceny ofertowej zamówienia. Umowa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ma być ważna na dzień podpisania niniejszej umowy i obowiązywać do końca jej trwania. Według § 7 umowy wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie umowy ustalono na kwotę 3.780,0 tys. zł plus 831,6 tys. zł VAT.

Prezes Spółki wyjaśnił, że strony podczas negocjacji zgodziły się na niższą wysokość ubezpieczenia niż proponowana w zaproszeniu do negocjacji, która odpowiada cenie umownej. W wyjaśnieniu Prezes nie odniósł się do skrócenia okresu ważności polisy.

Posiadane przez Spółkę opinie dotyczące wad sporządzonej przez PPA dokumentacji projektowej zostały przedstawione w pkt. 3.4. wystąpienia pokontrolnego, a bezskuteczne próby Spółki wyegzekwowania odpowiedzialności od Projektanta za jej sporządzenie – w pkt. 3.7. wystąpienia.

Odnosząc się do argumentów zgłaszającego zastrzeżenia, Zespół Orzekający zwraca przede wszystkim uwagę na różnicę w zapisach w zaproszeniu do negocjacji i końcowych postanowieniach umowy, będących wynikiem negocjacji. Nagrodą dla laureata przeprowadzonego konkursu było zaproszenie do negocjacji wysłane na jego adres w dniu 22 stycznia 2010 r., w którym to zaproszeniu przedstawiono warunki, jakie musi spełnić, aby udzielono mu zamówienia na wykonanie projektu (art. 22 Pzp). Jednym z tych warunków było zobowiązanie zwycięzcy konkursu (PPA) do przedstawienia, przed podpisaniem umowy, aktualnej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z prowadzoną działalnością, na kwotę co najmniej 6 mln zł, obejmującej okres od rozpoczęcia realizacji projektu do chwili wygaśnięcia rękojmi za wady. W wyniku negocjacji prowadzonych z wykonawcą, w podpisanej z nim umowie sformułowano inny zapis, który wydłużał wprawdzie okres odpowiedzialności za wady projektu, ale pomijał kwotę ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej. Wykonawca, który przed podpisaniem umowy nie przedstawił wymaganej w zaproszeniu polisy, powinien zostać wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie zastosował jednak powyższego przepisu i podpisał umowę (udzielił zamówienia) z Wykonawcą, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Stosowne postanowienie umowy nie wymienia 6 mln zł jako wysokości sumy ubezpieczenia. Umowa w powyższym zakresie jest więc niezgodna z warunkami udzielenia zamówienia.

Prezes uważa, że postanowienie umowy dotyczące ubezpieczenia Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej jest korzystniejsze od warunku sformułowanego w zaproszeniu do negocjacji. Zespół Orzekający nie podziela tego poglądu, gdyż okres ważności polisy określony w warunkach zamówienia, tj. „do wygaśnięcia rękojmi”, jest terminem konkretnym, zgodnie z Kodeksem cywilnym wystarczającym, aby zabezpieczyć ewentualne roszczenia zamawiającego z tytułu odpowiedzialności cywilnej wykonawcy. Sformułowanie „polisa ma obowiązywać do końca umowy” nie musi być zapisem „korzystniejszym”, gdyż koniec umowy cywilnej to zwykle moment upływu terminu gwarancji i rękojmi udzielonych przez dostawcę towarów lub usług. W tym wypadku najważniejsze dla określenia zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego były łącznie: suma ubezpieczenia, czyli 6 mln zł, oraz termin ważności polisy, czyli upływ okresu rękojmi.



Zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych warunki określone w zaproszeniu do rozmów nt. przyszłej umowy na wykonanie projektu w ogóle nie mogły być przedmiotem negocjacji z wykonawcą, gdyż to dopiero od spełnienia tych warunków zależało podpisanie wynegocjowanej umowy. Niedotrzymanie warunków przez Wykonawcę i akceptacja tego stanu przez Zamawiającego są przyczyną toczących się postępowań sądowych. Zamawiający – z powodu wskazanego wyżej postanowienia umowy – nie może wystąpić bezpośrednio do ubezpieczyciela o wypłacenie odszkodowania, co byłoby naturalne, gdyby Wykonawca, przed podpisaniem umowy, wykupił wymaganą wcześniej polisę.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia analizowanego tu zastrzeżenia jest złożone w toku kontroli wyjaśnienie Prezesa, który stwierdził, że „strony podczas negocjacji zgodziły się na niższą wysokość ubezpieczenia, niż proponowana w zaproszeniu do negocjacji”.

Odrębną kwestią jest niesformułowanie przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, skierowanym do laureata konkursu, warunku obniżenia kosztów realizacji inwestycji do 73 mln zł. W wyniku konkursu na koncepcję architektoniczno-urbanistyczną Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie wybrano „najbardziej okazały”, a jednocześnie najdroższy projekt. Jak widać, w kolejnym etapie przygotowania inwestycji Zamawiający z góry, tj. przed rozpoczęciem negocjacji, nie zagwarantował sobie naprawy błędu popełnionego w chwili rozstrzygnięcia konkursu na koncepcję architektoniczno-urbanistyczną (wybór najdroższego projektu, którego realizacja przekraczałaby 73 mln zł), a więc godził się na to, że budowa Kompleksu pochłonie znacznie wyższe kwoty niż te, jakimi na ten cel dysponowało Miasto.

**Zastrzeżenie 1c** dotyczyło fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej (str. 1-2 wyst. pok): „w postępowaniu na świadczenie usług Inżyniera dla budowy nie wystąpiono do oferenta, który zaproponował najniższą cenę, o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty. Wybrano ofertę z najniższą ceną, stanowiącą 40,5% wartości zamówienia. ZOS, ze względu na nierzetelną realizację usług przez Inżyniera Kontraktu, po upływie półtora roku rozwiązał umowę”.

W **zastrzeżeniu** Prezes podał, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie jest w Pzp zdefiniowane; jest to pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnosić do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej, a tę obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Ustawa nie określa również poziomu, poniżej którego cenę należy traktować jako rażąco niską (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2013 r., sygn. KIO 2181/13). Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia, dokonując oceny postępowania Spółki NIK nie wzięła pod uwagę niezmiernie istotnej okoliczności, tj. że przedmiotem omawianego zamówienia były usługi inżynierskie. Głównym elementem cenotwórczym wpływającym na cenę oferty było wynagrodzenie projektantów, inspektorów nadzoru i innych osób niezbędnych do realizacji zamówienia, czyli ludzka praca. Usługi takie wskazują dużą rozbieżność cenową, (tak rosnącą, jak i malejącą) i kształtuje je rynek. Rozbieżności dotyczą zarówno środowiska lokalnego, jak i krajowego przy spełnieniu tych samych wymagań odnośnie doświadczenia, wiedzy i posiadanych uprawnień oraz dotyczą wielu branż, np. usług prawniczych, doradztwa, szkoleń itp. Podmioty świadczące tego typu usługi mogą opierać się na pracy własnej bądź współpracowników zatrudnionych na podstawie różnych tytułów prawnych: umowy o pracę, umowy o dzieło itd. Stąd też koszty pracy w takich podmiotach mogą się znacząco różnić.



Dodatkowo Prezes wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, iż zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. wyrok KIO z 15 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1354/10). Jeżeli zamawiający w toku badania ofert nie poweźmie podejrzeń, że zaoferowana cena jest rażąco niska, nie ma on obowiązku żądania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny (zob. wyrok KIO z 25 listopada 2010 r., sygn. KIO/UZP 2483/10). W omawianym postępowaniu, biorąc pod uwagę charakter zamówionych usług, Spółka nie powzięła podejrzeń, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Co więcej, oceniając ofertę, ZOS brał także pod uwagę „notoryjny fakt” stagnacji na rynku budowlanym (przynajmniej w adekwatnym dla oferty okresie) i związany z tym powszechny spadek cen usług związanych z branżą budowlaną. Formułując zarzut wobec Spółki NIK oparł się jedynie na porównaniu oferty POI Sp. z o.o. z wartością szacunkową zamówienia, wskazując, iż oferta uznana za najkorzystniejszą stanowiła 40,5% szacunkowej wartości zamówienia. Jest to założenie zgoła błędne i sprzeczne z orzecznictwem KIO. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2013 r. (sygn. KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13) Izba uznała, że *samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu do wartości szacunkowej zamówienia (...) nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert dwóch wskazywanych wykonawców, w tym wezwać ich na podstawie art 90 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Powołując się na powyższe orzeczenie, Krajowa Izba Odwoławcza w kolejnym wyroku – z 27 września 2013 r. (sygn. KIO 2181/13) – stwierdziła, że *składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.**

Odnosnie do „celu regulacji zawartej w art. 89 Pzp” Prezes podał, że – jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2008 r. (sygn. KIO/UZP 1137/08) – *nie sposób nie zwrócić uwagi na cel art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej regulacja przywołanego przepisu ma za zadanie ochronę Zamawiającego przed sytuacją, w której może dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy niedającemu rękami wykonania czy też należytego wykonania zamówienia, ze względu na zaproponowanie nierealnych cen.* O ile zatem zamawiający ma informacje wskazujące na rynkową realność proponowanej przez wykonawcę ceny, nie ma podstaw do wszczynania procedury wyjaśniania w tym zakresie treści oferty. Jak podnosi się w orzecznictwie, realizowanie z powodzeniem zamówień w cenach niższych lub podobnych jak w złożonej ofercie uprawdopodobnia rynkowy charakter oferty wykonawcy złożonej w badanym postępowaniu (wyrok KIO z 15 lutego 2012 r., sygn. KIO 217/12).

Zgłaszający zastrzeżenia wskazał następnie, że analizowane zamówienie obejmuje świadczenie usług. Jak słusznie zauważa się w orzecznictwie, w przypadku zamówienia na usługi, o wiarygodności zaoferowanej ceny decyduje w pierwszej kolejności charakter czynników cenotwórczych zawartych w badanej ofercie, a nie porównanie oferty do wartości przedmiotu zamówienia przyjętej przez zamawiającego. Przykładowo,



w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 kwietnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 360/09) stwierdzono: *Podkreślenia wymaga, iż przedmiotem zamówienia jest usługa, zatem przedmiot o charakterze niematerialnym, co utrudnia, z uwagi na specyfikę takiego zadania, wykazanie nierealności jego wyceny. Z tego samego powodu nie może stanowić argumentu na potwierdzenie zarzutu stawianego przez Zamawiającego wobec oferty Odwołującego fakt rozbieżności pomiędzy ceną a szacunkową wartością zamówienia, a także pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. W przypadku usług nawet istotna różnica w cenie oferty i wartości przedmiotu zamówienia nie jest wystarczającą przesłanką nie tylko uznania ceny za rażąco niską, ale nawet do powstania potrzeby składania wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy. Tezę taką zawarto np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2008 r. (sygn. KIO/UZP 1137/08) w kontekście oferty stanowiącej jedynie 30% wartości przedmiotu zamówienia, jak i w wyroku Izby z 3 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 769/09) odnośnie do zwycięskiej oferty, która stanowiła tylko 23% wartości przedmiotu zamówienia. Na marginesie powyższych uwag Prezes stwierdził, że rynek usług inżyniera kontraktu jest rynkiem o dużym stopniu konkurencyjności, charakteryzującym się wyraźnym spadkiem cen oferowanych przez wykonawców. Z tego powodu zamawiający powinien zachować szczególną ostrożność przy ocenie rynkowego lub też nierynkowego charakteru cen oferowanych przez alternatywnych wykonawców.*

W związku z powyższym zgłaszający zastrzeżenia uznał, że zarzuty sformułowane przez NIK wobec Spółki są nieuprawnione – pozostają w sprzeczności z przyjętą praktyką i orzecznictwem organów właściwych w sprawach zamówień publicznych.

Prezes podał następnie, iż bezpodstawne jest łączenie przez NIK faktu niezbadania przez Spółkę ceny oferenta pod kątem rażąco niskiej ceny z faktem rozwiązania przez ZOS umowy z POI po upływie półtora roku ze względu na nierzetelną realizację umowy przez Inżyniera Kontraktu. Stwierdził, że Spółka rzeczywiście odstąpiła od umowy nr 7ZP/10 zawartej w dniu 30 września 2010 r, przedmiotem której było świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla budowy Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie. Podstawą odstąpienia było zaniechanie przez Inżyniera wykonania czynności związanych z kompleksowym przygotowaniem i przeprowadzeniem przetargów na wykonawstwo robót budowlanych dla zadania *Budowa „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie*. Zdaniem zgłaszającego zastrzeżenia wiązanie przez NIK odstąpienia od umowy z wysokością wynagrodzenia, jakie otrzymywał Inżynier Kontraktu od Spółki, jest czystą spekulacją, nieopartą żadnym wywodem. Równie dobrze Inżynier mógł dopuścić się zaniechań wobec Spółki na skutek wadliwej pracy swoich pracowników, braku przygotowania organizacyjnego dla tak dużej inwestycji, czy też kłopotów finansowych w związku z innymi realizowanymi równoległe zamówieniami. Prezes „przypomniał” że po odstąpieniu od umowy z Inżynierem przez Spółkę ogłoszono upadłość pełniącą funkcję Inżyniera Kontraktu spółki POI.

Zgłaszający zastrzeżenia podkreślił, że Najwyższa Izba Kontroli w żaden sposób nie wyjaśniła, jakie były przyczyny upadłości POI i czy pozostawały one w związku przyczynowym ze świadczeniem usług na rzecz Spółki. „Zdumienie” Prezesa budzi zatem łączenie przez NIK rozwiązania umowy z Inżynierem Kontraktu z niezbadaniem ceny zaproponowanej przez ten podmiot w przetargu – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.



W związku z powyższym zgłaszający zastrzeżenia wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego wskazanego wyżej fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej oraz dokonanie stosownych zmian w pkt. 2.4.4. (str. 7-8 – opis nieprawidłowości)

**Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenie.**

Kwestionowany przez Prezesa fragment uzasadnienia oceny ogólnej sformułowany został na podstawie następującego opisu nieprawidłowości (str. 7-8 wyst. pok.):

W postępowaniu na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu (7ZP/10) Zamawiający nie zwrócił się do oferentów o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 Pzp). Wartość zamówienia ustalono na 1.800.000. zł. Cena złożonych ofert wynosiła: 729.000 zł, 888.000 zł, 1.260.260 zł, 1.598.200 zł, 1.706.780 zł. Wartość oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowiła 40,5% szacunkowej wartości zamówienia. Artykuł 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Prezes Spółki wyjaśnił, że ceny zawarte w ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie. Sam fakt zaoferowania wykonania zamówienia przez kilku wykonawców ze zbliżonym wynagrodzeniem świadczy o tym, że zaproponowane ceny są realistyczne i nie mieszczą się w pojęciu „rażąco niska cena”.

Inżynier Kontraktu, mimo zgłaszanych uwag do projektów i kosztorysu inwestorskiego (przedstawionych w pkt. 3.4. wystąpienia pokontrolnego) sporządzonych przez PPA, odebrał od projektanta wykonane prace. W posiadanych przez Spółkę opiniach (ich treść opisano w pkt. 3.4. wystąpienia) wskazano na błędy sporządzonej dokumentacji (odebranej ostatecznie w dniu 29 września 2011 r. przez Inżyniera Kontraktu). Spółka, z powodu nierzetelnej realizacji usługi, w dniu 1 marca 2012 r. rozwiązała umowę z Inżynierem Kontraktu, a po ogłoszeniu jego upadłości zgłosiła swoją wierzytelność w postępowaniu upadłościowym (co przedstawiono w pkt. 3.5 wystąpienia).

Zespół Orzekający uważa, że skutkiem opisanego w wystąpieniu wyboru wykonawcy (który zaoferował najniższą cenę) był dalszy przebieg współpracy Spółki z Inżynierem Kontraktu (niekontrolowanie prac związanych z tworzeniem projektu, przyjęcie wadliwego projektu, a w końcu odstąpienie Spółki od umowy).

Wartość szacunkowa zamówienia – w tym wypadku 1.800.000 zł – jest jednym z istotnych kryteriów oceny wpływających ofert. Szacunek ten jest wynikiem wyliczeń uwzględniających zakres koniecznych prac do wykonania oraz ich wartość rynkową, tj. obowiązujące na rynku aktualne ceny identycznych usług. Jeżeli wartość kontraktu wyliczona została nierzetelnie (nierealnie), świadczyłoby to o całkowitej ignorancji Zamawiającego (nie ma przesłanek, aby takie założenie przyjąć). Zgłaszający zastrzeżenie podał, że „wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją Zamawiającego, opartą o założenia i szacunki...”. Oznacza to, że „szacunki” były przez Spółkę dokonywane i były realne (1.800.000 zł). Prezes zaprzecza więc sam sobie, czyniąc obszerny wywód (analizę) na temat „trudnej sytuacji” na rynku budowlanym oraz *de facto* wskazując, że dobrzy fachowcy szukają zleceń za wszelką cenę, które są skłonni realizować poniżej kosztów własnych.

Swoistym „rankingiem” cen podobnych usług na rynku były też oferty złożone przez ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Żadna z ofert nie zawierała tak niskiej ceny jak oferta POI (729.000 zł w stosunku do 888.000 zł, 1.260.260 zł, 1.598.200 zł i 1.706.780 zł). Na tę kwotę szacunkowej wartości zamówienia



oraz większości ofert propozycja POI była istotnie niska (40,5% szacowanej wartości kontraktu). Zgłaszający zastrzeżenia słusznie twierdzi, że „o wiarygodności zaoferowanej ceny decyduje w pierwszej kolejności charakter czynników cenotwórczych zawartych w badanej ofercie”. Powstaje więc pytanie, dlaczego Zamawiający nie chciał dowiedzieć się, jakie „czynniki” spowodowały, że cena POI była tak niska.

Zespół Orzekający uważa, że o prawidłowości kwestionowanej przez Prezesa oceny świadczy cały późniejszy okres współpracy Inżyniera Kontraktu z Zamawiającym, czego skutkiem jest przesunięcie w czasie budowy i oddania Kompleksu. Nasuwa się kolejne pytanie, czy nie można było wcześniej rozwiązać umowy?

Ustalenia kontroli wskazują na to, że Inżynier Kontraktu nie potrafił poradzić sobie z tak skomplikowanym zadaniem, jakim jest budowa Kompleksu (obiekt unikalny, nowatorski, ponadczasowy, wymagający od Inżyniera specjalistycznej wiedzy, większej niż przeciętnej, oraz doświadczenia). O tym, czy oferent ma odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie i potencjał można było (należało) przekonać się w trakcie badania „elementów niskiej ceny” (art. 90 Pzp), czego Zamawiający zaniechał. Była to też okazja, aby dowiedzieć się więcej o sytuacji (kondycji) firmy POI, która zaraz po rozwiązaniu z nią umowy przez Spółkę ogłosiła upadłość.

Wszystko to wskazuje, że wybór oferenta w trakcie przetargu nie był właściwy, a zaniechanie „sprawdzenia” POI skutkowało nierzetelnym nadzorem nad procesem inwestycyjno-budowlanym, wyborem wadliwych rozwiązań, wadliwym projektem. W efekcie niefortunne decyzje Zamawiającego w trakcie wyboru oferty na Inżyniera Kontraktu w niedalekiej perspektywie od podpisania z nim umowy spowodowały opóźnienia, a także zwiększenie kosztów wykonania Kompleksu.

Prezes podał w zastrzeżeniu, że „ceny zwarte w ofercie odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie”. Zdaniem Zespołu Orzekającego cenę na poziomie 40,5 % wartości zamówienia – obliczonego wcześniej przez Spółkę – trudno uznać za realistyczną.

Oczywiste jest, że szansą na wybór takiego Inżyniera Kontraktu, który poradziłby sobie ze wszystkim sprawami dotyczącymi budowy Kompleksu, był moment rozstrzygnięcia przetargu. Spółka nie wykorzystała jednak tej możliwości, co w konsekwencji doprowadziło do odstąpienia od umowy z Inżynierem i powołania przez ZOS własnego Zespołu Inżyniera Kontraktu – fachowców z zakresu różnych specjalności budowlanych, którzy wykonują obowiązki związane z prowadzeniem budowy.

Wobec konsekwencji takiego a nie innego wyboru oferty w przetargu i podpisania umowy z Inżynierem Kontraktu, który w praktyce nie spełnił oczekiwań Spółki, Zespół Orzekający za bezzasadne uznał argumenty Prezesa odwołujące się do orzeczeń KIO, w których Izba ocenia, czy przyjęte przez zamawiających niskie ceny były rzeczywiście „rażąco niskie”. Orzeczenia te dotyczą indywidualnych przypadków, różniących się od sytuacji zaistniałej w Spółce. W konkretnej sytuacji rażąco niską ceną może być ta na poziomie 20%, a w innej na poziomie 80% wartości zamówienia. Niewątpliwie cena za usługi Inżyniera Kontraktu w przypadku takiego zadania jak „Budowa Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie” (unikalny, nowatorski itd.) na poziomie 40,5 % wartości zamówienia powinna być sygnałem dla Spółki, że wybierając tego wykonawcę mogą powstać różne problemy. Należało więc, korzystając z art. 90 Pzp, sprawdzić ten podmiot bardzo dokładnie; Spółka nie uczyniła tego, co skutkowało ciągłym negatywnych zdarzeń w procesie przygotowania Inwestycji.

Podsumowując, wystąpienie opisanych wyżej okoliczności w postaci:

- znacznie niższej ceny oferty najkorzystniejszej od wartości szacunkowej zamówienia,



- znacznego odstępstwa ceny tej oferty od pozostałych  
uzasadniało przeprowadzenie badania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

W opinii Zespołu Orzekającego uzasadnienie zastrzeżenia przedstawiono w taki sposób, jakby w wystąpieniu pokontrolnym nie wskazano cen pozostałych złożonych ofert, lecz porównano tylko cenę oferty uznanej za „najkorzystniejszą” do wartości szacunkowej zamówienia.

Podkreślić należy, że NIK nie łączy rozwiązania umowy z Inżynierem Kontraktu z wysokością jego wynagrodzenia – co sugeruje Prezes w zastrzeżeniu – lecz z niesprawdzeniem referencji tego podmiotu, tj. możliwości wykonania zamówienia przez spółkę POI za wyjątkowo niską cenę. Te możliwości powinny być sprawdzone łącznie z „elementami składowymi” zaoferowanej ceny.

Zastrzeżenie 1d dotyczyło fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej (str. 2 wyst. pok.): „w postępowaniu na wybór wykonawcy Inwestycji bezpodstawnie odrzucono ofertę zawierającą najniższą cenę, co miało istotny wpływ na przesunięcie terminu podpisania umowy”.

W zastrzeżeniu Prezes podał, że NIK negatywnie oceniła wezwanie, w postępowaniu na wybór wykonawcy budowy „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” (7ZP/11), oferenta – Kornas Development Sp. z o. o. S.K.A. – do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących elementów mających wpływ na cenę (w formie pełnego kosztorysu w rozbiciu na składniki cenotwórcze); negatywnie oceniła również wykluczenie tego oferenta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zgłaszający zastrzeżenia podkreślił, że zarzut naruszenia przez Spółkę przepisów Pzp jest chybiony już choćby z tego względu, że pomimo odrzucenia przez Spółkę oferty Kornas Development nie doszło do zawarcia umowy z innym oferentem. Ze stanowiskiem tym koresponduje art. 17 ust. 1a ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>5</sup> wskazujący, że nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych działanie lub zaniechanie, które zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych lub gdy nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego,

Zdaniem Prezesa powyższy zarzut nie może być zaakceptowany także w związku z omawianym wcześniej (w pkt. 1c) zarzutem dotyczącym postępowania na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu, w którym to postępowaniu nie wystąpiono do oferenta, który zaproponował najniższą cenę, o wyjaśnienie elementów ceny złożonej oferty. Trudno zatem ocenić, jakimi racjonalnymi przesłankami kierowała się NIK dokonując ocen, skoro w jednym postępowaniu czyni Spółce zarzut, że nie przeprowadziła badania ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, a w kolejnym postępowaniu czyni zarzut przeciwny, tj. kwestionuje badanie ceny pod kątem rażąco niskiej ceny oraz wykluczenie wykonawcy na tej podstawie. W opinii zgłaszającego zastrzeżenia powyższe oceny nie są poparte ani analizą postępowań, które były przedmiotem kontroli – w szczególności pod kątem przedmiotu zamówienia (usługi, roboty budowlane), ani szczegółową analizą prawną – w szczególności analizą orzecznictwa KIO. Aktualnie pozostają w tym zakresie wszystkie poglądy odnośnie do pojęcia „ceny rażąco niskiej”, przytoczone we wcześniejszych rozważaniach, na tle postępowania na świadczenie

<sup>5</sup> Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zm.



usług Inżyniera Kontraktu (7ZP/10). Prezes „jeszcze raz powtórzył”, że automatyczne odnoszenie się do wartości szacunkowej, czy też cen innych ofert w kontekście badania ceny rażąco niskiej, jest błędne. Każde postępowanie jest inne, a warunkiem zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp jest wyłącznie powzięcie przez zamawiającego w toku badania ofert podejrzenia, że zaofferowana cena jest rażąco niska. Skoro Spółka w postępowaniu na wybór wykonawcy budowy „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” (7ZP/11) takie podejrzenia powzięła, uprawniona była podjąć kroki przewidziane prawem. Po przeanalizowaniu złożonych ofert Spółka uznała, że zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do wezwania wykonawcy (Kornas Development) do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, albowiem tylko oferta tego wykonawcy była niższa od szacunkowej wartości zamówienia, a ponadto odbiegała od cen pozostałych ofert w sposób znaczący. Cena podana przez drugiego wykonawcę wynosiła 80.933.826,57 zł i była wyższa od ceny Kornas Development o 17%, natomiast cena podana przez trzeciego wykonawcę (którego oferta ostatecznie została uznana za najkorzystniejszą przy pierwszym badaniu ofert) wynosiła 84.747.000,00 zł i była wyższa od ceny Kornas Development o 23%. Kolejne oferty cechowały się dużym zróżnicowaniem. Ceny w nich zaofferowane były wyższe od ceny oferowanej przez Kornas Development od 28% do 85%.

Zgłaszający zastrzeżenia zaznaczył, że po otrzymaniu wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Wykonawca nie zakwestionował czynności zamawiającego (Spółki) w tym zakresie i udzielił stosownych wyjaśnień, załączając do swojego pisma 14 kosztorysów ofertowych dotyczących poszczególnych branż, w tym architektury i konstrukcji, instalacji sanitarnych wewnętrznych, technologii basenu, instalacji elektrycznych wewnętrznych, instalacji teletechnicznych, instalacji sanitarnych wewnętrznych, stacji trafo, zagospodarowania terenu itp. Zamawiający poddał powyższe kosztorysy szczegółowemu badaniu przez osoby posiadające stosowne uprawnienia. W oparciu o sporządzone opinie Spółka stwierdziła, że Wykonawca nie uwzględnił w przedłożonych kosztorysach pełnego zakresu zamówienia, w efekcie czego nie doszacował kosztów na łączną kwotę 12.470.275,02 zł. Podejmując decyzję o zbadaniu oferty Kornas Development pod kątem rażąco niskiej ceny, Spółka działała zatem w granicach prawa (uprawnień, jakie przysługują zamawiającemu Pzp).

Jak podniósł dalej Prezes, formułując zarzut naruszenia przez ZOS art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp NIK oparła się wyłącznie na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2012 r., w którym Izba nakazała unieważnienie czynności dotyczących wyboru oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego. Prezes zaznaczył, że zarówno Spółka, która dokonała badania oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jak i oferent, który nie zgodził się z czynnościami Zamawiającego, działali na podstawie i w granicach ustawy - Prawo zamówień publicznych, korzystając z instrumentów w niej przewidzianych. Krajowa Izba Odwoławcza jest organem powołanym do rozpoznawania odwołań w postępowaniu przetargowym, a składanie tego typu środków ochrony prawnej jest zjawiskiem powszechnym. Zgłaszający zastrzeżenia podał następnie, że „na tym etapie sprawy Spółka nie będzie już prowadzić polemiki z wyrokiem KIO z 15 maja 2012 r., jednakże pozostajemy w przekonaniu, iż Spółka działała w granicach prawa, w interesie publicznym, wyłącznie w celu wyeliminowania z postępowania wykonawcy, który oferując cenę rażąco niską nie gwarantował właściwej jakości robót, co zresztą znalazło potwierdzenie w związku z późniejszym odstąpieniem od umowy zawartej z tym wykonawcą”.

Prezes nie zgodził się też z zarzutem NIK, że odrzucenie oferty zawierającej najniższą cenę miało istotny wpływ na przesunięcie terminu podpisania umowy. Argumentował, iż zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp w przypadku



wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Ustawodawca wprowadził zatem zakaz zawierania umów w okresie trwania procedury odwoławczej. Po zakończeniu procedur odwoławczych, z firmą Kornas Development została podpisana umowa, przy zachowaniu wszelkich terminów przewidzianych w Pzp. Wszczynając postępowanie zamawiający nie jest w stanie przewidzieć terminu podpisania umowy, który uzależniony jest od wielu czynników, m.in. terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużenia, zastosowania trybu i prognozy przeprowadzenia postępowania, sposobu porozumiewania się z wykonawcą i zastosowania środków ochrony prawnej (w tym również przed terminem otwarcia ofert), uchylenia się wykonawcy od podpisania umowy, ustalonego terminu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie Prezes zwrócił uwagę, że termin podpisania umowy nie miał wpływu na termin jej realizacji.

W związku z powyższym zgłaszający zastrzeżenia wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego wskazanego wyżej fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej oraz dokonanie stosownych zmian w pkt. 2.4.5. (str. 8-9 – opis nieprawidłowości).

#### **Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenie.**

Kwestionowany przez Prezesa fragment uzasadnienia oceny ogólnej sformułowany został na podstawie następującego opisu nieprawidłowości (str. 8-9 wyst. pok.):

W postępowaniu na wybór wykonawcy budowy „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” (7ZP/11) odrzucenie oferty nr 3 i wykluczenie oferenta, który złożył tę ofertę, zostało dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W wyznaczonym terminie wpłynęło 12 ofert w cenie od 68.988,7 tys. zł do 127.412,2 tys. zł. W dniu otwarcia ofert (12 stycznia 2012 r.) Spółka poinformowała, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 73.800.00 tys. zł. Zamawiający ustalił, że oferenci określą ogólną cenę ryczałtową brutto dla całego zamówienia.

Wartość brutto oferty złożonej przez odrzuconego oferenta stanowiła 93,48% wartości brutto kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia, i 94,73% wartości zamówienia. Oferent został wezwany na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie dotyczące elementów mających wpływ na cenę, w formie pełnego kosztorysu w rozbiciu na składniki cenotwórcze. Wymagane wyjaśnienia i kosztorysy zostały złożone w terminie. Spółka powołała biegłych do oceny złożonych dokumentów, którzy ustalili, że poszczególne części kosztorysu ofertowego były niedoszacowane w zakresie ilości i cen materiałów oraz robocizny i uznali, że niemożliwe jest wykonanie zakresu ofertowego w zaproponowanej cenie. Według biegłych oferent nie doszacował kosztów zamówienia na 12.470,3 tys. zł.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta zawierająca cenę brutto 84.747,0 tys. zł.

Odrzucony oferent w dniu 27 kwietnia 2012 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty.

Wyrokiem z dnia 15 maja 2012 r. KIO nakazała unieważnienie czynności Spółki dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia i pomocniczy charakter przedmiarów robót, to kosztorysy ofertowe przedłożone na żądanie Zamawiającego nie mogą być podstawą do uznania,



iż zaferowana cena ma charakter rażąco niski. Z braku określonych elementów przedmiaru robót, czy też przedmiotu zamówienia w tych kosztorysach, nie można wywodzić, że za oferowaną cenę nie zostanie zrealizowany cały przedmiot zamówienia, ponieważ z charakteru przyjętego wynagrodzenia wynika, iż oferent całe ryzyko związane z przyjętą i zaferowaną ceną bierze na siebie. KIO oceniła, że nie było podstaw do wzywania odwołującego o wyjaśnienie dotyczące elementów mających wpływ na cenę i żądania pełnego kosztorysu. Oparcie podejrzenia zaistnienia rażąco niskiej ceny wyłącznie na wysokości cen zaferowanych przez pozostałych oferentów, w oderwaniu od wartości szacunkowej i kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia, jest niewystarczające.

Za opinie biegłych, którzy analizowali odpowiedź udzieloną przez oferenta, ZOS zapłacił 14,4 tys. zł i 23,6 tys. zł z tytułu poniesionych kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika<sup>6</sup>.

Po ponownym rozpatrzeniu ofert w dniu 21 maja 2012 r. za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez odwołującego.

Zespół Orzekający uważa, iż przedstawiony w wystąpieniu pokontrolnym opis nieprawidłowości (przytoczony wyżej) stanowi wystarczające uzasadnienie oddalenia zastrzeżenia w zakresie kwestionowanego przez Prezesa fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej. Podkreślić jedynie należy – bowiem ma to bardzo istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia – że w postępowaniu na wybór wykonawcy Inwestycji określono ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a wartość brutto złożonej oferty stanowiła 93,48% wartości brutto kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia, i 94,73% wartości zamówienia. W opinii Zespołu Orzekającego nie było zatem powodu do odrzucenia tej oferty.

W omawianej tu kwestii wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, która dokonała wszechstronnej analizy działania Zamawiającego. Przy formułowaniu oceny Najwyższa Izba Kontroli słusznie uznała, że argumentacja przedstawiona przez KIO jest właściwa i wyczerpująca.

Jeśli zatem odrzucenie oferty przez Spółkę było działaniem niewłaściwym, to dalsza sekwencja zdarzeń, w szczególności wniesienie do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez odrzuconego oferenta – z czym należało się liczyć – z oczywistych względów miała wpływ na przesunięcie terminu zawarcia umowy (notabene większość wykonawców nie zgodziła się na przedłużenie terminu związania ofertą).

Zdaniem Zespołu Orzekającego argument zgłaszającego zastrzeżenia o niekonsekwencji NIK (*w jednym postępowaniu czyni Spółce zarzut, że nie przeprowadziła badania ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, a w kolejnym postępowaniu czyni zarzut przeciwny*) nie jest właściwy, bowiem – jak przyznaje Prezes w dalszej części zastrzeżenia – *każde postępowanie jest inne*. Odnośnie do stwierdzenia Prezesa, że *na tym etapie sprawy Spółka nie będzie już prowadzić polemiki z wyrokiem KIO z 15 maja 2012 r.* (który to wyrok Spółka *de facto* neguje), zauważyć należy, iż w poprzednim zastrzeżeniu Prezes odwołuje się do wielu orzeczeń KIO, uznając ten organ za autorytet w sprawach zamówień publicznych. Tak więc to nie NIK jest niekonsekwentna, ale zgłaszający zastrzeżenia.

<sup>6</sup> W odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp KIO uznała stanowisko Spółki za błędne, stwierdzając, że uzupełnienie zobowiązań przez Wykonawcę było prawidłowe, ponieważ z ich literalnej treści wynika wprost postulowany zakres i forma udziału podmiotów używających w realizacji Zamawiającego.



Zespół Orzekający uznał, że pozostałe argumenty Prezesa również pozostają bez wpływu na sformułowaną w wystąpieniu ocenę; na marginesie – NIK nie stawiała kierownikowi jednostki kontrolowanej zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a więc odwoływanie się do przepisów tej ustawy, jako „korespondujących” ze stanowiskiem przedstawionym w zastrzeżeniu, jest chybione.

**Zastrzeżenie 2** dotyczyło fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej (str. 2 wyst. pok): „Przyjęcie dokumentacji projektowej obciążonej błędami (wg posiadanych przez Spółkę opinii) doprowadziło do wypowiedzenia po 10 miesiącach umowy z pierwszym Wykonawcą Inwestycji. Konieczność przeprowadzenia kolejnego postępowania na przeprojektowanie i wykonanie Kompleksu spowodowała przesunięcie planowanego terminu zakończenia Inwestycji o rok. Realizowany projekt znacząco różni się od projektu wybranego w Konkursie przeprowadzonym w 2009 r., a zakładany koszt jego wykonania zwiększył się z 73 mln zł do 86,1 mln zł. NIK zwraca uwagę, że za przyjęcie błędnej dokumentacji odpowiedzialny jest nie tylko Projektant i Inżynier Kontraktu, ale także Spółka (Inwestor), odpowiedzialna za zarządzanie procesem budowlanym”.

W zastrzeżeniu Prezes podał, że po pierwsze: Spółka nie wypowiedziała umowy, o której wspomina NIK w wyżej cytowanym fragmencie wystąpienia pokontrolnego, lecz odstąpiła od niej, co jest istotną różnicą, której niedostrzeżenie również powinno rzutować na ostateczną ocenę w wystąpieniu pokontrolnym. Niezależnie jednak od tego nie wiadomo, na jakiej podstawie NIK doszła do wniosku, że umowa z pierwszym Wykonawcą Inwestycji została rozwiązana w związku z wadami dokumentacji, skoro w oświadczeniu Spółki o odstąpieniu od umowy z dnia 20 maja 2013 r. jako podstawę odstąpienia wskazano: przerwanie realizacji robót przez Wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie, przy czym przerwa powyższa trwa ponad 20 dni kalendarzowych, wykonywanie robót w sposób wadliwy poprzez niezabezpieczenie wykopu przed rozluźnianiem podłoża, zniszczenie podłoża na terenie projektowanego parkingu, niezabezpieczenie chudego betonu oraz brak odtworzenia zieleni wokół placu budowy.

Po drugie: realizowany obiekt nie różni się od projektu wybranego w konkursie przeprowadzonym w 2009 r., gdyż w konkursie tym nie wybierano projektu, a jedynie koncepcję architektoniczno-urbanistyczną. Projekt został wykonany później, w oparciu o zwycięską koncepcję. Natomiast w projekcie wykonanym przez PPA po podpisaniu umowy rzeczywiście dokonano zmian, ale wyłącznie w zakresie niezbędnym do usunięcia wad pierwotnego projektu. Z kolei decyzję o zwiększeniu kwoty inwestycji z 73 mln zł do 86,1 mln zł podjęły uprawnione organy Gminy (Miasto Koszalin) oraz organy Spółki (Zgromadzenie Wspólników, Rada Nadzorcza), stąd trudno czynić z tego tytułu zarzuty Spółce.

Zgłaszający zastrzeżenia podał następnie, że nie zgadza się z zarzutem, iż *za przyjęcie błędnej dokumentacji odpowiedzialny jest nie tylko Projektant i Inżynier Kontraktu, ale także Spółka (Inwestor), odpowiedzialna za zarządzanie procesem budowlanym*. Zdaniem Prezesa powyższy wniosek jest tym bardziej zaskakujący, że już z samego wystąpienia pokontrolnego wynika, iż Spółka nie jest profesjonalistą w branży budowlanej (w szczególności w kwestii projektowania, oceny projektów, nadzoru na procesem projektowania, realizacji projektów budowlanych). Właśnie z tego powodu Spółka powierzyła wykonanie projektu profesjonalistce – PPA, dającemu w dacie zawarcia z nim umowy rękojmię należytego wykonania projektu. Co więcej, Spółka powierzyła ocenę tego projektu (jak również zarządzanie procesem budowlanym przez cały okres jego przygotowania



i realizacji) innemu profesjonalście – POI sp. z o.o., również dającemu w dacie zawarcia z nim umowy rękojmię należytego wykonania powierzonych mu obowiązków. PPA przygotował projekt oświadczając, że jest on prawidłowy, a Inżynier Kontraktu (POI) zweryfikował go i ostatecznie zaakceptował, potwierdzając tym samym jego prawidłowość. W opinii zgłaszającego zastrzeżenia NIK pomija również istotną okoliczność, iż błędna dokumentacja była (a przynajmniej powinna być) także przedmiotem oceny innego profesjonalisty z branży budowlanej – Kornas Development sp. z o.o. S.K.A., już na etapie poprzedzającym złożenie przez niego oferty, jako element dokumentacji postępowania. Wykonawca ten zakwestionował jednak projekt (dokumentację) dopiero po rozpoczęciu prac. Na jakiej zatem podstawie Spółka miała kwestionować prawidłowość projektu, nie mając przy tym sama wiedzy, doświadczenia, możliwości technicznych, jak i odpowiednich zasobów ludzkich do „osobistej” weryfikacji projektu. NIK zdaje się nie zauważać, że w odniesieniu do Spółki odpowiednie zarządzanie procesem budowlanym mogło się sprowadzać jedynie – i w istocie sprowadzało się – do nadzoru nad należyтым wykonaniem przez projektanta, Inżyniera Kontraktu, jak i Wykonawcę umów zawartych ze Spółką. Zdaniem Prezesa uznać zatem należy, że postępowanie Spółki w zakresie „zarządzania procesem budowlanym” (w szczególności oceny prawidłowości projektu) było nader staranne, a Spółka nie miała żadnych uzasadnionych przesłanek kwestionować prawidłowość projektu, którego realizację powierzyła spółce Kornas Development. W związku z powyższym zgłaszający zastrzeżenia wniósł o wykreślenie z wystąpienia pokontrolnego wskazanego wyżej fragmentu uzasadnienia oceny ogólnej oraz – na str. 15 w pkt. 3.7. – zdania:

*Za zaistniałą sytuację, zdaniem NIK, odpowiedzialny jest nie tylko Projektant i Inżynier Kontraktu, ale także Spółka (Inwestor), odpowiedzialna za zarządzanie procesem budowlanym, która nie dochowała wystarczającej staranności, by zapobiec zaistniałej sytuacji.*

**Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenie.**

Kwestionowany przez Prezesa fragment uzasadnienia oceny ogólnej sformułowany został na podstawie następującej oceny cząstkowej (str. 15 wyst. pok.):

Mimo odbioru dokumentacji wykonawczej przez Inżyniera Kontraktu zgodnie z zawartą umową, do dalszego postępowania dopuszczone zostały dokumenty obarczone wadami. Przyjęty kosztorys inwestorski był niedoszacowany, a dokumentacja projektowa, zgodnie z uzyskanymi później opiniami, zawierała błędy grożące wystąpieniem katastrofy budowlanej (treść opinii posiadanych przez Spółkę przedstawiono w pkt. 3.4. wystąpienia pokontrolnego). Miało to negatywne skutki dla dalszej realizacji Inwestycji.

Za zaistniałą sytuację, zdaniem NIK, odpowiedzialny jest nie tylko Projektant i Inżynier Kontraktu, ale także Spółka (Inwestor) – odpowiedzialna za zarządzanie procesem budowlanym – która nie dochowała wystarczającej staranności, aby zapobiec zaistniałej sytuacji.

Zespół Orzekający uznał, że zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonanie inwestycji pn. „Budowa Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie” powierzono Zarządowi Obiektów Sportowych Sp. z o.o. Oznacza to, że Spółka, podejmując się pełnienia roli inwestora, który miał doprowadzić do wybudowania tego obiektu, wzięła na siebie pełną odpowiedzialność za przygotowanie budowy i przeprowadzenie całego procesu budowlanego<sup>7</sup>. W tym celu rozpoczęła przetargi, aby wyłonić

<sup>7</sup> Vide: art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1984 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm).



wykonawców poszczególnych etapów inwestycji – od stworzenia projektu Kompleksu i wyboru jego wykonawcy po bieżący nadzór nad przebiegiem prac budowlanych. Okazało się, że wykonawcy wybierani przez Spółkę w kolejnych przetargach (projektant, inżynier kontraktu, firma budowlana) nie wywiązywali się ze swoich zobowiązań, co rodziło poważne problemy na każdym etapie inwestycji. Skutkowało to niedotrzymaniem terminów określonych w harmonogramie realizacji inwestycji, a w końcu przesunięciem o rok terminu oddania Kompleksu. Konsekwencją licznych perturbacji w przebiegu procesu inwestycyjnego jest też znaczne zwiększenie ostatecznych kosztów budowy Kompleksu.

Błędy popełniane przez Zamawiającego w trakcie przetargów (opisane w pkt. 1a - 1c uchwały) rodziły negatywne skutki dla przebiegu inwestycji na kolejnych etapach działania poszczególnych wykonawców. Gdyby Zamawiający nie zgodził się na przyjęcie w konkursie najdroższej koncepcji architektonicznej Kompleksu (o bardzo skomplikowanym kształcie dachu), gdyby sprawdził kwalifikacje i doświadczenie kandydata na inżyniera kontraktu, a ten nie zaakceptował wadliwego projektu (jego realizacja groziła katastrofą budowlaną), gdyby podjął właściwą decyzję w procesie wyboru firmy budowlanej, zapewne nie powstałyby problemy analizowane szczegółowo przez Zespół Orzekający w poprzednich punktach uchwały. Prawdą jest, co stwierdza zgłaszający zastrzeżenia, że błędy dotyczące stworzenia projektu Kompleksu i prowadzenia budowy popełniały podmioty niefunkcjonujące w strukturze Spółki, ale – co z kolei podkreśla Zespół Orzekający – to Spółka je wybrała i powierzyła im wykonanie konkretnych zadań, a w trakcie prac miała obowiązek na bieżąco kontrolować ich działania. ZOS bowiem, jako Inwestor, ponosił pełną odpowiedzialność za to, jak wykonawcy realizują zawarte umowy. Wskazywanie przez Prezesa na wykonawców (zatrudnionych przez Spółkę w trybie przewidzianym przez Pzp) jako wyłącznie winnych powstałej sytuacji, świadczy o uchylaniu się kierownika jednostki kontrolowanej od odpowiedzialności za niewykonanie harmonogramu inwestycji i powiększenie jej kosztów.

Zespół Orzekający jest świadom różnic faktycznych i prawnych między wypowiedzeniem umowy a odstąpieniem od niej, uważa jednak, że – co do zasady – sposób rozwiązania przez Spółkę umów z niektórymi wykonawcami (inżynier kontraktu, wykonawca budowy) nie ma w tym wypadku istotnego znaczenia dla stwierdzenia odpowiedzialności Spółki. Jak wynika bowiem z analizy przebiegu realizacji całej Inwestycji, przy właściwym nadzorze Zamawiającego nad wykonawcami decyzje o rozwiązaniu umowy (odstąpieniu) można i trzeba było podjąć znacznie wcześniej. Niemniej jednak Zespół Orzekający podzielił stanowisko Prezesa odnośnie do niewłaściwie użytego sformułowania w kwestionowanym fragmencie wystąpienia („wypowiedzenie umowy”), ale potraktował to sformułowanie jako oczywistą omyłkę pisarską (*vide* końcowa część uchwały), zwłaszcza że w innych miejscach wystąpienia użyta została prawidłowa nomenklatura („odstąpienie od umowy”).

Wyniki kontroli, która ujawniła liczne błędy popełnione w trakcie realizacji Kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie, odpowiadają na pytanie: jak wykonywany był nadzór nad realizacją umów zawartych z podmiotami odpowiedzialnymi za przebieg procesu budowlanego, tj. nadzór inwestorski, który rozpoczyna się już w chwili przygotowania inwestycji budowlanej, a więc m.in. w fazie tworzenia (wyboru) koncepcji, przygotowania projektu i wyboru wykonawców. Wbrew twierdzeniu zgłaszającego zastrzeżenia, postępowanie Spółki w zakresie zarządzania procesem budowlanym nie było „staranne”.



Zastrzeżenie 3 dotyczyło oceny częściowej (str. 9 wyst. pok.): „Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia prowadzenie przez Spółkę postępowań o udzielenie zamówień publicznych nr. 8/ZP/09, 1/ZP/10, 7ZP/10 i 7/ZP/11, które miały istotne znaczenie dla terminowej i rzetelnej realizacji Inwestycji w latach 2009-2013 (I półrocze)”.

W zastrzeżeniu Prezes podał, że w świetle argumentacji przedstawionej powyżej (pkt. 1a - 1d), w ramach polemiki z oceną ogólną działalności Spółki, konsekwentnie nie powinna się ostać także negatywna ocena częściowa. Zgłaszający zastrzeżenia wniósł o zmianę powyższej oceny na pozytywną.

W zastrzeżeniu 4 Prezes – odnosząc się do negatywnej oceny ogólnej i negatywnej oceny częściowej (przytoczonej w pkt. „Zastrzeżenie 3”) – przedstawił podsumowanie, w którym „zwrócił również uwagę”, że w celu osiągnięcia efektu finalnego, jakim było wyłonienie wykonawcy, który obecnie prowadzi prace zgodnie z przyjętym harmonogramem (znacznie zaawansowane), konieczne było przeprowadzenie 10 postępowań w trybie Pzp. NIK dopatrzyła się uchybień Zamawiającego jedynie w 4 z 10 kontrolowanych postępowań, przy czym dwa z czterech negatywnie ocenionych postępowań – w świetle ustaleń kontroli – zawierają co najwyżej drobne błędy, które nie miały wpływu na terminowość i rzetelność realizacji inwestycji. Niedociągnięcia tego typu wystąpiły w postępowaniach 8ZP/09 i 7ZP/10, w których brak było udokumentowania wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia, która *de facto* służy jedynie do ustalenia wartości zamówienia, co z kolei wiąże się z wyborem odpowiedniej procedury i tym samym zabezpieczeniem środków finansowych. Braki te nie spowodowały naruszenia przepisów Pzp i nie można z tego powodu oceniać negatywnie całości postępowań. Obie procedury zostały przeprowadzone poprawnie, w wymaganych progach unijnych (procedurze), na co wskazują również ceny złożonych ofert. Jak podał dalej zgłaszający zastrzeżenia, Spółka stoi na stanowisku, że jeżeli 60% postępowań uznane zostało przez NIK za poprawne, a jedynie w pozostałych 40% stwierdzono uchybienia, to ogólna ocena powinna być pozytywna.

Prezes podkreślił następnie, że formułując wnioski pokontrolne NIK zaleciła jedynie:

- dokumentowanie ustania wartości zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówień;
- wyegzekwowanie od wykonawcy dokumentacji projektowej należnych Spółce odszkodowań (było to realizowane już w trakcie kontroli);
- wzmożenie nadzoru nad postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych,

co również zdaje się przeczyć zasadności ogólnej oceny negatywnej wystawionej Spółce.

Powyższe zalecenia – biorąc pod uwagę katalog środków, jakimi dysponuje NIK (art. 51, 53 ust. 2, 63 ustawy o NIK) – wskazują, że nie dopatrzone się w działaniach Spółki istotnych naruszeń prawa, w wyniku których doszłoby do wyrządzenia szkody w mieniu publicznym, popełnienia czynu zabronionego, niegospodarności itd. Zgłaszający zastrzeżenia wskazał przy tym, że inwestycja jest w chwili obecnej prowadzona planowo, termin jej zakończenia jest niezagrożony. Taka sytuacja ma miejsce pomimo tego, iż na etapie początkowym procesu inwestycyjnego wystąpiły nadzwyczajne zdarzenia, na które Spółka nie miała wpływu. Powyższe zdarzenia to:

- przekazanie wadliwej dokumentacji przez projektanta w zakresie skomplikowanej konstrukcji dachu obiektu,
- upadłość pierwszego Inżyniera Kontraktu i odstąpienie od umowy przez drugiego Inżyniera już po kilku dniach od podpisania umowy,



- odstąpienie od umowy z pierwszym wykonawcą z przyczyn niezależnych od Spółki (niekwestionowane przez NIK).

W opinii Prezesa powyższe pokazuje, że skala inwestycji i stopień jej skomplikowania był barierą nie do pokonania dla kilku podmiotów, które startowały w postępowaniach przetargowych. Zgłaszający zastrzeżenia zwrócił przy tym wagę, iż przepisy Pzp w sposób ograniczony pozwalają na eliminowanie podmiotów, które nie gwarantują wykonania zamówienia z uwagi na proponowaną niską cenę bądź brak kwalifikacji. Dopiero teraz trwają prace w Sejmie nad nowelizacją ustawy - Prawo zamówień publicznych, która ma wprowadzić definicję rażąco niskiej ceny oraz pozwolić weryfikować podmioty przystępujące do przetargu. Jak wynika z doniesień medialnych, wprowadzenie tych zmian popiera Prezes Najwyższej Izby Kontroli.

W końcowej części podsumowania Prezes podał, że pomimo wskazanych wyżej trudności Spółka doprowadziła do wyłonienia wykonawcy, który poprawił wadliwą dokumentację oraz prowadzi prace budowlane. Nikt też, wbrew twierdzeniu NIK, nie zwolnił z odpowiedzialności autora wadliwej dokumentacji – odszkodowania będą dochodzone w pełnej wysokości. Fakt, że inwestycja zostanie zakończona rok po pierwotnie zakładanym terminie, w opisanych wcześniej nadzwyczajnych okolicznościach nie może obciążać Spółki.

Zgłaszający zastrzeżenia wniósł o zmianę na pozytywną: ogólnej oceny działania Spółki oraz oceny częściowej (ze str. 9 wyst. pok. - przytoczonej w pkt. „Zastrzeżenie 3”).

**Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej oddalił zastrzeżenia.**

W świetle stanowiska Zespołu Orzekającego zaprezentowanego w pkt. 1a - 1d i pkt. 2 uchwały zasadna jest negatywna ocena częściowa w zakresie prowadzonych przez Spółkę postępowań o udzielenie zamówień publicznych nr.: 8/ZP/09, 1/ZP/10, 7ZP/10 i 7/ZP/11, które miały istotne znaczenie dla terminowej i rzetelnej realizacji Inwestycji w latach 2009-2013 (I półrocze). W konsekwencji – zasadna jest również negatywna ocena ogólna.

Odnosząc się do argumentacji Prezesa przedstawionej w podsumowaniu zastrzeżeń (pkt. 4), Zespół Orzekający zwraca uwagę, że NIK nie kwestionowała „przeprowadzenia postępowań w trybie Pzp w celu osiągnięcia efektu finalnego, jakim było wyłonienie wykonawcy, który obecnie prowadzi prace zgodnie z przyjętym harmonogramem (znaczące zaawansowanie)”. NIK negatywnie oceniła realizację przez Spółkę Inwestycji w latach 2009-2013 (pierwsze półrocze). Pozytywnie oceniła natomiast działania Spółki podejmowane od połowy 2013 r., zmierzające do zrealizowania prowadzonej Inwestycji. W opinii Zespołu Orzekającego stanowisko zgłaszającego zastrzeżenia – że „jeżeli 60% postępowań zostało uznane przez NIK za poprawne, a jedynie w pozostałych 40% stwierdzono uchybienia, to ogólna ocena powinna być pozytywna” – świadczy o tym, że Prezes *de facto* potwierdza błędy w czterech analizowanych postępowaniach, ale traktuje je tylko jako „uchybienia”. NIK z kolei uznała je za nieprawidłowości, które miały istotne znaczenie dla terminowej i rzetelnej realizacji Inwestycji w latach 2009-2013 (I półrocze). Zespół Orzekający podzielił opinię NIK przedstawioną w wystąpieniu pokontrolnym, czemu dał wyraz w uzasadnieniu rozstrzygnięć poprzednich zastrzeżeń. W kwestii wniosków pokontrolnych, które – zdaniem Prezesa – „zdają się przeczyć zasadności oceny negatywnej wystawionej Spółce”, gdyż NIK „zaleciła jedynie...”, Zespół Orzekający nie podziela stanowiska zgłaszającego zastrzeżenia, uznając, że wnioski są na tyle adekwatne do stwierdzonych nieprawidłowości, na ile mogą być, bowiem – co jest bardzo istotne – określonych błędów popełnionych w przeszłości (*vide* wskazane

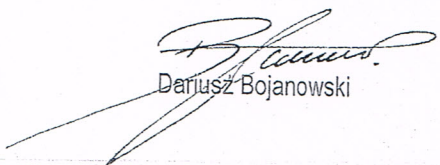


w uzasadnieniu oceny ogólnej) nie da się już konwalidować. Stąd „zalecenia jedynie” odnośnie do działań przyszłych (ale na bazie dotychczasowych doświadczeń), aby uniknąć kolejnych nieprawidłowości.

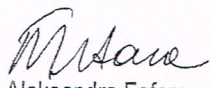
Argument Prezesa, że „przepisy Pzp w sposób ograniczony pozwalają na eliminowanie podmiotów, które nie gwarantują wykonania zamówienia z uwagi na proponowaną niską cenę bądź brak kwalifikacji – dopiero teraz trwają prace w Sejmie nad nowelizacją ustawy...”, również pozostaje bez wpływu na kwestionowane oceny/nieprawidłowości. Okoliczność, że nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych „ma wprowadzić definicję rażąco niskiej ceny oraz pozwolić weryfikować podmioty przystępujące do przetargu”, nie stanowi o tym, iż dotychczasowe regulacje uniemożliwiały wskazane wyżej działania. Racjonalność i rzetelność postępowania były wystarczającymi przesłankami, które pozwalały uniknąć opisanych w wystąpieniu nieprawidłowości.

Oczywista omyłka pisarska – polegająca na użyciu na str. 2 wystąpienia pokontrolnego, w wierszu 8 od góry, sformułowania: „wypowiedzenia (...) umowy” zamiast: „odstąpienia (...) od umowy” – zostanie sprostowana w trybie art. 35c ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli.

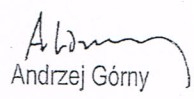
Biorąc powyższe pod uwagę, Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej orzekł jak w sentencji uchwały.  
Od uchwały odwołanie nie przysługuje.



Dariusz Bojanowski



Aleksandra Fajara



Andrzej Górny