



Olsztyn, dnia 10 października 2018 r.

OPINIA PRAWNA

I. Wstęp.

Fundacja im. Stefana Batorego zwróciła się do Kancelarii z wnioskiem o udzielenie informacji w zakresie:

- 1) warunków zlecenia prac dodatkowych, które ze względu na specyfikę i kwotę mogą wymagać osobnego postępowania przetargowego,
- 2) wiążących terminów dla urzędów na udzielenie odpowiedzi na wnioski ULICP Wykonawcy, aspektów przedłużania postępowań oraz karania organów za beczynność,
- 3) komentarza do stanowiska Zamawiającego i Inżyniera dotyczącego nieakceptowania żadnych robót na zgłoszenie bez uzyskania pozwolenia na budowę,
- 4) formalnych przesłanek odstąpienia przez Wykonawcę od umowy.

II. Analiza

Ad 1.

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), dalej PZP, Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem

Strona 1 | 9

oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

Zgodnie z zapisami zawartymi w Tomie I punkt 6 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) „Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3) Ustawy. Zakres zamówień podobnych oraz warunki na jakich zostaną udzielone, określa Tom III PFU”. Treść pkt 6.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego precyzuje, iż „Zamawiający przewidział udzielenie podobnych zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt. 3) PZP, w ogłoszeniu o zamówieniu dla niniejszego Zamówienia. Podobne zamówienie może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, po wcześniejszym przeprowadzeniu negocjacji z Wykonawcą, w szczególności w zakresie warunków umowy, w tym ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji/okresu rękojmi (...)”.

Zwrócić uwagę należy, iż w §3 Umowy występuje Kwota Warunkowa będąca składową Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Przyjmuje się, że Kwota Warunkowa jest wymaganym przez zapis art. 134 ust. 6 pkt 3 PZP uwzględnieniem przy szacowaniu jego wartości całkowitej wartości tego zamówienia”. Zgodnie z Subklauzulą 13.5 WSU:

„1. Kwota Warunkowa będzie użyta, w całości lub części, tylko zgodnie z poleceniami Inżyniera po wyrażeniu uprzedniej zgody przez Zamawiającego i odpowiednio do tego będzie skorygowana Zaakceptowana Kwota Kontraktowa. Całkowita suma zapłacona Wykonawcy będzie zawierać tylko takie kwoty jakie odpowiadają uprzednim poleceniom Inżyniera.

2. Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i wycenione według SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych, w tym w szczególności:

a) nadwyżek kosztów Robót zamiennych, gdy wartość Robót zastępujących przewyższa wartość Robót zastępowanych,

b) wzrostu Ceny Kontraktowej wynikającej ze zmiany Umowy dokonanej zgodnie z § 5 i 6 Umowy,

3. Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia wzrostu wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z SubKLAUZULĄ 13.8 Warunków Szczególnych. Wzrost wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z SubKLAUZULĄ 13.8 Warunków Szczególnych nie wymaga polecenia Inżyniera”.

Mając na uwadze powyższe wskazania, należy ocenić czy zakres potencjalnych robót można traktować jako powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych. Ewentualna odpowiedź negatywna konsultanta technicznego w tym zakresie jest istotna z uwagi na kwalifikowalność wydatków. Podkreślić należy, iż zastosowanie procedury przewidzianej w art. 134 ust. 6 pkt 3 może doprowadzić do uznania przez instytucję kwalifikującą, że doszło do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Zaznaczyć jednak należy, iż każdy przypadek oceniany jest indywidualnie wraz z kompletną dokumentacją w sprawie, której opiniujący na dzień dzisiejszy nie posiada.

Należy pamiętać, iż zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. W szczególności, zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli:

- a) wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona,
- b) w sposób znaczący poszerza zamówienie w zakresie lub modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Konkludując wskazać należy, iż do prawidłowego określenia zasadności określania robót jako „roboty dodatkowe” należy ich ocena pod względem „istotności”. Jeżeli ostateczny zakres zleconych robót będzie znacząco poszerzał zamówienie, robót takich nie można kwalifikować jako robót dodatkowych i winny być objęte odrębnym zamówieniem.

W tym miejscu podkreślić należy, iż immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego.

Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia - pomimo zachowania należytej staranności¹.

Ad 2.

Zgodnie z art. 35 §3 k.p.a. załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej - nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym - w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania.

Art. 51 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 35 §3 k.p.a. w zakresie załatwienia sprawy dotyczącej wydania decyzji w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu taka decyzja powinna być wydana przez właściwy organ w terminie 65 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji. Postępowanie w przedmiocie ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego wszczynane jest więc na wniosek inwestora. Datą wszczęcia postępowania, stosownie do art. 61 § 3 k.p.a., jest dzień doręczenia organowi kompletnego wniosku. Powiązanie początku biegu terminu ze złożeniem wniosku oznacza, że chodzi o kompletny wniosek o wydanie decyzji w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego. W konsekwencji złożenie niekompletnego wniosku nie uruchamia biegu omawianego terminu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że stosownie do art. 51 ust. 2c do niniejszego terminu nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Z racji tego, że ustawodawca bieg terminu powiązał z dniem złożenia wniosku o wydanie decyzji o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, należy uznać, że omawiany termin dotyczy tylko postępowania przed organem pierwszej instancji. Oznacza to, że w postępowaniu przed organem odwoławczym obowiązuje termin określony w art. 35 § 3 k.p.a., a więc termin miesięczny liczony od dnia otrzymania odwołania.

¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO/KD 9/13.

Za przekroczenie przez organ terminu określonego w komentowanym przepisie ustawodawca przewidział sankcję w postaci kary pieniężnej w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki. Kompetencje do wymierzenia kary ma organ wyższego stopnia, którym stosownie do art. 51 ust. 2a jest wojewoda.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na stanowisko w zakresie terminów wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego zawarte w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, które może stanowić pomoc w ustaleniu prawidłowości co do długości trwania takiego postępowania.

W wyroku z dnia 14.12.2017r. (sygn. akt: II OSK 1182/17) Naczelny Sąd Administracyjny zauważa, że czas potrzeby na uzgodnienie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego nie jest wliczany do terminu załatwienia sprawy z tego powodu, że opóźnienie spowodowane koniecznością dokonania uzgodnienia powstaje z przyczyn niezależnych od organu administracji. Organ administracji załatwiający sprawę lokalizacji inwestycji celu publicznego ma obowiązek zwrócić się do organu współdziałającego w wydaniu decyzji o uzgodnienie i nie ma wpływu na to, jak długo organ współdziałający będzie załatwiał sprawę dotyczącą uzgodnienia. Jednakże z chwilą otrzymania postanowienia organu uzgadniającego przez organ załatwiający sprawę, to jak szybko zostanie załatwiona sprawa o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, ponownie zależy tylko i wyłącznie od organu właściwego w tej sprawie.

Zgodnie ze stanowiskiem NSA wyrażonym w wyroku z dnia 16 lutego 2016r. (sygn. akt: II OSK 1490/14), skoro do terminu, o którym mowa w ust. 2 art. 51 u.p.z.p., nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, to uznać należy, iż do czynności takich nie można zaliczyć zwykłych czynności procesowych, takich jak powiadomienie stron o wszczęciu postępowania, czy też zawiadomienia stron o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym sprawy, jak też uczestniczenia w przeprowadzeniu dowodu. Są to bowiem czynności konieczne do dokonania w każdym postępowaniu administracyjnym i mieszczą się w maksymalnym czasie postępowania o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego wyznaczonym przez ustawodawcę – 65 dni.

Wobec powyższych wytycznych, aby prawidłowo ustalić czy Organ prowadzi postępowanie w prawidłowym terminie, należy wziąć pod uwagę całokształt wszystkich działań, które Organ musi podjąć w toku sprawy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt roszczeń nr 23 i 24 zgłoszonych przez Wykonawcę robót wskazać należy, iż tylko w sytuacji, gdy Wykonawca wykaże, że Organ nie wydał decyzji w terminie ustalonym w art. 51 ust. 2 u.p.z.p. z przyczyn leżących jedynie po stronie Organu to może to powodować zasadność roszczeń o przedłużenie terminu na ukończenie inwestycji. Jednakże, na obecnym etapie trudno uznać, że terminy te zostały przekroczone z winy Organu.

Przede wszystkim co do roszczenia 23 zauważyć należy, że Organ wydał decyzję, jednak odmówił w niej ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego. Zdaniem Wykonawcy odmowa ta wynikała z braków niezbędnej dokumentacji, która nie została przez Wykonawcę przedłożona, albowiem – jak twierdzi – nie otrzymał wezwania do jej uzupełnienia. Po pierwsze, Opiniujący nie jest w stanie sprawdzić wiarygodności tych twierdzeń, gdyż brak jest dowodów na powyższe. Jeżeli rzeczywiście wezwania nie zostały doręczone Wykonawcy, to stanowi to podstawę do odwołania się od negatywnej decyzji. W odniesieniu natomiast do roszczenia nr 24, to podobnie jak w zakresie roszczenia nr 23 brak jest szczegółowych danych dotyczących przebiegu postępowania. Przede wszystkim, Wykonawca wskazując, że Organ pierwszą czynność podjął dopiero po 88 dniach od złożenia wniosku, nie podaje szeregu informacji, które mogą mieć znaczenie dla ustalenia tego terminu. Po pierwsze, nie jest pewnym czy wniosek złożony w dniu 08.06.2018r. był wnioskiem kompletnym, bowiem dopiero od momentu złożenia kompletnego wniosku rozpoczyna swój bieg termin na wydanie decyzji, o czym była mowa wyżej. Po drugie, nie jest wiadomym czy Organ nie podejmował w tym czasie innych, niezbędnych w sprawie czynności, a co za tym idzie czynności te nie wpłynęły na długość okresu działania Organu. Po trzecie, brak jest informacji czy Organ został ukarany przez Organ nadrzędny zgodnie z art. 51 ust. 2 u.p.z.p. za zwłokę w wydaniu decyzji, bowiem dopiero taka sytuacja pozwoliłaby jednoznacznie uznać opieszałość Organu, a tym samym zasadność roszczeń Wykonawcy.

Reasumując, podkreślić trzeba, że na obecnym etapie roszczenia nr 23 i 24 należy potraktować jako przedwczesne i niepełne. Nadto skoro zdaniem Wykonawcy, Organ

pozostaje w zwłóce w wydaniu decyzji to Wykonawca może podjąć kroki zmierzające do „zmobilizowania” Organu, np. skarga na bezczynność, co także dodatkowo wzmocniłoby jego stanowisko w zakresie zgłoszonych roszczeń.

Ad 3.

Zgodnie z Subklauzulą 1.1.6.13 Warunków Szczególnych „Pozwolenie na Budowę” oznacza dokument „Decyzja o pozwoleniu na budowę” lub odpowiednio inną akceptację, wydane w formie decyzji administracyjnej przez właściwy organ administracji architektoniczno – budowlanej, na podstawie Rozdziału 4 Prawa budowlanego. Pod pojęciem pozwolenia na budowę rozumie się także - w zależności od okoliczności - Zgłoszenie wykonywania robót budowlanych.

Brak możliwości podziału jednego zamierzenia budowlanego dotyczy sytuacji, gdy realizacja poszczególnych jego części realizowana jest w oparciu o odrębne przepisy tj. niektóre rodzaje robót wymagają pozwolenia na budowę, a dla innych wystarczające jest zgłoszenie. Za takim poglądem opowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 marca 2008 r. (VII SA/Wa 2121/07), gdzie sformułowano tezę, iż prawo budowlane nie przewiduje możliwości formalnego podziału zamierzenia inwestycyjnego i stosowania do tak podzielonych części odmiennych przepisów ustaw dotyczących pozwolenia na budowę lub zgłoszenie. Nie może budzić akceptacji i musi być uznane za naruszenie prawa ewidentne nadużycie instytucji zgłoszenia przez realizację innego obiektu budowlanego wymagającego pozwolenia na budowę².

Wobec powyższego, w ocenie opiniującego, rozpoczęcie robót winno nastąpić po uzyskaniu pozwolenia na budowę.

Jednocześnie zwrócić uwagę należy, iż w omawianym przypadku brak jest pełnej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami. Powyższe powoduje możliwość zmiany prezentowanego stanowiska.

Ad. 4.

² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r., II OSK 2134/15.

Kwestię odstąpienia od umowy przez Wykonawcę reguluje Subklauzula 16.2 Warunków Szczególny. Zgodnie z brzmieniem powyższej Subklauzuli:

„W terminie nie późniejszym niż 360 dni od dnia upływu określonego w Umowie Pierwotnego Czasu na Ukończenie, Wykonawca ma prawo odstąpienia od Kontraktu, przez danie Zamawiającemu powiadomienia o odstąpieniu z 14-dniowym wyprzedzeniem:

(a) gdy Inżynier nie wystawi, w ciągu 56 dni po otrzymaniu Rozliczenia i dokumentów stanowiących jego podstawę, odnośnego Świadcstwa Płatności,

(b) gdy Wykonawca nie otrzyma kwoty należnej według danego Przejściowego Świadcstwa Płatności, w ciągu 42 dni od upłynięcia czasu podanego w Subklauzuli 14.7 Warunków Szczególnych, w ciągu którego ma być dokonana płatność (pomijając potrącenia zgodnie z Subklauzula 2.5 Warunków Ogólnych,

(c) gdy przedłużonym zawieszeniem objęto całość Robót, jak opisano w Subklauzula 8.11 Warunków Ogólnych.

Odstąpienie Wykonawcy od Kontraktu nastąpi z upływem 14-dni od dnia, gdy powiadomienie Wykonawcy o odstąpieniu dojdzie do Zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią, w tym w szczególności z upływem 14-dni od dnia doręczenia Zamawiającemu tego powiadomienia. Z tą chwilą Kontrakt ulega rozwiązaniu i zastosowanie mają Subklauzule 16.3 oraz 16.4 Warunków Ogólnych.

Odstąpienie Wykonawcy od Kontraktu na podstawie niniejszej Subklauzuli 16.2 Warunków Szczególnych wywołuje skutek ex nunc (na przyszłość).”

Z brzmienia powołanej Subklauzuli wynika, iż Wykonawca może odstąpić od umowy w przypadkach związanych z problemami finansowymi Zamawiającego.

Wykonawcy, zgodnie z art. 139 ust. 1 PZP przysługuje możliwość odstąpienia od umowy na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Wobec powyższego Wykonawca może odstąpić od umowy m. in.:

- 1) na wypadek zaniechania przez Zamawiającego konieczności współdziałania (w tym odbioru dzieła – art. 640 KC,
- 2) zaniechania ustanowienia przez Zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane – art. 649⁴ KC,
- 3) Syndyk masy upadłości działający w miejsce wykonawcy w myśl regulacji prawa upadłościowego.

Konkludując na obecnym etapie inwestycji istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy.