

Sygn. akt: KIO/KD 39/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 lipca 2012 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 19 czerwca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 czerwca 2020 r., znak:DKZP.WKZ2.421/15(5)/20/PP KND/15/20/DKZP KW/2999/2020 w przedmiocie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa sprzętu mroźniczego dla potrzeb Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach (nr sprawy: ZP/PN/43/18),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie : Renata Tubisz

Anna Chudzik

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp”,

przeprowadził kontrolę doraźną udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa sprzętu mroźniczego dla potrzeb Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, (nr sprawy: ZP/PN/43/18), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na znacznym zmniejszeniu zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, poprzez zawarcie w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienia w sprawie rozwiązania w części ww. umowy, co nie znajdowało oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który powoływał się Zamawiający w porozumieniu,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Frost T. J., do uzupełnienia dokumentu wymaganego do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. przetłumaczonego na język polski dokumentu CE dotyczącego zamrażarek VESFROST VT 206,
- 3) art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 11 i 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”, polegającego na sporządzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny, poprzez niezaznaczenie w protokole sporządzonym na druku ZP - PN czynności wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także poprzez zaznaczenie informacji dotyczącej unieważnienia postępowania w sytuacji, w której nie doszło do jego unieważnienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu podał, że w dniu 15 stycznia 2019 r., w wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została zawarta umowa nr ZP/PN/43/PI;P2/18, pomiędzy Zamawiającym Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, dalej jako „Zamawiający”, a Wykonawcą Firmą „Frost T. J.”, dalej także jako „Wykonawca Frost”, mająca za przedmiot, zgodnie z treścią § 1 ust. 1, dostawę sprzętu mroźniczego dla potrzeb Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach (pakiet 1 - dostawa zamrażarek, pakiet 2-dostawa zamrażarek do Działu Ekspedycji). Wartość przedmiotu umowy dla pakietu nr 1 wynosiła 170 434,50 zł brutto (144 159,00 zł netto) oraz dla pakietu nr 2 -117 163,20 zł brutto (103 840,00 zł netto). Zgodnie z §1 ust. 2 umowy jej przedmiot miał być wykonany zgodnie z ofertą Wykonawcy i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia, z którego wynikało, że wykonawca miał dostarczyć m.in.:

- 1) w zakresie pakietu nr 1 poz. 3 do Działu Preparatyki Krwi - 10 zamrażarek o wymiarach zewnętrznych 1800x758x900 mm (sz. x gł. x wys.), minimalnej pojemności w litrach netto

- 475, które uzyskują zakres temperaturowy -30°C do -45°C , o wymaganiach dodatkowych: zamrażarki skrzyniowe do przechowywania osocza mrożonego, kompatybilna budowa, przystosowanie do monitoringu temperatury, wewnątrz zamrażarki łatwe do mycia i konserwacji, wyświetlacz temperatury, alarmowanie poza zakresem ustalonym, bezpieczny środek mrozący, na kółkach, CE, być zaprojektowany dla przechowywania krwi i jej składników (stosowny zapis musiał się znajdować w przedłożonym katalogu urządzenia lub w oświadczeniu producenta),

- 2) w zakresie pakietu nr 2 poz. 1 do Działu Ekspedycji - m.in.: 5 zamrażarek o wymiarach zewnętrznych 1800x680x900 mm (sz. x gł. x wys.), minimalnej pojemności w litrach netto
- 476, które uzyskują zakres temperaturowy -30°C do -45°C , o wymaganiach dodatkowych: zamrażarki skrzyniowe do przechowywania osocza mrożonego, kolor biały, na kółkach, bezpieczny środek mrozący, wyświetlacz temperatur, alarmowanie poza zakresem ustalonym, wewnątrz zamrażarki łatwe do mycia i konserwacji, otwory technologiczne na zainstalowanie zewnętrznego systemu monitoringu temperatury, być zaprojektowany dla przechowywania krwi i jej składników (stosowny zapis musiał się znajdować w przedłożonym katalogu urządzenia lub w oświadczeniu producenta).

Stosowanie do treści oferty Wykonawcy Frost, w tym dokumentów przedmiotowych takich jak dokumenty potwierdzające oznakowanie wyrobów znakiem CE, czy dokumentacji technicznej oraz instrukcji obsługi oferowanego urządzenia, a także kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik do umowy, Wykonawca zobowiązany był do dostarczenia w ramach ww. umowy 15 zamrażarek o nazwie „VESTFROST VT 546” Producenta VESTRFROST, w tym w ramach pakietu nr 1 - 10 szt. zamrażarek oraz w ramach pakietu nr 2 - 5 szt., za cenę jednostkową netto 5 100,00 zł. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że Wykonawca Frost zamiast 15 urządzeń marki VESTFROST VT 546 dostarczył urządzenia innej marki, ARCTICO model LTFE 515. Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę Frost, że dostarczone przez niego zamrażarki firmy ARCTICO model LTFE 515 posiadają odmienne parametry, dotyczące m.in. zakresu temperaturowego (-10 do -45 st. C), wymiarów zewnętrznych oraz rodzaju czynnika chłodzącego, od zaoferowanych zamrażarek VESTFROST VT 546. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do natychmiastowego odebrania dostarczonych [...] 15 sztuk zamrażarek jako niezgodnych z przedstawioną ofertą oraz dostarczenia 15 sztuk zamrażarek firmy VESTFROST model VT 546. Wykonawca Frost natomiast, pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r., wezwał Zamawiającego do ostatecznego odebrania kompletu towaru w nieprzekraczalnym terminie 03.04.2019 r. albowiem w jego ocenie żądania są bezzasadne, ponieważ dostarczone [...] urządzenia są zgodne z ofertą i zostały wyprodukowane przez firmę Vestfrost, model VT 546. Jakkolwiek

zostały one zakupione przez tego Wykonawcę w firmie Arctiko i są oznakowane Brandem Arctiko LTFE 515 to w dalszym ciągu są to urządzenia zgodne z ofertą.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. strony zawarły porozumienie w sprawie rozwiązania umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18 w części, tj.: „na podstawie art. 144 ust 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych: § 1. [Przedmiot Porozumienia]

- 1. Strony zgodnie oświadczają, iż rozwiązują umowę nr ZP/PN/43/PI;P2/18 będącą wynikiem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu mrożnego dla potrzeb Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach z dnia 15.01.2019 r. co do części obejmującej 15 szt. Zamrażarek VESTFROST VT546/ ARCTIKO LTFE 515. W pozostałym zakresie Umowa pozostaje w mocy.*
- 2. Zamawiający zobowiązuje się zwrócić 15 szt. Zamrażarek VESTFROST VT546/ ARCTIKO LTFE 515 Wykonawcy w terminie do 14 dni od dnia zawarcia Porozumienia. Zamrażarki zostaną odebrane z siedziby Zamawiającego na koszt i ryzyko Wykonawcy.*
- 3. Strony zgodnie oświadczają, iż nie zgłaszają i nie będą zgłaszać względem siebie żadnych roszczeń ze względu na rozwiązanie Umowy w części oraz potwierdzają jej wykonanie w pozostałej nierozwiązanej części i w związku z tym brak jest podstaw do naliczenia jakiegokolwiek kary umownej z tytułu ewentualnego opóźnienia w jej realizacji lub odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych."*

Prezes Urzędu zaznaczył, że w rozdziale XII siwz Zamawiający zawarł informacje o możliwości zmiany istotnych postanowień umowy: *Zamawiający dopuszcza możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach i na określonych warunkach:*

- 1. zmiana warunków i terminów dostawy przedmiotu zamówienia - zmiany te mogą wystąpić na skutek negatywnych okoliczności mających bezpośrednio wpływ na organizację dostaw, trudności transportowych, celnych;*
- 2. ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dostarczonych produktów są stałe i nie mogą ulec zmianie w czasie związania umową. Podwyższenie ceny na przedmiot zamówienia w stosunku do ceny zawartej w niniejszej umowie upoważnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy bez odszkodowania na rzecz Wykonawcy chyba, że zmiana ceny wynika ze zmiany obowiązującej stawki podatku VAT;*
- 3. zmiany terminu i sposobu spełnienia świadczenia na skutek zmian technologicznych spowodowanych w szczególności: pojawienie się na rynku materiałów lub urządzeń*

wyższej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu umowy lub kosztów eksploatacji przedmiotu umowy;

4. zmiana danych Wykonawcy (np. zmiana siedziby, nazwy, adresu) lub zmiany wynikające z przekształcenia podmiotowego po stronie Wykonawcy np. w formie sukcesji uniwersalnej;
5. Zamawiający dopuszcza również możliwość zmiany w przypadku:
 - a) zmiany w obowiązujących przepisach prawa mające wpływ na przedmiot i warunki umowy oraz zmiana sytuacji prawnej lub faktycznej wykonawcy i / lub zamawiającego skutkujące niemożliwością realizacji przedmiotu umowy
 - b) powstanie nadzwyczajnych okoliczności (nie będących „siłą wyższą”) grożące rażąca stratą, których strony nie przewidziały przy zawarciu umowy.

W/w zmiany mogą być dokonane na wniosek zamawiającego lub wykonawcy, za zgodą obu stron i zostaną wprowadzone do umowy aneksem. W § 9 umowy, Zamawiający poza ww. okolicznościami dopuszczającymi zmianę umowy, zawarł dodatkowo postanowienie: *W przypadku wejścia w życie zmian w „Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyk przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi” które czynią niniejszą umowę niemożliwą w realizacji Zamawiający zgadza się na wymianę aparatury, odczynników i materiałów zużywalnych.*

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że na wezwanie Urzędu o podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego, na podstawie którego dokonano zmiany przedmiotowej umowy, Zamawiający m.in. udzielił wyjaśnień, że: [...] *rozwiązanie umowy za porozumieniem stron w części dotyczącej zamrażarek było dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Zarówno z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktryny prawa wynika, że możliwe jest rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne w drodze porozumienia stron. Wynika to z zasady swobody umów wyrażonej przepisem art. 353¹ kodeksu cywilnego. W dalszej części Zamawiający przytoczył wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO 1881/09): Przyznane przez ustawodawcę w art. 145 ust. 1 p.z.p. prawo do odstąpienia przez zamawiającego od umowy nie wyklucza możliwości rozwiązania umowy o zamówienie publiczne na zasadzie swobody umów. Wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne (umowy zawartej na czas określony) będzie możliwe o tyle, o ile możliwość taka została przewidziana we wzorze umowy w sytuacji, gdy zająd wskazane we wzorze umowy okoliczności uzasadniające wypowiedzenie albo do rozwiązania umowy dojdzie za porozumieniem stron. Następnie Zamawiający wskazał, że możliwość rozwiązania umowy akceptuje również doktryna prawa: art. 144 ust. 1 wyznacza bowiem jedynie zakres dopuszczalności zmian umowy i nie odnosi się, choćby tylko*

pośrednio, do rozwiązania umowy. Dopuszczalność tej czynności prawnej, będącej w świetle obowiązującego prawa umową znoszącą skutki wcześniej zawartej umowy, powinna być oceniana przez pryzmat ustawowych granic swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c. Ewentualny zakaz rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego musiałby zatem wynikać wprost z ustawy ewentualnie być następstwem sprzeczności z zasadami współzycia społecznego albo naturą stosunku prawnego. W ocenie Zamawiającego: jeżeli możliwe jest rozwiązanie umowy w całości to tym bardziej uprawnione jest rozwiązanie w części. Reasumując Zamawiający podniósł, że: nawet gdyby przyjąć, że w sprawie doszło do zmiany umowy [...] brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do znacznego zmniejszenia zakresu świadczenia wykonawcy. Wartość zamrażeń, których dotyczyło rozwiązanie umowy, wynosiła mniej niż 30% łącznej wartości zawartej umowy, co oznacza, że przedmiotowa umowa została przez wykonawcę zrealizowana zgodnie z jej treścią w ponad 70% wartości. Podkreślić należy, że obowiązujące przepisy nie definiują, jak należy rozumieć znaczne zmniejszenie zakresu świadczenia.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu zauważył, że z publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Umowy o zamówienia publiczne w zarysie”, wynika, iż zasadniczo obowiązuje ogólny zakaz rozwiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego. Powinny być one bowiem realnie wykonywane z uwagi na cel jaki przyświeca zamówieniom publicznym, tj. konieczność ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych. Zamawiający, aby uniknąć ograniczenia swobody kontraktowej w interesie zbiorowym, nie powinni godzić się na przedwczesne zakończenie zobowiązania w drodze zgodnego porozumienia stron. W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 145 - 145a zawarto zamknięty katalog przypadków, w których zamawiający mogą (fakultatywnie) jednostronnie rozwiązać umowę. W art. 144 ust. 1 ustawy wymieniono natomiast okoliczności, w których można dokonać zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Konstrukcja powyższych przepisów wskazuje, pomimo braku ustawowego zakazu, na brak możliwości swobodnego rozwiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego. Skoro przepis wyraźnie zakazuje swobodnej zmiany umowy o zamówienia publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać. Zamawiający zatem zobowiązani są w pierwszej kolejności do dochodzenia prawidłowego wykonania zobowiązania, a w przypadku negatywnego skutku, do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, bądź zastępczych. Za prawidłowością takiego postępowania przemawia ustawowy wymóg ciążyący na zamawiających, a wynikający z przepisów odrębnych. Dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności realizacyjne po stronie wykonawcy, prowadziłoby w istocie do obejścia

wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń.

Zgodnie natomiast z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Celem dookreślenia ww. art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przedstawił okoliczności, w wyniku zaistnienia których można dokonać zmian zawartej umowy:

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 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;
3. 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;
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 przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5. zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
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 lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Jednocześnie ustawodawca zastrzegł w art. 144 ust.1e pkt 2 lit. a i b oraz c ustawy Pzp, iż zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 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, lub
- b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej, lub
- c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej.

Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu (art. 144 ust. 2 ustawy Pzp). Prezes Urzędu przywołał wyrok z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14, który zapadł w trybie prejudycjalnym w związku z zawarciem przez strony ugody, która znacznie ograniczała zakres oraz wartość zamówienia, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej jako „TSUE”, wskazał m.in., że: *zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie temu, aby po udzieleniu zamówienia publicznego instytucja zamawiająca i oferent wprowadziły do postanowień umownych zmiany takiego rodzaju, iż postanowienia te będą charakteryzować się cechami odbiegającymi w sposób istotny od postanowień pierwotnego zamówienia. Ma to miejsce wówczas, gdy zamierzona zmiany bądź to skutkują poszerzeniem zamówienia w sposób znaczący o świadczenia, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź modyfikują równowagę ekonomiczną umowy na korzyść oferenta, bądź też są tego rodzaju, że można ze względu na nie zakwestionować udzielenie zamówienia, w tym sensie, iż gdyby warunki te zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, przyjęto by inną ofertę bądź też można by było dopuścić innych oferentów (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34-37). Odnosząc się do tego TSUE*

podniosło, że: zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych. Skoro bowiem ze względu na to, iż początkowe zamówienie miało taki zakres, że tylko niektóre przedsiębiorstwa mogły przedstawić swój wniosek o dopuszczenie do przetargu czy też swoją ofertę, znaczne ograniczenie przedmiotu tego zamówienia może skutkować tym, że zainteresuje ono również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom. TSUE przywołało także pkt 40 wyroku z dnia 14 listopada 2013 r., Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), z którego wynika, że dany podmiot nie może uchybić traktatowym zasadom równego traktowania i niedyskryminacji oraz wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości, w sytuacji gdy nosi się on z zamiarem wprowadzenia istotnej zmiany do umowy w przedmiocie koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania danej działalności, której to zmiany wprowadzenie ma na celu zakończenie sporu, jaki powstał między podmiotami publicznymi i podmiotem gospodarczym z powodów całkowicie niezależnych od ich woli, w przypadku gdy zmiana ta dotyczy zakresu umowy wiążącej strony. Trybunał także stwierdził, że choć bowiem poszanowanie zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości winno być zapewnione również w przypadkach dotyczących szczególnych zamówień publicznych, jednak nie może to odbierać możliwości uwzględnienia ich cech szczególnych. Pogodzenie tego wymogu prawnego i tej związanej z konkretnymi okolicznościami konieczności wymaga, po pierwsze, ścisłego przestrzegania warunków zamówienia w postaci, w jakiej zostały one określone w jego dokumentacji, aż do momentu zakończenia jego wykonania, lecz również, po drugie, przewidzenia możliwości zawarcia w tych dokumentach wyraźnego uprawnienia instytucji zamawiającej do dostosowania pewnych, nawet istotnych, warunków tego udzielonego już zamówienia. Przewidując wyraźnie w tej dokumentacji to uprawnienie i ustalając szczegółowe warunki jego wykonania, instytucja zamawiająca zapewnia, że wszystkie zainteresowane danym zamówieniem podmioty gospodarcze będą od początku o nim wiedziały i w ten sposób w momencie formułowania swej oferty zostaną potraktowane na równi z innymi (zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 112, 115, 117, 118). Ostatecznie Trybunał orzekł w odpowiedzi na wniesione pytanie, że zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, (...), nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest

niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Jednocześnie zastrzegł, że inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostało uprawnienie do dostosowania, już po udzieleniu zamówienia, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także - szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na stan faktyczny sprawy, Prezes Urzędu wskazał, że zawarte w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienie o rozwiązaniu umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18 w części, należy rozpatrywać w kontekście zmian umowy opisanych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający sam w przedmiotowym porozumieniu jako podstawę prawną podał art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Z uwagi na to, w kontekście art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zauważenia wymaga, że łączna wartość zmiany umowy w przedmiotowym postępowaniu wynosi 77 000,00 zł netto (94 095,00 zł brutto), co stanowi przy łącznej wartości obydwu pakietów (247 990,00 zł), 31,05 % wartości zamówienia, a więc łączna wartość zmian przekracza znacznie poziom 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Wartość zmiany umowy przekracza również poziom 10% wobec każdego pakietu. Wartość zmiany w ramach pakietu nr 1 stanowiła 35,73 % jego wartości, a w przypadku pakietu nr 2 - 24,56 %. Wobec tego, zmianę umowy w oparciu o przesłankę opisaną w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za niedopuszczalną. Jednocześnie, Prezes Urzędu stwierdził, że w toku prowadzonej kontroli nie stwierdzono, aby dokonana zmiana była uzasadniona którąkolwiek z pozostałych przesłanek opisanych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który dopuszcza zmiany nieistotne w rozumieniu ust. 1e, niezależnie od ich wartości. Nie ulega bowiem wątpliwości, że dokonana zmiana polegająca na zmniejszeniu zakresu dostawy o 15 urzędzeń, wobec pierwotnie zamówionej liczby 27 urzędzeń, i tym samym zmniejszeniu wartości zamówienia o ponad 30%, należy uznać za zmianę istotną, w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. Ponadto Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy w projekcie umowy, ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidział możliwości dokonania zmiany umowy polegającej na zmniejszeniu wolumenu dostawy w postaci jednoznacznych postanowień umowy. W związku z tym Prezes Urzędu na gruncie ustaleń poczynionych w toku kontroli doraźnej stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zawarcie w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienia w sprawie rozwiązania w części umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, prowadzącego faktycznie do znacznego zmniejszenia zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z ww. umowy, co nie znajdowało oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który powoływał się Zamawiający w porozumieniu. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, albowiem gdyby pierwotna umowa obejmowała swym zakresem odpowiednio mniejsze świadczenie, to mogłoby to wpłynąć na

krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem przedmiotowego zamówienia. Nadto zmiana umowy faktycznie oznaczała odstąpienie Zamawiającego od egzekucji roszczeń wynikających z umowy.

W uzasadnieniu drugiego ze stwierdzonych naruszeń wskazanych przepisów prawa, Zamawiający podał, że zgodnie ze zmienionym w dniu 27 listopada 2018 r. załącznikiem nr 1 do siwz, zawierającym opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał dostawy m.in.:

- 1) w zakresie pakietu nr 1 poz. 6: a) do Terenowego Oddziału Bielsko Biąta - 1 zamrażarki o wymiarach zewnętrznych 1262x800x950 mm (sz. x gł. x wys.), minimalnej pojemności w litrach netto - 189, która uzyskuje zakres temperaturowy -30 °C do -45 °C, o wymaganiach dodatkowych: zamrażarka skrzyniowa, bezpieczny środek mrozący, wyświetlacz temperatur, alarmowanie poza zakresem ustalonym, wewnątrz zamrażarki łatwe do mycia i konserwacji, zamknięcie na klucz, obudowa ze stali, otwory technologiczne na zainstalowanie zewnętrznego systemu monitoringu temperatury, być zaprojektowana dla przechowywania krwi i jej składników (stosowny zapis musiał się znajdować w przedłożonym katalogu urządzenia lub w oświadczeniu producenta),
- 2) w zakresie pakietu nr 2 poz. 1: b) do Działu Ekspedycji - m.in.: 2 zamrażarek o wymiarach zewnętrznych 1150x700x900 mm (sz. x gł. x wys.), minimalnej pojemności w litrach netto - 189, które uzyskują zakres temperaturowy -30 °C do -45 °C, o wymaganiach dodatkowych: zamrażarki skrzyniowe do przechowywania osocza mrożonego, kolor biały, na kółkach, bezpieczny środek mrozący, wyświetlacz temperatur, alarmowanie poza zakresem ustalonym, wewnątrz zamrażarek łatwe do mycia i konserwacji, otwory technologiczne na zainstalowanie zewnętrznego systemu monitoringu temperatury, być zaprojektowane dla przechowywania krwi i jej składników (stosowny zapis musiał się znajdować w przedłożonym katalogu urządzenia lub w oświadczeniu producenta).

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 1 ppkt 11 siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli (na wezwanie Zamawiającego - rozdział VII pkt III ppkt 3 siwz, str. 9-10) do przedstawienia następujących dokumentów: a) dokument potwierdzający oznakowanie wyrobów znakiem CE lub dokument równoważny, b) kompletnej i wyczerpującej dokumentacji technicznej oraz instrukcji obsługi oferowanego urządzenia. *W myśl pkt 3 z rozdziału II siwz oferta i dokumenty związane z ofertą musiały być sporządzone pisemnie, w języku polskim, pismem czytelnym i trwałym. Dokumenty żądane przez Zamawiającego, napisane w języku innym niż polski, muszą być przetłumaczone i poświadczane za zgodność z oryginałem. Dokumenty towarzyszące (nie wymagane przez Zamawiającego) załączane przez Wykonawców w języku innym niż polski, muszą być przetłumaczone na język polski w całości lub w wyraźnie oznaczonym przez Wykonawcę fragmencie, a tłumaczenie uwierzytelnione*

przez osobę/osoby podpisujące ofertę. Do oferty należy dołączyć dokumenty w formie oryginału lub kserokopii i ich tłumaczenia zgodnie z powyższymi wymaganiami.

W toku prowadzonej kontroli doraźnej, w oparciu o przekazaną dokumentację postępowania, zgodnie z art. 163 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, ustalono, że Wykonawca Frost w ramach ww. pozycji Pakiet nr 1 i 2 zaoferował dostawę zamrażarek VESTFROST VT 206. Ww. Wykonawca następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2018 r., wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, przedłożył w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dokumentację dotyczącą zamrażarek VESTFROST VT 206, tj.: dokument CE sporządzony w języku angielskim bez tłumaczenia, dokumentację techniczną w języku polskim, instrukcję obsługi w języku angielskim i niemieckim. W dniu 28 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Frost w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia m.in. dokumentów przedmiotowych dotyczących zamrażarek VESTFROST VT 206, tj.: instrukcji obsługi w języku polskim, dokumentów potwierdzających ich pojemność netto. W załączeniu do pisma z dnia 4 stycznia 2019 r. Wykonawca Frost w zakresie ww. zamrażarek przedłożył: instrukcję obsługi w języku polskim, oryginalne foldery reklamowe w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski potwierdzające ich pojemności netto.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne, Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z pkt 2 tego przepisu wynika, że mogą to być oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Procedura udzielenia zamówienia publicznego uregulowana w ustawie Pzp ma charakter sformalizowany. Badanie spełnienia tzw. warunków przedmiotowych opiera się na oświadczeniach i dokumentach, których może żądać zamawiający na podstawie przepisów wykonawczych. Katalog tych dokumentów zawarty został w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz.1126). Stosownie do art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. W myśl § 16 ust. 1 przywołanego wyżej rozporządzenia, dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski, przy czym tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Prezes Urzędu zauważył, że z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia nie wynika, aby Wykonawca Frost, na wezwanie z dnia 4 grudnia 2018 r. (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp) zgodnie z wymaganiem postawionym w rozdziale II pkt 3 siwz, przedłożył wraz z dokumentem CE dot. zamrażarek VESTFROST VT 206, jego tłumaczenie na język polski. Jednocześnie z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że Zamawiający nie wezwał o powyższe Wykonawcy Frost w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i w ramach wezwania z dnia 28 grudnia 2018 r. (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Niezałączenie ww. tłumaczenia należy zatem uznać za złożenie dokumentu opatrzonego brakiem formalnym, który podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podobne stanowisko w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO/1634/10. Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien ustalić przez siebie w siwz wymóg, jaki mają spełnić wykonawcy, egzekwować w sposób, w jaki został przewidziany. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest bowiem wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia(umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną

z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, że zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

W podsumowaniu Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Frost, do uzupełnienia dokumentu wymaganego do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz, tj. tłumaczenia na język polski dokumentu CE dotyczącego zamrażarek VESFROST VT 206.

W uzasadnieniu trzeciego ze stwierdzonych naruszeń przepisów prawa Prezes Urzędu podał, że z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzonego na druku ZP-PN, wynika, że Zamawiający nie stosował art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Jednocześnie zostały w nim wymienione powody unieważnienia postępowania. W myśl § 2 ust. 2 pkt 11 i 14 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, protokół w zależności od zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera informacje, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp oraz informacje dotyczące m.in.: wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy oraz w trybie art. 26 ust. 2f ustawy, a także unieważnienia postępowania. Zgodnie z dokumentacją kontrolowanego postępowania Zamawiający wezwał w dniu 4 grudnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawcę Frost do złożenia stosownych dokumentów. Następnie, w dniu 15 stycznia 2019 r., udzielił temu Wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

W podsumowaniu Prezes Urzędu, na gruncie ustaleń kontroli doraźnej, stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 11 i 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), poprzez sporządzenie protokołu postępowania w sposób nierzetelny, przejawiający się w: zaniechaniu wskazania czynności wezwania przez Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazaniu informacji dotyczących unieważnienia postępowania, w sytuacji, w której nie doszło do jego unieważnienia, zaznaczając, że powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej w odniesieniu do dwóch pierwszych zarzucanych mu naruszeń przepisów prawa, przy czym odnośnie drugiego zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy Frost do złożenia przetłumaczonego na język polski dokumentu CE dotyczącego zamrażarek Vestfrost VT 206, podał, że został on złożony w postępowaniu, natomiast na skutek błędu pracownika przygotowującego kopię dokumentacji, nie został przekazany do kontroli i załączył ten dokument do pisma.

Uzasadniając swoje stanowisko odnośnie pierwszego zarzutu dotyczącego zmniejszenia zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z zawartej umowy dostawy urządzeń mroźniczych na skutek zawarcia porozumienia o jej rozwiązaniu w części, Zamawiający, ponownie wskazał, że zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się możliwość rozwiązania umowy za porozumieniem stron. Uzasadnia to obowiązująca na gruncie kodeksu cywilnego zasada swobody umów. Potwierdzenie takiego stanowiska stanowi wyrok Izby z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO 1881/09), gdzie wyraźnie wskazano na możliwość rozwiązania umowy za porozumieniem stron. Przyznane przez ustawodawcę w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp prawo do odstąpienia przez zamawiającego od umowy nie wyklucza możliwości rozwiązania umowy o zamówienie publiczne na zasadzie swobody umów. Wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne (umowy zawartej na czas określony) będzie możliwe o tyle, o ile możliwość taka została przewidziana we wzorze umowy w sytuacji, gdy zajdą wskazane we wzorze umowy okoliczności uzasadniające wypowiedzenie albo do rozwiązania umowy dojdzie za porozumieniem stron. Możliwość rozwiązania umowy akceptuje również doktryna prawa. *Artykuł 144 ust. 1 wyznacza bowiem jedynie zakres dopuszczalności zmiany umowy i nie odnosi się, choćby tylko pośrednio, do rozwiązania umowy. Dopuszczalność tej czynności prawnej, będącej w świetle obowiązującego prawa umową znoszącą skutki wcześniej zawartej umowy, powinna być oceniana przez pryzmat ustawowych granic swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c. Ewentualny zakaz rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego musiałby zatem wynikać wprost z ustawy, ewentualnie być następstwem sprzeczności z zasadami współżycia społecznego albo naturą stosunku prawnego.* (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz). W ocenie Zamawiającego jeżeli możliwe jest rozwiązanie umowy w całości, to tym bardziej uprawnione jest rozwiązanie jej w części, dlatego zasadnym jest stanowisko, że rozwiązanie umowy nastąpiło w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający stwierdził, że wbrew stanowisku wyrażonemu w protokole kontroli nawet gdyby przyjąć, że w sprawie doszło do zmiany umowy, w jego ocenie, przedmiotowa zmiana nie miałaby charakteru istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy. Taki stan rzeczy wynika z faktu, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że wskutek porozumienia doszło do znacznego zmniejszenia zakresu

świadczenia wykonawcy. Wartość zamrażeń, których dotyczyło rozwiązanie umowy, wynosiła około 30% łącznej wartości zawartej umowy, co oznacza, że przedmiotowa umowa została przez wykonawcę zrealizowana zgodnie z jej treścią w ponad 70% wartości. Obowiązujące przepisy nie definiują, jak należy rozumieć znaczne zmniejszenie zakresu świadczenia. Bezspornym jest natomiast, że umowa została wykonana w przeważającej części jej pierwotnej wartości. Nadto wbrew stanowisku wyrażonemu w wyniku kontroli, w ocenie Zamawiającego, zawarcie przedmiotowego porozumienia nie miało znaczenia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Urządzenia, które były przedmiotem zamówienia mają charakter wysokospecjalistyczny i oferowane są przez niewielką liczbę dostawców. Nie są to urządzenia powszechnie dostępne na rynku, których dostawę mógłby zrealizować przedsiębiorca, który na co dzień nie zajmuje się takimi dostawami. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest fakt, że w szeregu postępowań prowadzonych przez Centrum, jak również inne centra w Polsce, startuje ta sama wąska grupa wykonawców. Zmniejszenie wartości zamówienia nie miałoby zatem wpływu na krąg wykonawców biorących udział w przetargu. Zamówienie w swym pierwotnym zakresie nie było zamówieniem dużej wartości, ani dotyczącym dużej ilości urządzeń. Tym samym nie mogło eliminować z udziału w nim wykonawców działających na rynku urządzeń chłodniczych. Hipotetyczne zmniejszenie wartości zamówienia o ok. 30% nie miałoby żadnego wpływu na krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. W realiach rynkowych zmiana taka nie byłaby duża, a biorąc pod uwagę rynek wysokospecjalistycznych urządzeń chłodniczych - bez znaczenia. Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczności zawarcia porozumienia w przedmiocie rozwiązania umowy, tj. chęć uniknięcia kosztownego i długotrwałego sporu sądowego z niepewnym wynikiem oraz konieczność wyposażenia Centrum w niezbędne urządzenia.

Prezes Urzędu uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego wobec naruszenia opisanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Frost, do uzupełnienia dokumentu wymaganego do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, natomiast nie uwzględnił zastrzeżeń w zakresie naruszenia z pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, polegającego na znacznym zmniejszeniu zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, poprzez zawarcie w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienia w sprawie rozwiązania w części ww. umowy, co nie znajdowało oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który powoływał się Zamawiający w porozumieniu.

Odnosząc się do argumentacji przywołanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej, w zakresie nieuwzględnionym, Prezes Urzędu w piśmie z dnia 30 czerwca 2020 r., na wstępie wskazał, że Zamawiający we wniesionych

zastrzeżeniach przedstawił w większości argumenty, które były już analizowane przez Urząd w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie kontroli doraźnej. Urząd odniósł się do argumentów i wyjaśnień Zamawiającego, składanych w toku postępowania wyjaśniającego, w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w tym w sposób wyczerpujący uzasadnił rozpatrywanie zawartego porozumienia w kontekście przepisów dotyczących zmiany umowy. Prezes Urzędu zauważył, że wnoszący zastrzeżenia nie kwestionuje także ustaleń faktycznych dokonanych w kontroli. Istota sporu sprowadza się do oceny prawnej zawartego przez strony umowy z dnia 15 stycznia 2019 r. porozumienia z dnia 23 kwietnia 2019 r. w drodze, którego doszło faktycznie do rozwiązania umowy w części.

Za treścią Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu powtórzył, że zasadniczo obowiązuje ogólny zakaz rozwiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego. W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 145 - 145a zawarto zamknięty katalog przypadków, w których zamawiający mogą (fakultatywnie) jednostronnie rozwiązać umowę. W art. 144 ust. 1 ustawy wymieniono natomiast okoliczności, w których można dokonać zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Konstrukcja powyższych przepisów wskazuje, pomimo braku ustawowego zakazu, na brak możliwości swobodnego rozwiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego. Prezes Urzędu wskazał, że stoi na stanowisku, że skoro przepis wyraźnie zakazuje swobodnej zmiany umowy o zamówienia publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać. Zamawiający zatem zobowiązani są w pierwszej kolejności do dochodzenia prawidłowego wykonania zobowiązania, a w przypadku negatywnego skutku, do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, bądź zastępczych. Za prawidłowością takiego postępowania przemawia ustawowy wymóg ciążyący na zamawiających, a wynikający z przepisów odrębnych. Dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności realizacyjne po stronie wykonawcy, prowadziłoby w istocie do obejścia wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń. Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności sprawy nie wskazują, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek, opisanych w art. 145-145a ustawy Pzp, umożliwiająca rozwiązanie umowy przez Zamawiającego. Niemniej porozumienie o rozwiązaniu umowy w tym przypadku, na co sam Zamawiający zwraca uwagę, pozwala uznać, że ma charakter ugody pozasądowej. Ugoda pozasądowa jest umową (porozumieniem), przez którą na gruncie Kodeksu cywilnego strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonywanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać (art. 917 Kodeksu cywilnego). Prezes Urzędu za Informacją o wyniku kontroli doraźnej przywołał wyrok

z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14, a następnie przywołał. art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b oraz c ustawy Pzp, określający w jakich okolicznościach zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną i stwierdził, że w toku kontroli ustalono, że dokonana zmiana miała charakter istotny w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp albowiem polegała na zmniejszeniu zakresu dostawy o 15 urządzeń, wobec pierwotnie zamówionej liczby 27 urządzeń, i tym samym zmniejszeniu wartości zamówienia o ponad 30%. Słowo „znacznym” zostało zdefiniowane w słowniku języka polskiego jako „dość duży pod względem liczby, ilości, natężenia, pokaźny, niemały”, wobec tego nie ma podstaw do kwestionowania powyższego ustalenia, w sytuacji gdy Zamawiający de facto zrezygnował z dostawy ponad połowy asortymentu objętego zakresem umowy.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej wpływu na wynik postępowania Prezes Urzędu zgodził się z Zamawiającym, że zaoferowane zamrażarki są wysokospecjalistycznymi urządzeniami, jednakże w jego ocenie wskazana okoliczność, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w Polsce startuje wąska grupa wykonawców, nie oznacza, iż posiadają oni w swej ofercie wszystkie typy zamrażarek, spełniających jednocześnie wymagania Zamawiającego. Zatem nie można wykluczyć, z uwagi na wysokospecjalistyczny charakter tych urządzeń, że gdyby Zamawiający pierwotnie żądał stosunkowo mniejszego przedmiotu dostawy, to miałyby to wpływ na krąg potencjalnych Wykonawców. Jednocześnie zauważenia wymaga, że kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były cena oraz termin gwarancji. W postępowaniu złożono dwie oferty. Obaj Wykonawcy uzyskali maksymalną ilość punktów w kryterium termin gwarancji. Decydującą więc rolę w wyborze najkorzystniejszej oferty odegrała cena. Analiza złożonych ofert prowadzi do wniosku, że gdyby Zamawiający pierwotnie żądał dostawy z wykluczeniem pozycji w zakresie, której zaoferowano zamrażarki VESTFROST VT 546, to w ramach pakietu numer 2 wybrana byłaby oferta Wykonawcy Labsystem s.c. E. S. M.. Powyższe koresponduje z przesłanką zmiany istotnej opisaną w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp, a także potwierdza, że niniejsze naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie kwestionował, że zawarcie przedmiotowego porozumienia dokonano z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W podsumowaniu Prezes Urzędu, stwierdził, iż wobec braku w treści wniesionych zastrzeżeń nowych okoliczności, które dostarczyłyby podstaw do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowanego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 czerwca 2020 r., podtrzymuje stanowisko, że Zamawiający naruszył przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zawarcie w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienia w sprawie rozwiązania w części umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, prowadzącego faktycznie do znacznego zmniejszenia zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z ww. umowy, co nie

znajdowało oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który powoływał się Zamawiający w porozumieniu.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie uwzględnienia zastrzeżeń odnośnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania Wykonawcy Frost, do uzupełnienia dokumentu wymaganego do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz, tj. tłumaczenia na język polski dokumentu CE dotyczącego zamrażarek VESTFROST VT 206, Prezes Urzędu m.in. stwierdził, że wobec braku przekazania przez Zamawiającego istotnego w niniejszej sprawie tłumaczenia na język polski dokumentu CE, zobowiązany był w oparciu o przedłożone dokumenty stwierdzić naruszenie przepisów ustawy Pzp, natomiast po dokonaniu analizy przedłożonej wraz z zastrzeżeniami dokumentacji, uwzględnia zastrzeżenia w tym zakresie. Prezes Urzędu zaznaczył przy tym, aby w przyszłości Zamawiający na etapie postępowania wyjaśniającego udzielał organowi kontrolującemu wszystkich istotnych informacji, w tym kompletnej dokumentacji postępowania, umożliwiających ocenę stanu faktycznego, bowiem pozwoli to zapewnić ekonomikę postępowania wyjaśniającego i kontrolnego oraz zmniejszy związane z tym obciążenia administracyjne Zamawiającego i podmiotów zaangażowanych w kontrolę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia polegającego na znacznym zmniejszeniu zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, poprzez zawarcie w dniu 23 kwietnia 2019 r. porozumienia w sprawie rozwiązania w części ww. umowy, co nie znajdowało oparcia w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który powoływał się Zamawiający w porozumieniu, nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby Prezes Urzędu prawidłowo uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez znaczne zmniejszenie zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z ww. umowy o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawarcia porozumienia w sprawie rozwiązania w części ww. umowy.

Stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego nie jest sporny. W szczególności Zamawiający nie kwestionuje ilości zamrażarek objętych umową, co do których nastąpiła rezygnacja z ich odbioru. Jak wynika z treści porozumienia z dnia 23 października 2019 r. w sprawie rozwiązania w części umowy nr ZP/PN/43/PI;P2/18, jako podstawę jej zawarcia strony porozumienia wskazały przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi: *że, 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. Tymczasem jak wykazano w wyniku przeprowadzonej kontroli wartość zmian umowy dostawy, wprowadzonej ww. porozumieniem, znacząco przekraczała próg 10% określony w tym przepisie. Tym samym przepis ten nie mógł stanowić podstawy przedmiotowego rozwiązania umowy.

W swoich zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający wskazuje natomiast na przepis art. 144 ust. 1 pkt 5, który stanowi, iż zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e. Z kolei ust. 1e stanowi: 1e. Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli: 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu; 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 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, b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej, c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej, d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

W związku z tym, zauważenia wymaga, że dokonana przez Zamawiającego zmiana umowy, znacznie zmniejszyła zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy. W sytuacji, gdy zamówienie obejmowało pierwotnie dostawę 27 urządzeń, a w wyniku porozumienia rezygnacja z dostawy dotyczyła 15 urządzeń, przy jednoczesnym zmniejszeniu wartości zamówienia o ok. 30%, to zmiana miała charakter istotny. Nadto, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, że nie można wykluczyć, że gdyby Zamawiający pierwotnie żądał mniejszego przedmiotu dostawy, to krąg potencjalnych Wykonawców byłby większy. Nawet bowiem gdy chodzi o specjalistyczne urządzenia, takie jak objęte przedmiotem analizowanego zamówienia, nie można wykluczyć, że mniejsza ilość objęta przedmiotem zamówienia, spowodowałaby zainteresowanie przetargiem ze strony większej liczby podmiotów, lub przyjęto by ofertę innej treści. Jak ustalił Prezes Urzędu, w postępowaniu złożono dwie oferty, a decydującą rolę w wyborze najkorzystniejszej oferty odegrała cena.

Analiza złożonych ofert przeprowadzona przez Prezesa Urzędu prowadzi do wniosku, że gdyby Zamawiający pierwotnie żądał dostawy z wykluczeniem pozycji w zakresie, której zaoferowano zamrażarki VESTFROST VT 546, to w ramach pakietu numer 2 wybrana byłaby oferta drugiego z Wykonawców. Potwierdza to, że stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Izba podziela interpretację przepisów ustawy Pzp przedstawioną przez Prezesa Urzędu odnośnie wynikającego z nich, chociaż literalnie niezapisanego, ogólnego zakazu rozwiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego, skutkującego istotnym ograniczeniem zakresu pierwotnego zamówienia. Art. 144 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy i określa katalog okoliczności, które mogą stanowić wyjątek od tej zasady. W związku z tym za zasadne należy uznać stanowisko, że skoro przepis wyraźnie zakazuje swobodnej zmiany umowy o zamówienia publiczne, to tym bardziej nie wolno jej swobodnie rozwiązywać. Nie można bowiem pomijać, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zawierana w wyniku przeprowadzenia procedur określonych w ustawie Pzp i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie warunków przewidzianych przez Zamawiającego, do których zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy muszą się dostosować. W związku z tym istotne jest, aby zakres zobowiązań, które wykonawca na siebie przyjmuje, oraz zakres obowiązków zamawiającego, był wiążący.

Izba podziela także stanowisko Prezesa Urzędu, z którego wynika, że w okolicznościach badanej sprawy nie została spełniona żadna z przesłanek, wymienionych w art. 145-145a ustawy Pzp, umożliwiająca rozwiązanie umowy przez Zamawiającego, jak również to, iż porozumienie o rozwiązaniu umowy w tym przypadku można uznać za ugodę pozasądową, w wyniku której strony poczyniły sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonywanie, albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać, co w świetle przytoczonego wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14, w którym Trybunał orzekł w odpowiedzi na wniesione pytanie, że *zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nie można do udzielonego już zamówienia publicznego wprowadzić istotnej zmiany, (...), nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. (...)* potwierdza powyżej przedstawioną ocenę, co do stwierdzonego naruszenia.

W związku z powyższym Izba wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....