



Urząd Zamówień
Publicznych



Ministerstwo
Rozwoju i Technologii



Zmiany umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia.

1. Wstęp

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie wybranych zagadnień w zakresie zmian umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 454 i art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, która ma służyć praktyczną pomocą osobom zajmującym się kontrolą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Na kolejnych stronach opracowania opisano poszczególne kwestie dotyczące zmiany umowy w zakresie istotnej zmiany umowy oraz dopuszczalnych zmian umowy na podstawie art. 455 ustawy Pzp. W publikacji zostały zawarte przykłady kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz instytucję wdrażającą i pośredniczącą we wdrażaniu Funduszy Europejskich a także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Powszechnych. Zamieszczono również przykłady wniosków o przeprowadzenie kontroli w zakresie przepisów ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. Nr 1843) dalej: „ustawa Pzp2004”, która z uwagi na obecnie obowiązujące regulacje w ww. zakresie nie straciła swojej aktualności. Liczymy, że przedstawione w niniejszej publikacji praktyczne przykłady pomogą ocenić na ile procedowane przez zamawiających zmiany umowy są dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

2. Istotna zmiana umowy.

2.1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 1 stycznia 2021 r. weszła w życie nowa ustawa Pzp, której przepisy zostały uchwalone we wrześniu 2019 r. Nowe Pzp reguluje zasady udzielania zamówień publicznych od momentu planowania, poprzez przygotowanie postępowania, procedurę wyboru wykonawcy, aż po realizację zawartej umowy a następnie jej zmian. Wskazane zasady mają doprowadzić do usprawnienia całego procesu zakupowego i zwiększyć efektywność oraz konkurencyjność systemu zamówień publicznych. Zmiana prawa zamówień publicznych wprowadziła szereg nowych rozwiązań w tym również w zakresie umów o zamówienie publiczne.

Zgodnie z regułami ustalonymi w Dziale VII ustawy Pzp „Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie” strony umowy o zamówienie publiczne, tj. zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną o czym świadczy przede wszystkim jej dwustronnie zobowiązujący charakter oraz odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego do umów w sprawach zamówień publicznych. W art. 7 pkt 32 ustawy Pzp zawarta została definicja zamówienia publicznego, zgodnie z którą przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Umowa o zamówienie publiczne, z wyjątkiem sytuacji odmiennie uregulowanych odrębnymi przepisami prawa, wymaga dla swej ważności zachowania formy pisemnej.

Zamawiający jako autor umowy precyzującej zasady i warunki realizacji zamówienia publicznego, zobligowany jest do przestrzegania ustawowych zasad dotyczących opracowywania postanowień umowy o zamówienie publiczne. Ustawa Pzp ogranicza dotychczasową swobodę kształtowania warunków realizacji zamówień, wskazując w art. 433 ustawy zamknięty katalog postanowień niedozwolonych, czyli takich których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać (tzw. klauzule abuzywne) a ich zawarcie w umowie upoważnia wykonawcę do złożenia w tym zakresie odwołania na podstawie art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp. Ustawa zawiera także katalog obowiązkowych klauzul umownych określonych w art. 436 ustawy, które zamawiający zobligowani są uwzględnić w projektowanych postanowieniach umownych w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Wielu uczestników rynku zamówień publicznych zastanawia się, czy po 1 stycznia 2021 r., w odniesieniu do umów, powinni stosować nowe zasady, czy też regulacje dotychczasowe, określone ustawą Pzp2004. Kluczowym przepisem dla udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie poprzez wskazanie przepisów właściwych, które powinny znaleźć zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2020 z późn. zm.), dalej jako: „Przepisy wprowadzające”. Z treści przywołanej regulacji wynika, że *„do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 ustawy Pzp2004 zawartych:*

- *przed dniem 1 stycznia 2021 r.,*
- *po dniu 31 grudnia 2020 r., w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.*

– stosuje się przepisy dotychczasowe”.

W oparciu o przytoczony przepis należy wnioskować, że dla ustalenia właściwych przepisów mających zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego rozstrzygające znaczenie ma data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem postępowanie zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r. (tj. do dnia 31 grudnia 2020 r.), to do zawartej umowy, niezależnie od daty jej zawarcia, należy stosować przepisy dotychczasowe. Jeżeli natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r. (tj. od dnia 1 stycznia 2021 r.), to do zawartej umowy, niezależnie od daty jej zawarcia, należy stosować przepisy nowej ustawy Pzp¹.

WAŻNE
<p>Dla ustalenia przepisów właściwych dotyczących umowy w sprawie zamówienia publicznego kluczowe znaczenie ma moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli postępowanie zostało wszczęte nie później niż dnia 31 grudnia 2020 r., to należy stosować dotychczasowe regulacje przewidziane w ustawie Pzp2004. Jeżeli natomiast do wszczęcia postępowania doszło nie wcześniej niż 1 stycznia 2021 r., to zastosowanie znajdują przepisy nowej ustawy Pzp.</p> <p>Analogiczny mechanizm znajduje zastosowanie w odniesieniu do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.</p>

Zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego z wyłonionym w drodze postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcą to zakończenie szeregu działań zamawiających odpowiedzialnych za prowadzenie postępowania. Kolejnym etapem jest rozpoczęcie realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy. Niejednokrotnie zdarza się jednak, że konieczne jest wprowadzenie zmian do zapisów zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Punktem odniesienia do opisu zasad zmian i modyfikacji umowy są reguły określone w unijnych dyrektywach z zakresu udzielania zamówień².

Należy zauważyć, że do 2014 r. dyrektywy unijne nie zawierały przepisów szczegółowo określających reguły modyfikacji umów. Zasady dokonywania zmiany w tym zakresie były wówczas wypracowywane w orzecznictwie na podstawie interpretacji podstawowej zasady unijnego prawa zamówień publicznych, jaką jest ochrona konkurencji i równego traktowania wykonawców.

¹ Uzasadnienie projektu Przepisów wprowadzających dostępne pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3625>

² Podstawowe znaczenie mają: art. 43 dyrektywy 2014/23/UE; art. 72 dyrektywy 2014/24/UE; art. 89 dyrektywy 2014/25/UE.

Jednocześnie podkreślano, że założenie to powinno być uwzględniane nie tylko na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również w toku realizacji zawartej umowy. W wyroku ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06³ wyjaśniono: „z orzecznictwa wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich”. Wskazany wyrok ma fundamentalne znaczenie dla unijnej koncepcji zmiany umowy, ponieważ jednoznacznie potwierdzono w nim, że gdyby możliwe było swobodne modyfikowanie zawartej umowy, mogłoby to zagrażać realizacji zasad przejrzystości procedur i równego traktowania oferentów. Możliwość dokonywania zmiany umowy bez ograniczeń, mogłaby spowodować, że jej zmieniony kształt istotnie odbiegałby od treści umowy, o której zawarcie oferenci rywalizowali w ramach konkurencyjnego postępowania. To zaś mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego różnicowania (uprzywilejowania lub defaworyzowania) sytuacji wykonawcy realizującego zamówienie względem jego konkurentów z etapu postępowania o jego udzielenie. W celu przeciwdziałania tego rodzaju ryzyku przyjęto koncepcję, wedle której zmiany umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych są dopuszczalne, o ile spełnione zostaną pewne formalne warunki gwarantujące, że wszyscy wykonawcy już w momencie ubiegania się o zawarcie umowy z zamawiającym posiadają wiedzę na temat tego, w jakim zakresie dopuszczalna będzie modyfikacja umowy na etapie realizacji.

W wyrokach TSUE⁴ odnoszących się do dopuszczalności zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego podkreślano, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania jest co do zasady niedopuszczalna, jeżeli nie została poprzedzona przeprowadzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości.

Reguły wypracowane w orzecznictwie zostały zaimplementowane do treści aktualnie obowiązujących dyrektyw w szczególności do art. 72 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE oraz art. 89 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE.

³ Wyrok ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

⁴ Wyroki TSUE: z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2000:543, z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, ECLI:EU:C:2008:351, z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ECLI:EU:C:2010:230, z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182, z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 Finn Frogne A/S przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ECLI:EU:C:2016:634,

W ustawie Pzp2004, która pozostaje aktualna w opisywanym zakresie, możliwość zawarcia zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, określających ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Obecnie, po wejściu w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r. podstawowe znaczenie w zakresie zmian umowy o zamówienie publiczne mają art. 454 oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ustawodawca we wskazanych powyżej przepisach ustawy Pzp utrwalił zasadę niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego, wyrażoną uprzednio w art. 144 ustawy Pzp2004. Zasada ta stanowi jeden z fundamentów zamówień publicznych. Dopuszczenie możliwości dokonywania dowolnych zmian w umowach prowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień publicznych, podważałoby sens istnienia ustawy oraz prowadzenia postępowań. Ponadto takie działanie oznaczałoby obejście zasady równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji wszystkich uczestników postępowania. Niemniej jednak wyjątkowo, na skutek wystąpienia szczególnych okoliczności ustawodawca przewidział kilka wyjątków, które uprawniają zamawiających do wprowadzania zmian w umowach, bez konieczności ich unieważniania lub odstępowania od nich, o których mowa w art. 454 oraz 455 ustawy Pzp. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zgodnie z art. 458 ustawy podlega unieważnieniu. Skutkiem dokonania zmiany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp może być również odstąpienie od umowy przez zamawiającego (art. 456 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp). Przepisy art. 454 oraz 455 ustawy Pzp utrwalają zatem zasadę niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego, wyrażoną uprzednio w art. 144 ustawy Pzp2004.

ZAPAMIĘTAJ
Stosownie do treści art. 458 ustawy Pzp zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeżeli została dokonana z naruszeniem art. 454 i art. 455 ustawy Pzp. W takim przypadku stosuje się postanowienia umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą.

2.2. Istotna zmiana umowy

Zgodnie z art. 454 ust. 1 ustawy Pzp „Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia”. Jest to generalna zasada, która oznacza, że zmiany o charakterze nieistotnym są dopuszczalne i nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania.

Zgodnie natomiast z treścią art. 454 ust. 2 ustawy definiującym pojęcie istotnej zmiany - „Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:

- 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;
- 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2”.

We wskazanym przepisie ustawodawca zawarł zatem:

1. **charakterystykę zmian istotnych** - zmiana powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Zgodnie z motywem 107 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej chodzi o zmiany, które wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjowania istotnych warunków umowy i dotyczą sytuacji, gdy zmienione warunki wpłynęłyby na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu.

Natomiast **zmiana charakteru umowy** (obejmującego w szczególności zakres przedmiotowy), zgodnie z motywem 109 dyrektywy klasycznej, to zmiana, która doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. W dyrektywie wskazano, że „modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik”.

Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

- zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane,
- zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,

- zmiana zamówienia na koncesję,
- zastąpienie przedmiotu świadczenia głównego innym przedmiotem, który nie był wcześniej przewidziany,
- zmiana postanowień prowadząca do odmiennej oceny charakteru prawnego umowy (np. zmiana umowy leasingu na umowę sprzedaży)⁵;

2. **określenie kiedy (w jakiej sytuacji) zmiana umowy jest istotna**, tj. niedopuszczalna, poprzez zawarcie przykładowego (otwartego) katalogu zmian uznanych za istotne – wskazane tu zostały okoliczności, których wystąpienie umożliwi ustalenie, czy zmiana ma charakter istotny (art. 454 ust. 2 pkt 1–4 ustawy), tj.:

- 1) zmiany warunków zamówienia wpływających na krąg wykonawców - wskazana sytuacja będzie miała miejsce, gdy:
 - strony wprowadzą do umowy pierwotnej modyfikacje, które gdyby zostały sformułowane na etapie wyboru wykonawcy, to mogłyby wpłynąć na rozstrzygnięcie postępowania,
 - modyfikacja prowadzi do zmiany kręgu wykonawców.

Powyższe potwierdza wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06⁶, w którym wskazano, iż *„zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”*.

Przykładem zmiany warunków zamówienia wpływających na krąg wykonawców mogą być np.:

- usunięcie z treści umowy elementów, których istnienie uzasadniało zastosowane kryteria oceny ofert lub warunki udziału w postępowaniu (np. zmiana zastosowanej technologii, terminu realizacji zamówienia),
- modyfikacja zapisów umowy w zakresie wynagrodzenia (np. warunków dotyczących płatności, wysokości kar umownych),
- zmiany dotyczącej poszerzenia w sposób znaczący zamówienia o usługi, które pierwotnie nie były przewidziane;

⁵ J. Roliński [red.], Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki, Warszawa 2020, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/43653/Klauzule-przegladowe.pdf (dostęp: 28 lutego 2020 r.)

⁶ wyrok TSUE presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, ECLI:EU:C:2008:351, pkt 35

- 2) występuje naruszenie równowagi kontraktowej stron - dotyczy podwyższenia wynagrodzenia umownego wykonawcy na zasadach wykraczających poza regulacje przewidziane w umowie i Pzp, oraz innych zmian umowy, stawiających wykonawcę w lepszej sytuacji ekonomicznej niż określona w zawartej umowie.

Przykładem naruszenia równowagi kontraktowej stron jest np.:

- udzielenie zaliczek, które nie były przewidziane w dokumentach zamówienia w przypadku umów trwających krócej niż 12 miesięcy,
- możliwość płatności częściowych w miejsce jednorazowej płatności,
- obniżenie lub rezygnacja z kar umownych,
- zmiana harmonogramu płatności wynagrodzenia z korzyścią dla wykonawcy,
- zmiana sposobu wykonania zobowiązania poprzez zastosowanie tańszych i gorszej jakości materiałów;

- 3) występują zmiany świadczeń i zobowiązań - dotyczy zmiany w wielkości umówionego świadczenia (tj. zwiększenia i zmniejszenia). Sytuacja taka ma miejsce, gdy:

- zwiększenie przedmiotu zamówienia nie wynika ze zmian przewidzianych w tzw. klauzulach przeglądowych (o których szerzej w dalszej części opracowania) ani innych okoliczności przewidzianych w ustawie Pzp, jak np. opcja – dotyczy świadczeń i zobowiązań ponad kwotę dopuszczalną w przepisach, zgodnie z art. 455 ust. 2 ustawy Pzp - 10% wartości zamówienia określonej w umowie w przypadku dostaw lub usług oraz 15% wartości zamówienia określonej w umowie w przypadku robót budowlanych,
- gdy zakres świadczenia znacznie wykracza poza zobowiązanie wykonawcy wynikające z oferty, lub znacznie się zmniejsza.

Przykładem zmiany świadczeń i zobowiązań jest np.:

- rozszerzenie zakresu zamówienia, które byłoby nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego;

- 4) występują zmiany podmiotowe umowy – zmiana polega na zastąpieniu dotychczasowego wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. gdy:

- zmiana wykonawcy została przewidziana w postanowieniach umownych w postaci klauzul zmiany umowy,

- dotyczy sukcesji: wstąpienia w prawa i obowiązki wykonawcy w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp. Zmiana wykonawcy może być także przewidziana w postanowieniach umownych i może dotyczyć przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców. Wszelkie inne zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy są niedopuszczalne i stanowią zmianę istotną umowy.

Należy zauważyć, że katalog przesłanek uznania zmiany umowy za istotną nie jest zamknięty, co oznacza, że inne przypadki zmian mogą być uznane za istotne, jeżeli spełnione są ogólne kryteria definicji „istotnej zmiany umowy”. Pamiętać jednak należy, że ocena istotności zmiany umowy powinna być dokonywana:

- w odniesieniu do realiów konkretnego przypadku, tj. do zakresu, w jakim następuje zmiana warunków umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy względem zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalnego wpływu zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców,
- przy uwzględnieniu konieczności zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości i proporcjonalności.

ZWRÓĆ UWAGĘ NA...

Jeżeli zmiany w sposób istotny odbiegają od postanowień pierwotnego zamówienia to może to być interpretowane jako wola ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Dlatego istotne jest zapoznanie się z postanowieniami zawartymi w treści zawartej umowy, mogącymi wpływać na wartość ceny zaproponowanej w ofercie (która najczęściej stanowi kryterium oceny ofert), w tym m.in. ustalenie:

1. treści stosunku prawnego,
2. przedmiotu zamówienia,

3. dodatkowych obowiązków wykonawcy - stanowiących kryterium oceny ofert przy wyborze wykonawcy,
4. terminu wykonania zamówienia,
5. zasad płatności wynagrodzenia,
6. zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
7. podstawy i zakresu odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania,
8. obowiązku zamawiającego dotyczącego współpracy z wykonawcą przy wykonaniu zobowiązania.

2.3. Stan prawny poprzedni i aktualny.

Jak już wskazano powyżej nowelizacja ustawy z dnia 11 września 2019 r. wprowadziła zmiany m.in. w zapisach dotyczących umów o zamówienie publiczne, w tym również w zakresie istotnych zmian umowy. Powyższe zmiany miały na celu zrównoważenie pozycji stron umów a także określenie zasad kształtowania stosunków między nimi.

Obecnie obowiązujące przepisy ustawy regulują kwestię zmiany istotnej umowy w art. 454 ustawy Pzp podczas, gdy w poprzednim stanie prawnym kwestia ta uregulowana była w art. 144 ust. 1 pkt 5 i ust. 1e ustawy Pzp2004.

W poniższej tabeli przedstawiono szczegółowe porównanie zmian jakie zaistniały w prawie zamówień publicznych w zakresie kwestii istotności zmiany umowy.

<p style="text-align: center;">Stan prawny sprzed nowelizacji ustawy w 2019 r. (ustawa Pzp2004)</p>	<p style="text-align: center;">Aktualnie obowiązujący stan prawny (ustawa Pzp)</p>
<p style="text-align: center;">Art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy</p> <p>w ustawie określony był generalny zakaz zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodziła co najmniej</p>	<p>Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, a ustawa przewiduje katalog zmian umowy dopuszczalnych bez przeprowadzenia nowego postępowania</p>

<p>jedna z okoliczności określonych w ustawie (tj. zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, określających ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian).</p>	
<p>Art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy</p>	<p>Brak w ustawie</p>
<p>Zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne.</p>	<p>-</p>
<p>Art. 144 ust. 1e ustawy</p>	<p>Art. 454 ust. 2 ustawy</p>
<p>Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:</p>	<p>Zmiana umowy jest istotna.</p>
<p>1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;</p>	<p>powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób zasadniczy w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:</p>
<p>2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:</p>	
<p>a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,</p>	<p>1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści,</p>

<p>b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,</p>	<p>2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie,</p>
<p>c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,</p>	<p>3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy,</p>
<p>d) zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4</p>	<p>4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2</p>
<p>Ustawa zawiera katalog zamknięty istotnych zmian umowy.</p>	<p>Przepis art. 454 ust. 2 ustawy zawiera przykładowy, niewyczerpujący katalog zmian, które zostały uznane przez ustawodawcę za istotne.</p>
<p>Wylistowanie istotnych zmian umowy jest podobne w art. 454 ust. 2 pkt 1) – 4) ustawy oraz w art. 144 ust. 1 pkt 2 ppkt a) – d) ustawy.</p> <p>Zmiana charakteru umowy była odrębną przesłanką uznania zmiany za istotną.</p>	<p>Wylistowanie istotnych zmian umowy jest podobne w art. 454 ust. 2 pkt 1) – 4) ustawy oraz w art. 144 ust. 1 pkt 2 ppkt a) – d) ustawy.</p> <p>Zmiany te kwalifikowane są jako zmieniające charakter umowy.</p>
<p>Przepis zawierał katalog zamknięty istotnych zmian umowy.</p>	<p>Przepis zawiera przykładowy, niewyczerpujący katalog zmian, które zostały uznane przez ustawodawcę za istotne.</p>

Przykład 1.

Brak precyzyjnego opisu w dokumentacji postępowania (w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia) okoliczności uzasadniających dokonanie zmiany umowy polegającej na zwiększeniu wynagrodzenia wykonawcy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia określonych okoliczności.

Kontrola ex-post postępowania dotyczącego poprawy stanu technicznego infrastruktury obsługi podróży (roboty budowlane) - aneks nr 3 do umowy z dnia 23.01.2020 r. obejmuje zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy oraz wydłużenie terminu wykonania zamówienia. W wyniku zawarcia aneksu do umowy (o wartości powyżej 116 000 000,00 zł brutto) wynagrodzenie uległo zwiększeniu o 3 885 039,62 zł netto. Zmiana wynagrodzenia została wprowadzona w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 w związku z koniecznością wykonania prac nieujętych w PFU.

Wykonawca pismem z dnia 12.02.2021 r. przekazał rozszerzoną koncepcję projektową, gdyż z badań geologicznych zleconych przez wykonawcę na etapie przygotowania dokumentacji projektowej wynikało, że istniejący nasyp jest niestabilny i konieczne jest wzmocnienie skarpy za peronem.

Jako podstawę prawną zmiany umowy zamawiający wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 w zw. z § 5 ust. 5 umowy, zgodnie z którym „*W przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo – Finansowym, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, w szczególności brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych w terminie ustalonym na podstawie Instrukcji, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana: sposobu wykonania, materiałów i technologii Robót, zmiana lokalizacji budowanych obiektów budowlanych, urządzeń w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty oraz zakresu Etapu lub Etapów, w tym wyłączenia części Robót oraz zmiana Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli Warunków Szczególnych. Brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych opisany powyżej nie może*

stanowić podstawy do zmiany Umowy, w przypadku gdy niemożliwość udzielenia dotyczy zamknięć torowych, które miały być udzielone po upływie Czasu na Ukończenie Wykonawcy, który pozostaje w zwłoce w wykonaniu Umowy”

Beneficjent jako uzasadnienie przedstawił opinię prawną z dnia 03.12.2021 r. gdzie wskazano na następujące przesłanki uprawniające go do zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004:

- 1) przesłanka techniczna będąca podstawą do zmiany Umowy. W świetle ponownie wykonanych badań geologicznych i geotechnicznych istnieje rozbieżność pomiędzy oceną stateczności ww. skarpy nasypu, wynikającą z PFU oraz będącą efektem przeprowadzonych ponownie badań. Analiza stateczności wykonana przy zastosowaniu, zgodnej z normą, ale innej metody badawczej niż wykorzystana na etapie studialnym stwierdziła brak stateczności tejże skarpy,
- 2) okoliczność powyższa powoduje brak możliwości należytego wykonania Umowy. W świetle wykonanych przez Wykonawcę badań istnieje konieczność wykonania zabezpieczenia skarpy (wzmocnienie przy użyciu grodzic GU16N zlokalizowanych przy przeprojektowanym peronie kolejowym i zespolonych poprzez oczep żelbetowy, na którym zlokalizowano balustradę) w oparciu o technologię zabezpieczenia skarpy poprzez użycie pali CFA o średnicy 630 mm zespolonych poprzez oczep żelbetowy, na którym zlokalizowano balustradę oraz wykonanie ściany żelbetowej,
- 3) wykonanie powyższych robót jest konieczne do należytego wykonania Umowy, co potwierdza Opinia Geotechniczna z 2018 r., Opinia Geotechniczna z 2021 r., Notatka Służbowa z dnia 02.07.2021 r., Notatka służbowa z dnia 03.09.2021 r. i pismo Wykonawcy z dnia 22.10.2021 r. – Kosztorys i oferty wraz z komentarzem Zespołu Wycen,
- 4) powyższa okoliczność jest niezależna od Wykonawcy. Zakres prac koniecznych do wykonania ujawnił się dopiero po wykonaniu dodatkowych badań geologicznych przez Wykonawcę. Dopiero ponowne obliczenia i ocena stateczności ww. skarpy nasypu zdecydowały o niezbędności wykonania robót w zakresie dotychczas nieobjętym w PFU.

W opinii instytucji kontrolującej nie można uznać za uprawnione wskazane przez zamawiającego aneksem nr 3 okoliczności zmiany umowy przewidziane w § 5 pkt 5 umowy, gdyż nie zostały opisane w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień.

Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 jest uwzględnienie możliwości dokonania takiej zmiany już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przewidzenie możliwości jej dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, np. w SIWZ. Warunek ten wynika między innymi z zasady przejrzystości postępowania, gwarantującej równe traktowanie wszystkich wykonawców. Przewidzenie możliwych zmian w umowie w sposób jasny i precyzyjny pozwala również wykonawcom, jak najlepiej przygotować ofertę oraz realizować zamówienie będące przedmiotem umowy. Należy

w tym miejscu podkreślić, iż obowiązek opisanie zmiany w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych oznacza, że koniecznym jest szczegółowe określenie zasad modyfikacji umowy, nie zaś ograniczenie się do ogólnych wzmianek o możliwości jej zmiany. Zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza bowiem możliwość skorzystania przez strony z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

W analizowanym zapisie kontraktowym Zamawiający powołuje się na inne okoliczności bez względu na charakter, tym samym kreując sytuację, w której brak jest precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę. Określając zakres dopuszczalnej zmiany, Zamawiający ma obowiązek wskazać przede wszystkim, które z elementów umowy podlegają modyfikacji, a także oznaczyć granice tej zmiany, w szczególności przez określenie okoliczności czy sytuacji, które wpływają na jej kształt oraz sformułować przesłanki lub okoliczności, które muszą zaistnieć, by tę zmianę spowodować.

W przedmiotowym postanowieniu § 5 pkt 5 umowy Zamawiający wskazuje jedynie, iż okoliczności mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego (leżące po stronie Zamawiającego). Tym samym zapis ten może zostać uznany za niewypełniający przesłanki określenia okoliczności, które będą wpływać na kształt zmiany oraz za niewyczerpujący do określenia sytuacji, która musi zaistnieć, by zmianę implikować. Na marginesie należy zauważyć, że zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości zmiany umowy w związku z własnym wadliwym zachowaniem lub własnym zaniechaniem (określonym jako wina Zamawiającego) powoduje, że już na wczesnym etapie postępowania wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia mogą mieć wątpliwości, co do jego faktycznego zakresu i przedmiotu, a także co do intencji Zamawiającego. Jednocześnie przy określeniu warunku zaistnienia zmiany, który został zapisany w § 5 pkt 5 umowy, zgodnie z którym okoliczności muszą prowadzić do sytuacji niemożliwości wykonania lub należytego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo – Finansowym, nie sprecyzowane zostały okoliczności, które mogą stwarzać zagrożenie dla wykonania kontraktu w ogóle lub jego należytego wykonania.

Również określenie w § 5 pkt 5 umowy, innych okoliczności bez względu na ich charakter (prawny, organizacyjny, ekonomiczny, administracyjny lub techniczny) stanowi katalog otwarty, podczas gdy przepis wymaga precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę, a nie tylko określenia ich ogólnego charakteru oraz otwartego, ogólnego katalogu zmian. Nieuprawnione jest przyjęcie, iż przesłankę nakazującą opisanie zmian w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych wypełnia informacja o możliwości zwiększenia umowy odpowiednio do potrzeb, za które można uznać każde dodatkowe, uzasadnione i udokumentowane koszty.

Kontrolujący powołał się w opisanym przypadku na opinię wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych⁷, wskazującą na stopień szczegółowości określenia zakresu warunków i charakteru takiej zmiany, które należałoby przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, zgodnie z którą zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 oraz opracowanie wydane przez UZP - „Klauzule przeglądowe, czyli klauzule dotyczące zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp uprawniające strony do wprowadzenia zmian w umowie. Wzorce i dobre praktyki”⁸.

Prawo do dokonania modyfikacji w świetle art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

W opinii Zespołu Kontrolującego treść § 5 pkt 5) umowy jest niezgodna z zaleceniami wskazanymi w powyższych opiniach UZP, wskazana bowiem przez Zamawiającego Klauzula kontraktowa, której treść ma wypełniać dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w istocie jej nie wypełnia, a tym samym może nie stanowić podstawy do wprowadzenia zmiany zgodnej z przepisami prawa.

Podsumowując, zdaniem Zespołu Kontrolującego przedmiotowe zmiany umowy polegające na zmianie umowy i zwiększeniu wynagrodzenia dokonano bez zachowania ustawowych przesłanek wynikających z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Zamawiający pismem o z dnia 01.04.2022 r. przesłał zastrzeżenia od wyniku kontroli. W opinii kontrolującego Beneficjent nie przedstawił, żadnych nowych okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na zmianę wyniku kontroli. Przedstawiono również w wyjaśnieniach, że stanowisko Zamawiającego o uznaniu interpretacji art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 opracowanej przez UZP jako niekorzystnej dla zamawiających, jak i dla wykonawców, oraz oderwaniu od praktyki rynkowej, nie daje podstaw do zmiany wyniku kontroli. Ponadto podkreślono, że UZP wydając opinię przedstawia aktualne rozumienie danego problemu prawnego, z uwzględnieniem bieżącego orzecznictwa.

W związku z powyższym osoba przeprowadzająca ponowną weryfikację podtrzymała stanowisko zespołu kontrolującego, że treść § 5 pkt 5 Umowy oraz Klauzula Warunków Kontraktu nie jest zgodna z zaleceniami wskazanymi w powyższej opinii UZP. Według osoby przeprowadzającej ponowną

⁷ <https://www.uzp.gov.pl> „Pytania i odpowiedzi dotyczące przepisów nowelizacji ustawy Pzp Zmiany w umowie w sprawie zamówienia publicznego”

⁸ https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file0021/43653/Klauzule-przegladowe.pdf

weryfikację wskazane przez Zamawiającego zapisy umowne, których treść ma wypełniać dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, w istocie jej nie wypełniają, a tym samym nie stanowią podstawy do wprowadzenia przedmiotowej zmiany wynikającej z treści aneksu nr 3 do umowy w oparciu o ww. artykuł ustawy Pzp. Klauzule te nie przewidują zmian zakresu robót wykonawcy w postaci jednoznacznych postanowień umownych.

Przykład 2.

Zamawiający w toku realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzone zmiany do umowy umożliwił Wykonawcy, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wynikającej ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa w obszarze gospodarki odpadami, mającej wpływ na realizację umowy, w szczególności wysokość ceny ofertowej, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy:

- odstąpienie od umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dowiedzenia istotnego wpływu zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na realizację umowy albo
- ustalenie z Zamawiającym nowych warunków umowy wynikających z wprowadzenia zmiany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa uwzględniających okoliczności niemożliwe do przewidzenia na dzień podpisywania umowy.

Wprowadzone zmiany umowy mają charakter istotny, gdyż naruszają równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie, a także wprowadzają warunki, które jeśli były zawarte pierwotnie w umowie to mogłyby wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia.

Kontrola doraźna KND/37/19/DKZP z dnia 21.11.2019 r. postępowania dotyczącego odbioru i zagospodarowania odpadów wykazała naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez negocjacje dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a następnie: art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp2004, poprzez wprowadzenie do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. istotnych zmian w powyższym zakresie bez wystąpienia ku temu ustawowych przesłanek. „(...) *W zakresie części III postępowania wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje przewidywaną do zagospodarowania ilość odpadów łącznie, w całym okresie trwania umowy: 72 000 Mg. Przyjęcie odpadów do zagospodarowania może nastąpić jedynie przez instalację przetwarzania odpadów (...) w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu lub odzysku oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z treścią ustawy z dnia 13.09.1996 r. „o utrzymaniu czystości i porządku w Gminach” (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r.*

poz. 1399 ze zm.) oraz wojewódzkiego planu gospodarki odpadami (...). Odpady do instalacji zostaną dostarczone przez Zamawiającego.

Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi posiadać instalację wskazaną w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami (...) jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej w skrócie również „RIPOK”) dla regionu Warszawskiego (rozdział III pkt 3 SIWZ). Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ, termin realizacji zamówienia został określony od 01 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. lub do wyczerpania maksymalnej kwoty zamówienia wskazanej w umowie.

W rozdziale XII pkt 1 SIWZ wskazano, że wykonawca deklaruje w ofercie cenę obejmującą wszystkie zobowiązania i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia w części na którą składana jest oferta. Natomiast, w pkt 5 zastrzeżono: przyjmuje się, że Wykonawca upewnił się co do prawidłowości i kompletności oferty oraz cen które powinny pokryć wszystkie jego zobowiązania finansowe i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia w części na którą składana jest oferta oraz usunięcia ewentualnych usterek w okresie gwarancyjnym i rękojmi. Żadne nie doszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania nie może być podstawą do żądania podwyższenia cen ofertowych określonych w ofercie.

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: cena brutto – 98 %, odległość instalacji od centrum W(...) – 2 %.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 27 września 2016 r. do godz. 12:00, a termin otwarcia w tym samym dniu o godz. 12:15. Termin związania ofertą wynosił 60 dni.

W rozdziale XVI pkt 1 SIWZ podano, że istotne dla stron postanowienia treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają projekty umów odpowiednio dla każdej części zamówienia – w przypadku części III postępowania wzór umowy stanowił załącznik nr 3.3 SIWZ. Postanowienia umowy ustalone w projekcie nie podlegały negocjacom (pkt 2), Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w stosunku do treści ofert tylko w przypadkach i na warunkach określonych w projekcie umowy stanowiącym integralną część SIWZ (pkt 5). Ponadto wskazano, że przyjęcie przez Wykonawcę postanowień projektu umowy stanowi jeden z warunków ważności oferty (pkt 3), a akceptacja treści umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia następuje poprzez złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o zapoznaniu się z projektem umowy i jego akceptacji (pkt 4).

Wzór umowy stanowiący załącznik nr 3.3 do SIWZ zawierał następujące zapisy:

§ 1.

Przedmiot Umowy

Przedmiotem Umowy jest sukcesywne przyjmowanie przez Wykonawcę do zagospodarowania: niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w ilości do 72 000 Mg przez instalacje przetwarzania odpadów zlokalizowane w Rejonie Warszawskim posiadające status RIPOK w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu i odzysku oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z treścią ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz. U z 2013 r. poz. 1399) oraz Wojewódzkiego Planu Gospodarowania Odpadami przyjętego Uchwałą Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22.10.2012 r. ze zmianami dla Mazowsza na lata 2012--2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 wraz z załącznikami.

§ 2.

Faktyczne zapotrzebowanie

Wskazane w §1 ilości odpadów stanowią wielkości maksymalne przyjęcia przez Wykonawcę w okresie trwania umowy. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia ilości przekazywanych odpadów, w zależności od faktycznych potrzeb, bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu.(...).

§ 4.

Wynagrodzenie

1. Maksymalną wartość Umowy stanowi cena ofertowa wyrażająca się kwotą zł. brutto (słownie: złotych brutto /100),

w tym:

- wartość netto.....zł

- stawka podatku VAT..... %

- Kwota podatkuzł

2. Wartość Umowy nie stanowi faktycznego, łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, które podyktowane jest faktycznym zapotrzebowaniem, o którym stanowi § 2 Umowy. (...).

4. Ceny jednostkowe określone w Umowie pozostają niezienne w okresie obowiązywania umowy. (...)

§ 6.

Odstąpienie od Umowy. Rozwiązanie Umowy.

Okres obowiązywania umowy

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w przypadku określonym w art. 145 ustawy.

2. Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do odstąpienia od Umowy w trybie natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeżeli:

2.1. Wykonawca nie rozpoczął wykonywania usługi na żądanie Zamawiającego i nie wykonuje ich

pomimo kolejnego wezwania.

- 2.2. Wykonawca nie realizuje usługi w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i został dwukrotnie pisemnie poinformowany o tym przez Zamawiającego i wezwany do przestrzegania warunków określonych w przedmiocie zamówienia.*
- 2.3. Wykonawca zgłosił upadłość działalności gospodarczej objętej umową.*
- 2.4. Został wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy, uniemożliwiający realizację umowy*
- 3. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonanie umowy może zagrazić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach.
W takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części umowy.*
- 4. Jako siły wyższe uznane zostają: klęski żywiołowe, powódź, katastrofy transportowe, pożar, eksplozje, wojna, strajk i inne nadzwyczajne wydarzenia, których zaistnienie leży poza zasięgiem i kontrolą układających się stron. (...)*
- 7. Jeżeli umawiające się strony nie mają możliwości wywiązania się z uzgodnionych terminów z powodu siły wyższej, to zachowują one prawo do wnioskowania o przesunięcie terminów wykonania prac o czas trwania wydarzenia i o czas usunięcia jego skutków.*
- 8. Strony są zobowiązane do powiadomienia się nawzajem w formie pisemnej w ciągu 3 dni o wystąpieniu i zakończeniu zdarzenia określonego jako „siła wyższa” wraz z odpowiednimi dowodami i wnioskami.*
- 9. Umowa zostaje zawarta na okres od dnia r. do dnia r. lub do wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia wskazanej w Umowie - w zależności od tego które z tych zdarzeń nastąpi pierwsze. (...)*

§ 8

Postanowienia końcowe

(...)

- 7. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności z zastosowaniem art. 144 Ustawy Prawo Zamówień publicznych.*
- 8. Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia istotnej zmiany Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy:
a) w przypadku zmiany:
 - ustawowej zmiany stawki podatku VAT,*

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
9. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia istotnej zmiany Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści Umowy. (...).

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części III oferty złożyło 3 wykonawców:

1. XXX za cenę w kwocie 19.400.000,00 zł, cena jednostkowa: 270,00 zł, odległość instalacji (...): 29,4 km;
2. YYY za cenę w kwocie: 19.984.320,00 zł, cena jednostkowa: 277,56 zł, odległość (...): 36 km;
3. ZZZ za cenę w kwocie 19.206.720,00 zł, cena jednostkowa: 266,76 zł, odległość instalacji od centrum W(...): 26,4 km.

W terminie składania ofert za ofertę najwyższej ocenioną w zakresie części III uznana została oferta złożona przez Wykonawcę ZZZ. Jednakże, pismem z dnia 25 listopada 2016 r. ww. Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp2004.

Pismem z dnia 17 listopada 2016 r. Wykonawca XXX wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni oraz przedłużył ważność wadium wpłaconego w formie pieniężnej.

Oferta Wykonawcy XXX została uznana za ofertę najwyższej ocenioną, co skutkowało wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp2004 ww. Wykonawcy do złożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale VI pkt 5 SIWZ w terminie do dnia 9 grudnia 2016 r.

W piśmie z dnia 7 grudnia 2016 r., Wykonawca XXX wskazał: „W związku z wezwaniem do złożenia dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów (...)”, dla Części III, sygnalizuję, iż w przypadku wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej, będę wnioskował o negocjacje warunków umowy, której wzór stanowi załącznik nr 3.3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym postępowaniu.

W dniu 27.09.2016 r. złożyłem ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W jej kalkulacji uwzględnione zostały obowiązujące stawki opłat wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Tymczasem, pismem z dnia 28.11.2016 r. Minister Środowiska przekazał do konsultacji społecznych projekt rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska.

Projekt przewiduje wejście w życie nowej regulacji z dniem 1 stycznia 2018 roku.

Umowa, która ma być zawarta w wyniku prowadzonego przez Państwa postępowania nr ZP/6/2016, ma obowiązywać w okresie: 1.01.2017 r. – 31.12.2019 r. W związku z powyższym jej realizacja w brzmieniu zawartym w załączniku nr 3.3 do SIWZ, wg oferowanych przeze mnie cen, będzie nierentowna. Powyższe należy traktować jako nadzwyczajną zmianę okoliczności, której oferent nie mógł przewidzieć. Na dzień złożenia oferty, jak też na dzień wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, założenia w/w rozporządzenia nie mogły mi być znane.

W związku z tym, w przypadku wyboru mojej oferty w postępowaniu, proponuję negocjacje warunków umowy w zakresie zmiany cen lub możliwości rozwiązania umowy po wejściu w życie przywołanego rozporządzenia.”

W związku z powyższym, pismem z dnia 9 grudnia 2016 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „W odpowiedzi na Państwa pismo, z dnia 7 grudnia 2016 roku dotyczącego oferty w postępowaniu (...) informuje, iż na dzień dzisiejszy na etapie prowadzonego postępowania nie jest możliwa zmiana warunków umowy stanowiącej załącznik nr 3.3 do SIWZ.

Jednocześnie przychylamy się do Państwa argumentacji, że w przypadku istotnej zmiany okoliczności wynikającej z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, na przykład istotnego wzrostu poziomu opłaty marszałkowskiej przy jednoczesnym wykazaniu, przez Państwa związku przyczynowo-skutkowego w odniesieniu do ponoszonych kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, a tym samym ceny ofertowej, zasadnym jest rozważenie renegotjacji warunków współpracy uwzględniających tę obiektywną i trudną wcześniej do wkalkulowania w ofertę cenową okoliczność.”

W dniu 9 grudnia 2016 r. Wykonawca XXX przedłożył wymagane w rozdziale VI pkt 5 SIWZ dokumenty.

W dniu 16 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części III postępowania oferty Wykonawcy XXX.

W dniu 29 grudnia 2016 r. zawarto pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą XXX umowę nr 97/2016 w sprawie części III niniejszego postępowania. W dniu 30 grudnia 2016 r. zawarto aneks nr 1 do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. o następującej treści:

§ 1.

- 1. Strony umowy zgodnie oświadczają, iż w umowie nr 97/2016 z dnia 29.12.2016 r. wprowadza się następujące zmiany:
w § 8 dodaje się pkt 8b w brzmieniu:*

„W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wynikającej ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa w obszarze gospodarki odpadami, mającej wpływ na realizację umowy, a w szczególności wysokość ceny ofertowej, o której mowa w § 4 ust. 1:

- Wykonawca może odstąpić od umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dowiedzenia istotnego wpływu zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na realizację umowy albo*
- Strony Umowy ustalą nowe warunki umowy wynikające z wprowadzenia zmiany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa uwzględniających okoliczności niemożliwe do przewidzenia na dzień podpisywania umowy.”*

§ 2.

- 1. Pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian.*
- 2. Aneks wchodzi w życie z dniem 01.01.2017 r..*
- 3. Aneks sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednej dla każdej ze Stron.*

Należy wskazać, iż z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż Wykonawca XXX zaoferował wykonanie zamówienia objętego częścią III postępowania za cenę w kwocie 19.400.000,00 zł brutto, oferując cenę jednostkową w kwocie 270,00 zł brutto za zagospodarowanie 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 oraz odległość instalacji od centrum W(...) – 29,4 km.

Jednocześnie, w formularzu ofertowym Wykonawca oświadczył, że cena ofertowa obejmuje wszystkie zobowiązania finansowe i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia, a także że zapoznał się z SIWZ oraz dokumentami stanowiącymi integralną część SIWZ, w tym z projektem umowy, co w konsekwencji oznacza akceptację zapisów umownych zawartych we wzorcu stanowiącym załącznik nr 3.3 do SIWZ (rozdział XVI pkt 4 SIWZ).

W związku z powyższym należy uznać, iż korespondencja prowadzona w dniach 7-9 grudnia 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą XXX dotycząca renegotjacji warunków umowy, której wzór stanowi załącznik nr 3.3 do SIWZ, w zakresie możliwości zmiany wynagrodzenia oraz odstąpienia od umowy przez wykonawcę po dacie wejścia w życie rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska, którego projekt opublikowano w dniu 28 listopada 2016 r. na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, stanowi zakazane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004 negocjacje dotyczące złożonej oferty.

Ponadto w wyniku ww. negocjacji zawarto w dniu 30 grudnia 2016 r. aneks nr 1 do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r., na mocy którego umożliwiono Wykonawcy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wynikającej ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa

w obszarze gospodarki odpadami, mającej wpływ na realizację umowy, a w szczególności wysokość ceny ofertowej, o której mowa w § 4 ust. 1:

- odstąpienie od umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dowiedzenia istotnego wpływu zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na realizację umowy albo
- ustalenie z Zamawiającym nowych warunków umowy wynikających z wprowadzenia zmiany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa uwzględniających okoliczności niemożliwe do przewidzenia na dzień podpisywania umowy.

Należy zaznaczyć, iż wprowadzone aneksem nr 1 zmiany umowy mają charakter istotny, gdyż naruszają równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie, a także wprowadzają warunki, które jeśli byłyby zawarte pierwotnie w umowie to mogłyby wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia.

Odnosząc się do przesłanek umożliwiających dokonanie zmian w treści umowy należy wyjaśnić, iż w niniejszym stanie faktycznym one nie występują. Pierwotna umowa nie uwzględniała możliwości zmiany wynagrodzenia (w § 4 ust. 4 umowy wskazano wprost: *Ceny jednostkowe określone w Umowie pozostają niezmiennie w okresie obowiązywania umowy*) ani odstąpienia od umowy przez wykonawcę. Zatem, nie było możliwe dokonanie ww. zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Wprowadzone zmiany mają charakter istotny, co wyklucza możliwość zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 możliwe jest wprowadzenie istotnych zmian do treści umowy, gdy konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć oraz gdy wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Natomiast, w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 zawarto uprawnienie do wprowadzenia zmian w treści umowy w przypadku, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi.

W tym miejscu należy wskazać, iż wprowadzone na mocy aneksu nr 1 do nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. zmiany mają charakter blankietowy, gdyż w dniu ich wprowadzenia nie było możliwym ustalenie wartości zmiany: wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz kosztów, jakie Zamawiający poniesie w konsekwencji odstąpienia Wykonawcy od umowy. Zatem, treść zmian wprowadzonych ww. aneksem do umowy nr 97/2016 nie uprawnia do skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 144 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp2004.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez negocjacje dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków

odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a następnie: art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp2004 poprzez wprowadzenie do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. istotnych zmian w powyższym zakresie bez wystąpienia ku temu ustawowych przesłanek.

Powyższe naruszenia mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż bez uzyskania zgody na wprowadzenie zmian w treści umowy Wykonawca XXX mógłby nie podpisać umowy w sprawie niniejszego zamówienia, natomiast gdyby zmiany dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków odstąpienia od umowy przez wykonawcę zostały zawarte w pierwotnej umowie nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. to mogłoby to wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem przedmiotowego zamówienia.

Przykład 3.

Zamawiający w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron umowy zwiększył cenę jednostkową biletu miesięcznego w drodze aneksu nr 1 bez określenia o ile wskutek tej zmiany wzrośnie lub obniży się wynagrodzenie wykonawcy.

Kontrola doraźna KND/10/20/DKZP z dnia 10.06.2020 r. postępowania dotyczącego dowożenia dzieci do szkół wszczętego w dniu 11.07.2019 r. wykazała naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2) ppkt a) i b) ustawy Pzp2004 oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pz2004, poprzez dokonanie zmiany umowy z dnia 30 sierpnia 2019 r. dotyczącej usługi dowożenia dzieci do szkół w roku szkolnym 2019/2020, polegającej na zwiększeniu ceny jednostkowej biletu miesięcznego w drodze aneksu nr 1, pomimo że nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem. Umowa nr 42/IP/2019, dalej jako „Umowa”, zawarta w dniu 30 sierpnia 2019 r. pomiędzy zamawiającym, a Wykonawcą (...), wyłonionym w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w § 5 przewidywała następujące postanowienia w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy:

1. *Ustalona wartość zamówienia na podstawie SIWZ oraz oferty wykonawcy wynosi 190 188,00 zł brutto [słownie: (...)].*
2. *Cena jednostkowa biletu miesięcznego dla jednego ucznia wynosi:
Cena netto: 58,70 zł, VAT 8% w kwocie 4,70 zł
Cena brutto: 63,40 zł
[słownie: (...)].*
3. *Przewoźnikowi za wykonanie przewozu dzieci przysługuje wynagrodzenie Zamawiającego w wysokości stanowiącej sumę cen jednostkowych biletów miesięcznych dostarczonych mu w danym miesiącu.*

4. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, płatne będzie przelewem na rachunek wskazany na fakturze, w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury.
5. Płatności będą odbywały się na podstawie comiesięcznych faktur wystawianych przez Wykonawcę.
(...).

W tym samym dniu (30 sierpnia 2019 r.) Zamawiający podpisał z ww. Wykonawcą Aneks nr 1 do Umowy nr (...), powołując się na § 10 ust. 1 pkt 6 Umowy. Na mocy przedmiotowego Aneksu § 5 ust. 1 i 2 Umowy otrzymał brzmienie:

- „1. Ustalona wartość zamówienia na podstawie SIWZ oraz oferty wykonawcy wynosi 178 523,14 zł brutto [słownie: (...)].
2. Cena jednostkowa biletu miesięcznego dla jednego ucznia wynosi:
Cena netto: 64,57 zł, VAT 8% w kwocie 5,17 zł
Cena brutto: 69,74 zł.”

Na wezwanie Urzędu o podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego, na podstawie którego dokonano zmiany przedmiotowej umowy, Zamawiający wyjaśnił, że: „w umowie nr (...) z dnia 30 sierpnia 2019 r. na „Dowożenie dzieci do szkół (...) w roku szkolnym 2019/2020” Zamawiający dokonał zmiany umowy w zakresie podniesienia ceny biletu miesięcznego z kwoty 63,40 zł (wskazanej w formularzu ofertowym wykonawcy, któremu udzielono zamówienia) do kwoty 69,74 zł. Powyższa zmiana została dokonana na podstawie § 10 ust. 1 pkt 6 umowy nr (...) z dnia 29 sierpnia 2019 r. w związku z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn.). Należy w tym miejscu podkreślić, że „ustawa dopuszcza możliwość zmian umowy dokonywanych tylko ze względu na ich małą wartość. Można przyjąć, że zmiana o wartości poniżej 10% określonej w umowie wartości (...) usług (...) jest zmianą finansowo nieistotną. Można jej dokonać, jeżeli mieści się poniżej kwot określonych dla progów unijnych ” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 15. wydanie, Warszawa 2019, s. 705).

Podstawą faktyczną dokonania zmiany przedmiotowej umowy było zaistnienie sytuacji polegającej na znacznej różnicy pomiędzy planowaną liczbą dowożonych dzieci a faktyczną liczbą dzieci do dowożenia. Zaistniała rozbieżność nie wynikała jedynie ze zwykłej rotacji uczniów, ale także ze wskazania błędnej liczby uczniów dojeżdżających przez poszczególne szkoły, a co za tym idzie, podania w SIWZ przez Zamawiającego zawyżonej liczby uczniów dowożonych.

Z uwagi na fakt, że znaczne zmniejszenie uczniów uznano za okoliczność, która wywołałaby negatywne konsekwencje dla Wykonawcy, niezawinione przez niego, ale powodujące dla niego stratę w wyniku znacznie obniżonych wpływów ze sprzedaży biletów miesięcznych dla uczniów przy utrzymaniu kosztów wykonania zamówienia na dotychczasowym poziomie, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą, na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, dokonali zmiany umowy w zakresie stawki

jednostkowej za bilet miesięczny oraz ogólnej wartości zamówienia. Zmiana dokonana przez Strony nie modyfikowała również równowagi ekonomicznej umowy na korzyść żadnej ze Stron, natomiast miała na celu właśnie zachowanie powyższej równowagi. Dominująca pozycja Zamawiającego i działania przez niego podejmowane nie powinny bowiem w żaden sposób wpływać negatywnie na sytuację Wykonawcy. W związku z powyższym, po przeanalizowaniu zaistniałych okoliczności, uzasadniona była zmiana umowy w granicach przewidzianych przepisami prawa oraz zapisami w dokumentacji przetargowej, zmierzająca do przywrócenia równowagi pomiędzy kosztami wykonania zamówienia a przychodami dla Wykonawcy z tego tytułu przy jednoczesnym zachowaniu dotychczasowego charakteru umowy.

Należy podkreślić również, że dokonana zmiana nie jest istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz nie zmieniała ogólnego charakteru umowy.”

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający w rozdziale 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym „Opisu przedmiotu zamówienia” zamieścił m.in. zapisy o następującym brzmieniu:

„4) Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług przewozowych autobusami w celu dowiezienia dzieci z miejsca zamieszkania do: (...) i z powrotem ze szkoły do miejsca zamieszkania ucznia zgodnie z trasami określonymi w niniejszej SIWZ.

12) Wielkość zamówienia: dzienna liczba kilometrów wynikająca z sumy poszczególnych tras – około 400 km; orientacyjna liczba dzieci dowożonych – około 300 dzieci (ilość uczniów dowożonych może w trakcie obowiązywania umowy ulec nieznacznym wahaniom).

Wykonawca przedstawi cenę za bilety miesięczne i w oparciu o powyższe dane wyliczy wartość zamówienia.

Treść rozdziału 19 SIWZ (Sposób obliczania ceny ofertowej) stanowiła, że:

19.1 Cena oferty powinna być obliczona w złotych polskich.

19.2 Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

19.3 Cenę ofertową netto oraz cenę ofertową brutto (z podatkiem VAT) za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w formularzu oferty stanowiącym załącznik 1 do niniejszej SIWZ.

19.4 Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen.

19.5 Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty oraz okres wykonania zamówienia.”

Zgodnie z treścią formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawca był zobowiązany do podania ceny netto/brutto za bilet miesięczny, a także łączną cenę netto/brutto za wykonanie zamówienia.

Stosownie do treści pkt 24 SIWZ określającego istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział, że:

„24.1. Umowa zawarta zostanie z uwzględnieniem postanowień wynikających z treści niniejszej specyfikacji oraz danych zawartych w ofercie.

24.2. Postanowienia umowy zawarto we wzorze umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SIWZ.

24.3. (...) możliwość wprowadzenia zmian do zawartej umowy, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy, w sposób i na warunkach szczegółowo opisanych we wzorze umowy.

24.4. Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

24.5. W razie zaistnienia zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

24.6. Zmiany umowy dopuszcza się w formie pisemnego aneksu.”

Treść § 10 wzorca umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, obejmowała następujący katalog dopuszczalnych zmian umowy, którego treść pokrywa się z treścią art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004:

„1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;

2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych usług od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

- 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:
- a) konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
 - b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie;
- 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:
- a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt. 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
 - c) w wyniku przejścia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;
- 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy PZP;
- 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi.”

W świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron, stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Stąd też, dyspozycja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna.

Rozpatrując możliwość zmiany/waloryzacji wynagrodzenia zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych należy w szczególności taką sytuację rozpatrywać na gruncie przepisów art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 6 ustawy Pzp2004⁹.

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość

⁹ Por. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego> [dostęp w dniu 5 czerwca 2020 r.].

wprowadzenia zmian do umowy, polegających na waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w oparciu o klauzule kontraktowe. Na gruncie tego przepisu treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te zasadniczo już na etapie, w którym potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia, ograniczą i minimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z tych podmiotów na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym.

Dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 pozwala zatem instytucji zamawiającej już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na zabezpieczenie prawidłowego toku realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul kontraktowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej) będącej efektem realizacji zawartej umowy, instytucje zamawiające powinny formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie w jakim instytucja zamawiająca jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków - celowym jest by takie zapisy stanowiły element dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż tylko takie działanie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów daje zasadniczo możliwość, dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule kontraktowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, iż polski ustawodawca w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 jako szczególny element umowy o wykonanie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule umowne wskazał wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo, klauzule dostosowawcze w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.

W myśl art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50 % wartości pierwotnej umowy. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością.

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach

danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zamiany również w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy.

Uwzględniając powyższe, należy wskazać, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Niewłaściwym byłoby zastosowanie ww. przepisu w okolicznościach, gdy zmiana umowy polegałaby tylko na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, które miałyby na celu wyłącznie zmianę ceny realizacji świadczenia. Powyższe znajduje swoje uzasadnienia w szczególności w treści art. 72 ust. 2 będącego źródłem normy prawnej określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, który odwołuje się do zmiany „wartości modyfikacji”, a nie „wzrostu ceny”.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na ustalony wyżej stan faktyczny w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wbrew zapisom pkt 24.3 SIWZ, w którym wskazano, że Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do zawartej umowy, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, w sposób i na warunkach szczegółowo opisanych we wzorze umowy, Zamawiający Gmina XXX nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji ani we wzorze umowy zapisów konkretyzujących warunki ewentualnej zmiany umowy w zakresie wzrostu ceny jednostkowej biletu miesięcznego dla jednego ucznia. Za takie zapisy nie może zostać na pewno uznana treść § 10 wzorca umowy, stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, które faktycznie stanowią powtórzenie treści przepisu art. 144 ust.1 pkt 1 – 6 ustawy Pzp2004. W końcu należy zauważyć, że Zamawiający w treści pkt 19.5 SIWZ, dotyczącego sposobu obliczenia ceny zastrzegł, że Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty oraz okres wykonania zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że podwyższenie ceny jednostkowej biletu miesięcznego w drodze Aneksu nr 1 do Umowy z 30 sierpnia 2019 r. nie spełniała przesłanek, określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Podobnie, waloryzacja przedmiotowej ceny jednostkowej nie może zostać uznana za dopuszczalną na gruncie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wskazany przez Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu powód dotyczący błędnego szacowania ilości uczniów dowożonych do szkoły nie stanowi okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, należy wskazać, że za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zawsze odpowiada instytucja zamawiająca także wówczas, gdy polega na danych podawanych przez jednostki jej podległe. Zatem ewentualne błędne dane przekazane przez szkoły nie usprawiedliwiają Zamawiającego. Błędy Zamawiającego nie stanowią także okoliczności o charakterze obiektywnym.

Udzielone wyjaśnienia pozwalają także wywieść, że zmniejszona liczba uczniów wynikała zarówno ze wskazania błędnej liczby uczniów dojeżdżających przez poszczególne szkoły, jak z powodu

zwykłej rotacji uczniów. „Zwykła” rotacja na pewno nie należy do okoliczności, których działając z należytą starannością zamawiający nie mógł przewidzieć. W ocenie Urzędu Zamawiający liczył się ze zmianą liczby uczniów mogących korzystać z biletów miesięcznych, o czym świadczą zapisy pkt 3.12 SIWZ: orientacyjna liczba dzieci dowożonych – około 300 dzieci (ilość uczniów dowożonych może w trakcie obowiązywania umowy ulec nieznacznym wahaniom)¹⁰.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Obowiązek przewidywania takich zdarzeń przez strony zawierające umowę powinien być postrzegany w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować - w świetle art. 355 Kodeksu cywilnego - dłużnik. Niemożność przewidzenia okoliczności powodujących konieczność zmiany umowy powinna być oceniana także z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności konkretnego zamawiającego oraz wykonawcy, będącego - co do zasady - przedsiębiorcą. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonjunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Wyjaśnienia Zamawiający nakazują przyjąć, że okoliczności zmiany liczby uczniów, ani pod względem skali, ani jej przyczyn nie była obiektywnie nieprzewidywalna.

Należy nadmienić, że Zamawiający przygotowując ww. postępowanie o udzielenie zamówienia mógł wskazać poza szacowaną liczbą uczniów, także minimalną i pewną liczbę uczniów, korzystających z biletów miesięcznych, czego Zamawiający nie uczynił. W końcu rozliczenie miało następować w oparciu o liczbę faktycznie sprzedanych biletów miesięcznych.

W odniesieniu do przesłanki określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, do której Zamawiający odwołuje się bezpośrednio, należy zauważyć, że w drodze przedmiotowego Aneksu Zamawiający dopuścił (niezależnie od zmniejszenia łącznej ceny ofertowej z kwoty 190 188,00 zł brutto do 178 523,14 zł brutto) zmianę ceny jednostkowej zwiększając ją z kwoty 63,40 zł (wskazanej w formularzu ofertowym wykonawcy, któremu udzielono zamówienia) do kwoty 69,74 zł, co nie ma bezpośrednio żadnego związku ze zmianą zakresu świadczenia, a stanowi zmianę przedmiotowo istotnego elementu oświadczenia woli zawartego w ofercie oraz umowie nr 42/IP/2019.

Zatem należy uznać, że zmiana w zakresie stawki jednostkowej za wykonanie przedmiotu zamówienia (cena 1 biletu miesięcznego) nie mieściła się w dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy

¹⁰ Jak wynika z notatki z dnia 10 września 2019 r. zawartej w dokumentacji kontrolowanego postępowania liczba to zmniejszyła się do 256 uczniów.

Pzp2004. Należy również podnieść, że nie jest możliwe ustalenie – biorąc pod uwagę całokształt zapisów wzoru umowy dotyczących obliczania wynagrodzenia wykonawcy – o ile wskutek tej zmiany wzrośnie lub obniży się wynagrodzenie wykonawcy. Zamawiający w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazał, że celem dokonania tej zmiany było przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy w związku ze znacznym zmniejszeniem liczby faktycznie dowożonych dzieci w stosunku do przewidywanego na etapie sporządzania SIWZ (300 dzieci). Nie wyjaśnia jednak, co rozumie przez „znaczące zmniejszenie” i jaką liczbę dzieci brał pod uwagę sporządzając kwestionowany Aneks do umowy w dniu zawarcia Umowy nr 42/IP/2019. Liczba ta nie wynika również z treści tego Aneksu. Podzielenie kwoty łącznej 178 523,14 zł brutto przez 10 miesięcy wykonania zamówienia, a tej z kolei kwoty przez cenę 1 biletu daje liczbę 255, możliwe więc, że takie było założenie wyjściowe do przyjęcia Aneksu. Nie znajduje jednak ono potwierdzenia ani w treści umowy, ani w wyjaśnieniach Zamawiającego. Nie wiadomo również, czy kwota 178 523,14 zł brutto wyliczona na podstawie stawki jednostkowej 69,74 zł jest to maksymalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy, brak jest bowiem takiego zastrzeżenia, zaś zgodnie z ust. 3 Umowy przewoźnikowi za wykonanie przewozu dzieci przysługuje wynagrodzenie Zamawiającego w wysokości stanowiącej sumę cen jednostkowych biletów miesięcznych dostarczonych mu w danym miesiącu (czyli niezależnie od ich faktycznej liczby – która może być zarówno dużo mniejsza, jak i dużo większa od zakładanej). W świetle powyższego nie ma znaczenia, że zmiana w zakresie zarówno kwoty stawki jednostkowej, jak i kwoty łącznej nie przekracza progu 10%. Wobec nie podania w Umowie założeń co do liczby dzieci, będącej podstawą kalkulacji ceny, oraz nie określenia czy kwota w § 5 ust. 1 stanowi maksymalną kwotę wynagrodzenia oraz uzależnienia kwoty wypłaty wykonawcy od liczby faktycznie zakupionych biletów, wprowadzona zmiana może w praktyce skutkować zarówno zmniejszeniem, jak i zwiększeniem wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do planowanego na etapie składania oferty (opartego na liczbie 300 dzieci, wynikającej z SIWZ), przy czym rzeczywisty poziom tego zmniejszenia lub zwiększenia jest niemożliwy do ustalenia na moment podpisania Aneksu. Wprowadzona zmiana umowy może zatem w praktyce skutkować dowolną zmianą w zakresie kwoty wynagrodzenia wykonawcy (wynikającą z faktycznej liczby przewożonych dzieci), co należy uznać za zmianę nie wypełniającą dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jest to również zmiana istotna, ponieważ stanowi ona okoliczność mogącą mieć wpływ na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu innych wykonawców, aniżeli miało to miejsce na podstawie warunków określonych w SIWZ, co nakazuje przyjąć że zmiana taka była zmianą istotną w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1e pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Bez wątplenia zmiana ta naruszała także równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w umowie, powodowała bowiem wzrost ceny jednostkowej, co było dla wykonawcy korzystne. Powyższe oznacza, że zmiana ceny jednostkowej była również nieuprawniona w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, że Zamawiający dokonując zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 sierpnia 2019 r. dotyczącej usługi dowożenia dzieci do szkół na terenie gminy S(...) w roku szkolnym 2019/2020 w zakresie zmiany ceny jednostkowej biletu miesięcznego naruszył art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 1 e pkt 2) ppkt a) i lit. b) ustawy Pzp2004, a jednocześnie przedmiotowa zmiana była niedopuszczalna w oparciu o przepisy art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zmiana umowy ingerowała w założenia leżące u podstaw kalkulowania ceny oferty i gdyby była przewidziana w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postępowaniu tym mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty o innej treści.

W dniu 19.06.2020 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes UZP nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 09.07.2020 r. (sygn. akt: KIO/KD 38/20) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Przykład 4.

Zamawiający miał prawo do zmiany na etapie realizacji zamówienia stawki podatku VAT w celu dostosowania stawki VAT do obowiązującej interpretacji przepisów ustawy o podatku od towarów i usług poprzez wprowadzenie zmian do umowy ramowej.

WK/133/22/DKZP - we wniosku o kontrolę doraźną postępowania wskazano na naruszenie przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp2004, poprzez zastosowanie w trakcie realizacji umowy do pozycji oznaczonej jako koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną – w wywozie z Polski (część II § 5 pkt 2 Cennika) stawki podatku VAT w wysokości 0%, a tym samym na wystąpienie przesłanek do skorzystania przez Prezesa Urzędu z uprawnienia przewidzianego w art. 144a ustawy Pzp 2004.

Przedmiot zamówienia został określony jako: świadczenie usług celno-spedycyjnych (...) przedmiotem, których będzie sprzęt wojskowy (...) (Zamawiający przewiduje możliwość rozszerzenia ilości jednostek obsługiwanych o nie więcej niż pięć).

Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów działu III rozdziału 4a ustawy Pzp2004 jako dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Pismem z dnia 18 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę Konsorcjum firm: XXX. W dniu 28 grudnia 2020 r. Konsorcjum firm: YYY wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia XXX, pomimo tego, że Konsorcjum XXX złożyło ofertę niezgodną z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu oraz popełniło błąd w obliczeniu ceny w zakresie Części I §1 pkt 1 ppkt 2 oraz dodatkowo ppkt 3-6 „Cennika” - „Stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym”, gdzie Konsorcjum XXX zaoferowało stawki, które nie są stawkami za bezpośredni lub pośredni „przewóz samolotem” przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (tj. stawkami za przewóz tych przesyłek na całej trasie wyłącznie samolotem z międzylądowaniem lub bez międzylądowania);
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum XXX, pomimo tego, że w Części I §1 pkt 1 ppkt 2 oraz dodatkowo ppkt 3-6 „Cennika” - „Stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym” Konsorcjum XXX zaoferowało rażąco niskie ceny oraz dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu stawek dumpingowych, ponieważ nawet gdyby hipotetycznie założyć, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum XXX w Części I §1 pkt 1 ppkt 2-6 „Cennika” faktycznie dotyczą bezpośredniego lub pośredniego „przewozu samolotem” przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (tj. przewozu tych przesyłek na całej trasie wyłącznie samolotem z międzylądowaniem lub bez), to Konsorcjum XXX nie mogłoby wykonać tej usługi bez ponoszenia straty. Koszty przewozu samolotem przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (niezależnie od tego czy odbywa się to z międzylądowaniem czy bez międzylądowania) w rzeczywistości są bowiem znacząco wyższe od tych, które zaoferowało Konsorcjum XXX w Części I §1 pkt 1 ppkt 2-6 „Cennika”;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum XXX pomimo tego, że w Części II §5 pkt 2 „Cennika” - Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski - Konsorcjum XXX przyjęło niewłaściwą stawkę podatku VAT, tj. stawkę VAT w wysokości 0%, podczas gdy właściwą stawką podatku VAT dla tej pozycji „Cennika” winna być stawka w wysokości 23%;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum XXX, pomimo tego, że w Części II §7 pkt 3 i 4 „Cennika” dotyczących okresu składowania przesyłek w magazynie czasowego składowania wykonawcy, który to okres jest zwolniony z opłaty składowego oraz cen za składowanie przesyłek

po upływie tego okresu - Konsorcjum XXX zaoferowało rażąco niską cenę oraz dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu stawki dumpingowej, ponieważ zaoferowanie stawki w wysokości 0,05 zł netto/kg/dzień składowania (tj. 0,06 zł brutto/kg/dzień składowania) przy jednoczesnym zwolnieniu z opłat składowego przez okres 60 dni uniemożliwia wykonanie tej usługi przez Konsorcjum XXX bez ponoszenia straty;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum XXX z postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum XXX co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. informacje udzielone przez Konsorcjum XXX w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczących pozycji Części II §7 pkt 4 „Cennika”, z których wynika, że B będący członkiem Konsorcjum XXX „posiada swój własny magazyn czasowego składowania w Polsce zlokalizowany przy (...)”, co ostatecznie doprowadziło do tego, że Konsorcjum XXX nie przedstawiło żadnych kosztów posiadania i obsługi tego magazynu, w tym kosztu najmu od faktycznego właściciela - A, w wyniku czego Zamawiający uznał, iż stawka zaoferowana przez Konsorcjum XXX w Części II §7 pkt 4 „Cennika” nie jest rażąco niska;

6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez wybór oferty Konsorcjum XXX jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo tego że oferta Konsorcjum XXX powinna zostać odrzucona, zaś zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego;

ewentualnie:

7. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum XXX do złożenia wyjaśnień oraz złożenia odpowiednich dowodów w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 2004 w zakresie wyliczenia cen oraz kosztów dla pozostałych pozycji Części I §1 pkt 1 „Cennika” (tj. ppkt 3-6, bez ppkt 2, tj. przedziału wagowego 50kg - 100kg, w stosunku do którego Zamawiający wystosował już takie wezwanie), pomimo tego, że wysokość tych stawek powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia przez Konsorcjum XXX w zakresie usług określonych w tej części „Cennika”;

8. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo tego, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie w jakim w Części II §1 pkt 2 „Cennika” - Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski - Konsorcjum XXX oraz Konsorcjum YYY przyjęły różne stawki podatku VAT dla tożsamej usługi (tj. odpowiednio 0% oraz 23%), co zostało

zaakceptowane przez Zamawiającego, podczas gdy przyjęcie takiego stanowiska powoduje, że oferty tych wykonawców są nieporównywalne.

W dniu 28 grudnia 2020 r. Konsorcjum firm: XXX wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 poprzez jego niezastosowanie do oferty Konsorcjum YYY, podczas gdy Konsorcjum YYY w zakresie pozycji zawartej w części II §5 ust. 4 cennika tego wykonawcy zaoferowało stawkę niezgodną z wprost wyartykułowanymi założeniami zawartymi w treści SIWZ, w szczególności w uwadze do cennika nakazującej wykonawcom uwzględnienie w ramach omawianej pozycji także (i) kosztu rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanych przez operatora portu lotniczego lub morskiego, (ii) kosztu delegacji/pracy funkcjonariusza celnego wg urzędowych stawek, (iii) kosztu delegacji pracownika - jeżeli taka konieczność zaistnieje,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 poprzez jego niezastosowanie do oferty Konsorcjum YYY, podczas gdy Konsorcjum YYY w zakresie pozycji zawartej w części II §5 ust. 2 cennika tego wykonawcy zaoferowało stawkę podatku od towarów i usług (VAT) niezgodną z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług („ustawa o VAT”), co skutkowało tym, że wskazana cena obarczona jest błędem, którego nie sposób poprawić na gruncie obowiązujących przepisów PZP,
3. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące brakiem udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum YYY stanowiących odpowiedzi tego wykonawcy na wezwania z 11 grudnia 2020 r. o nr (1) IU/ZZZ/12457/20, (2) IU/ZZZ/12458/20 oraz (3) IU/ZZZ/12459/20, podczas gdy Konsorcjum YYY nie wykazało spełnienia przesłanek uprawniających tego wykonawcę do zastrzeżenia w całości udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień, a w szczególności nie wykazało w jakikolwiek sposób konieczności utajnienia całych dokumentów, wartości gospodarczej informacji zawartych w tych dokumentach ani działań podjętych w celu ochrony informacji podlegających zastrzeżeniu.

Wyrokiem z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, KIO 3515/20, Krajowa Izba Odwoławcza:

1. uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: YYY w zakresie przyjęcia przez Konsorcjum firm: XXX niewłaściwej stawki podatku VAT i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum firm: XXX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła.
2. Oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: XXX.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: *Skoro Zamawiający w Części II § 5 pkt 2 Cennika wskazał na konieczność wyceny wszystkich czynności związanych z odprawą celną — w wywozie z Polski (w tym: opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w eksporcie) to nie ograniczył ich palety tylko do tych o charakterze bezpośrednim. Wyliczenie podane przez Zamawiającego ma charakter przykładowy. Zatem, przedmiotem świadczenia Zamawiającego mogą być nie tylko czynności bezpośrednio związane z organizacją eksportu towarów czy też usługi związane bezpośrednio z eksportem towarów, ale też wszelkie czynności lub usługi, które nawet pośrednio związane są z eksportem towarów.*

W związku z powyższym nie sposób twierdzić, że w niniejszej sprawie można zastosować stawkę 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 21 ustawy z 9 grudnia 2019 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 106), zgodnie z którym stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług związanych bezpośrednio z eksportem towarów: a) dotyczących towarów eksportowanych polegających na ich pakowaniu, przewozie do miejsc formowania przesyłek zbiorowych, składowaniu, przeładunku, ważeniu, kontrolowaniu i nadzorowaniu bezpieczeństwa przewozu, b) świadczonych na podstawie umowy maklerskiej, agencyjnej, zlecenia i pośrednictwa, dotyczących towarów eksportowanych. Gdyby zakres działań miał dotyczyć wyłącznie usług, które mogą podlegać opodatkowaniu 0% stawką VAT treść Cennika powinna wskazywać, że przedmiotem wyceny mają być np. koszty wszystkich czynności bezpośrednio związanych z odprawą celną — w wywozie z Polski (tj. opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w eksporcie). Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 stycznia 1998 roku I SA/Ka 987/96 ustawodawca nie sformułował zamkniętego katalogu usług związanych bezpośrednio z eksportem towarów, nie oznacza to jednak, że w grę wchodzi każda czynność nakierowana na eksportowany towar. Czynność ta musi być podobna w swym charakterze do przykładowo wymienionych w przepisie. Wymienione w przepisie czynności dotyczą wyraźnie już samego etapu ekspediowania towaru do zagranicznego odbiorcy. Oznacza to, że prawo do zastosowania stawki 0% wyłącznie dla czynności związanych bezpośrednio z eksportem towarów jest reglamentowane i korzystają z niej usługi, które ściśle wiążą się z realizacją transakcji eksportowej. Tym samym nie obejmują one wszystkich czynności związanych z odprawą celną. Jako przykład takich czynności Izba uznała czynności wskazane przez Odwołującego 1 w postępowaniu odwoławczym KIO 3515/20, gdzie Odwołujący 1 był Przystępującym i podawał jako przykłady następujące czynności: obsługę zewnętrznego systemu kontroli w eksporcie, analizy prawne, druk naklejek, artykuły niezbędne do zabezpieczenia palet, druki neutralne AWB, tłumaczenia (czy to faktur czy też innych dokumentów), gdzie do wszystkich ww. czynności zastosowanie będzie miała stawka 23%. Równocześnie już w samych wyjaśnieniach Konsorcjum YYY

wskazało, że przykładem innej czynności niezwiązanej bezpośrednio z eksportem, ale koniecznej do przeprowadzenia w przypadku niejasności taryfowych jest np. pozyskanie w imieniu Zleceniodawcy Wiążącej Informacji Taryfowej za pośrednictwem PUESC, czy też uzyskanie świadectwa pochodzenia towaru, wykonanie dokumentacji fotograficznej lub technicznej, albo tłumaczenie dokumentów obcojęzycznych. Odniesienie się do powyższych przykładów przez XXX było pobieżne i w zasadzie koncentrowało się na zanegowaniu tezy bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia. Zresztą opis czynności zleconych przez Zamawiającego ma charakter orientacyjny, dotyczy towarów i sytuacji typowych oraz może ulec zmianie, co w zasadzie nadaje mu postać zdarzenia przyszłego i niepewnego. W ocenie Izby wszystkie czynności związane z odprawą celną nie stanowią też jednej usługi kompleksowej, są to pojedyncze czynności, do których stosuje się zarówno stawkę 0%, jak i stawkę 23% VAT. W ramach „wszystkich czynności związanych z odprawą celną” nie będą znajdować się takie świadczenia, które można uznać za świadczenie główne i pomocnicze. Jak słusznie zauważył Odwołujący 1 przykładowo wystąpienie o uzyskanie Wiążącej Informacji Taryfowej (23% VAT) nie jest świadczeniem pomocniczym np. wobec opracowania zgłoszenia celnego (0% VAT). W przypadku gdy transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich jest ona dokonywana, w celu określenia, czy chodzi o dwa lub więcej świadczenia odrębne, czy też o świadczenie jednolite (tak m.in. wyrok TSUE z dnia 29 marca 2007 roku, sygn. C-111/05). Zatem zasadą jest, iż każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne i dopiero gdy zostanie uznane, że co najmniej dwie czynności dokonywane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter to do całości świadczenia może mieć zastosowanie jedna stawka VAT (tak m.in. wyroki TSUE: z dnia 18 stycznia 2018 r, sygn. C-463/16).

Izba podzieliła również argumentację Odwołującego 1, że potwierdzeniem dokonania eksportu jest wygenerowanie odpowiedniego komunikatu przez władze celne (w tym również innych państw UE), a więc instytucje na funkcjonowanie których wykonawca nie ma wpływu. W przypadku opóźnienia wydania takiego komunikatu w momencie wystawienia faktury nie jest możliwe udokumentowanie zgodnie z wymaganiami ustawy VAT, iż taki eksport został dokonany. W konsekwencji, z przyczyn niezależnych od wykonawcy, tj. braku dostarczenia lub wygenerowania odpowiednich dokumentów przez podmioty trzecie, wykonawca może nie być uprawniony do zastosowania stawki 0% VAT. Potwierdza to wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 lutego 2017 r. I FSK 1253/15, gdzie wskazano, że zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami dla zastosowania 0% stawki podatku VAT z tytułu eksportu towarów niezbędne jest otrzymanie przez podatnika, przed złożeniem deklaracji podatkowej za dany miesiąc, dokumentu potwierdzającego wywóz towaru poza terytorium Wspólnoty. W razie ostatecznego nieotrzymania tego dokumentu mają zastosowanie stawki właściwe dla dostawy tego towaru na terytorium kraju (...) okoliczność faktycznego wywozu towarów udokumentowanego

spornymi fakturami z terytorium kraju na Białoruś i jedynie z uwagi na fakt, że spółka nie posiadała dokumentów celnych potwierdzających wywóz towarów poza terytorium kraju, tj. z uwagi na fakt, że spółka nie spełniała warunków zastosowania stawki 0%, określonych w art. 2 pkt 8 w związku z art. 41 ust. 6 ustawy VAT, do spornych transakcji na podstawie art. 41 ust. 7 ustawy VAT, zastosowanie znajduje podstawowa stawka VAT, właściwa dla dostaw realizowanych na terytorium kraju.

Równocześnie Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom XXX, art. 41 ust. 6a ustawy VAT zgodnie z którym dokumentem, o którym mowa w ust. 6, jest w szczególności: 1) dokument w formie elektronicznej otrzymany z systemu teleinformatycznego służącego do obsługi zgłoszeń wywozowych albo potwierdzony przez właściwy organ celny wydruk tego dokumentu; 2) dokument w formie elektronicznej pochodzący z systemu teleinformatycznego służącego do obsługi zgłoszeń wywozowych, otrzymany poza tym systemem, jeżeli zapewniona jest jego autentyczność; 3) zgłoszenie wywozowe w formie papierowej złożone poza systemem teleinformatycznym służącym do obsługi zgłoszeń wywozowych albo jego kopia potwierdzona przez właściwy organ celny) określa termin, gdyż odwołuje się do ust. 6 gdzie wprost wskazano, że stawkę podatku 0% stosuje się w eksporcie towarów, o którym mowa w ust. 4 i 5, pod warunkiem że podatnik przed upływem terminu do złożenia deklaracji podatkowej za dany okres rozliczeniowy otrzymał dokument potwierdzający wywóz towaru poza terytorium Unii Europejskiej.

Izba podnosi także, że zastosowanie stawek preferencyjnych VAT powinno być interpretowane ściśle i nie należy ich interpretować w sposób rozszerzający, co potwierdza jednolite stanowisko sądów administracyjnych, min. wyrok z dnia 13 listopada 2020 r, sygn. I SA/Kr 921/20; z dnia 25 lutego 2020 r, Sygn. III SA/Wa 1390/19; z dnia 4 grudnia 2019 r, sygn. I SA/Gd 1473/19; z dnia 27 czerwca 2019 r, sygn. III SA/Wa 2702/18; z dnia 23 czerwca 2017 r, sygn. I SA/Kr 232/17. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku o sygn. C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs and Excise, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji. Zatem, tylko ściśle podejście do regulacji związanych z preferencyjnymi stawkami podatku od towarów i usług jest gwarantem zachowania zasad konkurencji na rynku UE i w tym zakresie organy krajowe (zarówno organy podatkowe, jak również sądowe i pozasądowe organy orzekające) są zobligowane do takiego, tj. ścisłego

stosowania tych regulacji. W przeciwnym wypadku, może dojść do nieporównywalności ofert na skutek nieprawidłowego zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT.

Dalej, Izba wskazuje, że złożone przez XXX wyjaśnienia w zakresie zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% są lakoniczne i ograniczają się jedynie do zacytowania przepisu ustawy oraz podkreślenia dotychczasowej praktyki stosowanej przez inny podmiot, tak jakby to owa praktyka przesądzała o zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT. Izba doszła do przekonania, że zarówno złożone wyjaśnienia, jak i stanowisko procesowe XXX nie udowodniły, że nie doszło do zaistnienia błędu w obliczeniu ceny. XXX nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż stawka 23% nigdy nie wystąpi. Za taki dowód nie może być uznana załączona opinia podatkowa, bowiem jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem uczestnika postępowania odwoławczego. Dowodem takim nie może być również załączona do wyjaśnień XXX faktura, z której treści wynika jednak, że dotyczy importu, a nie eksportu.

XXX potwierdziło jedynie w wyjaśnieniach, że będzie w posiadaniu stosownej dokumentacji, o której w mowa w art. 83 ust. 2 ustawy o VAT, zgodnie z którym opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają czynności, o których mowa w ust. 1 pkt 7–18 i 20–22, w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, z której jednoznacznie wynika, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie. Niemniej Izba uznała, że powyższe twierdzenie jest gołosłowne, bowiem w przypadku nieuzyskania odpowiedniego dokumentu wykonawca będzie zmuszony wystawić fakturę VAT niezależnie do przepisów znajdujących się w umowie, gdyż zgodnie z art. 106i ust. 1 ustawy o VAT termin wystawionej faktury wynosi 15 dni po zakończeniu świadczenia usługi i dostawy towaru. Nawet jeśli wykonawca uzyska wskazany dokument w terminie późniejszym to Zamawiający nie będzie mógł już odzyskać podatku VAT. Równocześnie należy wskazać, że postanowienia umowne posługują się sformułowaniem „lub równoważny dokument” (podrozdział 11.2), który nie jest zależny od komunikatu IE 599, a który winien być urzędowo potwierdzony, co może zajmować czas.

Wymaga wskazania, iż Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 zauważył, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 w każdym przypadku, gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp2004. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu

dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

W świetle powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Pismem z dnia 2 marca 2021 r. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, 3515/20, unieważnia dokonaną w dniu 17 grudnia 2020 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: XXX, oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 oferty Konsorcjum firm: YYY.

Z treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowanego w dniu 24 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 058-147862 wynika, że w dniu 5 marca 2021 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum firm: YYY umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r. skargę wniosło Konsorcjum firm: XXX zaskarżając wyrok w zakresie pkt 1, czyli w części rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 3462/20.

Wyrokiem z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 32/21, Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oddalił skargę złożoną przez Konsorcjum firm: XXX wskazując w uzasadnieniu, że *Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie objętym zaskarżeniem dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych. Sąd Okręgowy ustalenia te podziela i uznaje za własne, wobec czego wystarczającym jest odniesienie się do zarzutów skarżących, które w istocie sprowadzają się do zaprezentowania własnej analizy i oceny faktów bez skutecznego podważenia zarzutu odwołującego (YYY) zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum YYY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 d PZP, w sytuacji gdy zawierała ona błąd w obliczeniu ceny oferty. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny. (...)*

W ocenie Sądu Okręgowego nie potwierdza się w materiale dowodowym przekonanie skarżącego, że ewentualna wadliwość wysokości stawki podatku VAT znajdująca się w jego ofercie w Części II § 5 pkt 2 „Cennika” nie miała wpływu na wynik postępowania. (...) Umowa, którą w ramach zamówienia ma zawrzeć zamawiający jest bowiem umową ramową. Zamawiający może nabywać wiele usług o zróżnicowanym rodzaju, zakresie i cenie. Sama umowa tych usług nie precyzuje rodzajowo i jako wyjątek traktuje sytuację, gdy „Cennik” nie określa wynagrodzenia za daną usługę (Podrozdział 11.1 ust. 2 pkt 3). Usługi są opisane w „Cenniku” wraz z cenami konkretnych usług. Ceny usług mają zatem charakter samoistny, co oznacza, że stawki oferowane przez wykonawców nie są cenami składowymi całkowitej ceny oferty, której przecież wykonawcy nie podawali w ofercie. Tym samym każda ze stawek (cen) ujętych w „Cenniku” powinna być wyceniana w sposób realny oraz niezależnie od pozostałych. Oznacza to również, że zamawiający był zobowiązany do badania każdej ze stawek „Cennika” pod kątem rażąco niskiej ceny. Określone w załączniku nr 4 kryteria oceny ofert, co do oceny ofert wykonawców w przedmiocie ujętym w pkt 2. Ppkt II (stawki za usługi wykonawcy i ilość dni wolnych od opłat) określają tylko wzór przyjęty dla poszczególnych kategorii usług do względnej stawki netto, jako podstawa do określenia wynagrodzenia wybranego wykonawcy na etapie realizacji umowy w kontekście stawek, cen, marż i prowizji wykonawcy wskazanych w jego ofercie zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 SIWZ. Ocena ta jest dokonywana w odniesieniu do oferty, która nie podlega odrzuceniu.

Jeżeli zatem, jak wynika z powyższych wywodów, które stanowią wnioski z oceny opisanych dokumentów, prawidłowe wycenienie poszczególnych pozycji (usług) „Cennika” przez wykonawców, polegało w szczególności zgodnie z § IX SIWZ, na podaniu ceny oferty (oferowane stawki) w wysokości netto i brutto (z podatkiem od towarów i usług VAT), zgodnie ze wzorem „Cennika”, to brak któregokolwiek z tych elementów ceny stanowi o błędzie w obliczeniu ceny.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego, Izba była uprawniona do dokonania oceny prawnej, czy zastosowanie przez Konsorcjum YYY 0 % stawki podatku VAT w zakresie kosztów wszystkich czynności związanych z odprawą celną (Część II § 5 pkt 2 „Cennika”) było działaniem prawidłowym, a co za tym idzie czy zachodziły podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy, ponieważ zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Ocena odnośnie do stawki podatku VAT dokonana przez Izbę była trafna w związku z treścią wskazanej części „Cennika” i przepisami art. 83 ust. 1 pkt 19 i 21 i art. 83 ust. 2 uVAT. (...).

Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy wskazanie przez Konsorcjum XXX w ofercie, w odniesieniu do Części II § 5 ust. 2 „Cennika” stawki podatku VAT w wysokości 0%, jest podstawą do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 dPZP z powodu błędu w obliczeniu ceny.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 dPZP (aktualnie art. 226 pkt 10) nPZP) zamawiający

odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. W ocenie Sądu Okręgowego błąd w obliczeniu ceny będzie występował wówczas, gdy dla oznaczonej w cenniku usługi błędnie wskazano obowiązującą stawkę podatku VAT, w tym też gdy podano ją w wysokości 0%. Taki błąd ma charakter merytoryczny i z pewnością nie może być traktowany, jako omyłka podlegająca sprostowaniu. W konsekwencji przyjęcie w ofercie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie niewłaściwej stawki VAT, co ma bezpośredni wpływ na wielkość ceny, kreuje błąd w obliczeniu tej ceny i stanowi bezwzględnie przyczynę odrzucenia jego oferty.

W okolicznościach tej sprawy w kontekście ocenianych zarzutów należy zauważyć, że skarżący formułując zarzuty w zakresie stawki podatku VAT, wskazał, że: czynności w zakresie Części II § 5pkt 2 „Cennika” podlegają w całości lub części, opodatkowaniu według stawki 0% VAT. Skarżący dopuszcza zatem zastosowanie stawki 23% VAT. Jest to zbieżne ze stanowiskiem Izby, która wskazała, że wszystkie czynności związane z odprawą celną nie stanowią też jednej usługi kompleksowej, lecz są to pojedyncze czynności, do których stosuje się zarówno stawkę 0%, jak i stawkę 23% VAT. Ponadto, jak wynika ze stanowiska skarżącego na rozprawie i w załączniku do protokołu rozprawy dopuszcza on właśnie taki stan faktyczny i opisywanie w wystawianym rachunku (fakturze) czynności kompleksowej zgodnej z nazewnictwem cennika ale w istocie obejmującej zespół różnych usług i świadczeń.

Takie stanowisko skarżącego nie może być zaakceptowane, ponieważ zamawiający w sposób wyraźny opisał czynności, co do których należało złożyć ofertę i powołane brzmienie z pewnością nie uprawnia do wskazania stawki 0% VAT, gdy w zbiorze potencjalnych czynności (usług) są też takie, które są opodatkowane taką stawką 0%, ale i stawką 23%. Przeciwnie, w takiej sytuacji należało wskazać stawkę, która nie jest preferencyjna tj. stawkę 23%. Nie bez znaczenia w niniejszej sprawie jest zasada, że zastosowanie stawek preferencyjnych powinno być interpretowane ściśle i nie należy ich interpretować w sposób rozszerzający, co w istocie potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach powołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W kontekście braku akceptacji prawnej dla stosowania stawki preferencyjnej 0%, gdy zachodzi kompleksowość świadczeń, słusznie Izba powołała się na wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2018 r., C-463/16 dotyczący stawki VAT dla jednego świadczenia złożonego z odrębnych elementów/świadczeń. Wynika bowiem z niego wiążąca zasada, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne i dopiero gdy zostanie uznane, że co najmniej dwie czynności dokonywane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to do całości świadczenia może mieć zastosowanie jedna stawka VAT.

W tym zakresie należy także wskazać na to, że intencja zamawiającego, co do oczekiwanych świadczeń związanych z odprawą celną w wywozie z Polski była oczywista i ma potwierdzenie

w stanowisku pisemnym oraz ustnym, także na rozprawie przed Sądem Okręgowym. Otóż, owe podane w „Cenniku” - „wszystkie czynności” związane z odprawą celną nie stanowią jednej kompleksowej usługi ale w praktyce mogą to być rozmaite czynności towarzyszące odprawie celnej i konieczne w danych okolicznościach do jej skutecznego wykonania, jak np.: obsługa wewnętrznych systemów kontroli, tłumaczenia dokumentów, wykonywanie dokumentacji fotograficznej, usługi utylizacji, analiza prawna, usługi związane z uzyskaniem świadectwa pochodzenia towaru, usługi zabezpieczenia towaru i inne. Katalog usług pozostał otwarty, identyfikując je tylko związkiem z odprawą celną w wywozie z Polski. Potrzeba takiego określenia wynikała natomiast z konieczności zabezpieczenia się przed wykorzystywaniem przez wykonawcę możliwości naliczania marży za usługi, których stawek nie ujęto w cenniku (§11 „Cennika”). Taka intencja zamawiającego znajduje potwierdzenie w treści ww. dokumentu, a nadto ma logiczny z nim związek. Co więcej, gdyby zakres Części II § 5 pkt 2 „Cennika” miał dotyczyć wyłącznie usług, które mogą być objęte 0% stawką podatku VAT, pozycja wprost wskazywałaby, że stawka dotyczy kosztów wszystkich czynności bezpośrednio związanych z odprawą celną - w wywozie z Polski.

W konsekwencji brak było podstaw do uznania, że do tak opisanych w Części II § 5 pkt 2 „Cennika” czynności należy stosować stawkę podatku VAT w wysokości 0%.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 19) stawkę podatku VAT w wysokości 0% stosuje się do: usług polegających na wykonywaniu czynności bezpośrednio związanych z organizacją eksportu towarów, a w szczególności wystawianiu dokumentów spedytorskich, konosamentów i załatwianiu formalności celnych. Natomiast pkt 21) wskazanego przepisu stanowi, że stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług związanych bezpośrednio z eksportem towarów: a) dotyczących towarów eksportowanych polegających na ich pakowaniu, przewozie do miejsc formowania przesyłek zbiorowych, składowaniu, przeładunku, ważeniu, kontrolowaniu i nadzorowaniu bezpieczeństwa przewozu, b) świadczonych na podstawie umowy maklerskiej, agencji, zlecenia i pośrednictwa, dotyczących towarów eksportowanych.

Izba dokonała prawidłowej wykładni powyższych przepisów. Jakkolwiek zakres art. 83 ust. 1 pkt 19) uVAT nie był rozważany, to przytoczone argumenty i oczywiste wnioski z dowodów w sprawie potwierdzają, że opisane przez zamawiającego w Części I § 5 pkt 2 „Cennika” wszystkie czynności związane z odprawą celną - w wywozie z Polski, to nie tylko czynności bezpośrednio związane z organizacją eksportu i usługi bezpośrednio związane z eksportem, które są objęte dyspozycją ww. przepisów. Zbiór tych wszystkich czynności obejmuje też inne czynności już tylko pośrednio związane z odprawą celną - w wywozie z Polski. Takie czynności z kolei tj. pośrednio związane z eksportem nie mają cechy bezpośredniości czyli ustawowo wymaganego ścisłego związku z owym eksportem, co oznacza, że nie korzystają ze stawki 0% VAT. Tym samym niedopuszczalne byłoby zastosowanie do wszystkich czynności przepisów art. 83 ust. 1 pkt 19) i pkt 21) uVAT. (...)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 83 ust. 2 uVAT, to wobec przedstawionych racji wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają czynności, o których mowa w ust. 1 pkt 7-18 i 20-22, w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, z której jednoznacznie wynika, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie. Tym samym, jeżeli wskazywana w ocenianym „Cenniku” cena ma dotyczyć także innych czynności niż określone w pkt 21), to kwestia zgromadzenia przez podatnika dokumentacji (poza usługami, o których mowa w art. 83 ust. 1 pkt 19) uVAT), pozostaje bez znaczenia, ponieważ do owych czynności wymogi art. 83 ust. 2 uVAT nie będą miały zastosowania. W konsekwencji także zarzut naruszenia art. 83 ust. 2 uVAT był chybiony.

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 6) dPZP (aktualnie art. 226 pkt 10) nPZP) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazano wyżej, z błędnym obliczeniem ceny mamy do czynienia wówczas, gdy ta cena została wskazana z błędnym podatkiem od towarów i usług. Przepisy dPZP, jak i nPZP nie definiują pojęcia błędu w obliczeniu ceny ale w tym zakresie należy odwołać się do samej definicji ceny i jej składu wedle ustawy z dnia 9 maja 2014 r. (Dz. U. z 2014 r., poz. 915 ze zm.) o informowaniu o cenach towarów i usług. Zgodnie z art. 3 pkt 1 tej ustawy ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Natomiast ust 2 tego przepisu stanowi, że w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Jeżeli zatem w obrocie już sama informacja o cenie musi uwzględniać podatek VAT, gdy ustawa go przewiduje, to jest on obligatoryjnym elementem ceny. W rezultacie mając na uwadze powyższe regulacje, brak ujęcia podatku VAT w wartości podanej, jako cena, w ocenie Sądu Okręgowego stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W uzupełnieniu do przytoczonych wywodów należy wskazać, iż Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/11) dobitnie stwierdził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 dPZP). Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę na to, że nawet w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawkę tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 dPZP oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Tak opisany błąd w obliczeniu ceny bez wątplenia wystąpił w ofercie skarżącego w zakresie objętym

ocenianą Częścią I § 5 pkt 2 „Cennika”. Słusznie zatem Izba uznała, że w tych okolicznościach faktycznych i prawnych powstał ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty skarżącego Konsorcjum XXX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 dPZP, w sytuacji gdy zawierała ona błąd w obliczeniu ceny oferty.

W tym stanie rzeczy, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy oddalił skargę, o czym orzekł w punkcie 1. wyroku na podstawie art. 588 ust. 1 nPZP. To rozstrzygnięcie oznacza, że nie podlegają ocenie dalsze żądania i wnioski skarżącego związane z ewentualnym uwzględnieniem skargi. (...)

W tym miejscu należy wskazać, iż w treści wniosku o kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania wskazano, iż wbrew stanowisku reprezentowanemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, strony Umowy realizują ją zgodnie ze stanowiskiem Spółki, tj. przy uwzględnieniu stawki 0% podatku VAT dla pozycji oznaczonej jako koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną – w wywozie z Polski, które przecież miało okazać się prawidłowe. Powyższe ma o tyle istotne z punktu widzenia spraw objętych zakresem kompetencji Prezesa UZP, że gdyby wprowadzona obecnie zmiana była zakomunikowana na etapie Postępowania, jego rozstrzygnięcie byłoby zgoła inne a zamówienie publiczne zostałoby udzielone innemu podmiotowi niż ten, który został wybrany.

Powyższe niewątpliwie potwierdza istotny charakter zmiany wprowadzonej przez strony Umowy. (...).

Co istotne, zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Sąd Okręgowy zajęły stanowisko odmienne od tego, które pojawiło się na późniejszym etapie (po uprawomocnieniu się wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie), czyli stanowiska podmiotu wyspecjalizowanego w sprawach podatkowych – Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (...). Z pozyskanych przez Spółkę informacji wynika bowiem, że od chwili zawarcia Umowy (5 marca 2021 r.) do 28 lutego 2022 r. wystawiona została wprawdzie tylko jedna faktura przez wykonawcę obejmująca wprost pozycję objętą Częścią II § 5 pkt 2 Cennika, ale do faktury tej zastosowano stawkę podatku VAT w wysokości 0%.

Powyższe oznacza, że Umowa jest realizowana niezgodnie z Ofertą Konsorcjum YYY (która przecież przewidywała za omawianą pozycję stawkę podatku VAT w wysokości 23%). Strony na etapie realizacji zamówienia wprowadziły zatem istotną zmianę zawartej Umowy w stosunku do oferty wykonawcy, która nie posiada podstaw kontraktowych ani ustawowych. (...).

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności podkreślono, iż wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, KIO 3515/20, oraz przez Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, wyrok z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 32/21, był wiążący dla Zamawiającego w niniejszej sprawie. Na etapie trwania postępowania Zamawiający nie mógł postąpić inaczej niż wykonać nakaz odrzucenia

oferty Konsorcjum firm: XXX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Jednocześnie, dowód w postaci interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 21 września 2021 r., znak: 0114-KDIP1-2.4012.164.2021.2.PC, UNP: 1366607, należy uznać za spóźniony na tym etapie postępowania, bowiem Wnioskodawca uzyskał ww. interpretację po uprawomocnieniu się wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego i Zamówień Publicznych, z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 32/21.

Odnosząc się do kwestii naruszenia przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp2004 należy wskazać, iż Ustawodawca w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 wprowadził ogólną zasadę zakazującą dokonywania zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Tym samym uznaje się, iż modyfikacje umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej stanowią wyjątek od powyższej zasady i są dopuszczalne, na wzór art. 72 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, dalej „dyrektywa 2014/24/UE”, jedynie w przypadku ziszczenia się co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp2004. Celem normy zawartej w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 jest wyeliminowanie sytuacji obchodzenia przepisów ustawy poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dopuszczalność dokonania zmiany umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004 zależy od ustalenia czy zmiana ta nie stanowi zmiany istotnej w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp2004, tj. czy nie spełnia jednej z przesłanek wskazanych w tym przepisie. Na gruncie dyspozycji powyższego przepisu za zmianę istotną należy uznać zmianę, która zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej w stosunku do jej pierwotnego charakteru lub taką, która wprowadzi tego charakteru nie zmienia, ale skutkuje wystąpieniem jednej z okoliczności wymienionych w art. 144 ust. 1e pkt 2 ustawy Pzp2004. Należy podkreślić, iż w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp2004, zmianą istotną jest zmiana postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej wprowadzająca warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Aby mówić o zmianie nieistotnej, przesłanki zmiany umowy musiały odnosić się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiłyby się do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę w prowadzonym postępowaniu i miałby realną szansę na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej. Przy dokonywaniu w takich warunkach zmiany - jako nieistotnej, należy mieć na względzie okoliczność, czy potencjalna wiedza o takiej modyfikacji postanowień umowy, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie lub na wynik takiego postępowania.

Analiza przedmiotowej sprawy dowodzi, iż dokonana przez Zamawiającego zmiana w zakresie dotyczącym stawki podatku VAT dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika jest zmianą istotną, bowiem przyjęcie dla tej pozycji stawki podatku VAT w wysokości 0% na etapie trwania postępowania doprowadziłoby do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego Wykonawcę – Konsorcjum firm: XXX. Wobec powyższego należy zgodzić się z Wnioskodawcą co do kwestii braku możliwości zastosowania w niniejszym przypadku art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na możliwość zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Przepis ten daje podstawę do zmiany umowy, jeżeli łącznie spełnione są dwie przesłanki tj. gdy konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć oraz wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością.

Możliwość zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przez brak możliwości przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzeń nieprzewidywanych przez strony, lecz zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek

wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy należy w pierwszej kolejności wskazać, iż do momentu wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, KIO 3515/20, Zamawiający uznawał ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: XXX za prawidłową, nie zawierającą błędów w obliczeniu ceny, o czym świadczy wybór tej oferty za najkorzystniejszą (pismo Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2020 r.). Dopiero w wyniku ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego i Zamówień Publicznych, z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 32/21, Zamawiający musiał uznać, iż prawidłową stawką podatku VAT dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika jest stawka w wysokości 23% VAT. Należy w tym miejscu podkreślić, iż na etapie trwania postępowania Zamawiający był związany ww. wyrokami i był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum firm: XXX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp2004, poprzez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć: postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy. Należy podkreślić, iż zakończeniem postępowania jest udzielenie zamówienia, tj. zawarcie umowy w sprawie zamówienia, którego dotyczy prowadzone postępowanie, bądź unieważnienie tego postępowania, jeżeli zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 93 ust. 1 i nast. ustawy Pzp 2004. Zatem, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego wydawane w kontekście wystąpienia podstaw do odrzucenia oferty wiążą Zamawiającego na etapie trwania postępowania, czyli do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na etapie realizacji zamówienia wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego rozstrzygane są w oparciu o ich zgodność z art. 140 i art. 144 ustawy Pzp2004, a więc zawsze istnieje możliwość zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, jeżeli tylko występują ku temu przesłanki.

W niniejszym stanie faktycznym należy rozważyć, czy wystąpiły przesłanki do zmiany umowy ramowej w zakresie przyjętej na etapie trwania postępowania – w wyniku wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Warszawie – stawki podatku VAT dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika.

W pierwszej kolejności wskazano, iż bezsporną kwestią w sprawie jest fakt, iż na etapie realizacji umowy ramowej ustalono, że prawidłową stawką VAT dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika jest stawka w wysokości 0% VAT, co potwierdza załączona do wniosku o kontrolę doraźną

interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 21 września 2021 r., znak: 0114-KDIP1-2.4012.164.2021.2.PC, UNP: 1366607. Zatem, Zamawiający słusznie dostosował realizację zamówienia do właściwej interpretacji art. 83 ust. 1 pkt 19 ustawy z 9 grudnia 2019 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 106). Jednocześnie należy zauważyć, iż Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, że stawka podatku VAT w wysokości 23% dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika jest nieprawidłowa, gdyż działał w zaufaniu do wydanych w przedmiotowej sprawie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Warszawie, co więcej – na etapie trwania postępowania był związany ww. wyrokami. Zatem, w niniejszej sprawie doszło do sytuacji niespotykanej, której zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne. Ponadto, wartość wprowadzonej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Wobec powyższego należy uznać, iż Zamawiający miał prawo do zmiany na etapie realizacji zamówienia stawki podatku VAT dla pozycji objętej Częścią II § 5 pkt 2 Cennika w celu dostosowania stawki VAT do obowiązującej interpretacji przepisów ustawy o podatku od towarów i usług poprzez wprowadzenie zmian do umowy ramowej w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

3. Dopuszczalne zmiany umowy

Zarówno przepisy ustawy Pzp 2004, jak również przepisy ustawy Pzp obecnie obowiązującej nie pozwalają zamawiającemu na dokonywanie swobodnych zmian w postanowieniach umownych. Powyższe wynika z faktu, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zwieńczeniem przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym wybór oferty najkorzystniejszej odbywa się w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Tym samym całkowita dobrowolność w dokonywaniu zmian umowy podważałaby cel ustawy oraz sens prowadzenia postępowań w oparciu o procedury przewidziane w ustawie Pzp. Zatem, gdyby w umowie o zamówienie publiczne można było dokonywać dowolnych modyfikacji, to wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Często mamy jednak do czynienia z sytuacjami konieczności zmiany zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Inwestycje publiczne to niejednokrotnie wieloetapowe kontrakty rozciągnięte w czasie, na które bezpośrednio wpływa środowisko zewnętrzne, w którym są realizowane. Założenia przyjęte na etapie procedury, mogą wymagać zmiany na etapie realizacji umowy np. w sytuacji gdy został przerwany łańcuch dostaw i wykonawca nie ma możliwości dostarczenia oferowanego urządzenia, czy też producent przestał produkować określony model.

Ogólna zasada wyrażona w art. 454 ustawy Pzp, zakazuje istotnych zmian w pierwotnej umowie, niemniej jednak w precyzyjnie określonych okolicznościach ustawodawca określił wyjątki w jakich dopuszcza zmianę umowy bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 455 ustawy Pzp wskazuje szczególne przypadki, w których dopuszczalna jest taka zmiana umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca określa ramy w jakich umowa na realizację zamówienia publicznego może zostać dostosowana do zmieniających się czynników zewnętrznych w toku jej realizacji.

WAŻNE
Zmiana umowy dopuszczalna jest w sytuacji, gdy: <ul style="list-style-type: none">- została przez zamawiającego przewidziana w dokumentacji postępowania,- jest nieistotna,- została spełniona co najmniej jedna z przesłanek określonych w art. 455 ust. 1 pkt 2-4 oraz 455 ust. 2 ustawy Pzp.

3.1. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W myśl art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do tej umowy w oparciu o klauzule przeglądowe. W świetle tego przepisu, treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jasne, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, które:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki ich wprowadzenia,
- c) przy czym postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczą lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia

publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

ZAPAMIĘTAJ

Warunkiem dokonania zmiany umowy na podstawie **klauzul przeglądowych** jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków, na jakich zostaną one zrealizowane.

Dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem zamawiającemu już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącego efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia, bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków - celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Należy przy tym zwrócić uwagę, że tylko takie działanie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów daje zasadniczo możliwość dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule przeglądowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

WAŻNE

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i zakres zmian,**
- 2) określają warunki wprowadzenia zmian,**
- 3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.**

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako szczególny element umowy w sprawie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule przeglądowe, wskazał wprost na możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, że zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także: mechanizmy funkcjonowania rynku (w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych), oraz czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo, klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej stron zawartej umowy.

Należy również podkreślić, że przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, każdy zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, o ile umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego. Z kolei art. 439 ustawy Pzp zawiera regulacje dotyczące treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wskazując na obligatoryjność zawarcia w takich umowach postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

PRAKTYKA KONTROLI

Przykład 1 KND/4/20/DKZP.

Zamawiający poprzez zawarcie aneksu nr 1 do umowy podstawowej, rozszerzył przedmiot zamówienia na świadczenie usług nadzoru nad budową gazociągu (...) o usługi związane z przejściem nieruchomości zastrzeżonych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji inwestycji oraz postanowił, że wykonawca nadzoru będzie pełnił funkcję kierownika budowy dla całości Inwestycji w okresie od dnia wejścia w życie aneksu do dnia przekazania placu budowy wykonawcom robót budowlanych, ale nie dłużej niż przez okres 10 miesięcy od dnia podpisania aneksu, zwiększając wynagrodzenie wykonawcy. W konsekwencji zmieniony przedmiot zamówienia odbiegał od usług nadzoru inwestorskiego stanowiących pierwotny i podstawowy przedmiot zamówienia. W ramach dokonanej zmiany umowy wykonawca zobowiązany został do realizacji dodatkowych czynności związanych z przejmowaniem nieruchomości oraz kierowaniem budową, a zatem czynności znacząco innych od wykonania funkcji jedynie nadzorczych. W efekcie zakres świadczenia nie był tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie.

Kontrola doraźna następcza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług nadzoru nad budową gazociągu (...)”

Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę doraźną następczą ww. postępowania, w wyniku której zostało stwierdzone m.in. naruszenie art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, poprzez zmianę zakresu świadczenia wykonawcy wynikającego z zawartej umowy, który po zawarciu aneksu nr 1 nie był tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie.

Zgodnie z pkt III.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) przedmiotem zamówienia w postępowaniu na świadczenie usług nadzoru nad budową gazociągu (...), było m.in. wykonanie czynności związanych z pełnieniem kompleksowego nadzoru inwestorskiego i przyrodniczego nad procesem budowlanym inwestycji oraz zarządzanie i koordynacja realizacji ww. budowy z wykorzystaniem metodyki zarządzania projektami zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą określając w art. 3 ust. 1 – 4 następujący przedmiot umowy:

„1. Zamawiający zleca, a Wykonawca Nadzoru zobowiązuje się do wykonania w ramach umowy usługi polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego i przyrodniczego, a także zarządzania i pełnienia kontroli nad realizacją umowy o roboty budowlane.

2. Zakres umowy obejmuje również usługi polegające na pełnieniu nadzoru inwestorskiego i przyrodniczego, a także zarządzania i pełnienia kontroli nad wszystkimi pracami i robotami niezbędnymi do wykonania inwestycji, dla których tytułem ich realizacji nie jest umowa o roboty budowlane, w szczególności zamówienia podobne udzielone WRB.
3. Zakres umowy obejmuje również obsługę geodezyjną w zakresie wytyczenia osi gazociągu i pasa montażowego.
4. Szczegółowy opis przedmiotu umowy zawiera OPZ.”

Strony podpisały aneks nr 1 do umowy, Zamawiający w treści przedmiotowego aneksu wskazał następujące podstawy prawne zmiany umowy, tj. „Strony, działając po myśli art. 144 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 t.j. z dnia 2018.10.16) oraz art. 20 ust. 1 Umowy, postanawiają jak następuje: (...)”. W art. 1 aneksu nr 1 określono zmianę sposobu wykonania umowy. W art. 3 aneksu nr 1 strony umowy rozszerzyły przedmiot umowy nadzoru o usługi związane z przejęciem nieruchomości zadrzewionych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji Inwestycji. Ponadto w ramach art. 4 aneksu nr 1 strony przedmiotowej umowy postanowiły, że wykonawca nadzoru będzie pełnił funkcję kierownika budowy dla całości Inwestycji w okresie od dnia wejścia w życie aneksu do dnia przekazania placu budowy wykonawcom robót budowlanych ale nie dłużej niż przez okres 10 (dziesięciu) miesięcy od dnia podpisania aneksu. Rozszerzenie zakresu umowy o ww. czynności wiązało się ze zmianą wynagrodzenia.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano, iż tak zmieniony przedmiot umowy w znacznym stopniu odbiegał od usług nadzoru inwestorskiego stanowiących pierwotny przedmiot zamówienia. Z funkcji jedynie nadzorczych wykonawca stawał się podmiotem wykonującym czynności realizacyjne związane z przejmowaniem nieruchomości oraz kierowaniem budową. Nie sposób zatem stwierdzić, iż włączenie do zakresu przedmiotu umowy czynności o tak odmiennym charakterze nie mogłoby oddziaływać na wynik postępowania. W konsekwencji, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy podstawowej nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie po wprowadzeniu przedmiotowych zmian aneksem nr 1.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający sporządzając przedmiotowy aneks nr 1 do umowy podstawowej nie rozróżnił podstawy zawarcia aneksu w stosunku do poszczególnych usług powierzonych wykonawcy. Strony umowy podpisały aneks nr 1, w którym Zamawiający wskazał na wstępie następujące podstawy prawne zmiany umowy, tj. „Strony, działając po myśli art. 144 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp2004 oraz art. 20 ust. 1 Umowy, postanawiają jak następuje: (...)”. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zamawiający podejmując decyzję o dokonaniu zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy,

w tym rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy, poprzez zawarcie aneksu do umowy, zobowiązany był do dochowania należytej staranności w przygotowaniu powyższego dokumentu, w tym wskazania podstawy prawnej zawarcia przedmiotowego aneksu do umowy. Zamawiający zmieniając umowę przedmiotowym aneksem powołał się na podstawę wskazaną w art. 144 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp2004 oraz art. 20 ust. 1 Umowy, dokonując interpretacji rozróżnienia podstawy przedstawionej po wszczęciu kontroli doraźnej.

Podkreślenia wymaga, iż Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli wskazał, iż w ustalonym stanie faktycznym z powierzeniem wykonania usługi przejęcia nieruchomości wiązała się wypłata dodatkowego wynagrodzenia w zakresie przejęcia nieruchomości stanowiącego iloczyn stawki jednostkowej 326 zł netto za każdą przejętą działkę i liczby działek (nie więcej niż 489.000,00 zł netto), a w obszarze pełnienia funkcji kierownika budowy równego 19.000,00 zł miesięcznie, nie większego niż łącznie 190.000,00 zł netto, czyli wykonawcy przyznano maksymalnie 679.000,00 zł netto dodatkowego wynagrodzenia, co stanowiło 7% wynagrodzenia pierwotnie przewidzianego w umowie - 10.281.375,00 zł netto. A zatem dodatkowe wynagrodzenie nie przekraczało 10% wartości zamówienia, tj. progu określonego w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, co mogłoby uzasadniać możliwość wprowadzenia opisywanych zmian na podstawie dyspozycji ww. przepisu. W tym miejscu należy zauważyć, iż stosowanie do treści art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004, w przypadkach, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy. Jednakże wprowadzone zmiany ingerowały w charakter przedmiotu umowy, w związku z powyższym wyłączały w opisywanym przypadku zastosowanie jako podstawy do wprowadzanych zmian dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.

W zakresie interpretacji pojęcia „zmiany charakteru umowy”, wskazać należy, iż dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp2004, nie wskazuje zamkniętego katalogu możliwych do wprowadzenia na ich podstawie modyfikacji, warunkując w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, dopuszczalność wprowadzenia zmian do umów, przewidzeniem ich w treści ogłoszenia lub dokumentacji postępowania. Takie brzmienie przepisów, w świetle tych regulacji, nie może być jednak utożsamiane z przyznaniem stronom umów nieograniczonego prawa do ich modyfikacji. Jak wynika z treści art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004 klauzule dotyczące zmiany umowy nie mogą prowadzić do zmiany charakteru tej umowy. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie ogólny charakter umowy obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. Dla oceny ogólnego charakteru umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Zmiana ogólnego charakteru umowy następuje zatem wówczas, gdy jej gospodarczy sens zmieni się wskutek modyfikacji tak znacząco, że de facto dojdzie do zawarcia zupełnie nowego kontraktu. Jest to

modyfikacja idąca dalej niż istotna zmiana umowy, a jej akceptacja stanowiłaby obejście przepisów o zamówieniach publicznych.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że analiza dopuszczalności zmiany umowy, dokonana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, czy też art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, powinna wykazać, iż podpisanie przez strony aneksu nie zmieni zarówno charakteru umowy, jak i nie będzie prowadziło do zmiany charakteru, zgodnie z treścią art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004. Jak słusznie wskazał Zamawiający „(...) *pojęcie charakteru umowy nie zostało zdefiniowane w Prawie zamówień publicznych. Pewne wskazówki co do jego rozumienia zostały za to podane w Dyrektywie 2014/25/UE. I tak w motywie 115 preambuły do tej dyrektywy wskazuje się, że za zmianę charakteru umowy uznać można np. zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik (...).*”. Jednakże, wadliwym jest wnioskowanie, że każda inna zmiana, niż całkowita zmiana rodzaju zamówienia, nie narusza charakteru umowy. W motywie 115 preambuły Ustawodawca wskazał przykłady, w których może dochodzić do zmiany charakteru umowy. Treść przywołanego motywu nie zawiera zatem zamkniętego katalogu przypadków, w których mogłoby dojść do naruszenia charakteru umowy. Należy podkreślić, iż wskazane w motywie 115 preambuły przykłady, tj. *„zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia”*, naruszają charakter zamówienia, ponieważ mogłyby wywierać na wynik postępowania. Zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie *„(...) ze zmianą ogólnego charakteru umowy mamy do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot lub zakres realizacji zamówienia ulegałyby na tyle znaczącej modyfikacji, odbiegając tym samym od zakresu pierwotnego, iż złożenie przez innych oferentów wykonawców oferty na realizację tak skonstruowanego zakresu zamówienia mogłoby doprowadzić do wyboru innego wykonawcy. Innymi słowy, zmiana ogólnego charakteru umowy bez przeprowadzenia kolejnego zamówienia mogłaby prowadzić do naruszenia reguł uczciwej konkurencji i zasady równości uczestników postępowania (...).*”

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, iż zawarcie aneksu nr 1 do umowy podstawowej, rozszerzyło przedmiot zamówienia na świadczenie usług nadzoru nad budową gazociągu (...) o usługi związane z przejęciem nieruchomości zadrzewionych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji inwestycji oraz strony umowy postanowiły, że wykonawca nadzoru będzie pełnił funkcję kierownika budowy dla całości Inwestycji w okresie od dnia wejścia w życie aneksu do dnia przekazania placu budowy wykonawcom robót budowlanych, ale nie dłużej niż przez okres 10 miesięcy od dnia podpisania aneksu, zwiększając wynagrodzenie wykonawcy. W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż w konsekwencji zmieniony przedmiot zamówienia odbiegał od usług nadzoru inwestorskiego stanowiących pierwotny i podstawowy przedmiot zamówienia. W ramach dokonanej zmiany umowy wykonawca zobowiązany został do realizacji dodatkowych czynności związanych

z przejmowaniem nieruchomości oraz kierowaniem budową, a zatem czynności znacząco innych od wykonania funkcji jedynie nadzorczych. Pierwotnie bowiem wykonawca zobowiązany był wyłącznie do wykonywania czynności związanych z pełnieniem kompleksowego nadzoru inwestorskiego i przyrodniczego nad procesem budowlanym inwestycji, zarządzania i koordynacją realizacji ww. budowy z wykorzystaniem metodyki zarządzania projektami zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, czy innych czynności nadzorczych lub zarządczych powierzonych przez Zamawiającego. Ewentualne włączenie do zakresu przedmiotu umowy czynności o tak odmiennym charakterze mogło mieć zatem wpływ na wynik postępowania.

Należy wskazać, iż dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Pzp2004, nie określa w sposób bezpośredni konkretnych przypadków, w których dopuszczalnym jest wprowadzenie zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, warunkując możliwość wprowadzenia określonych modyfikacji, przewidzeniem ich w dokumentacji postępowania lub ziszczeniem się w odniesieniu do określonej umowy przesłanek nieprzewidywalnych okoliczności oraz spowodowanej nimi konieczności zmiany umowy. Takie brzmienie przepisów, nie może być jednak utożsamiane z przyznaniem stronom zobowiązania nieograniczonego prawa do jego zmiany.

W ramach klauzul kontraktowych strony mogą wprowadzać zmiany w szczególności o charakterze przedmiotowym, ekonomicznym lub finansowym, o ile zmiana taka, jak zostało to wskazane powyżej, nie spowoduje zmiany ogólnego charakteru zobowiązania. W ustalonym stanie faktycznym w zakresie zmian umowy powiązanych z przedmiotem zamówienia, strony umowy w artykule 2 ust. 3 aneksu dokonały m.in. następujących zmian w treści umowy, tj. artykuł 4 ust. 3 Umowy otrzymał brzmienie: *„Zamawiający zakłada, iż przewidywany (szacowany) termin rozpoczęcia realizacji Umowy winien nastąpić 2 m-ce wcześniej niż data zawarcia Umowy o Roboty Budowlane, natomiast szacowany termin zakończenia realizacji Umowy przypada 4 m-ce po Dacie Zakończenia Umowy o Roboty Budowlane. Zamawiający poinformuje Wykonawcę Nadzoru o szacowanym terminie zawarcia Umowy o Roboty Budowlane z 2 - miesięcznym wyprzedzeniem, z zastrzeżeniem postanowienia zdania poniższego. Wykonawca Nadzoru zobowiązany jest wykonać czynności w zakresie :*

- (i) obsługi geodezyjnej - w terminie dwóch miesięcy od dnia wezwania ze strony Zamawiającego,*
- (ii) nadzoru nad przejęciem nieruchomości innych niż zadrzewione lub zawierających stanowiska archeologiczne - w terminie 6 miesięcy od dnia wezwania ze strony Zamawiającego,*
- (iii) nadzoru nad badaniami archeologicznymi w terminie 12 miesięcy od dnia wezwania ze strony Zamawiającego,*
- (iv) nadzoru nad badaniami saperskimi - w terminie 6 miesięcy od dnia wezwania ze strony Zamawiającego,*

(v) nadzoru nad usuwaniem drzew i krzewów - w terminie 8 miesięcy od dnia wezwania ze strony Zamawiającego."

Podkreślone zapisy zostały dodane aneksem nr 1 do umowy podstawowej.

Natomiast art. 3 i 4 aneksu nr 1 rozszerzył przedmiot zamówienia o usługi związane z przejęciem nieruchomości zadrzewionych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji inwestycji oraz pełnienie funkcji kierownika budowy dla całości inwestycji w okresie od dnia wejścia w życie aneksu do dnia przekazania placu budowy wykonawcom robót budowlanych (nie dłużej niż przez okres 10 miesięcy od podpisania aneksu).

Reasumując najistotniejszą zmianą rozszerzającą zakres przedmiotu umowy wprowadzoną na podstawie ww. aneksu było połączenie stanowiska wykonawcy nadzoru z wprowadzonym stanowiskiem kierownika budowy, którego Zamawiający nie wymagał na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zmiany wprowadzone aneksem w zakresie usługi związanej z przejęciem nieruchomości zadrzewionych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji Inwestycji, także stanowiły rozszerzenie przedmiotu zamówienia w stosunku do określonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zatem zakres świadczenia wykonawcy wynikający z zawartej umowy nie był po podpisaniu aneksu nr 1 tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Norma art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 wskazuje, iż zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Aby otrzymać pełną odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający rozszerzając przedmiot umowy aneksem nr 1 postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należy rozpatrzyć dopuszczalność zmian umowy określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Zmiana umowy określona w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, dotyczy zmian, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Czynność ta musi przybrać postać konkretnych postanowień zawartych w dokumentach przetargowych. W postanowieniach tych należy jednoznacznie i precyzyjnie określić zakres dopuszczalnych w przyszłości zmian umowy, charakter tych zmian oraz warunki, których zaistnienie jest niezbędne dla wprowadzenia zmiany. Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Należy zaznaczyć, iż z uwagi na to, że dokonane

przez Zamawiającego zmiany umowy nie były objęte treścią ogłoszenia o zamówieniu ani SIWZ, zmiany te nie mogły być uzasadnione przesłanką dopuszczalności zmian z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

W kontrolowanym postępowaniu, Zamawiający zgodnie z regulacją powyższego przepisu zamieścił w treści art. 20 Wzoru Umowy, a następnie w treści umowy zawartej z wykonawcą, postanowienia, które dotyczyły zmiany postanowień umowy. Jednakże, zapisy umowne dotyczące zmiany treści umowy przywołane przez Zamawiającego, tj. art. 20 ust. 2 pkt 8) i 9) Umowy nie zostały określone w sposób jednoznaczny, jak wymaga tego przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu, z analizy dokumentów zgromadzonych w toku kontrolowanego postępowania wynika, iż nie zaistniały okoliczności uzasadniające dopuszczalność zmiany przedmiotowej umowy na podstawie art. 20 ust. 2 pkt 8) i 9) Umowy. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zapisy umowne zawarte w art. 20 ust. 2 pkt 8) i 9) Umowy w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia, cyt. „8) w przypadku okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, 9) w razie zaistnienia innej, niemożliwej do przewidzenia w chwili zawarcia Umowy, okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej bądź innej przyczyny zewnętrznej, za którą żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkującej brakiem możliwości wykonania lub należytego wykonania Umowy w umówionym terminie”, nie wskazują precyzyjnie okoliczności umożliwiających dokonanie zmiany umowy, jaka nastąpiła w związku z podpisaniem aneksu nr 1. Powyższe postanowienia umowne nie zawierają bowiem określenia możliwości rozszerzenia przedmiotu umowy, w tym w szczególności o usługi związane z przejęciem nieruchomości zadrzewionych i zawierających stanowiska archeologiczne na potrzeby realizacji Inwestycji oraz o usługi związane z pełnieniem funkcji kierownika budowy dla całości Inwestycji w okresie od dnia wejścia w życie aneksu do dnia przekazania placu budowy wykonawcom robót budowlanych ale nie dłużej niż przez okres 10 (dziesięciu) miesięcy od dnia podpisania aneksu.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż unieważnienie postępowania na wybór wykonawcy robót budowlanych z powodu braku możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty, i w konsekwencji wyłączenie z przedmiotu zamówienia na roboty budowlane szeregu usług określonych w przedmiotowym aneksie nr 1, wynikały z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć i/lub stanowiły okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosił Zamawiający. Ograniczenie zakresu przedmiotowego umowy o roboty budowlane nie mogło dokonać się jednostronną decyzją zamawiającego, a trudno uznać za nieprzewidywalną konieczność wykonania części przedmiotu zamówienia, która została wyłączona z umowy o roboty budowlane. Strony umowy byłyby uprawnione do zmiany treści umowny w przypadku, gdy w zapisach umowy zostałyby dokładnie i jednoznacznie wyszczególnione okoliczności uzasadniające zmianę umowy, a także konkretne modyfikacje, które nastąpią w sytuacji wystąpienia wskazanych okoliczności. Mając na uwadze powyższe, należy zaznaczyć, iż opisanie przez

Zamawiającego w sposób nieprecyzyjny warunków na bazie, których została dokonana zmiana zapisów umownych, skutkuje uchybieniem regulacji art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Odnosząc się do powyższych rozważań, należy wskazać, iż zastosowanie podstawy prawnej wskazanej w aneksie nr 1 jako zmiana przedmiotowej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, zostało dokonane z naruszeniem ww. przepisu w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp2004. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, dostarczone świadczenie musi być tożsame z tym, jakie wykonawca zobowiązał się dostarczyć w umowie, to zaś musi odpowiadać określonemu przedmiotowi zamówienia zawartemu w SIWZ. W kontrolowanym postępowaniu dokonane w drodze aneksu nr 1 zmiany umowy wykraczały poza zakres art. 140 ust. 1 Pzp2004 i powodowały, że do pierwotnej umowy wprowadzono postanowienia rozszerzające zakres świadczenia wykonawcy wynikający ze zmienionej umowy. W efekcie zakres świadczenia nie był tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie. Ustawodawca w ustawie Pzp pozwala dokonać zmiany umowy na podstawie art. 141 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, gdy taką możliwość Zamawiający przewidział w ogłoszeniu lub w SIWZ. Przewidywana zmiana musi zostać skonkretyzowana w zakresie zmienianych postanowień umowy poprzez zidentyfikowanie zakresu podlegającego ewentualnej zmianie, jak również musi zawierać ściśle określone warunki, na jakich taka zmiana nastąpi.

Sygn. akt: KIO/KD 27/20

Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w Informacji o wyniku kontroli, jak i argumentację pogłębianą Kontrolującego, ujętą w piśmie z dnia 3 czerwca 2020 r., uznając ją za własną oraz wskazując wyczerpujący i kompleksowy charakter sformułowanej argumentacji.

Przykład 2

Prawo do dokonania modyfikacji w umowie przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Zbyt ogólne sformułowanie zakresu zmian lub brak którejkolwiek z przesłanek (np. warunku wprowadzenia zmiany) wyklucza możliwość skorzystania przez Strony Umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane dotyczące modernizacji przepławki dla ryb na stopniu wodnym, w ramach którego zamawiający zawarł z wykonawcą aneks do umowy przewidujący wykonanie robót niezbędnych tego samego rodzaju (powtórzenie lub zaniechanie tych samych czynności):

- a) zamiana ilości wykonanych robót wynikająca z różnic w ilościach robót wykonanych w stosunku do ilości określonych w przedmiarze robót - zakres robót został opisany w Protokole Konieczności nr 1/2021;
- b) zamiana ilości wykonanych robót wynikająca z różnic w ilościach robót wykonanych w stosunku do ilości określonych w przedmiarze robót - zakres robót został opisany w Protokole Konieczności nr 2/2021;
- c) zamiana ilości wykonanych robót wynikająca z różnic w ilościach robót rozbiórkowych wykonanych w stosunku do ilości określonych w przedmiarze robót - zakres robót został opisany w Protokole Konieczności nr 3/2021;
- d) zamiana ilości wykonanych robót wynikająca z różnic w ilościach robót obciążenia stalowej ścianki szczelnej w stosunku do ilości określonych w przedmiarze robót - zakres robót został opisany w Protokole Konieczności nr 4/2021.

Jako podstawę prawną zmiany dokonanej Aneksem nr 1 wskazano odpowiednio art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 oraz § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) oraz § 13 ust. 1 pkt 12) lit. d). Przywołane zapisy § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) oraz § 13 ust. 1 pkt 12) lit. d) Umowy stanowią, iż *„Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli wystąpią następujące przesłanki: zmiana w zakresie wynagrodzenia (...) w sytuacji gdy wprowadzenie zmian niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy (...) skutkuje zmianą w zakresie wynagrodzenia oraz gdy obiektywnie jest to niezbędne dla zachowania i realizacji celów umowy, dla których została ona zawarta”*.

W opinii osoby kontrolującej zamawiający nie przewidział odpowiednio okoliczności przedmiotowej zmiany Umowy w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają zakres i charakter ewentualnych modyfikacji, a należy podkreślić, że warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, jest określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Wskazane zapisy umowy, stanowiące w opinii zamawiającego podstawę do dokonania zmiany, są bowiem zbyt ogólne i nieprecyzyjne. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje natomiast jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Zbyt ogólne sformułowanie zakresu zmian lub brak którejkolwiek z przesłanek (np. warunku wprowadzenia zmiany) wyklucza możliwość skorzystania przez Strony Umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

Zapisy Umowy, tj. § 13 ust. 1 pkt 1) lit. b) oraz § 13 ust. 1 pkt 12) lit. d), na które powołuje się Zamawiający, dopuszczają w zasadzie każdą zmianę, nie precyzując jednocześnie w oparciu o jakie zasady zmiany byłyby przeprowadzane, np. o ile może zostać zwiększony zakres umowy, jak będzie

obliczane wynagrodzenie w związku z wprowadzeniem zmiany oraz jakie szczegółowe okoliczności muszą zaistnieć, aby można było tej zmiany dokonać. Nieprawidłowe są zatem takie zapisy, które nie określają przejrzystych i precyzyjnych zasad wprowadzenia zmian i pozostawiają to uznaniowej decyzji zamawiającego.

3.2. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania dopuszczalna jest również w sytuacji, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę. Warunki, które muszą zostać spełnione to:

- a) taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych lub
- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, lub
- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp nawiązuje do zmiany umowy na podstawie klauzuli przeglądowej, określonej w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazując, że dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania w sytuacji, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1.

Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, w tym zmiana, która została przewidziana w samej umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych. A zatem zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w wyniku zastosowania klauzuli przeglądowej powinna być tak przewidywalna, jak to tylko możliwe. Oznacza to obowiązek wprowadzenia do umowy jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych, które określą okoliczności i warunki zmiany wykonawcy realizującego zamówienia publiczne. W praktyce klauzule przeglądowe w zakresie zmian podmiotowych po stronie wykonawcy będą zatem dotyczyły przede wszystkim planowanych zmian strukturalnych i organizacyjnych, takich jak np. zmiana formy prawnej działalności wykonawcy.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp dotyczy sytuacji związanych z tzw. sukcesją uniwersalną, czyli wstąpieniem w ogół praw i obowiązków przez następcę. Dotyczy to różnych zdarzeń prawnych określonych w odrębnych przepisach, tj. przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa. Zmiana wykonawcy w okolicznościach prowadzących do tego rodzaju następstwa jest dopuszczalna, jeżeli nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu przewidziane przez zamawiającego, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą istotnych zmian umowy oraz nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Sukcesja uniwersalna jest wstąpieniem w ogół praw i obowiązków przez następcę wywołane różnymi zdarzeniami prawnymi określonymi w odrębnych przepisach.	
Przejęcie, połączenie	W sytuacji, w której majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na istniejącą spółkę albo majątek spółek łączących się w celu zawiązania nowej spółki, spółka przejmująca lub odpowiednio spółka nowo zawiązana wstępuje, z dniem połączenia, we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (art. 494 § 1 Ksh).
Przekształcenie	Należy wskazać, że przekształcenie spółek czy przedsiębiorcy w spółkę prawa handlowego polega na zmianie dotychczasowej formy ustrojowej spółki prawa handlowego lub przedsiębiorcy przy zachowaniu dotychczasowego składu osobowego i majątku tego podmiotu ¹¹ . Zgodnie z art. 551 § 1 Ksh spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prosta spółka akcyjna oraz spółka akcyjna (spółka przekształcana) może być przekształcona w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą). Ponadto stosownie do art. 551 § 5 Ksh przedsiębiorca, będący osobą fizyczną wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu Prawa przedsiębiorców (przedsiębiorca przekształcany), może przekształcić formę prowadzonej działalności w jednoosobową spółkę kapitałową (spółkę przekształconą) (przekształcenie przedsiębiorcy w spółkę kapitałową). W myśl art. 584 ¹ § 1 Ksh przedsiębiorca przekształcany staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie właściwy organ ewidencyjny z urzędu wykreśla przedsiębiorcę przekształcanego z CEIDG.
Podział	Spółkę kapitałową można podzielić na dwie albo więcej spółek kapitałowych (art. 528 Ksh). Podział ten może polegać w szczególności na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej na istniejącą spółkę lub na spółkę nowo zawiązaną. Tym samym w sytuacji, w której część majątku spółki dzielonej przenoszona jest na istniejącą lub nowo zawiązaną spółkę, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału (por. art. 531 § 1 Ksh). Wstąpienie w prawa i obowiązki spółki dzielonej dotyczy tych składników majątkowych, które są określone w planie podziału i dochodzi do niego bez zgody wierzycieli na przejście długu. W konsekwencji,

¹¹ Por. A. Kidyba, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. T. 2, Kraków 2007, s. 1050

	<p>gdy w zakres praw i obowiązków określonych w planie podziału wchodzi także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu udzielonego zamówienia publicznego, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia również w te prawa i obowiązki.</p>
Dziedziczenie	<p>Zgodnie z art. 922 § 1 Kc prawa i obowiązki majątkowe zmarłego przechodzą z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób stosownie do przepisów księgi IV Kc. Nie budzi przy tym wątpliwości, że prawa i obowiązki zmarłego wykonawcy, wynikające ze złożonej przez niego oferty, mają charakter cywilnoprawny i majątkowy. Oznacza to, że z mocy samego prawa przechodzą one, na zasadach określonych w przepisach Kc, na jego spadkobierców.</p> <p>Jednocześnie należy wskazać, że śmierć wykonawcy nie powoduje wygaśnięcia z mocy prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyłączenia z masy spadkowej dotyczy art. 922 § 2 Kc, który stanowi, że nie należą do spadku prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami. Zobowiązanie wynikające z oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest ściśle związane z osobą wykonawcy, jak też żaden przepis prawa nie stanowi, że zobowiązanie to przechodzi na określony podmiot. Do nabycia przedsiębiorstwa wchodzącego w skład spadku dochodzi na podstawie dziedziczenia (art. 922 Kc), kiedy w drodze sukcesji uniwersalnej spadkobierca na mocy jednego zdarzenia, jakim jest otwarcie spadku, wstępuje w ogół praw i obowiązków spadkodawcy.</p> <p>W przypadku śmierci wykonawcy w trakcie trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego, możliwe jest kontynuowanie realizacji umowy z udziałem jego spadkobierców. Potwierdzeniem wejścia w prawa i obowiązki zmarłego wykonawcy, który był stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest stwierdzenie nabycia spadku albo poświadczenie dziedziczenia (arg. z art. 1025 § 2 Kc). Wyjątkiem od powyższego będą sytuacje, w których wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonego zawodu, np. radcy prawnego, a jego spadkobiercy takich uprawnień nie posiadają.</p>
Nabycie wykonawcy lub przedsiębiorstwa	<p>Stosownie do art. 552 Kc czynność prawna (np. sprzedaż), mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści konkretnej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 55¹ Kc poza zakresem pojęcia przedsiębiorstwa pozostają jednak zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem. Tym samym przejście na nabywcę przedsiębiorstwa na podstawie art. 552Kc obejmować będzie jedynie przejście aktywów. Natomiast konsekwencje prawne zawarcia umowy zbycia przedsiębiorstwa w odniesieniu do wchodzących w jego skład pasywów, rozumianych jako zobowiązania związane z jego prowadzeniem, uregulowane zostały w art. 554 Kc. Zgodnie z tym przepisem nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu określanego w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć.</p>
Upadłość	<p>Zgodnie z art. 10 Prawa upadłościowego upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Według art. 11 ust. 1 Prawo upadłościowe dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli</p>

	<p>utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych. W wyniku ogłoszenia upadłości nie dochodzi do przekształcenia czy przejęcia przez inny podmiot ogółu praw i obowiązków wykonawcy, w stosunku do którego ogłoszono upadłość. Należy bowiem pamiętać, że celem postępowania upadłościowego jest zaspokojenie wierzycieli w możliwie jak najwyższym stopniu. Wydaje się zatem, że zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy w wyniku ogłoszenia upadłości należy rozpatrywać w kontekście wykonawców wspólnie realizujących zamówienie publiczne i upadłości jednego lub kilku z nich. W takim wypadku zmiana polegałaby na realizacji umowy nie przez dotychczasowe konsorcjum, ale przez nowe okrojone konsorcjum lub przez jednego wykonawcę (jeżeli zostanie tylko jeden aktywny wykonawca).</p> <p>Zgodnie z art. 445 ust. 1 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Jej istotę wyraża art. 366 Kc, który ma zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 1 Pzp. W myśl przepisów Kc kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Tym samym aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani do świadczenia na rzecz wierzyciela. Ogłoszenie upadłości jednego z dłużników solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych. Wierzyciel ma prawo poszukiwania zaspokojenia u pozostałych dłużników odpowiadających solidarnie. Nie ma zatem potrzeby dokonywania zmiany umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum, jak również konieczności wyrażania przez zamawiającego zgody na dokonanie przez upadłego członka konsorcjum cesji praw i obowiązków wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne na pozostałe podmioty współtworzące konsorcjum. Wyjątek od powyższej zasady solidarnej odpowiedzialności określa przepis art. 455 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym takiej zasady nie stosuje się do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 Pzp, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.</p>
--	---

W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, które pojawiały się na gruncie Pzp2004 ustawodawca doprecyzował, że przypadek określony w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp dotyczy jedynie sytuacji przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy zamówienia na roboty budowlane względem jego podwykonawców, wyłącznie w przypadku bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy spowodowanej uchynieniem się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę, o której mowa w art. 465 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem sytuacja, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, nie odnosi się do zmiany strony umowy

i wstąpienia podwykonawcy w miejsce wykonawcy. Treść art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp nie stwarza zatem możliwości udzielenia zamówienia dotychczasowemu podwykonawcy z pominięciem procedur przewidzianych w Pzp w przypadku rozwiązania umowy z wykonawcą lub zastosowania wykonania zastępczego.

3.3. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Kolejnym rodzajem zmian dozwolonych określonych w ustawie jest możliwość zlecenia prac dodatkowych, co może mieć zastosowanie w sytuacjach, w których niecelowe jest zlecenie innemu wykonawcy dodatkowych prac związanych z wykonywanym zamówieniem z powodu niedogodności, jakie by to spowodowało.

Dopuszczalność zmiany umowy w myśl art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy wykonania dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, w przypadku natomiast zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa tylko usług i robót budowlanych. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie tego przepisu, należy mieć również na względzie motyw 108 dyrektywy klasycznej, który objaśnia cel wprowadzenia takiej normy prawnej, jak wyrażona w powołanym przepisie. W motywie tym zwrócono uwagę, że instytucje zamawiające mogą stanąć w obliczu sytuacji, gdy dodatkowe roboty budowlane, dostawy lub usługi okażą się konieczne; w takich przypadkach modyfikacja pierwotnej umowy bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być uzasadniona, w szczególności gdy dodatkowe dostawy mają na celu częściową wymianę albo zwiększenie bieżących usług, dostaw lub rozbudowę istniejących instalacji, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów, robót budowlanych lub usług o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

A zatem, chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musi wykazać, że:

- dodatkowe zamówienie nie zostało uwzględnione w zamówieniu podstawowym
- jest niezbędne do wykonania umowy.

Pojęcie „niezbędności” nie zostało w tym przepisie doprecyzowane, tym samym należy uznać, że chodzi o konieczność wykonania dodatkowych świadczeń, tak by zostały osiągnięte wszystkie cele zamówienia. „Niezbędność”, o której mowa w omawianym przepisie, nie musi być obwarowana dodatkowymi przesłankami. Oznacza to, że niezbędność zmiany, choć obiektywna, nie musi być nieprzewidywalna. Kolejnym warunkiem zmiany umowy jest konieczność realizacji dodatkowych świadczeń przez dotychczasowego wykonawcę.

Ponadto aby można było dokonać zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest łączne spełnienie trzech dodatkowych warunków.

Po pierwsze, zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego. Do względów ekonomicznych, które powodują niemożność dokonania zmiany wykonawcy, należy zaliczyć realną konieczność poniesienia wyższych kosztów związanych z realizacją dodatkowych świadczeń przez nowego wykonawcę w porównaniu do kosztów skalkulowanych przez wykonawcę dotychczasowego. Względy ekonomiczne mogłyby wynikać także ze specyfiki realizowanego świadczenia, jak również wiązać się z utraceniem gwarancji na dotychczasowy zakres prac lub dostarczone produkty.

Powody techniczne będą dotyczyły przede wszystkim zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub robót budowlanych. Pzp w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie precyzuje, co należy rozumieć przez interoperacyjność. W tym celu należy odnieść się do definicji interoperacyjności w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, do której odwołuje się art. 64 ustawy Pzp. Przez interoperacyjność w art. 3 pkt 18 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne należy rozumieć zdolność różnych podmiotów oraz używanych przez nie systemów teleinformatycznych i rejestrów publicznych do współdziałania na rzecz osiągnięcia wzajemnie korzystnych i uzgodnionych celów, z uwzględnieniem współdzielenia informacji i wiedzy przez wspierane przez nie procesy biznesowe realizowane za pomocą wymiany danych za pośrednictwem wykorzystywanych przez te podmioty systemów teleinformatycznych. Jednakże powyższa definicja stanowi jedynie wskazówkę, jak należy interpretować interoperacyjność na gruncie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przy wykładni tego podjęcia można także odwołać się do jego powszechnej definicji, zgodnie z którą interoperacyjność to zdolność systemu lub produktu do pełnej współpracy z innymi systemami lub produktami. Innymi słowy chodzi o kompatybilność sprzętu lub innych urządzeń z już posiadanym przez zamawiającego.

Po drugie, zmiana wykonawcy nie jest możliwa, gdy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego. Niedogodność, inaczej utrudnienie, musi być istotna. Ustawodawca nie precyzuje, o jaką niedogodność chodzi. Należy zatem uznać, że wszelkie istotne utrudnienia, wpływające na prawidłową realizację zamówienia, a związane ze zmianą dotychczasowego wykonawcy, będą mieściły się w tej przesłance. Istotna niedogodność może być związana z zapewnieniem stosownej koordynacji prac w przypadku pojawienia się drugiego wykonawcy, którego zadaniem byłoby wykonanie dodatkowych usług, dostaw czy robót budowlanych. Znaczne zwiększenie kosztów należy odnosić do kosztów, które powstaną, jeśli zamówienie będzie realizował dotychczasowy wykonawca. A zatem zwiększenie kosztów spowodowanych zmianą wykonawcy musi być znaczne. Na wyższe koszty mogą natomiast wpływać kwestie organizacyjne

związane z wejściem nowego podmiotu w realizowane już zamówienie publiczne. Należy tylko dodać, że wystarczające jest dla spełnienia tej przesłanki wystąpienie jednej z dwóch wymienionych okoliczności.

Po trzecie, wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Tylko w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

ZAPAMIĘTAJ

Zamawiający może zawrzeć aneks do umowy, jeżeli zmiana dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie trzy warunki:

- 1. zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,**
- 2. zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,**
- 3. wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków.**

PRAKTYKA KONTROLI

Przykład 1.

WKD/23/18/DKZP

Zmiana umowy w przedmiotowej sprawie, związana ze zmianą technologii i materiałów, nie była podyktowana przyczynami o obiektywnym charakterze, a była konsekwencją działań realizacyjnych wykonawcy, który niezgodnie z umową wykonał część zamówienia.

A zatem, następcza zmiana umowy nie wynikała z technicznych lub technologicznych uwarunkowań, które były skutkiem problemów o obiektywnym charakterze, wynikały natomiast wyłącznie z decyzji podejmowanych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane polegające na przebudowie drogi powiatowej (...) oraz remoncie drogi wewnętrznej w miejscowości (...). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wynikał z dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (zwanej dalej: „STWiOR”). Wymieniona dokumentacja techniczna stanowiła załącznik nr 9 do SIWZ. Jak wynika z Kosztorysu nakładczego w zakresie wzmocnienia i wyrównania istniejącej nawierzchni przewidziano „wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków” (w ilości 5.620,00 m² (pkt 67 d. 4) oraz „wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50 kg/m² – na szerokość siatki wzmacniającej” w ilości 281,00 t (70 d.4).

Zamawiający zawarł Umowę w sprawie realizacji ww. zamówienia na kwotę 2.378.500,20 zł. Następnie podpisano aneks nr 2/2017 do ww. umowy, w którym wskazano: „*Uwzględniając przesłanki przewidziane w § 13 ust. 2 w związku w § 13 ust. 6 umowy oraz w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) w zawartej umowie o udzielenie zamówienia publicznego (...) wprowadza się następujące zmiany:*

- 1. W szczegółowym zakresie robót wynikającym z dokumentacji projektowej (tj. projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu do umowy oraz harmonogramu rzeczowo – finansowego) wprowadza się zmiany zakresu i wartości robót, zgodnie z zestawieniem rzeczowo – finansowym wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzonych zmian – stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego aneksu.*
- 2. § 7 ust. 1 umowy otrzymuje brzmienie: Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym i określa się na kwotę: netto 2.009.835,63 PLN, plus podatek VAT 23%, kwota brutto: 2.472.097,82 PLN (...) w tym wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót dodatkowych w stosunku do zamówienia podstawowego wynosi: netto 76.095,62 PLN, plus podatek VAT 23%, kwota brutto: 93.597,62 PLN (...).”.*

Zgodnie z pkt „67 d. 4” załącznika nr 1 do aneksu nr 2/2017 z dnia 03.07.2017 r., stanowiącego zestawienie rzeczowo – finansowe robót do aneksu, w zakresie wzmocnienia i wyrównania istniejącej nawierzchni przewidziano „wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków” w ilości 0 m².

Ponadto, w protokole robót zaniechanych w pkt 7 wskazano pozycje 1, 6, 7 i 8, tj. roboty związane z zaniechaniem położenia siatki wzmacniającej:

- „1) poz. 21 d. 1 – Roboty remontowe – frezowanie nawierzchni bitumicznej o gr. do 4 cm z wywozem materiału z rozbiórki na odległość do 1 km – 2310 m² – 4.620 zł netto; (...),
- 6) poz. 66 d. 4 – Skropienie nawierzchni asfaltem – 5620 m² – 3.372,00 zł netto;
- 7) poz. 67 d. 4 – Wzmocnienie na łączeniu po 0,5 m nawierzchni bitumicznych przy użyciu geosyntetyków – 5620 m² – 22.480,00 zł netto;
- 8) poz. 70 d. 4 – Wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² – na szer. siatki wzmacniającej – 281 t – 49.315,50 zł netto.”

W uzasadnieniu zaniechania robót w ww. protokole wskazano, iż „Punkty 1, 6, 7 oraz 8 – roboty związane z wykonaniem poszerzeń istniejącej nawierzchni – wykonawca zrezygnował z robotami związanymi [zapis oryginalny – przyp. kontrolera] z układaniem siatki wzmacniającej ze względu na utrudnienia takie jak fałdowanie się siatki, powstanie dużych nierówności i odkształceń na nowo układanej warstwie wyrównawczej z mieszanki mineralno – asfaltowej”.

Natomiast w protokole robót dodatkowych w pkt 4 wskazano „poz. 69 d. 4 – Wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno – asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50 kg/m² – 280 t – 49.140,00 zł netto”.

Jak wynika z pisma „Ostateczne uzgodnienia dotyczące przebudowywanej drogi (...)”:
„W związku z zaistniałą sytuacją, czyli popełnieniem błędu ze strony wykonawcy (...) polegającym na nie położeniu siatki wzmacniającej na łączeniu istniejącej nawierzchni bitumicznej z poszerzeniami jezdni Wójt Gminy oraz wykonawca uzgodnili, że udzielona zostanie gwarancja na przebudowywaną drogę na okres 3 lat po zakończeniu umownego okresu rękojmi. W przypadku pojawienia się ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi w okresie gwarancji pozostaje druga możliwość napraw, czyli frezowanie warstwy asfaltu i położenie siatki pod warstwę wiążącą i ścieralną na łączeniach drogi. Ostatecznie ustalono: wykonawca położył warstwę wiążącą o około 1 – 2 cm grubszą aniżeli zawiera to projekt oraz położył warstwę ścieralną o projektowanej grubości 5 cm. Z kosztów drogi odliczona zostanie kwota 80.787,50 zł netto za niewbudowaną siatkę oraz zostanie udzielona gwarancja na okres 3 lat po okresie zakończenia rękojmi na pęknięcia drogi na poszerzeniu drogi, tj. w miejscach pierwotnie projektowanej siatki.”.

Wykonawca przedłożył kartę gwarancyjną w powyższym zakresie wskazując, iż „(...) Wykonawca udziela dodatkowej gwarancji na ewentualne powstanie pęknięć na połączeniu jezdni z poszerzeniem drogi na wykonany przedmiot zamówienia na okres 3 lat. Strony umowy zgodnie ustalają, iż w ostatnim miesiącu gwarancji dokonają przeglądu przedmiotu umowy, w celu ustalenia jego stanu technicznego. (...)”.

Podsumowując powyższe ustalenia, wykonawca zobowiązał się zmniejszyć koszt wykonania o 80.787,50 zł netto, w której to kwocie mieściła się należność za „wyrównanie istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralno-asfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² na szerokości siatki wzmacniającej” – poz. 69 kosztorysu, natomiast w protokole robót dodatkowych wskazano jako dodatkowe do wykonania „wyrównania istniejącej nawierzchni asfaltowej mieszanką mineralnoasfaltową z wbudowaniem mechanicznym – 50kg/m² - 280t o wartości 49.140,00 zł netto”- poz. 70 kosztorysu. Wskazane wykonanie w odmienny sposób niż przewidziany w projekcie i kosztorysie wzmocnienia nawierzchni drogi wynikało z przyczyn zależnych od wykonawcy, który zaniechał wykonania tego elementu w sposób opisany w dokumentacji.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, strony dokonując zmian umowy powołały się na przesłanki określone w § 13 ust. 3 w związku z § 13 ust. 6 umowy. Zgodnie z § 13 ust. 3 umowy zmiana umowy może dotyczyć:

- 1) zastosowania innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego,
- 2) aktualizacji rozwiązań projektowych z uwagi na postęp technologiczny,
- 3) zmiany rozwiązań projektowych z uwagi na wykryte w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wady i usterki,
- 4) zmiany wymiarów, położenia lub wysokości części robót budowlanych,
- 5) zmiany w kolejności i terminach wykonywania robót budowlanych,
- 6) rezygnacji z wykonania części robót budowlanych.

Jednocześnie, stosownie do postanowień § 13 ust. 6 umowy - zmiany, o których mowa w ust. 3 mogły zostać dokonane, jeżeli uzasadniają to zaistniałe niżej wymienione okoliczności:

- 1) korzyści materialne, organizacyjne, funkcjonalne lub eksploatacyjne skutkujące obniżeniem kosztu wykonania robót, obniżeniem kosztu eksploatacji (użytkowania) obiektu lub podniesieniem wydajności urządzeń oraz usprawnieniami w trakcie użytkowania obiektu,
- 2) zmiana obowiązujących przepisów, która nastąpiła w trakcie realizacji zamówienia mająca wpływ na wykonanie przedmiotu umowy,
- 3) podniesienie bezpieczeństwa wykonywania robót,
- 4) wady lub usterki dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, bez usunięcia których nie jest możliwa prawidłowa i zgodna ze sztuką budowlaną realizacja przedmiotu umowy,
- 5) opóźnienia, utrudnienia, zawieszenia robót lub przeszkody spowodowane przez Zamawiającego lub innego Wykonawcę zatrudnionego przez Zamawiającego na terenie tej samej budowy,
- 6) zaistnienie nieprzewidzianych warunków uniemożliwiających realizację umowy;

- a) geologicznych polegających na wystąpieniu gruntów słabonośnych, zmienności warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu wykonywanych robót budowlanych, wystąpienia wód gruntowych powyżej zaprojektowanego poziomu posadowienia, zagrożeń związanych z osuwiskami, kurczeniem i pęcznieniem gruntu,
 - b) niekorzystnych warunków atmosferycznych takich jak niekorzystne temperatury, nagłe i intensywne opady śniegu, deszczu, gradu, porywiste wiatry, zanieczyszczenie powietrza, uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych, potwierdzone wpisem w dzienniku budowy,
 - c) hydrologicznych polegających na wezbraniach wód w rzekach, powodziach, opadach deszczów nawalnych, roztopach, zatorach,
 - d) przerw w dostawie nośników energii elektrycznej lub wody trwających powyżej 3 (trzech) dni,
- 7) działanie siły wyższej.

Aneks nr 2/2017 do umowy podstawowej nie określał precyzyjnie jakie punkty z ustępu 3 i ustępu 6 w § 13 umowy stanowiły podstawę do jego zawarcia. Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż *„Zgodnie z postanowieniami zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego możliwość wprowadzenia zmian do umowy została przewidziana w treści umowy. Zmiany mogły dotyczyć zarówno rozwiązań technologicznych i zastosowanych materiałów jak również rezygnacji z wykonania części robót budowlanych. W związku z powyższym zawarto aneks nr 2 do umowy o roboty budowlane (...) na podstawie którego do szczegółowego zakresu robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej (tj. projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, kosztorysu do umowy oraz harmonogramu rzeczowo- finansowego) wprowadzono zmiany zakresu i wartości robót, zgodnie z zestawieniem rzeczowo finansowym wraz z uzasadnieniem konieczności wprowadzonych zmian”*.

Z powyższych wyjaśnień wynika, iż strony podejmując decyzję o zmianie umowy miały na uwadze dwie przesłanki opisane w § 13 ust. 3 umowy tj. zastosowanie innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego oraz rezygnację z wykonania części robót budowlanych.

Z dokumentacji przekazanej do kontroli doraźnej wynika, iż w tym stanie faktycznym nie można uznać przesłanki określonej w umowie jako „rezygnację z wykonania części robót budowlanych”, za podstawę do zawarcia aneksu, gdyż w przypadku tym Zamawiający nie zrezygnował całkowicie z wykonania części robót budowlanych, a strony wprowadziły zmianą umowy rozwiązanie zamienne, tj. położenie dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścieralną o grubości min. 5 cm. Rezygnacja bowiem z siatki wzmacniającej została zastąpiona rozwiązaniem, które zdaniem Zamawiającego i wykonawcy, miało zapewnić odpowiednią trwałość remontowanej drogi.

Zgodnie z powyższym, zastosowaną przesłanką określoną w umowie powinna być możliwość zmiany umowy określona w § 13 ust. 3 pkt 1) umowy tj. „zastosowanie innych niż przewidziane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót technologii, materiałów, urządzeń oraz rozwiązań projektowych i funkcjonalnych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego”. Powyższa zmiana dotyczy technologii i materiałów wykorzystanych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Niewątpliwie w tym przypadku materializuje się również przesłanka zmiany rozwiązań projektowych w ramach zatwierdzonego projektu budowlanego. Jednocześnie Zamawiający w wyjaśnieniach poinformował, iż „w toku wykonywania zamówienia ustalono, iż wskazany cel [przyj. zapewnienie trwałości wykonania podłoża] może zostać osiągnięty dzięki zastosowaniu mniej kosztownego rozwiązania, a tj. położeniem dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścierną o grubości min. 5 cm. (...) Zmiana technologii w czasie realizacji zamówienia miała wpływ na obniżenie kosztów po stronie zamawiającego, co w konsekwencji umożliwiło wykonanie robót dodatkowych. W takiej sytuacji obniżenie ceny z uwagi na zastosowanie zamiennych technologii i tak spowodowałoby, iż oferta wykonawcy byłaby najbardziej atrakcyjna. Nie zmieniłoby to więc wyników rozstrzygnięcia zamówienia publicznego. (...)”. Z powyższego wynika, iż uzasadnieniem dla dokonania zmiany umowy w tym przypadku, były zatem (§ 13 ust. 6 pkt 1 umowy) wyłącznie wskazane korzyści materiale - obniżenie kosztów po stronie Zamawiającego. Wskazać jednocześnie należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawarty aneks nie zawierał uzasadnienia konieczności wprowadzanych zmian. Załącznik do aneksu nr 2 stanowią bowiem wyłącznie - Rozliczenie kosztów remontu dróg w (...) oraz zestawienie rzeczowo-finansowe robót do aneksu.

Podkreślenia wymaga dodatkowo, iż oprócz robót budowlanych stanowiących konsekwencje zmiany technologii, które de facto stanowią katalog robót zamiennych, protokół robót dodatkowych oraz protokół robót zaniechanych specyfikuje również katalog innych robót zaniechanych oraz innych robót dodatkowych.

Zgodnie ze wskazanym w aneksie jako podstawa jego zawarcia art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności, tj. zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Tym samym zamawiający chcąc dokonać zmiany umowy w celu realizacji nowych dostaw, usług lub robót budowlanych nie musi wykazywać, że zmiana ta była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, czy że jest to zmiana nieistotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp2004. W przypadku zmian dotyczących realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych wartość każdej kolejnej zmiany nie może przekraczać progu 50% wartości zamówienia.

Wskazać należy, że przesłanki wymienione w ww. przepisie umożliwiające zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień tj. do dostaw, usług jak i do robót budowlanych. Przechodząc do analizy treści art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 warto również zauważyć, że dyspozycja powyższego przepisu nie wymaga, aby dodatkowe dostawy, usługi lub roboty budowlane były tożsame z przedmiotem zamówienia podstawowego lub też by stanowiły jego kontynuację. Istotnym jest natomiast by ich wykonanie było niezbędne. Uznać należy, iż niezbędność, o której mowa powyżej, interpretować należy jako okoliczność, kiedy to na skutek niewykonania zamówień dodatkowych nie zostałyby zrealizowane wszystkie cele zamówienia podstawowego. Dokonanie modyfikacji umowy bez niezbędności wprowadzenia zmian w zamówieniu podstawowym stanowiłoby de facto udzielenie nowego zamówienia, które mogłoby być zrealizowane samodzielnie w odrębnym postępowaniu, niezależnie od tego udzielonego pierwotnie. Zmiana umowy w takich warunkach byłaby nie tylko sprzeczna z treścią art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, ale również skutkowałaby naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w wyjaśnieniach przedstawionych w ramach kontroli doraźnej wskazywał na zmianę zastosowanej technologii przebudowy drogi, natomiast sam aneks w jego preambule powołuje się na przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, tj. okoliczności uzasadniające zmianę umowy w przypadku, gdy zmiany te dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i spełnione zostały warunki opisane w tym punkcie.

Jak wynika z dokumentacji, tj. z pisma „Ostateczne uzgodnienia dotyczące przebudowywanej drogi z (...)” zmiana umowy dokonana została w konsekwencji błędu wykonawcy. Ponadto z dokumentacji tejże wynika, iż w ramach realizacji zamówienia wykonawca rozpoczął prace związane z położeniem siatki wzmacniającej, jednakże w związku z napotkanymi trudnościami zaniechał wykonania przebudowy w tej technologii, a wykonał przedmiot zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań. Ten stan faktyczny potwierdza m.in. notatka służbowa, w której wskazano, iż „(...) na

przebudowanej drodze relacji (...) nie położono siatki wzmacniającej na łączeniu istniejącej nawierzchni bitumicznej z poszerzonymi jezdniami. Potwierdził tę informację obecny kierownik budowy (...). Pracownicy (...) zaznaczyli, że została już na całym odcinku drogi ułożona warstwa wiążąca o około 1-2 cm grubszej warstwie aniżeli zawierał to projekt. Wójt gminy zażądał sfrezowania warstwy wiążącej i położenia siatki wzmacniającej zgodnie z projektem". Z powyższego wynika zatem, że w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do nienależytego wykonania przez wykonawcę robót budowlanych zobowiązania wynikającego z zawartej umowy. Z notatki tej bowiem wynika, iż wykonawca samodzielnie podjął decyzję o zmianie technologii wykonania tej części zamówienia poprzez nieułożenie siatki wzmacniającej i zastosowaniu innego rozwiązania. Stanowisko Zamawiającego opisane w niniejszej notatce wskazuje na fakt, iż nie godził się on wstępnie na realizację zamówienia, jaką zrealizował wykonawca, żądając sfrezowania warstwy wiążącej i położenia siatki, a zatem wykonania zamówienia zgodnie z projektem. Świadczyć to może o tym, że Zamawiający nie przewidywał takich zmian w zakresie technologii wykonania prac. Ostatecznie jednakże po uwzględnieniu stanowiska projektanta, że sfrezowanie drogi może osłabić jej konstrukcję, a siatka może nie spełniać swojej roli, uzgodniono zmianę technologii na zaproponowaną, a właściwie wykonaną przez wykonawcę.

Zmiana umowy zatem w przedmiotowej sprawie, związana ze zmianą technologii i materiałów, nie była podyktowana przyczynami o obiektywnym charakterze, a była konsekwencją działań realizacyjnych wykonawcy, który niezgodnie z umową wykonał tę część zamówienia. Następcza zmiana umowy w powyżej wskazanych okolicznościach nie wynikała z technicznych lub technologicznych uwarunkowań, które były skutkiem problemów o obiektywnym charakterze, wynikały natomiast wyłącznie z decyzji podejmowanych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zmiana umowy zatem dokonana została po faktycznym wykonaniu tych prac przez wykonawcę. Stoi to w sprzeczności z regulacją umowną § 13 ust. 4, zgodnie z którą w przypadku gdy zmiany, o których mowa w ust. 3 proponuje wykonawca, warunkiem ich dokonania jest złożenie przez wykonawcę wniosku zawierającego opis propozycji zmiany, uzasadnienie zmiany, obliczenie kosztów zmiany, opis wpływu zmiany na harmonogram rzeczowo-finansowy i termin wykonania umowy. Z treści tego postanowienia wynika zatem, że wykonawca powinien uprzednio zaproponować zmianę Zamawiającemu, co w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło. Co prawda wniosek taki został złożony przez wykonawcę, ale dopiero w terminie, gdy wiadomym było już, iż siatka wzmacniająca nie została ułożona a w zamian została położona grubsza warstwa wiążąca.

Wskazany w wyjaśnieniach Zamawiającego cel jakim było zapewnienie trwałości wykonanego podłoża, poprzez zastosowanie siatki wzmacniającej, prawdopodobnie nie zostanie osiągnięty poprzez zastosowanie technologii zamiennej zastosowanej przez wykonawcę. Świadczyć o tym mogą zapisy w ostatecznych uzgodnieniach (podpisanych już po dokonaniu zmiany umowy), a dotyczących

ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi. Wskazano w tym dokumencie bowiem, że w przypadku pojawienia się ewentualnych pęknięć na łączeniach drogi w okresie gwarancji pozostaje druga możliwość naprawy, czyli frezowanie warstwy asfaltu i położenie siatki pod warstwę wiążącą i ścieralną na łączeniach drogi. W dalszej części tego dokumentu wskazano, iż w przypadku stwierdzenia pęknięć (w 3 letnim okresie gwarancji) na poszerzeniu drogi, tj. w miejscach pierwotnie projektowanej siatki wykonawca w ramach gwarancji dokona na własny koszt naprawy drogi z zastosowaniem ułożenia siatki drogowej zgodnie z pierwotnym projektem.

Powyższe może wskazywać na to, iż powstałe wątpliwości i dodatkowe zabezpieczenie się Zamawiającego w tym zakresie, są wynikiem zmiany technologii wykonania tych prac, a tym samym zwiększa się ryzyko braku tożsamości w zakresie rezultatu, jaki miał być osiągnięty w ramach realizacji zamówienia zgodnie z pierwotnym projektem uwzględniającym wbudowanie siatki wzmacniającej.

W przedmiotowej sprawie, modyfikacje przedmiotu zamówienia w postaci zmiany umowy w części obejmującej położenie siatki wzmacniającej i zastąpienie jej położeniem dodatkowej warstwy wiążącej 1-2 cm grubszej aniżeli zawierał projekt budowlany i projektowaną warstwę ścieralną o grubości min. 5 cm, wskazują na to, iż taką zmianę technologii i materiałów wykorzystanych do realizacji zamówienia, jak również zmianę rozwiązań projektowych tejże inwestycji, należy uznać za istotną, która w sposób jednoznaczny powinna zostać opisana w warunkach umożliwiających dokonanie takiej zmiany. Brak tak określonego jednoznacznie warunku zmiany umowy, może prowadzić do wniosku, iż jest to zmiana przedmiotowo istotna, która w sposób jednoznaczny i precyzyjny powinna zostać określona w postanowieniach SIWZ. Pomimo tego, iż Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż wymóg (realizacji zamówienia poprzez m.in. położenie siatki wzmacniającej) nie wpłynął na ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż technologia ta była typowa i standardowa dla danego zakresu robót, a na stosowanie takiej technologii muszą być przygotowane wszystkie podmioty zajmujące się naprawą i remontem nawierzchni dróg, nie można wykluczyć sytuacji, w której w przypadku określenia przez Zamawiającego w specyfikacji możliwości zmiany technologii i materiałów wykonania tej części zamówienia, udział w tym postępowaniu mogliby wziąć także inni wykonawcy. Bez znaczenia w tym przypadku byłoby zatem czy dana technologia jest typowa i standardowa, gdyż stopień zainteresowania zamówieniem i tym samym treść propozycji ofertowych uzależniona jest nie tylko i wyłącznie od zastosowanej technologii. Na decyzję wykonawcy o przystąpieniu do postępowania o udzielenie zamówienia ma również wpływ szereg innych czynników, w tym organizacyjnych, finansowych, związanych z oceną ryzyka transakcyjnego, itp., które niewątpliwie w połączeniu z projektowanymi rozwiązaniami technicznymi i materiałowymi mają wpływ na ostateczną decyzję o udziale wykonawcy w danym postępowaniu. Stabilność warunków zamówienia opisanych w specyfikacji, w tym w szczególności istotnych elementów zakresu świadczenia wpływa zatem na krąg

potencjalnych podmiotów, które mogą uczestniczyć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie wydaje się zatem, że zmiana rozwiązań technologicznych i materiałowych w odniesieniu do pierwotnie określonych warunków, potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem.

Reasumując, należy wskazać, iż z przekazanej dokumentacji nie wynika, iż realizacja dodatkowych robót budowlanych, polegająca na zastosowaniu technologii związanej z rezygnacją z położenia siatki wzmacniającej przewidzianej w dokumentacji zamówienia podstawowego i zastosowaniu grubszej warstwy wiążącej na nawierzchni była niezbędna, zgodnie z przesłanką przewidzianą w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, stanowiącą podstawę zawartego aneksu nr 2/2017 do umowy o roboty budowlane. Należy wskazać, iż dodatkowe roboty budowlane nieobjęte zamówieniem podstawowym to roboty nieprzewidywalne, natomiast nieprzewidywalność wystąpienia ww. robót musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania postępowania lub wykonywania robót budowlanych. Ponadto, powyższe oznacza, że dodatkowych robót nie mógł przewidzieć zarówno Zamawiający, jak i wykonawca. Z dokumentacji pozostającej w dyspozycji Urzędu wynika, że na etapie realizacyjnym wykonawca rozpoczął prace związane z położeniem siatki wzmacniającej, jednakże w związku z napotkanymi trudnościami zaniechał wykonania przebudowy w tej technologii, a wykonał przedmiot zamówienia przy zastosowaniu innych rozwiązań. Zatem wykonanie w sposób odmienny niż projektowany wzmocnienia nawierzchni drogi wynikało z przyczyn zależnych od wykonawcy, który zaniechał wykonania tego elementu w sposób opisany w dokumentacji, dlatego też ujęcie późniejszych robót z tym związanych oraz dokonanie zmiany umowy po wykonaniu ww. robót, było sprzeczne z art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004.

Dodatkowo, należy wskazać, iż istotą umowy o roboty budowlane jest zobowiązanie się wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Zmiany objęte aneksem nr 2/2017 wpłynęły na zmianę dokumentacji projektowej w odniesieniu do wzmocnienia istniejącej nawierzchni. Zmiana umowy polegająca na zmianie technologii wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonej nawierzchni stanowiła naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004.

Przykład 2.

Aktualizacja mapy do celów projektowych wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję - pozwolenie na budowę, według postanowień umowy zawartej z Wykonawcą, stanowi przedmiot zamówienia objęty zamówieniem podstawowym.

Wobec powyższego, zmiana umowy polegająca na realizacji dodatkowych usług obejmujących wykonanie aktualizacji mapy do celów projektowych wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę, nie spełnia w przedmiotowym stanie faktycznym przesłanki art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, mówiącej, iż dodatkowe usługi nie mogą obejmować zamówienia podstawowego.

Przedmiotem zamówienia była budowa jazu klapowego na stopniu wodnym (...) z uwzględnieniem obiektów towarzyszących. W wyniku przeprowadzonej kontroli sformułowano następujące ustalenia/zalecenia pokontrolne: Przedmiotem Aneksu nr 14 do Umowy podstawowej na Opracowanie aktualizacji projektów budowlanych i opracowanie projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych jest:

- 1) Wykonanie aktualizacji mapy do celów projektowych (MDCP) wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę, Zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 47 475,00 zł netto oraz
- 2) Zmiana terminu w poniższym zakresie:
 - Sporządzenie wniosku, uzgodnienie i uzyskanie decyzji wodnoprawnej: zmiana terminu realizacji z 30.09.2020 r. na 30.09.2021 r.,
 - Sporządzenie wniosku, uzgodnienie i uzyskanie decyzji pozwolenie na budowę dla wszystkich projektowanych obiektów na przedmiotowym stopniu wodnym wraz z wymaganymi zwolnieniami od zakazów lub innymi podstąpieniami niezbędnymi w postępowaniu administracyjnym: zmiana terminu realizacji z 15.12.2020 r. na 22.11.2021 r.

W zakresie zwiększenia wartości umowy opisanym w ww. pkt. 1, Zamawiający uzasadniał, że w trakcie procedowania pozwolenia wodnoprawnego dla projektowanego zadania Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej (dalej jako: „MGMiŻŚ”) w pkt 3) pisma z dnia 13.04.2020 r., nakazało Wykonawcy przeprowadzić rozgraniczenie tych gruntów oraz ustalenie istniejącej linii brzegu w celu przeprowadzenia postępowania dla ww. zadania. Zamawiający wykonał nakazane rozgraniczenia w dniu 18.05.2020 r., a Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w O(...) (dalej jako „ODGiK”) przyjął operaty geodezyjne rozgraniczenia gruntów do ewidencji zasobu. Na podstawie złożonego wniosku do Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej wraz z operatem geodezyjnym zawierającym projekt rozgraniczenia gruntów pokrytych wodami od gruntów przyległych, MGMTIŻŚ wydało w dniu 18.09.2020 r. decyzję o rozgraniczeniu gruntów oraz decyzję ustalającą linię prawego i lewego brzegu rzeki Odry. W wyniku przeprowadzonego rozgraniczenia zmienił się przebieg granic działek na prawym i lewym brzegu stopnia wodnego, w konsekwencji czego, w ODGiK nastąpiła aktualizacja zasobów. Jak uzasadnia Zamawiający, w skutek zaistniałych zmian danych ewidencyjnych, zaszła konieczność aktualizacji pierwotnie wykonanej przez Wykonawcę mapy

do celów projektowych, co wiąże się również z potrzebą aktualizacji pierwotnie wykonanego projektu budowlanego. Jako podstawę prawną powyższej zmiany Umowy Zamawiający wskazał art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004 Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający poinformował o spełnieniu przesłanek warunkujących zmianę wynikającą z ww. przepisu, tj.:

- a) przedmiotowe zmiany dotyczą dodatkowych usług od dotychczasowego Wykonawcy, nie są objęte zamówieniem podstawowym oraz są niezbędne, ponieważ niewykonanie opisanych prac uniemożliwi złożenie wniosku o wydanie decyzji pozwolenie na budowę w ramach inwestycji.
- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność i znaczne zwiększenie kosztów dla Zamawiającego, gdyż konieczność przeprowadzenia nowego postępowania na wybór innego wykonawcy doprowadziłaby do przekroczenia, wynikającego z ustawy z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 417), terminu na złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę wg dotychczasowych zasad ustawy Prawo budowlane. W konsekwencji spowodowałoby to konieczność przygotowania dokumentacji projektowej wg nowych zasad znowelizowanej ustawy Prawo budowlane, tj. rozdzielenia projektu budowlanego na projekt zagospodarowania działek lub terenu, projekt architektoniczno-budowlany i projekt techniczny, i w związku z tym poniesienia dodatkowych znacznych kosztów przez Zamawiającego,
- c) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów technicznych i ekonomicznych, gdyż nie jest możliwe, mając na uwadze konieczność przeprowadzenia nowego postępowania na wybór innego wykonawcy, aby inny wykonawca w terminie obowiązywania dotychczasowych zasad ustawy Prawo budowlane, zapoznał się z całością wykonanej dokumentacji projektowej liczącej 112 tomów, sporządził nową mapę do celów projektowych i w oparciu o nią dokonał zmian w projekcie budowlanym,
- d) łączna wartość zmian Umowy zgodnie z Protokołem z negocjacji wynosi 47 475,00 zł netto (58 394,25 zł brutto) i nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w Umowie ($2\,391\,700,00\text{ zł netto} \times 50\% = 1\,195\,850,00\text{ zł netto}$, tj. 1 470 895,50 zł brutto).

Według instytucji kontrolującej, przedmiotowa zmiana obejmująca wykonanie aktualizacji mapy do celów projektowych (MDCP) wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę, nie wskazuje, że zakres tej zmiany nie został ujęty już w zamówieniu podstawowym. Kontrolujący zaznacza, że zgodnie z pkt. 3 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik do umowy podstawowej, zakres zamówienia obejmował uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych, w tym pozwolenia wodnoprawnego oraz pozwolenia na budowę. Należy jednocześnie zwrócić uwagę na zapis ww. pkt. 3 OPZ: „Wykonawca zobowiązany jest uzyskać wszelkie niezbędne uzgodnienia (...), opracowania i dokumenty wymagane do uzyskania prawomocnych decyzji. Jednocześnie, Wykonawca zobowiązany

jest do dokonywania wszelkich zmian, poprawek i uzupełnień na wiosek organów administracyjnych, służących uzyskaniu decyzji pozwolenia na budowę". Według kontrolującego, powyższy zapis oznacza, że po stronie Wykonawcy realizującego zamówienie, leży uzyskanie niezbędnych decyzji oraz dokonywanie wszelkich zmian poprawek i uzupełnień dokumentacji służących do uzyskania przedmiotowej decyzji, również wykonanie aktualizacji mapy do celów projektowych wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę.

W nawiązaniu do powyższego, kontrolujący zwraca uwagę na zapisy § 3 umowy podstawowej dotyczące wynagrodzenia. W §3 ust. 2 umowa wskazuje, że *„Ryzyko prawidłowości ustalenia kosztów wykonania prac stanowiących przedmiot umowy obciąża wykonawcę”* oraz w §3 ust. 3 umowa stanowi, że: *„Wszelkie wydatki związane z wykonaniem niniejszej umowy ponosi wykonawca”*. Powyższe zapisy oznaczają, że Zamawiający, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zobligował wykonawców, do właściwej wyceny oferty, obejmującej m.in. wszelkie dokumenty oraz modyfikacje tych dokumentów, potrzebne do uzyskania niezbędnych decyzji.

W analizowanym przypadku, Zamawiający sugerował wykonawcom, jako podmiotom specjalizującym się w zakresie procedury uzyskiwania niezbędnych decyzji oraz dokumentacji potrzebnej do pozyskania tych decyzji, wycenę oferty, zawierającą kompleksowe działania przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy.

Podsumowując, według instytucji kontrolującej, zmiana umowy polegająca na realizacji dodatkowych usług obejmujących wykonanie aktualizacji mapy do celów projektowych wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę, nie spełnia w przedmiotowym stanie faktycznym przesłanki art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, mówiącej, iż dodatkowe usługi nie mogą obejmować zamówienia podstawowego. Według kontrolującego, aktualizacja mapy do celów projektowych wraz z aktualizacją projektu budowlanego i złożeniem kompletu dokumentów do organu wydającego decyzję pozwolenie na budowę, według zapisów umowy z Wykonawcą, stanowi przedmiot zamówienia objęty zamówieniem podstawowym.

3.4. Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W myśl art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego może dojść w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie

modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy. Przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy sektorowej. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy klasycznej. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

A zatem, chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający musi wykazać, że:

- konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć
- zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy,
- wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.

W konsekwencji przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidzianego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowując się do wszczęcia postępowania, przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym

zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, że na gruncie przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

ZAPAMIĘTAJ

Konieczność modyfikacji umowy wywołana okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - nie jest to sytuacja, w której zamawiający nie przewidział określonej okoliczności skutkującej zmianą umowy, ale sytuacja, w której nie miał obiektywnej możliwości przewidzenia takiej zmiany lub skali takiej zmiany.

Uwzględniając powyższe, co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Kolejnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie wymienionych w tym przepisie zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie nieprzewidziana okoliczność wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

Dodatkowo do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, by zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. Ponadto konieczne jest spełnienie przesłanki wartościowej zmiany, oznaczającej, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu wyjaśnienia pojęcia „charakteru umowy” należy odesłać do pkt 2.2. niniejszej publikacji.

Przykład 1.

Zamawiający rozszerza zamówienie podstawowe o dodatkowe opracowania projektowe i dodatkowy Nadzór Autorski oraz wydłuża termin realizacji zamówienia.

Wystąpienie odmiennych warunków gruntowych, nawet przy założeniu, że odpowiednio i z należytą starannością zostały wcześniej zbadane, jest często spotykane przy tego typu zamówieniach i nie ma charakteru przekraczającego standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o tym charakterze.

Brak jest podstaw do stwierdzenia, iż powyższa zmiana jest zgodna z treścią art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp2004.

Przedmiotem zamówienia jest poprawa dostępu do portu (...).

Aneksem nr 6 na „*Opracowanie studium wykonalności i dokumentacji projektowo kosztorysowej dla zadania pn. Poprawa dostępu do portu w (...)*” wprowadzono zmianę dotyczącą zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zwiększenia zakresu czynności Nadzoru Autorskiego o kolejne 250 godzin przeznaczonych na nadzór autorski zamiejscowy oraz dotyczącą wydłużenia terminu realizacji zamówienia do dnia 31.12.2019 r.

Wskazując podstawę faktyczną dla wprowadzonych zmian Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z pojawieniem się w trakcie realizacji robót budowlanych wielu kwestii, które musiały być wyjaśnione przez Nadzór Autorski, a które były niemożliwe do przewidzenia przez Zamawiającego w momencie zawierania umowy, w szczególności z uwagi na odmiennie warunki gruntowe w rejonie (...), inną konstrukcją (...) na sekcjach 5-8, nastąpiła konieczność wykonania dodatkowych opracowań projektowych w ramach Nadzoru Autorskiego. W związku z tym faktem, wprowadzono zmianę do Umowy podstawowej na podstawie Protokołu Konieczności nr 3 w sprawie wykonania dodatkowych opracowań projektowych. Dalsze pełnienie obowiązków Nadzoru Autorskiego wymagało zwiększenia ilości pobytu zamiejscowego Nadzoru Autorskiego o kolejne 250 szt., co miało zapewnić sprawną realizację robót budowlanych. Zgodnie z ww. Umową cena za jeden pobyt zamiejscowy Nadzoru Autorskiego wynosi 600,00zł netto, co po zwiększeniu ilości pobytów daje kwotę: 150.000,00 zł netto (184.500,00 zł brutto). Z tytułu zwiększenia ilości Nadzoru Autorskiego objętych niniejszym Protokołem konieczności nr 3, wykonawca nie wnosił w związku z powyższą zmianą o przedłużenie terminu realizacji zamówienia.

Ponadto, odnosząc się do zmiany terminu realizacji umowy, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z Protokołem konieczności nr 4 wystąpiły okoliczności, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, a które związane były z koniecznością uwzględnienia wydłużającej się procedury uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, pomimo dołożenia przez Wykonawcę należytej staranności. Na etapie przygotowywania OPZ Zamawiający szacując termin realizacji zamówienia przyjmował, że poszczególne decyzje będą wydawane zgodnie z terminami administracyjnymi. W związku z tym, że z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Decyzja o pozwoleniu wodnoprawnym, o którą występował wykonawca, nie została wydana w zakładanym pierwotnie terminie, wykonawca wystąpił o przedłużenie terminu wykonania opracowań projektowych wraz z decyzjami do dnia 31.12.2021. Sprawa została potraktowana przez RZGW jako skomplikowana, co spowodowało wydłużenie terminu wydania przedmiotowej decyzji do dnia 21.11.2021. Wniosek o jej wydanie został złożony w dniu 06.08.2021 r. zatem procedowanie tej sprawy trwało ok. 3,5 miesiąca. Dodatkowo wykonawca dochowując należytej staranności w dniu 17.09.2021 r. złożył wyprzedzająco wniosek o pozwolenie na budowę bez wymaganej decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym, którą planował uzupełniająco złożyć po jej uzyskaniu. Miało to na celu maksymalne przyspieszenie wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Powyższe okoliczności były niemożliwe do przewidzenia przez Zamawiającego na etapie sporządzenia OPZ.

Zamawiający wskazał następujące podstawy prawne dla wprowadzonych zmian do umowy:

- w odniesieniu do zmiany wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zwiększenia zakresu czynności nadzoru autorskiego o kolejne 250 godzin przeznaczonych na nadzór autorski zamiejscowy Zamawiający wskazał, iż jest ona zgodna z § 13 ust. 1 Umowy i z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, która zachowuje zastosowanie do umów zawartych przed 01.01.2021 r. Wartość zmiany, o której mowa powyżej, spełnia przesłanki z 144 ust. 1 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp2004,
- w odniesieniu do zmiany dotyczącej wydłużenia terminu realizacji zamówienia do dnia 31.12.2019 r., Zamawiający wskazał, iż jest ona zgodna z § 13 ust. 1 Umowy z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, która zachowuje zastosowanie do umów zawartych przed 01.01.2021 r.

Na wstępie należy podkreślić, iż w opinii instytucji kontrolującej Zamawiający, odpowiadając na prośbę o przekazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zawarcia przedmiotowego aneksu, nie zastosował się do zawartej w treści pisma informującego o wszczęciu kontroli prośby, która wprost wskazywała, iż w wyjaśnieniach należy uwzględnić przesłanki wynikające z treści artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowił podstawę dla dokonania każdej ze zmian. Zamawiający natomiast przekazał dość lakoniczne wyjaśnienia w zakresie podstawy prawnej, w szczególności co do przesłanki wynikającej z treści podpunktu a) art. 144 ust. pkt 3 ustawy Pzp2004, co jest dla kontrolującego niezrozumiałe, zważywszy na dość długi czas oczekiwania na wyjaśnienia ze strony Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do samej podstawy prawnej dokonanych zmian należy zauważyć, iż § 13 ust. 1 Umowy dotyczy ogólnego uregulowania dotyczącego zmian umowy, wskazującego, iż „Zmiana umowy nie może naruszać art. 144 Prawa Zamówień Publicznych”. Należy zatem, w celu zbadania poprawności dokonanej zmiany, zarówno tej dotyczącej zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, jak również tej dotyczącej wydłużenia terminy realizacji zamówienia, przeanalizować poprawność dokonania tych zmian w świetle przywołanego art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, zgodnie z którym: zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Analizując zmianę wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zwiększenia zakresu czynności nadzoru autorskiego o kolejne 250 godzin przeznaczonych na nadzór autorski zamiejscowy należy podkreślić, iż w opinii instytucji kontrolującej, jak wskazano wyżej, Zamawiający nie uzasadnił dostatecznie spełnienia przesłanek wynikających z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w szczególności przesłanki z ppkt a), ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż pojawienie się w trakcie realizacji robót budowlanych wielu kwestii, które musiały być wyjaśnione przez Nadzór Autorski, a które były niemożliwe do przewidzenia przez Zamawiającego w momencie zawierania umowy, w szczególności z uwagi na odmienne warunki gruntowe w rejonie (...), inną konstrukcją (...) na sekcjach 5-8, wpłynęły na konieczność wykonania dodatkowych opracowań projektowych w ramach Nadzoru Autorskiego, co z kolei wpłynęło na zwiększenie zakresu czynności Nadzoru Autorskiego.

Należy natomiast zauważyć, iż zgodnie z treścią opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp2004 „Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga ustalenia, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość

przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.”

W opinii kontrolującego w przedmiotowym stanie faktycznym nie może być mowy o sytuacji, która byłaby niemożliwa do przewidzenia przez strony, pomimo dochowania należytej staranności. Wystąpienie odmiennych warunków gruntowych, nawet przy założeniu, że odpowiednio i z należyłą starannością zostały wcześniej zbadane (co nie zostało wskazane czy udowodnione przez Zamawiającego), jest często spotykane przy tego typu zamówieniach i nie ma charakteru przekraczającego standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o tym charakterze. Ponadto Zamawiający wskazuje na wystąpienie „wielu kwestii”, nie wskazując jednakże dokładnie, jakie kwestie ma na myśli, a odmienne warunki gruntowe wskazane są jako okoliczność, która „w szczególności” powoduje konieczność zwiększenia ilości pobytów pozamiejscowych Nadzoru Autorskiego. Na marginesie należy dodać, że niezrozumiałym dla kontrolującego jest zwiększanie tej ilości aż o 100% w stosunku do ilości przewidzianej w umowie pierwotnej, w sytuacji gdy z pisma wykonawcy wynika, że wykorzystano około 70% pierwotnie przewidzianych pobytów.

Ponadto należy stwierdzić, iż zgodnie z treści przywołanej wyżej opinii UZP „Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie [art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004] jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić czy istnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków jakie wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na

możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.”
Fakt ten natomiast, w opinii instytucji kontrolującej nie został udowodniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, brak było podstaw do stwierdzenia, iż powyższa zmiana jest zgodna z treścią art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp2004.

Odnosząc się zaś do zmiany terminu realizacji umowy z wykonawcą, kontrolujący również wskazuje, iż Zamawiający nie wykazał z należytą starannością spełnienia ww. przesłanek, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż zmiana ta związana jest z wydłużeniem się czasu związanego z procedurą uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, pomimo dołożenia przez Wykonawcę należytej staranności. Trudno natomiast mówić w tej sytuacji o nieprzewidywalności powyższej okoliczności będącej podstawą do dokonania zmiany terminu, w sytuacji, kiedy możliwość takiej zmiany Zamawiający przewidział wprost w treści § 13 ust. 2 Umowy, zgodnie z którym *„Zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1 ust. 1 niniejszej umowy będzie możliwa, jeżeli pomimo dołożenia należytej staranności i wystąpienia z odpowiednim wyprzedzeniem, Wykonawca nie uzyska uzgodnień, opinii lub decyzji pozwalających ukończyć w terminie przedmiot umowy opisany w § 1 ust. 1 i to z przyczyn leżących wyłącznie po stronie organu administracji, nastąpi zmiana stanu prawnego, konieczność zmiany zakresu przedmiotu umowy, wykonania prac dodatkowych, konieczność uwzględnienia wpływu innych przedsięwzięć i działań powiązanych z przedmiotem umowy (z wyłączeniem opisanych w niniejszej umowie oraz SIWZ), procesu wykupui wywłaszczenia gruntów, kolizji przedmiotu umowy z innymi istniejącymi przeszkodami terenowymi lub koniecznością koordynacji prac projektowych z innymi pracami projektowymi realizowanymi przez osoby trzecie. Termin na wykonanie umowy zostanie wydłużony o czas trwania przeszkody, uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy, zastrzeżeniem uwzględnienia ewentualnego przyczynienia się Wykonawcy do powstałego wydłużenia”*. Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający dokonał już trzykrotnie zmiany terminu realizacji przedmiotowej umowy w oparciu o podobny stan faktyczny, tj. zmiany dokonanej Aneksem nr 1, Aneksem nr 3 oraz Aneksem nr 4. W każdym z powyższych przypadków, jako podstawę prawną dla dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia, Zamawiający wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp2004.

Biorąc pod uwagę powyższe, brak było podstaw do stwierdzenia, iż powyższa zmiana jest zgodna z treścią art. 144 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp2004.

Przykład 2.

W trakcie realizacji zamówienia, już po wyborze wykonawcy robót budowlanych zaistniała konieczność wykonania prac, które powinny być przewidziane na etapie opisu przedmiotu zamówienia, tj. prac projektowych.

Kwestia ewentualnej kolizji istniejących drzew z budowanym pomostem kablowym była weryfikowana na etapie przygotowania dokumentacji projektowej. Nie była to zatem kwestia niemożliwa do przewidzenia, która mogłaby stanowić przesłankę do zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przedmiotem jest budowa podstacji prostownikowej (...). Zamawiający przedstawił do kontroli Aneks nr 1 do umowy podstawowej, której przedmiotem jest budowa podstacji prostownikowej (...). Przedmiotem kontrolowanego Aneksu nr 1 są roboty dodatkowe opisane Protokołami Konieczności nr 1-5, w wyniku których wynagrodzenie uległo zwiększeniu o 389 785,78 PLN netto. Protokół Konieczności nr 3 z dnia 10.12.2020 r.

Po wytyczeniu lokalizacji pomostu kablowego nad istniejącą linią kolejową (...), stwierdzono kolizję obiektu z istniejącym drzewostanem nieprzewidzianym wg dokumentacji projektowej do wycinki. Postępowanie wyjaśniające potwierdziło konieczność wycięcia 4 szt. drzew zlokalizowanych na terenie działki nr 29/15 z ob. 1057. Decyzja WOŚr-II.6131.19.74.2020.AS, UPN: 56653/WOŚr/-IX/20, zezwala na wycinkę 4 szt. drzew oraz nakłada obowiązek wykonania nasadzeń zastępczych w ilości 8 szt. drzew ozdobnych z gatunku robinia akacja w terminie do dnia 30.11.2021 r. Wartość robót została wyceniona na kwotę 25 765, 00 PLN netto.

Jako podstawę prawną wprowadzonych zmian Zamawiający przyjął art. 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, tj.: Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że (...) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej

Zdaniem instytucji kontrolującej w tym przypadku nie może być mowy, o sytuacji w której Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć tej zmiany. Teren przeznaczony pod inwestycję był znany Zamawiającemu i ewentualna wycinka drzew powinna zostać ujęta w dokumentacji projektowej lub zostać przewidziana na etapie postępowania przetargowego.

Instytucja kontrolująca w obliczu powyższego uznała, że wydatki wynikające z Protokołu Konieczności nr 3 nie mogą zostać uznane za kwalifikowalne gdyż nie wypełniają dyspozycji wynikających z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Aby dokładniej przedstawić tą kwestię należy przytoczyć opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą dopuszczalności zmian umowy w świetle art. 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp2004: „...możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy

Pzp wymaga zatem ustalenia, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron”.

Zastrzeżenia Zamawiającego:

Zamawiający przesłał do kontrolującego zastrzeżenia do wyniku kontroli. Do pisma została załączona korespondencja mailowa między wykonawcą, Zamawiającym i projektantem. Zamawiający w zastrzeżeniach do kontroli nie zgodził się z jej wynikiem twierdząc, iż spełnił wszystkie przesłanki wynikające z ustawy Pzp. Według Beneficjenta, dochowano należytej staranności na etapie przeprowadzenia postępowania przetargowego, gdzie przewidziano do realizacji roboty wynikające z opracowanej dokumentacji projektowej. W zakresie pomostu kablowego został opracowany (przez osoby posiadające właściwe uprawnienia) projekt budowlany, w którym Projektant odniósł się w pkt 3.9 do kwestii związanych z ukształtowaniem terenu i zielenią, gdzie wskazał m.in. że „...Projektowane elementy i urządzenia nie powodują zmiany ukształtowania zieleni ani wycinki istniejących drzew.”

Wobec powyższych zapisów dokumentacji projektowej, biorąc pod uwagę także faktyczne zagospodarowanie terenu w rejonie projektowanych stóp fundamentowych (a także ich rozmiar), należy stwierdzić, że przed faktycznym przystąpieniem do robót budowlanych i wytyczeniem w terenie projektowanego obiektu, nie było możliwości stwierdzenia kolizji istniejących drzew z projektowanym pomostem. Należy wobec tego uznać, że wszystkie działania Zamawiającego w tym zakresie były prowadzone z należytą starannością. Na potwierdzenie tego, że kwestia kolizji nie była oczywista można dodatkowo przywołać korespondencję mailową Projektanta z dnia 31.08.2020 r., w której wskazuje w odpowiedzi na zapytanie techniczne 2/E złożone w tej sprawie, że nie ma konieczności dokonywania wycinki drzew, a wystarczające będą jedynie cięcia pielęgnacyjne koron drzew. Dopiero na skutek dalszego postępowania wyjaśniającego stwierdzono konieczność wycinki kolidujących drzew jako działanie niezbędne do realizacji robót w sposób zgodny z projektem.

W związku z powyższym stanowiskiem i wyjaśnieniami Beneficjent zwrócił się z prośbą o uznanie wydatków objętych Protokołami Konieczności nr 3 za kwalifikowane.

Ustalenie z ponownej weryfikacji:

Kontrolujący w ramach ponownej weryfikacji zapoznał się z zastrzeżeniami Beneficjenta, który w kontekście stwierdzonych w informacji pokontrolnej naruszeń przedstawił swoje stanowisko. W opinii kontrolującego przekazane przez Beneficjenta zastrzeżenia oraz załączona korespondencja nie przedstawiały żadnych istotnych nowych okoliczności, przemawiających za uznaniem ww. wydatków za kwalifikowalne. Beneficjent w zastrzeżeniach wskazał, iż w zakresie pomostu kablowego został opracowany (przez osoby posiadające właściwe uprawnienia) projekt budowlany, w którym Projektant odniósł się w pkt 3.9 do kwestii związanych z ukształtowaniem terenu i zielenią, gdzie wskazał m.in. że *„...Projektowane elementy i urządzenia nie powodują zmiany ukształtowania zieleni ani wycinki istniejących drzew.”* Potwierdzało to jedynie tezę, iż kwestia ewentualnej kolizji istniejących drzew z budowanym pomostem kablowym była weryfikowana na etapie przygotowania dokumentacji projektowej. Nie była to zatem kwestia niemożliwa do przewidzenia. Jak wskazano w wyniku kontroli, teren przeznaczony pod inwestycję był znany Zamawiającemu i ewentualna wycinka drzew powinna zostać ujęta w dokumentacji projektowej lub zostać przewidziana na etapie postępowania przetargowego. Powyższe znajduje również potwierdzenie w korespondencji przekazanej razem z pismem zawierającym zastrzeżenia do wyniku kontroli. Wynika z niej, iż projektant potwierdził, że *„Drzewa nie znajdują się w miejscu przewidzianego projektem pomostu, ani jego podpór”* oraz wskazał, że w jego opinii *„budowa pomostu kablowego nie wymaga wycinki drzew, wystarczy przycięcie kolidujących gałęzi”*.

Ponadto, w opinii instytucji dokonującej ponownej weryfikacji, skoro zaistniały w trakcie realizacji zamówienia obowiązek wycinki drzew (które de facto znajdowały się w tym samym miejscu przy tworzeniu dokumentacji projektowej, co potwierdził projektant w zdaniu *„Na przedstawionej*

przez Wykonawcę mapie drzewa znajdują się w lokalizacjach identycznych jak na mapie w projekcie”) powstał po wyborze wykonawcy robót budowlanych, na podstawie projektu zleconego przez Zamawiającego podmiotowi zewnętrznemu, oznaczać to może zatem, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności przy odbiorze zamówienia polegającego na wykonaniu projektu. Taki stan rzeczy, tj. konieczność wycięcia drzew, których wcześniej wycinać nie było trzeba, może stanowić o błędnie przygotowanej dokumentacji projektowej. Za przygotowanie dokumentacji projektowej jest natomiast odpowiedzialny Zamawiający, a błędy w niej występujące nie mogą stanowić podstawy do zawarcia aneksu w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1 Pzp2004 za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Za dokonanie prawidłowego i kompletnego opisu przedmiotu zamówienia odpowiada zatem Zamawiający. Jeżeli zaś powierzy jego przygotowanie specjalistycznej firmie projektowej, ma prawo do uzyskania od niej odszkodowania, gdy projekt zostanie wykonany w sposób wadliwy.

Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający nie wyjaśnił, co było faktycznie przyczyną konieczności wycinki drzew. Nie wynika to z przekazanej korespondencji mailowej, natomiast w samym piśmie z zastrzeżeniami do wyniku kontroli wskazano jedynie, iż *„Dopiero na skutek dalszego postępowania wyjaśniającego stwierdzono konieczność wycinki kolidujących drzew jako działanie niezbędne do realizacji robót w sposób zgodny z projektem”*. Zamawiający nie wyjaśnił zatem dostatecznie, dlaczego nie było możliwości stwierdzenia kolizji istniejących drzew z projektowanym pomostem na etapie projektowania, a więc nie wyjaśnił dostatecznie zaistnienia *„przesłanki nieprzewidywalności”* wynikającej z art. 144 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, a także nie wyjaśnił jakie *„dalsze postępowanie wyjaśniające”* pozwoliło na stwierdzenie konieczności wycinki kolidujących drzew, co nie pozwala na zweryfikowanie czy np. w danym przypadku nie doszło do błędu projektowego, za który odpowiedzialność powinien ponosić autor projektu.

Niezależnie od powyższego, przywołując treść wskazanej w wyniku kontroli opinii UZP tj. *„Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron”* należy zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o okolicznościach niezależnych od stron umowy, bowiem jak wskazano wyżej, to na Zamawiającym ciąży obowiązek odpowiedniego i rzetelnego przygotowania dokumentacji projektowej.

W wyniku ponownej weryfikacji instytucja kontrolująca pottrzymała wynik ustaleń dokonanych w ramach przeprowadzonej kontroli.

Przykład 3.

KND/19/19/DKZP

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający zawarł z Wykonawcą umowę o realizację zamówienia publicznego, której treść nie była zgodna z treścią oferty tego wykonawcy (wydłużył termin jej realizacji o miesiąc), powołując się przy tym na przepisy regulujące możliwość dokonywania zmian zawartej umowy, jeszcze przed jej faktycznym podpisaniem.

Zamawiający nie przewidział pewnych okoliczności, które działając z należytą starannością powinien przewidzieć (takich jak przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego).

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi leśnej i pożarowej dla obrębu (...) Zgodnie z rozdziałem XIV siwz termin realizacji zamówienia stanowił kryterium oceny ofert o wadze 20%. Punkty w ramach tego kryterium przydzielane były według następującego schematu: wykonawca zobowiązywał się do realizacji zamówienia do dnia 30 października 2017 r. – otrzymywał 10 pkt; wykonawca zobowiązywał się do realizacji zamówienia do dnia 10 października 2017 r. – otrzymywał 20 pkt.

Z treści oferty złożonej przez Wykonawcę wynika, iż zobowiązał się on do wykonania zamówienia w terminie do dnia 10 października 2017 r. i w konsekwencji, zgodnie z zapisami siwz, otrzymał 20 pkt w kryterium termin realizacji zamówienia. Oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. Pismem z dnia 14 września 2017 r. Wykonawca, w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą oraz opóźnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej i opóźnieniem możliwości rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia, zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu wykonania zamówienia o czas przedłużenia terminu związania ofertą, tj. o jeden miesiąc.

W dniu 19 września 2017 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta umowa w sprawie realizacji zamówienia publicznego na rozbudowę drogi leśnej i pożarowej (...). Termin realizacji ww. umowy został wyznaczony na dzień 10 listopada 2017 r.

(...)

Z treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 wynika ogólny zakaz dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty. Jednocześnie wskazany przepis zawiera katalog wyjątków od ww. zasady oraz przesłanki, które muszą zostać spełnione, aby zmiana umowy była dopuszczalna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający zawarł z Wykonawcą umowę o realizację zamówienia publicznego,

której treść nie była zgodna z treścią oferty tego wykonawcy, powołując się przy tym na przepisy regulujące możliwość dokonywania zmian zawartej umowy, jeszcze przed jej faktycznym podpisaniem. Uprawnienie do zmiany postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza, na podstawie przepisów ustawy Pzp dotyczących zmian umowy już zawartej, zostało potwierdzone w orzecznictwie – w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. akt. III Ca 262/05) wskazano: istotnie żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak istnienia zakazu wprowadzenia takiej zmiany. W ocenie Sądu Okręgowego trafnie wskazał Zespół Arbitrów, że podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia może stanowić przepis art. 144 ust. 1 ww. ustawy. Przepis ten stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Uznać należy, że nie ma przeszkód, aby przepis ten zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy.

Jeśli bowiem można — w sytuacjach szczególnych, o których mowa w ww. przepisie — zmienić postanowienia umowy już zawartej, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki stron przyszłej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy.

Jednocześnie należy zauważyć, że możliwość odpowiedniego zastosowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale jeszcze przed zawarciem umowy, uzależniona jest od zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. W kontrolowanym postępowaniu doszło do zmiany terminu realizacji zamówienia w oparciu o przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp2004.

Możliwość zmiany umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 uzależniona jest od łącznego spełnienia dwóch warunków, tj. zaistnienia okoliczności, których działający z należytą starannością zamawiający nie mógł przewidzieć oraz wartości zmiany nie przekraczającej 50% pierwotnej, ustalonej w umowie wartości zamówienia.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka określona w art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp2004, zgodnie z którą konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp2004 specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi zawierać opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Stosownie do treści art. 91 ust. 2 ustawy

Pzp2004 kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Jednym z dopuszczalnych w świetle przepisów ustawy Pzp kryteriów oceny ofert jest termin realizacji zamówienia – które Zamawiający zastosował w przedmiotowej sprawie. Należy jednak wskazać, iż ustalając ww. kryterium i jednocześnie przewidując możliwość przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji opóźnienie rozpoczęcia prac, Zamawiający powinien sformułować i opisać je w odpowiedni sposób.

Tym samym Zamawiający, przewidując możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia, w ramach tego kryterium powinien zobowiązać wykonawców do wskazania okresu, w którym zrealizują zamówienia (np. tydzień, miesiąc), a nie do wskazania konkretnej daty, stanowiącej ostateczny termin wykonania umowy.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w rozdziale IV siwz wskazał, iż przedmiot zamówienia musi zostać zrealizowany do dnia 15 listopada 2017 r. Jednocześnie Zamawiający przyznawał punkty w ramach oceny ofert w przypadku zobowiązania się wykonawcy do wykonania zamówienia do dnia 10 października 2017 r. (20 pkt) lub 30 października 2017 r. (10 pkt). Zamawiający nie wskazał jednak w siwz na możliwość zmiany tych terminów w przypadku przeciągającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opisanie kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia w ww. sposób uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie zmian umowy w zakresie terminu jej wykonania w trybie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, taka zmiana stanowiłaby niedozwoloną ingerencję w treść oferty wykonawcy. Po drugie, świadczy ona o nieprzewidzeniu przez Zamawiającego pewnych okoliczności, które działając z należytą starannością powinien przewidzieć (takich jak przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego).

Powyższe zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 18 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2137/13) wskazała, iż zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane. Tym samym wskazywane przez Zamawiającego okoliczności, takie jak nieprzewidziane trudności w wyborze oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie przedłużające się postępowanie i przedłużenie terminu związania ofertą wykonawcy, nie stanowią sytuacji, której nie mógł on przewidzieć działając z należytą starannością. Korzystanie z instytucji przewidzianych regulacjami ustawy Pzp, takich jak środki ochrony prawnej czy przedłużenie terminu związania ofertą, nie stanowi sytuacji niemożliwej do przewidzenia, bowiem możliwość ich wystąpienia wynika z przepisów prawa. Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Tym samym Zamawiający jest odpowiedzialny za wszczęcie postępowania na tyle wcześnie, by – uwzględniając możliwość wystąpienia przewidzianych przepisami ustawy Pzp okoliczności – wykonawca mógł rozpocząć realizację

zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego i wskazanym w siwz lub w ofercie, zwłaszcza w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia został ustalony jako kryterium oceny ofert.

Problematyka istotnego charakteru zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiła również przedmiot analizy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. (sprawa C-454/06) Trybunał wskazał, iż zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona 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. Tym samym a contrario, zmiany nieistotne powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie i w konsekwencji na wynik postępowania. Powyższe znalazło swoje odzwierciedlenie w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) ustawy Pzp2004, zgodnie z którym zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż zmiana polegająca na wydłużeniu terminu realizacji umowy, w sytuacji gdy stanowił on kryterium oceny ofert, ma charakter istotny, gdyż termin realizacji zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć. Wprowadzona zmiana doprowadziła do uprzywilejowania wybranego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, bowiem wiedza o możliwości przesunięcia terminu wykonania zamówienia mogłaby wpłynąć na treść oraz liczbę złożonych ofert.

Jednocześnie należy zauważyć, iż termin wykonania umowy był istotny dla czynności oceny ofert, gdyż – jako kryterium oceny – stanowił jeden z czynników warunkujących wybór oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, w opisanej sytuacji, nie było możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, określonego w ofercie wykonawcy, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004.

Istotność wprowadzenia takiej zmiany do umowy została potwierdzona również w orzecznictwie – Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 30 października 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 86/12) wskazała: w badanym postępowaniu termin wykonania zamówienia nie miał znaczenia istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004. Niezbiecie świadczy o tym (...) nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert. W związku z powyższym należy wskazać a contrario, iż ustanowienie terminu realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert powoduje, że jego zmiana staje się zmianą istotną w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Tym samym należy stwierdzić, iż Zamawiający nie był uprawniony do zmiany terminu realizacji przedmiotowego zamówienia w oparciu o przytoczone przepisy. Wprowadzając do przyszłej umowy zmiany powodujące niezgodność jej postanowień z treścią oferty, Zamawiający naruszył art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp2004.

4. Dopuszczalność zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zamiany również w oparciu o treść art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, w której kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki:

- 1) łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne,
- 2) jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości pierwotnej umowy,
- 3) zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

WAŻNE
Stosowanie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie może prowadzić do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, podobnie jak art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 72 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w którym wskazano, iż „*ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)-d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: (i) progi określone w art. 4; oraz (ii) 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku*

*gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji”.*¹²

Jednocześnie, oceniając możliwość zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp należy mieć na uwadze treść motywu 107 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w oparciu o ww. podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę jej wartości.¹³ Podkreślić należy, że na podstawie ww. przepisów, zamawiający może wielokrotnie dokonywać zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość musi być niższa niż kwoty określone dla progów unijnych i nie może przekroczyć wskaźników procentowych wymienionych w tym przepisie w stosunku do kwoty zawartej w umowie. Powyższe wskazuje, że w ramach określonych w przepisach limitów, tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia, należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia, o ile ich łączna wartość nie przekracza ww. wartości granicznych.

Sformułowanie „wartość” użyte w treści ww. regulacji odnosi się bowiem do wartości rozumianej jako określona wielkość, miara wyrażona w danej jednostce, bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, czy jest ona dodatnia czy też ujemna. Tym samym „łączna wartość”, o której mowa w przepisie powinna być rozumiana jako skumulowana wartość poszczególnych zmian umowy. W tym miejscu należy wskazać, iż każda z przesłanek zmiany umowy określona w art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i stanowi odrębną podstawę do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym pojęcie „łącznej wartości” zmian, określone w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie obejmuje swym zakresem zmiany wartości umowy, dokonanej na podstawie innej przesłanki enumeratywnie wymienionej w art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do kwestii, jaka wartość umowy stanowi punkt odniesienia do zmian o wartości określanej procentowo w stosunku do wartości umowy, należy wskazać, że chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja). Zgodnie z treścią art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE do celów obliczenia ceny wskazanej w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku, gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego najpierw w art. 144 ust. 1d ustawy Pzp2004, a następnie

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

¹³ Opinia prawna UZP pn.: „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp”.

w art. 455 ust. 4 ustawy Pzp. Stosownie zatem do treści art. 455 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen, dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 2, ustala się w oparciu o zmienioną cenę.¹⁴

Podkreślić należy, iż przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie uzależnia przy tym dopuszczalności zmiany umowy od charakteru (formy) wynagrodzenia. Zatem bez względu na to, czy w ramach rozliczenia z wykonawcą przyjęto formę kosztorysową, ryczałtową czy mieszaną, po łącznym spełnieniu przesłanek określonych w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający będzie miał możliwość dokonania zmiany umowy w oparciu o ww. podstawę prawną.

ZAPAMIĘTAJ

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego dodatkowych obowiązków związanych z koniecznością zamieszczenia w dokumentacji postępowania klauzul dotyczących możliwości wprowadzenia ww. zmian w umowie. W związku z powyższym, w przypadku określonym w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie ma obowiązku przewidywania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ możliwości zmian w umowie na podstawie ww. przepisu.

Ostatnią przesłanką wymienioną w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „zmiany ogólnego charakteru umowy”, dlatego w tym celu należy odwołać się do motywu 109 Preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia (np. budowa budynku zostanie zastąpiona budową drogi) w wyniku czego, po modyfikacji umowy, wykonawca zrealizuje całkowicie inny obiekt budowlany niż miał wykonać pierwotnie. Wobec czego każdy przypadek podejrzenia wpływu zmiany umowy na jej charakter, dokonanej na podstawie ww. przepisów, należy rozpatrywać indywidualnie.

W celu wyjaśnienia pojęcia „charakteru umowy”, odesłać należy do pkt 2.2. niniejszej publikacji.

Reasumując, wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia, czy zmiany sposobu jego wykonania. Powyższe oznacza, iż nieprawidłowe byłoby zastosowanie ww. przepisu w sytuacji, w której zmiana umowy polegałaby wyłącznie na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy. Modyfikacja taka nie skutkuje bowiem zmianą

¹⁴ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka, M. Winiarza.

wartości umowy (tj. zwiększeniem/zmniejszeniem zakresu zamówienia), a jedynie zmianą ceny realizacji świadczenia.¹⁵

W TOKU PROWADZONEJ KONTROLI SPRAWDŹ W SZCZEGÓLNOŚCI, CZY:

- 1) Zamawiający zastosował prawidłową podstawę prawną do procedowanej zmiany umowy, tj. czy zmiana umowy nie powinna być dokonana w oparciu o art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
- 2) Zostały spełnione przesłanki dokonania zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, tj.:
 - łączna wartość zmian umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest mniejsza niż progi unijne,
 - jednocześnie jest mniejsza od **10% wartości pierwotnej umowy** w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od **15% wartości pierwotnej umowy** (ewentualnie z uwzględnieniem wskazanych w tej umowie kwot waloryzacyjnych),
 - zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.
- 3) Dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie prowadzi do wyłączenia stosowania reżimu ustawy Pzp, tj. czy zamawiający celowo nie zaniżył wartości szacunkowej zamówienia, w celu uniknięcia stosowania właściwych przepisów ustawy Pzp (np. dla postępowań o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne), poprzez nieuwzględnienie części robót/dostaw/usług, a następnie udzielenie ich na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy, z którym zawarł umowę.

Podkreślić należy, iż ocena dopuszczalności zmiany umowy może zostać dokonana wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy, co powoduje, iż kwestie te powinny być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie przez Instytucję kontrolującą.

PRAKTYKA KONTROLI

Przykład 1.

Wartości ewentualnej zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie uwzględnia się przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia.

¹⁵ Opinia prawna UZP pn.: „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp”.

W toku kontroli uprzedniej UZP/DKUE/KU/77/16 Prezes Urzędu ustalił, iż na szacunkową całkowitą wartość zamówienia objętego kontrolą składała się:

- wartość zamówienia podstawowego, która została ustalona na kwotę 80 269 639,28 zł netto (co stanowi równowartość 19 226 721,43 euro).
- wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, które zostały ustalone na kwotę 24 080 891,78 zł netto (co stanowi równowartość 5 768 016,43 euro) oraz
- wartość zamówień, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, które zostały ustalone jako 15% wartości zamówienia podstawowego na kwotę 12 040 445,90 zł netto (co stanowi 2 884 008,22 euro)".

W Informacji o wyniku kontroli z dnia 20 grudnia 2016 r., UZP/DKUE/KU/77/16, Prezes Urzędu wskazał, iż „Zasady szacowania wartości zamówienia zostały określone w art. 32 ustawy Pzp2004. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp2004, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień. Przepisy ustawy Pzp nie formułują natomiast obowiązku ani możliwości szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 (zgodnie z tym przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie).”¹⁶

Z powyższego wynika, że na wartość zamówienia, oszacowaną z należytą starannością przez zamawiającego, składa się w niniejszej sprawie wyłącznie wartość zamówienia podstawowego oraz wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Brak jest natomiast podstawy prawnej do szacowania wartości zamówienia łącznie z wartością zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. W związku z powyższym oszacowanie wartości zamówienia łącznie z wartością ewentualnej zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, a zatem poprzez doliczenie do wartości szacunkowej zamówienia wartości, której doliczenia nie przewidują przepisy ustawy Pzp, zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004.

¹⁶ Informacja o wyniku kontroli Prezesa Urzędu z dnia 20 grudnia 2016 r. (nr UZP/DKUE/KU/77/16).

Przykład 2.

Przekroczenie progu 15% wartości pierwotnej umowy.

Zamawiający błędnie oszacował wartość wprowadzanych do umowy o zamówienie publiczne zmian. W przypadku, gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość zmiany należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

Kontrola ex-post postępowania dotyczącego budowy węzła przesiadkowego (roboty budowlane) - Aneks nr 6/19 do Umowy z dnia 15.02.2018 r. Jako podstawę zmian w Umowie Zamawiający wskazuje art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Aneks nr 6 obejmuje zmiany w zakresie wykonania:

- 1) robót zamiennych w branży elektrycznej – zmiana przekroju kabla zasilającego obiekt w związku ze zmianą zasilania docelowego, zmiana złącza kablowego z ZK-7 na ZK-10, zmiana słupów oświetleniowych ulicznych wraz z oprawami na słupy oświetleniowe parkowe typ SAL DECO –3LED,
- 2) robót dodatkowych w branży elektrycznej – zmiana oświetlenia na dachu wiaty peronowej, wykonanie instalacji odgromowej dachu wiaty, wykonanie dodatkowych obwodów zasilających armaturę łazienkową Budynku Obsługi Pasażerów, przeniesienie skrzynek rozdzielczych Sz1 do Sz5, wykonanie ogólnodostępnej sieci WiFi na Budynku Obsługi Pasażerów i pod wiatą peronową,
- 3) robót zamiennych w branży teletechnicznej – zmiana funkcjonalności systemu CCTV, zmiana lokalizacji kamery monitoringu,
- 4) robót dodatkowych w branży teletechnicznej – dostosowanie konstrukcji SDiP (dodatkowe podkonstrukcje) do montażu dodatkowych kamer na słupach systemu dynamicznej informacji pasażerskiej,
- 5) roboty dodatkowe w branży budowlanej – wykonanie podświetlonego logo węzła przesiadkowego na technicznej klatce schodowej,
- 6) robót zamiennych w branży elektrycznej – zmiana kabli zasilających urządzenia SDiP, info-box, biletomat i parkomat,
- 7) robót dodatkowych w branży elektrycznej – demontaż istniejących słupów oświetleniowych kolidujących z robotami drogowymi.

Analizując art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 wskazać należy, że ustawodawca przewidział możliwość wprowadzania takich modyfikacji kontraktu, których całkowita wartości nie przekracza progu stanowiącego 15% wartości zamówienia wskazanej pierwotnie w umowie. W przypadku umowy nr IN/17/18 jest to kwota 6 935 407,04 zł netto. Przy czym, wartość ustalonego piętnastoprocentowego

progu nie może być większa od kwot wskazanych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 (dla robót budowlanych: 23 921 311,60 zł netto, przy zastosowaniu kursu euro obowiązującego w dniu zawarcia aneksu).

Dodatkowo zauważenia wymaga okoliczność, że zgodnie opinią Prezesa UZP¹⁷ ww. piętnastoprocentowy próg odnosić się powinien do wartości sumarycznej zmian kwotowych, tj. sumy wartości bezwzględnych wszystkich kwot, zarówno zwiększających jak i pomniejszających pierwotną wartość zamówienia określonego w Umowie. Na dzień zawarcia aneksu nr 6 łączna wartość sumaryczna ustalona w toku kontroli dla aneksów od 2 do 5 zawartych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, wynosi 6 928 457,36 zł netto. Po zawarciu aneksu nr 6 kwota sumaryczna zmian wprowadzonych do Umowy (aneksami od 2 do 6) wynosi 8 026 988,51 zł netto, co stanowi przekroczenie 15% progu o kwotę 1 091 581,47 zł.

Biorąc pod uwagę ww. przesłanki art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, uznać należy, że w tym aspekcie zmiana Umowy została wprowadzona z naruszeniem ustawy Pzp.

Oprócz ww. przesłanek dodatkowym obostrzeniem dla zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 6 jest art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004, wskazujący na możliwość dokonania tylko takich zmian, które nie prowadzą do naruszenia charakteru umowy. W przypadku aneksu nr 6 zmiany w przedmiocie zamówienia określone na wstępie, uwzględniając ich rodzaj nie wpływają na zmianę charakteru umowy i należy je uznać za wprowadzone zgodnie z art. 144 ust. 1b ustawy Pzp w związku z art. 144 ust. 1 pkt 6 tej ustawy2004.

Beneficjent pismem z dnia 22.04.2020 r. zgłosił zastrzeżenia do stwierdzonej nieprawidłowości wskazanej w wyniku kontroli ex-post Aneksu nr 6 do Umowy. W wyniku przeprowadzonej ponownej weryfikacji ustalono, co następuje:

Dążąc do pełnego i rzetelnego zakończenia kontroli, a także w związku z wniesionymi przez Zamawiającego zastrzeżeniami, Instytucja kontrolująca zwróciła się z prośbą o zajęcie stanowiska w zakresie interpretacji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do Prezesa UZP.

W dniu 20 maja 2020 r. Prezes UZP przedstawił swoje stanowisko w ww. sprawie. W przekazanej przez UZP opinii podkreślono, iż art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 72 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który przewiduje, że *„ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)-d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności*

¹⁷ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowienpublicznych-2/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>.

przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

(i) progi określone w art. 4; oraz

(ii) 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku, gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji". W związku z powyższym analiza ww. przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w oparciu o ww. podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę jej wartości (podobnie motyw 107 dyrektywy). Ponadto przepisy te pozwalają na wielokrotne dokonywanie zmian, z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć wartości w nich określonych. Powyższe wskazuje, że w ramach określonych w przepisach wartości granicznych zmian umowy tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające jak i zmniejszające zakres świadczenia. Ustawa Pzp jak i dyrektywa klasyczna odwołują się, bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest, zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian."

W związku z powyższym stwierdzono, iż w świetle przywołanych regulacji nie znajduje, zatem na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 uzasadnienia zarówno: potrącanie wartości zmian dokonanych in minus ze zmianami in plus, jak również pomijanie w obliczeniach zmian zmniejszających wartość umowy np. z uwagi na zaniechanie realizacji określonych świadczeń i opieranie się tylko na zmianach tę wartość zwiększających.

Biorąc pod uwagę stanowisko UZP w niniejszej sprawie, po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego do wyniku kontroli, instytucja dokonująca ponownej weryfikacji podtrzymała ocenę wydaną w kontroli, że zmiana Umowy dokonana w aneksie nr 6 w zakresie robót objętych art. 144 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp 2004, narusza ten przepis.

W świetle powyższego należy wskazać, iż w ramach wskazanych w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp wartości granicznych zmian umowy (tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia), należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia. Przepisy ustawy Pzp, jak również dyrektywa klasyczna odwołują się bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia, a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian.

Przykład 3

Zmiana terminu realizacji zamówienia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004.
--

Zamawiający zawarł z Wykonawcą Umowę w sprawie zamówienia publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego.

W trakcie realizacji robót budowlanych objętych nadzorem, wykonywanych przez konsorcjum firm, wystąpiły liczne kolizje z niezidentyfikowaną infrastrukturą podziemną. Likwidacja każdej kolizji wymagała wykonania dokumentacji projektowej zamiennej, a w większości przypadków wiązała się również z nieprzewidzianymi wcześniej robotami dodatkowymi, co wydłużyło czas realizacji poszczególnych etapów projektu. W wyniku powyższego wydłużeniu uległ również etap II Umowy, obejmujący realizację robót budowlanych. Pomimo zrealizowania zakresu rzeczowego projektu, zakończonego odbiorem końcowym i wystawieniem świadectwa przejęcia, kończącym formalnie pracę Inżyniera w Etapie II kontraktu, wydłużeniu uległ proces wystawiania dokumentów rozliczeniowych, poświadczeń i korekt dokumentów niezbędnych do rozliczenia finansowego projektu oraz rozliczenia prac zaległych.

Mając na uwadze powyższe, konieczne stało się zawarcie aneksu terminowego, umożliwiającego dalszą pracę Inżyniera, pomimo wystawienia świadectwa przejęcia.

Na podstawie projektu Aneksu nr 4 do Umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru, strony postanowiły wprowadzić następującą zmianę:

„Z tytułu świadczenia przez Wykonawcę dodatkowych obowiązków w okresie od dnia 15.06.2021 r. do dnia 31.10.2021 r. Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w kwocie 51 400 zł netto, które będzie płatne jednorazowo na podstawie zawarcia Aneksu, według zasad określonych w § 6 Umowy.”

Instytucja w Informacji pokontrolnej wskazała, iż *„Zamawiający planuje wprowadzić powyższą zmianę w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Należy podkreślić, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonywana na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 polegająca na zmianie wynagrodzenia wykonawcy, jest dopuszczalna wyłącznie w sytuacji, gdy pociąga za sobą jednoczesną zmianę wartości umowy, wynikającą w szczególności ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Jednocześnie trzeba zaznaczyć, że samo brzmienie tego przepisu nakazuje przyjąć, że wszelkie zmiany umowy dokonywane w związku z tą regulacją muszą odnosić się wyłącznie do wartości umowy, a co za tym idzie dotyczyć mogą wyłącznie jej zakresu rzeczowego. Należałoby zatem uznać, że przepis ten nie daje podstaw do dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia, a więc zawarcia aneksu terminowego. Zamawiający nie może również zastosować art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 w celu uniknięcia stosowania jej przepisów. Biorąc pod uwagę*

powyższe, zawarcie Aneksu w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, spowoduje naruszenie wskazanego przepisu ustawy. (...)”.

W związku z powyższym należy wskazać, iż z brzmienia treści art. 455 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż wszelkie zmiany umowy dokonywane na podstawie ww. przepisu muszą odnosić się wyłącznie do wartości umowy, a tym samym dotyczyć mogą wyłącznie jej zakresu rzeczowego. Przyjąć zatem należy, że powyższy przepis ten nie daje podstaw do dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia.

Przykład 4

Zmiana wynagrodzenia (podwyższenie) bez jednoczesnej zmiany sposobu wykonania Umowy.

W toku kontroli Aneksu nr 3 na kwotę łączną 822 204,53 PLN netto, zawartego do Umowy na modernizację wybranych dworców przy linii kolejowej, Instytucja odpowiedzialna za wdrażanie środków unijnych ustaliła m.in., iż Zamawiający w protokole konieczności wskazał zakres zmiany, który obejmuje:

- a) zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy (Zamawiający przy zmianie terminu nie powołuje się na art. 144 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp2004 lecz na art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 ustawy), wynikająca z przebywania lokatora w budynku dworca kolejowego;
- b) zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, spowodowane ponoszeniem dodatkowych kosztów, wynikających z braku możliwości prowadzenia robót na terenie pomieszczeń, zajmowanych przez lokatora oraz zwiększeniem nakładów na środki zapewniające zabezpieczenia, dotyczące BHP.

Zgodnie z opinią Inspektora Nadzoru uznano przedstawione przez Wykonawcę czynniki zwiększające koszty, zgodnie z analizą kosztów w przedłużonym terminie realizacji. Kwota kosztów zweryfikowanych przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego wynosi 59 833,54 PLN.

W dalszej części Informacji pokontrolnej Instytucja wskazała, iż w Protokole Konieczności nr 2 „kwota 59 833,54 PLN (jak uzgodnił i zaakceptował Inspektor Nadzoru) stanowi konsekwencje ponoszenia dodatkowych kosztów, wynikających z niemożności prowadzenia robót na terenie pomieszczeń zajmowanych przez lokatora, wydłużeniem terminu końcowego i zwiększeniem nakładów na środki zapewniające zabezpieczenia dotyczące BHP. Niewątpliwie, w związku z zaistniałą sytuacją, zasadne staje się roszczenie o wydłużenie terminu, jako zmiana przewidziana w umowie. W ocenie kontrolującego, (...) nie jest jednak możliwe zastosowanie przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp2004, w związku ze zwiększeniem kosztów, ponoszonych przez Wykonawcę. W analizowanym przypadku nie ulega zmianie zakres świadczenia (zwiększenie lub zmniejszenie) lecz Wykonawca

zmuszony jest do ponoszenia dodatkowych kosztów, wyliczonych zgodnie z Protokołem Konieczności nr 2 (...).

W związku z powyższym kwotę 59 833,54 PLN netto należy uznać za wydatek niekwalifikowalny.

W zakresie pozostałych zmian nie formułuje się ustaleń i zaleceń, uznając je za wypełniające przesłanki, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp2004.”

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ww. Informacji pokontrolnej. Instytucja po przeanalizowaniu treści zastrzeżeń oraz wyjaśnień - nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego wskazując, iż „(...) Kwota 59 833,54 PLN uznana za wydatek niekwalifikowalny nie jest związana ze zmianą/zwiększeniem zakresu świadczenia Wykonawcy, lecz stanowi konsekwencje ponoszenia dodatkowych kosztów wynikających z braku możliwości prowadzenia robót objętych zakresem świadczenia Wykonawcy na terenie pomieszczeń zajmowanych przez lokatora, a tym samym wydłużeniem terminu końcowego i nakładów na środki zapewniające zabezpieczenia dotyczące BHP. Doszło do zmiany (podwyższenia) wynagrodzenia Wykonawcy bez jednoczesnej zmiany sposobu wykonania Umowy.

Dlatego niemożliwe jest tu zastosowanie przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp2004.

Ponadto należy zauważyć, że składając ofertę Wykonawca, przy należyтым przygotowaniu postępowania przez Zamawiającego, uwzględniającym wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinien mieć wiedzę na temat warunków mogących wpłynąć na wydłużenie terminu realizacji świadczenia. (...)

Celem zastosowania przepisu art. 144 ustawy Pzp2004 nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty. Odmienne podejście do przedmiotowej materii, na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych, uznane powinno być za niedopuszczalne jako sytuujące ryzyka przy wykonaniu zamówienia publicznego jedynie po stronie zamawiającego, a tym samym abstrahujące od ryzyk, które winny być uwzględnione przez wykonawcę w wynagrodzeniu wskazanym przez niego w ofercie.

Nie było także przeszkód, aby Zamawiający, wykazując się starannością i mając świadomość możliwych komplikacji, a przynajmniej czasochłonności kwestii związanych z problematycznym lokalem, przewidział możliwość stosownej zmiany/zmian Umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, określających ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, charakter oraz warunki wprowadzenia (art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004).”

Tym samym zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy – zwiększenie lub zmniejszenie zakresu zamówienia. Nie jest natomiast dopuszczalna zmiana, polegająca wyłącznie na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, bez jednoczesnej zmiany sposobu wykonania umowy.