

Sygn. akt: KIO/KD 42/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 lipca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 25 czerwca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Gmina Stary Targ,
ul. Główna 20
82-410 Stary Targ**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2020 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ1/421/75(7)/19/AN KND/72/19/DKZP)

w przedmiocie zmian umowy dokonanych po przeprowadzeniu postępowania na „Rekultywację terenów po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji złoża na podstawie:

- aneksu nr 1 do umowy z dnia 22 października 2014 r. zawartego w dniu 29 grudnia 2015 r.;
- aneksu nr 2 do umowy z dnia 22 października 2014 r. zawartego w dniu 5 grudnia 2016 r.,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Emil Kuriata
	Irmina Wiktorja Pawlik

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 16 czerwca 2020 r. znak UZP/DKZP/WKZ1/421/75(7)/19/AN (KND/72/19/DKZP) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, przekazał Zamawiającemu Informację o wyniku kontroli doraźnej, przeprowadzonej na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zakresie zmian umowy dokonanych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Rekultywację terenów po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji złoża” na podstawie:

1. aneksu nr 1 do umowy z dnia 22 października 2014 r. zawartego w dniu 29 grudnia 2015 r.;
2. aneksu nr 2 do umowy z dnia 22 października 2014 r. zawartego w dniu 5 grudnia 2016 r.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej zmian umowy dokonanych po przeprowadzeniu ww. postępowania o udzielenie zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu. art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu niedozwolonej istotnej zmiany umowy z dnia 22 października 2014 r. w stosunku do treści oferty, poprzez zawarcie w dniu 29 grudnia 2015 r. aneksu nr 1 do ww. umowy w okolicznościach niewypełnienia przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprzez zawarcie w dniu 5 grudnia 2016 r. aneksu nr 2 do ww. umowy w okolicznościach niewypełnienia przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Kontrolujący wskazał na wstępie, iż zgodnie z treścią art. 165 ust. 2 Pzp, wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w okresie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na upływ ww. terminu na wszczęcie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kontrolą doraźną objęto jedynie zmiany umowy dokonane aneksami nr 1 i 2 do umowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rekultywację terenów po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji złoża” zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 września 2014 r. (numer ogłoszenia: 300802-2014).

Kontrolujący wskazał, że w protokole ww. postępowania nie podano wartości szacunkowej zamówienia, natomiast podano, że została ustalona w dniu 1 września 2014 r. na podstawie kosztorysu ofertowego wyceny wartości złoża. W protokole z sesji otwarcia

ofert z dnia 25 września 2014 r. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 50.000 zł. Prezes UZP stwierdził, że z ustaleń zawartych w protokole kontroli nr DR/76/17 przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne wynika, że kwota 50.000 zł stanowiła różnicę pomiędzy szacowanymi kosztami wykonawcy w kwocie 2.133.836,05 zł a szacowanym wydobyciem pospółki za złoża w kwocie 2.083.836,05 zł.

Przedmiot zamówienia obejmował rekultywację terenów po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji złoża. Zamawiający sklasyfikował przedmiot objęty tym zamówieniem jako roboty budowlane (kody CPV: 45244000-9 — wodne roboty budowlane; 45112330-7 — rekultywacja terenu z elementami małej architektury; 45111123-4 roboty w zakresie oczyszczania terenu). W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że nie przewiduje udzielenia zamówień uzupełniających.

Pismem z dnia 17 września 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do SIWZ zadane w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na pytanie: „(...) prosimy o udostępnienie przedmiaru i zestawienia nakładów rzeczowych niniejszej inwestycji” Zamawiający wyjaśnił, że: „Ze względu na możliwość eksploatacji złoża Zamawiający nie przedstawi przedmiaru”.

Zgodnie z rozdziałem 15 SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny), cena podana w ofercie miała być ceną ryczałtową, gdzie zestawieniem planowanych prac była SIWZ, dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Cena ta miała być ostateczna i nie podlegać zmianom. Cena ofertowa musiała zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Miały to być m.in. koszty: wszelkich robót przygotowawczych, odtworzeniowych, porządkowych, geodezji powykonawczej, zagospodarowania placu budowy, utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

W terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 25 września 2014 r. do Zamawiającego wpłynęło 5 ofert z cenami odpowiednio: 998.000,00 zł; 2.945.560,95 zł; 2.508.352,14 zł; 123,00 zł; 246.000,00 zł.

Pismem z dnia 1 października 2014 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy KRUSZ-POL s.c. I. F., K. P., który złożył ofertę z ceną 123,00 zł z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty z uwagi na podejrzenie, że jest to cena rażąco niska.

Wezwany wykonawca, pismem, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 3 października 2014 r., złożył kosztorys prac związanych z rekultywacją terenu po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji oraz bilans

złoża kruszywa naturalnego zalegającego na działce 106/3 obręb Waplewo Wielkie, z których wynika, że dochód z eksploatacji, pomniejszony o koszty prac związanych z rekultywacją, wyniesie 325.000,00 zł.

Pismem z dnia 16 października 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej — złożonej przez wykonawcę KRUSZ-POL s.c. I.F., K. P. z ceną 123,00 zł brutto, a w dniu 22 października 2014 r. została zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 1 punkt 2. ww. umowy w ramach robót należało wykonać:

a) do końca 2014 r.:

— oczyszczenie terenu z nieczystości; - wycinkę dziko rosnących drzew i krzaków;
— oczyszczenie terenu z korzeni; - obsadzenie terenu min. 500 m² lasem sosnowym; - wykonanie ścieżki pieszo-rowerowej o szerokości 1,5 mb utwardzonej kruszywem łamanym min. 200 m², - montaż ławek parkowych min. 5 sztuk;

b) do końca 2016 r.:

- utworzenie zbiornika wodnego o powierzchni min. 20000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów (niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi); - obsadzenie terenu lasem sosnowym min. 5000 m², - montaż ławek parkowych min. 5 sztuk;

c) do 31 sierpnia 2018 r.:

- powiększenie zbiornika wodnego o powierzchnię min. 30000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów (niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi); - obsadzenie terenu lasem sosnowym min. 4500 m², - wykonanie plaży piaskowej o powierzchni min. 200 m², - wykonanie parkingu utwardzonego kruszywem łamanym o powierzchni min. 800 m²; - wykonanie ławostolów z siedziskiem min. 2 sztuk; - wykonanie trawników na powierzchni min. 15000 m², - wykonanie boiska do siatkówki.

W czasie trwania robót Zamawiający dopuszcza eksploatację złoża z przedmiotowego terenu.

Zgodnie z § 13 ww. umowy, dopuszczalne były zmiany jej postanowień w zakresie:

a) wszelkich zmian umowy, o ile konieczność ich wprowadzenia będzie wynikała ze zmian w obowiązujących przepisach prawa;

b) zaistnienia innego niemożliwego do przewidzenia w momencie zawarcia umowy zdarzenia prawnego, ekonomicznego lub technicznego, za które żadna ze Stron Umowy nie ponosi odpowiedzialności, skutkującego brakiem możliwości należytego wykonania umowy, zgodnie z SIWZ lub koniecznością dostosowania postanowień umowy do aktualnej sytuacji ekonomicznej lub faktycznej.

Zgodnie z ustępem 2 § 13 ww. umowy, powyższe zmiany były dopuszczalne wyłącznie pod warunkiem złożenia pisemnego i uzasadnionego wniosku przez jedną ze Stron umowy.

W dniu 29 grudnia 2015 r, zawarto aneks nr 1 do umowy nr 272/13/2014 z dnia 22 października 2014 r., na mocy którego do ww. umowy wprowadzono następujące zmiany:
W ramach niniejszej umowy wykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz Zamawiającego następujące roboty:

a) do 31 grudnia 2016 r.:

- oczyszczenie terenu z nieczystości; - wycinkę dziko rosnących drzew i krzaków; - oczyszczenie terenu z korzeni; - obsadzenie terenu min. 500 m² lasem sosnowym; - wykonanie ścieżki pieszo-rowerowej o szerokości 1,5 mb utwardzonej kruszywem łamanym min. 200 m²; - montaż ławek parkowych min. 5 sztuk;

b) do lipca 2017 r.:

- utworzenie zbiornika wodnego o powierzchni min. 20000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów (niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi); - obsadzenie terenu lasem sosnowym min. 5000 m²; - montaż ławek parkowych min. 5 sztuk;

c) do września 2018 r.:

- powiększenie zbiornika wodnego o powierzchnię min. 30000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów (niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi); - obsadzenie terenu lasem sosnowym min. 4500 m²; - wykonanie plaży piaskowej o powierzchni min. 200 m²; - wykonanie parkingu utwardzonego kruszywem łamanym o powierzchni min. 800 m²; - wykonanie ławostołów z siedziskiem min. 2 sztuk; - wykonanie trawników na powierzchni min. 15000 m²; - wykonanie boiska do siatkówki.

W dniu 29 grudnia 2015 r. zawarto aneks nr 1 do umowy, którym dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r. w następujący sposób:

a) § 1 ust. 2 lit. a) umowy z dnia 22 października 2014 r. z do końca 2014 r. na w terminie do 31 grudnia 2016 r.;

b) § 1 ust. 2 lit. b) umowy z dnia 22 października 2014 r. z do końca 2016 r. na w terminie do lipca 2017 r.;

c) § 1 ust. 2 lit. c) umowy z dnia 22 października 2014 r. z do 31.08.2018 r. na w terminie do września 2018 r.

W dniu 5 grudnia 2016 r. zawarto aneks nr 2 do umowy nr 272/13/2014 z dnia 22 października 2014 r., na mocy którego do ww. umowy wprowadzono następujące zmiany:

Paragraf 1 pkt 1 Przedmiot umowy rozszerza się o działkę nr 106/4 obręb Waplewo stanowiącą własność Gminy Stary Targ.

W ramach niniejszej umowy wykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz Zamawiającego następujące roboty:

a) do grudnia 2016 r.:

- oczyszczenie terenu z nieczystości; - wycinkę dziko rosnących drzew i krzaków; - oczyszczenie terenu z korzeni; - częściowe utworzenie zbiornika wodnego o powierzchni min. 50000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów, w tym niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi;

b) do lipca 2017 r.:

- utworzenie zbiornika wodnego o powierzchni min. 50000 m² wraz z zagospodarowaniem jego brzegów (niwelacja terenu, posadzenie roślinności umacniającej brzegi dokończenie); - wykonanie plaży piaskowej o powierzchni min. 200 m²,

c) do grudnia 2017 r.:

- obsadzenie terenu lasem sosnowym o powierzchni min. 10000 m², - wykonanie ścieżki pieszo-rowerowej o szerokości 1,5 mb utwardzonej kruszywem łamanym o powierzchni min. 200 m²; - montaż ławek parkowych min. 10 sztuk; - wykonanie parkingu utwardzonego kruszywem łamanym o powierzchni min. 800 m², - wykonanie ławostolów z siedziskiem min. 2 sztuk; - wykonanie trawników na powierzchni min. 15000 m², - wykonanie boiska do siatkówki;

d) w terminie do września 2018 r.:

- wykonanie prac porządkowych; - zarybienie zbiornika wodnego.

Zatem, aneksem nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r., jak również zakresów realizowanych robót, rozszerzono zakres przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 okręg Waplewo Wielkie w sposób wskazany powyżej, oraz rozszerzono przedmiot zamówienia, poprzez dodanie usług polegających na wykonaniu prac porządkowych oraz zarybieniu zbiornika wodnego. Prezes UZP przedstawił w tabeli szczegółowe zestawienie zmian dokonanych aneksami nr 1 i nr 2.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 144 ust. 1 Pzp (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia aneksu nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r., zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W odniesieniu do aneksu nr 2 zawartego w dniu 5 grudnia 2016 r. Kontrolujący wskazał zaś, że ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) przepis art. 144

otrzymał nowe brzmienie obowiązujące od dnia 28 lipca 2016 r. Jednocześnie, zgodnie z art. 19 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UZP wskazał jako generalną zasadę obowiązującą w dacie zawierania przedmiotowych aneksów - zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Od powyższej zasady ustawodawca przewidział odstępstwo wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający przewidział w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość dokonania takiej zmiany — o charakterze istotnym — oraz określił warunki jej wprowadzenia.

Powyższa regulacja wprowadza transparentność sposobu i możliwości przeprowadzania zmian umów zawartych w sprawie zamówienia publicznego i ma na celu wyeliminowanie ewentualnych zmian niedozwolonych służących obejściu stosowania przepisów ustawy Pzp.

Kontrolujący, odnosząc się do pojęcia „istotność zmian”, którym posłużył się ustawodawca w przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, podniósł, że przesądzenie o tym, czy zmiana ma charakter istotny czy też nie, wymaga zbadania oraz porównania treści stosunku prawnego z naniesionymi zmianami do treści oferty złożonej przez wykonawcę. Zatem w sytuacji, gdy zastosowanie zmian w treści umowy spowoduje, że zobowiązanie wykonawcy będzie różniło się w sposób istotny od zobowiązania złożonego pierwotnie w ofercie, należy uznać, że dokonanie takiej zmiany narusza przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Ocena istotności zmian umowy winna być każdorazowo dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego oraz innych wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wpływ na zainteresowanie zamówieniem po dokonaniu zmiany. Każda istotna zmiana umowy przeprowadzona w zakresie niewskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ będzie stanowiła naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności Kontrolujący ustalił, czy wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została określona przez Zamawiającego z należytą starannością, a w konsekwencji, czy Zamawiający słusznie twierdzi, że pomimo przeprowadzenia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, nie był on zobowiązany do stosowania

przepisów ustawy Pzp z uwagi na fakt, że szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w przedmiotowym stanie faktycznym, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Kontrolujący podniósł, że z ustaleń protokołu kontroli nr DR/76/17 przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne wynika, iż kwota 50.000 zł (kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia), stanowiła różnicę pomiędzy szacowanymi kosztami Wykonawcy w kwocie 2.133.836,05 zł, a szacowanym wydobyciem pospółki za złoża w kwocie 2.083.836,05 zł. Jednocześnie brak jest pisma, które dokumentowałoby sposób ustalania szacunkowej wartości zamówienia.

Zamawiający nie zawarł w treści dokumentacji informacji dotyczących dokładnego zakresu prowadzonej eksploatacji, szacowanej wartości złóż dostępnych na rekultywowanym terenie, jak również informacji o możliwości finansowania przedmiotowego zamówienia z dochodów uzyskanych z tytułu eksploatacji złóż. Zatem, prawidłowo oszacowana wartość przedmiotowego zamówienia powinna uwzględniać wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia — dochód z eksploatacji złóż oszacowany z należytą starannością mógł służyć rozliczeniu za wykonane roboty.

Prezes UZP stwierdził, że posługując się wskazanymi przez Zamawiającego kwotami należy ustalić, że oszacowana z należytą starannością szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia powinna stanowić szacowany koszt wykonawcy — 2.133.836,05 zł. Zatem z uwagi na przekroczenie kwoty 30.000 euro, Zamawiający zobowiązany był do stosowania przepisów ustawy Pzp. Zastosowanie przez Zamawiającego sposobu szacowania wartości przedmiotowego zamówienia polegającego na przyjęciu, że odpłatne eksploataowanie przez wykonawcę złóż znajdujących się na obszarze objętym rekultywacją spowoduje znaczne obniżenie wysokości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za rekultywację terenów po byłej żwirowni na wskazanym obszarze oraz dokonanie wzajemnego potrącenia tych kwot (wartości robót budowlanych oraz wartości uzyskanej w wyniku eksploatacji złóż) stanowiło naruszenie przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp i prowadziło do nieuprawnionego uznania, że przedmiotowe zamówienie nie przekracza progu wynikającego z przepisu art. 4 pkt 8 ustawy Pzp — 30.000 euro.

Odnosnie ustalenia, czy zakres dokonanych zmian umowy miał charakter istotny, Prezes UZP wskazał, że aneksem nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r., tj. termin wykonania etapu pierwszego został wydłużony o 2 lata, termin wykonania etapu drugiego został wydłużony o 6 miesięcy, natomiast aneksem nr 2 z

dnia 5 grudnia 2016 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r., tj.: termin wykonania etapu trzeciego skrócono o 8-9 miesięcy w stosunku do terminu ustalonego umową oraz aneksem nr 1, jak również dokonano zmiany zakresów realizowanych robót w poszczególnych etapach (co szczegółowo przedstawiono w tabeli), rozszerzono przedmiot zamówienia poprzez dodanie usług polegających na wykonaniu prac porządkowych oraz zarybieniu zbiornika wodnego oraz w szczególności rozszerzono zakres przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 okręg Waplewo Wielkie.

Prezes Urzędu wskazał, że wydłużenie terminów realizacji poszczególnych etapów robót pierwotnie zawartej umowy, a następnie skrócenie jednego z terminów oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia w szczególności o działkę nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie stanowi, w jego ocenie, istotną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, gdyż w wyniku zawarcia kwestionowanych aneksów poszerzony został zakres zawartej pierwotnie umowy w ten sposób, że wykonawca, któremu zostało udzielone zamówienie mógł przez dłuższy czas eksploatować złoża znajdujące się na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie oraz mógł dodatkowo eksploatować złoża znajdujące się na działce nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie. Aneksy zmieniające umowę z dnia 22 października 2014 r. zawarłą w sprawie przedmiotowego zamówienia doprowadziły także do zamiany kolejności wykonywanych robót, jednak ostatecznie — po zawarciu aneksu nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. — koniec prac przewidziano w terminie do września 2018 r. (wykonanie prac porządkowych, zarybienie zbiornika wodnego). Zatem w przedmiotowym stanie faktycznym zmiany polegające na zmianie terminu wykonania poszczególnych etapów prac, w tym także wydłużenie tego terminu oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 okręg Waplewo Wielkie uznać należy za zmiany istotne, które mogły mieć wpływ zarówno na kalkulację ceny, jak też na zainteresowanie innych wykonawców przedmiotowym zamówieniem oraz na pozycję wykonawcy, któremu ww. zamówienie zostało udzielone.

Prezes Urzędu zauważył, że o ile wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za wykonanie robót miało charakter ryczałtowy i pozostało niezmiennie w stosunku do wynagrodzenia pierwotnie określonego w umowie z dnia 22 października 2014 r., to dochód wykonawcy uzyskany z eksploatacji złóż w przedłużonych okresach oraz na rozszerzonym obszarze mógł oznaczać dodatkowe wynagrodzenie. Rozszerzeniem zakresu przedmiotowej umowy jest zmiana ilości, jak również terminu realizacji, prowadząca w konsekwencji pośrednio do zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Prezes Urzędu wskazał, że pomimo wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, nie miał możliwości ustalenia szacunkowej ani faktycznej wartości dochodów z eksploatacji złóż zarówno z działki nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie objętej pierwotnym

zamówieniem (eksploatowanej w terminach wynikających z umowy podstawowej jak i w terminach wskazanych aneksami), jak również z działki nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie, dodanej w wyniku zawarcia aneksu nr 2. Zamawiający nie udzielił wyjaśnień w powyższym zakresie. Jednocześnie, jak wynika z zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego do kontroli nr DR/76/17 przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, dostępnych na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający nie dysponował dokumentacją potwierdzającą wielkość złoża. Z dokumentacji udostępnionej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne wynika, że wykonawca KRUSZ-POL s.c. I.F., K. P. sporządził bilans złoża kruszywa naturalnego na działce 106/3 obręb Waplewo Wielkie, z którego wynika, że szacowana ilość zasobów złoża to ok. 970000 Mg o wartości 4.772.400,00 zł brutto, natomiast szacowany dochód z eksploatacji złoża wynosi 1.950.000,00 zł brutto.

W dalszej kolejności, odnosząc się do dopuszczalności zmian postanowień umowy uznanych za istotne, Prezes Urzędu podkreślił, że wprowadzanie takich zmian jest co do zasady dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w niniejszym stanie faktycznym, ale jedynie pod warunkiem przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków takich zmian. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ, w tym w stanowiącym załącznik do niej wzorze umowy, możliwości dokonania istotnych zmian zawartej umowy polegających na wydłużeniu terminów wykonywania prac ani poszerzenia jej zakresu przedmiotowego i warunków przeprowadzenia takiej zmiany. Prezes UZP zauważył, że w § 13 ust. 1 umowy z dnia 22 października 2014 r. zawarto jedynie katalog zmian wynikających ze zmian w obowiązujących przepisach prawa oraz zaistnienia niemożliwego do przewidzenia w momencie zawarcia umowy zdarzenia prawnego, ekonomicznego lub technicznego, za którą żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkującego brakiem możliwości należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ lub koniecznością dostosowania umowy do aktualnej sytuacji ekonomicznej lub faktycznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach tej sprawy dokonane w drodze aneksów zmiany umowy wykroczały poza zakres art. 140 ust. 1 Pzp i powodowały, że do pierwotnej umowy wprowadzono postanowienia powodujące, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający ze zmienionej umowy nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jednocześnie zmiany wprowadzone aneksem nr 2 zawartym w dniu 5 grudnia 2016 r. nie spełniały warunków uprawniających do dokonania zmiany treści umowy wskazanych w przepisie art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Prezes UZP podkreślił, że jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie przewidział możliwości dokonania takiej zmiany

w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ oraz nie określił jej warunków. Zamawiający nie przewidział także w SIWZ udzielenia zamówień uzupełniających. Ponadto, brak jest możliwości uznania, że wykonanie przedmiotu aneksu nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia z uwagi na fakt, że — jak wskazał Kierownik Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych w toku kontroli przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne pod sygnaturą DR/76/17 w odniesieniu do rozszerzenia przedmiotu zamówienia — działka nr 106/4 nie została ujęta w zakresie pierwotnie zawartej umowy na skutek przeoczenia .

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że w niniejszym przypadku doszło do istotnej zmiany postanowień umownych, niedopuszczalnej w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, co wynika z faktu, że na podstawie wprowadzonych zmian udzielono zamówienia publicznego o zakresie przedmiotowym i wartości całkowitej odrębnej od zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na „Rekultywację terenów po byłej żwirowni na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie z możliwością eksploatacji złoża”. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na zawarciu aneksu nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r. oraz aneksu nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. do umowy zawartej w dniu 22 października 2014 r. stanowiło naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2020 r., Zamawiający wniósł zastrzeżenia od informacji o wyniku kontroli doraźnej, wskazując, że stwierdzenie naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp polegające na dokonaniu niedozwolonej istotnej zmiany umowy nr 272/13/2014 z dnia 22 października 2014 r. w stosunku do treści oferty, poprzez zawarcie w dniu 29 grudnia 2015 r. aneksu nr 1 do wyżej wymienionej umowy, oraz poprzez zawarcie w dniu 05 grudnia 2016 r. aneksu nr 2 do ww. umowy w okolicznościach niewypełnienia przesłanej z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Pzp, nie ma oparcia w stanie faktycznym, który można odtworzyć na podstawie kwestionowanych aneksów nr 1 i nr 2.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu istotnym elementem był wyłącznie termin końcowy realizacji zamówienia, natomiast terminy pośrednie miały tylko znaczenie techniczne. Chodziło o punkt odniesienia do weryfikacji postępu w pracach, a nie nieprzekraczalne terminy ich realizacji.

Zamawiający podniósł, że do realizacji prac rekultywacyjnych potrzebna jest decyzja administracyjna - pozwolenie na prace górnicze, wydawana przez Urząd Górnictwa. Stroną w tym postępowaniu był wykonawca — firma Kruszpol. Zamawiający nie miał przynajmniej strony w tym postępowaniu. Z tego względu ostateczne pozwolenie na prowadzenie prac rekultywacyjnych zostało wydane bez wpływu Zamawiającego, ale także poza wpływem

wykonawcy. W wyniku ww. decyzji konieczne stało się dostosowanie pośrednich terminów przewidywanych przez strony przy zawarciu umowy do faktycznej sytuacji związanej z opóźnionym wydaniem pozwolenia na prowadzenie prac. Aneks nr 1 dotyczył zatem wyłącznie urealnienia terminów pośrednich, a nie zmiany istotnej w umowie, w szczególności zmiany, która zaburzyła uczciwą konkurencję czy w sposób nieuprawniony uprzywilejowała wykonawcę. Zamawiający podkreślił, że termin końcowy pozostał bez zmian.

W tej sytuacji, na podstawie § 13 ust. 1b ww. umowy, Zamawiający miał obowiązek zawarcia aneksu do ww. umowy.

Aneks nr 2 w istocie dotyczył dodatkowych prac na działce nr 106/4. W toku realizacji inwestycji wykonawca zaproponował, że wykorzystanie małej działeczki 106/4 na cele parkingu dla maszyn pracujących przy rekultywacji pierwotnie założonego terenu w zamian za włączenie tej działki do całego procesu rekultywacji bez dodatkowego wynagrodzenia. Zamawiający wskazał, że w istocie była to zmiana korzystna dla Zamawiającego, ponieważ w takiej samej cenie zyskiwał poszerzony front robót, a rekultywacja dotyczyła funkcjonalnej całości terenu, który wprawdzie podzielony jest na odrębne działki, ale w istocie stanowi jedną całość. Aneks nr 2 ponownie nie zmienił terminu końcowego realizacji prac, ale urealnił wykonanie pośrednich prac zaplanowanych w OPZ

Tym samym kwestionowane postanowienia ww. aneksów w żaden sposób nie wpływały na oceniane parametry w ofertach, a jedynie dostosowywały ww. umowę do aktualnych warunków oraz przynosiły dodatkową korzyść dla Zamawiającego. W każdym zaś przypadku dokonane zmiany nie mogą być kwalifikowane jako zmiany istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 lipca 2020 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej. Odnosząc się do argumentacji podanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Istotą argumentacji Zamawiającego przytaczanej na potrzeby kwestionowania naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2020 r. w zakresie aneksu nr 1 zawartego w dniu 29 grudnia 2015 r., jest twierdzenie, że termin końcowy realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia nie uległ zmianie, wobec czego zmiany dokonane w drodze zawartych aneksów nie były istotne. W dalszej kolejności Zamawiający przyjmuje pogląd, zgodnie z którym konieczność uzyskania pozwolenia na prace górnicze wydawanego w drodze decyzji administracyjnej stanowiła uzasadnienie dla dokonywanej przez Zamawiającego zmiany terminów pośrednich — prowadziła do dostosowania terminów do sytuacji faktycznej. Podstawy prawnej dokonanej w tym zakresie zmiany Zamawiający upatruje w § 13 ust. 1b umowy z dnia 22 października 2014 r.

Prezes Urzędu podkreślił, że przesądzenie o tym, czy zmiana miała charakter istotny czy też nie, oznacza konieczność zbadania oraz porównania treści stosunku prawnego z naniesionymi zmianami do treści oferty złożonej przez wykonawcę. Zatem w sytuacji, gdy zastosowanie zmian w treści umowy spowoduje, że zobowiązanie wykonawcy będzie różniło się w sposób istotny od zobowiązania złożonego pierwotnie w ofercie, wówczas należy uznać, że dokonanie takiej zmiany narusza przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, ocena istotności zmian umowy winna być każdorazowo dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego oraz innych wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wpływ na zainteresowanie zamówieniem po dokonaniu zmiany. Każda istotna zmiana umowy przeprowadzona w zakresie niewskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ stanowi naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak ustalono w toku kontroli, zmiany umowy z dnia 22 października 2014 r. dokonane w drodze aneksu nr 1 oraz aneksu nr 2 były następujące:

- aneksem nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r. tj.: termin wykonania etapu pierwszego został wydłużony o 2 lata, termin wykonania etapu drugiego został wydłużony o 6 miesięcy,

- aneksem nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r. tj.: termin wykonania etapu trzeciego skrócono o 8-9 miesięcy w stosunku do terminu ustalonego umową oraz aneksem nr 1, jak również dokonano zmiany zakresów realizowanych robót w poszczególnych etapach, rozszerzono przedmiot zamówienia poprzez dodanie usług polegających na wykonaniu prac porządkowych oraz zarybieniu zbiornika wodnego oraz w szczególności rozszerzono zakres przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 okręg Waplewo Wielkie.

Wydłużenie terminów realizacji poszczególnych etapów robót pierwotnie zawartej umowy, a następnie skrócenie jednego z terminów oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia w szczególności o działkę nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie stanowi, w ocenie Prezesa Urzędu, istotną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W wyniku zawarcia kwestionowanych aneksów poszerzony został zakres zawartej pierwotnie umowy w ten sposób, że wykonawca, któremu zostało udzielone przedmiotowe zamówienie, mógł przez dłuższy czas eksploatować złoża znajdujące się na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie oraz dodatkowo eksploatować złoża znajdujące się na działce nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie.

Dodatkowo ww. aneksy doprowadziły także do zamiany kolejności wykonywanych robót, jednak ostatecznie — po zawarciu aneksu nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. — koniec prac przewidziano w terminie do września 2018 r. (wykonanie prac porządkowych, zarybienie zbiornika wodnego). Zatem zmiany polegające na zmianie terminu wykonania poszczególnych etapów prac, w tym także wydłużenie tego terminu oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 okręg Waplewo Wielkie uznać należy za zmiany istotne, które mogły mieć wpływ zarówno na kalkulację ceny, jak również na zainteresowanie innych wykonawców przedmiotowym zamówieniem oraz na pozycję wykonawcy, któremu ww. zamówienie zostało udzielone.

Prezes Urzędu zauważył, że o ile wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za wykonanie robót miało charakter ryczałtowy i pozostało niezmiennie w stosunku do wynagrodzenia pierwotnie określonego w umowie z dnia 22 października 2014 r., to dochód wykonawcy uzyskany z eksploatacji złóż w przedłużonych okresach oraz na rozszerzonym obszarze mógł oznaczać dodatkowe wynagrodzenie przysługujące wykonawcy. Istotnym jest, że rozszerzenie zakresu przedmiotowej umowy będzie stanowić zmianę w ilości, jak również w terminie realizacji, prowadząca w konsekwencji pośrednio do zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Prezes Urzędu podkreślił, że do uznania zmiany za istotną nie jest konieczne wydłużenie terminu końcowego realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 22 października 2014 r., w czasie trwania robót Zamawiający dopuszczał eksploatację złóż z przedmiotowego terenu. Co za tym idzie, etapowość wykonywanych prac związanych z rekultywacją terenu objętego umową mogła mieć znaczny wpływ na możliwość (w tym długość oraz częstotliwość) prowadzonej na tym terenie eksploatacji złóż. To z kolei wpływało na dochód, jaki czerpał wykonawca z prowadzonych prac eksploatacyjnych. Należy bowiem dostrzec, że eksploatacja terenu (prowadzenie prac górniczych) wiąże się z czasową koniecznością usunięcia roślinności i gleby z eksploatowanego terenu. Dopiero następnie teren ten podlega rekultywacji. W przedmiotowym stanie faktycznym pierwszy etap robót, obejmujący: oczyszczenie terenu z nieczystości, wycinkę dziko rosnących drzew i krzaków, oczyszczenie terenu z korzeni, obsadzenie terenu min. 500 m² lasem sosnowym, wykonanie ścieżki pieszo-rowerowej o szerokości 1,5 m utwardzonej kruszywem łamanym min. 200 m², montaż ławek parkowych min. 5 sztuk, zgodnie z pierwotnym założeniem zawartym w umowie z dnia 22 października 2014 r. miał trwać do końca 2014 r. Aneksem nr 1 zawartym w dniu 29 grudnia 2015 r. przedłużono termin realizacji ww. prac do 31 grudnia 2016 r., tj. o dwa lata, co nie dość, że wskazuje na dokonanie wydłużenia pierwotnego terminu przejściowego już po jego upływie, to dodatkowo umożliwiało wykonawcy dłuższą eksploatację terenu w wyniku przedłużających się na nim prac rekultywacyjnych.

Prezes Urzędu wskazał dodatkowo, że termin realizacji prac wskazanych w etapie trzecim pierwotnie upływał w dniu 31 sierpnia 2018 r. — był to ostatni etap prac, wyznaczający termin końcowy. Zgodnie z Aneksem nr 1 zawartym w dniu 29 grudnia 2015 r. termin ten określono w następujący sposób: do września 2018 r. Określenie „do 31 sierpnia 2018 r.” oraz „do września 2018 r.” nie są tożsame. Zwrot „do września 2018 r.” oznacza bowiem, że wskazane prace należy wykonać we wskazanym terminie włącznie, zatem do końca września 2018 r. Powyższe oznacza, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego — termin końcowy przedmiotowego zamówienia także został zmieniony w drodze aneksu nr 1 zawartego w dniu 29 grudnia 2015 r. oraz utrzymany (jednak z przypisanym mu innym zakresem prac) aneksem nr 2 zawartym w dniu 5 grudnia 2016 r.

Prezes Urzędu podkreślił, że wprowadzanie istotnych zmian do umowy jest co do zasady dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w niniejszym stanie faktycznym, ale jedynie pod warunkiem przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków takich zmian. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w stanowiącym załącznik do niej wzorze umowy, możliwości dokonania istotnych zmian zawartej umowy polegających na wydłużeniu terminów wykonywania prac, jak również poszerzenia jej zakresu przedmiotowego ani warunków przeprowadzenia takiej zmiany. W § 13 ust. 1 umowy z dnia 22 października 2014 r. zawarto jedynie katalog zmian wynikających ze zmian w obowiązujących przepisach prawa oraz zaistnienia niemożliwego do przewidzenia w momencie zawarcia umowy zdarzenia prawnego, ekonomicznego lub technicznego, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkującego brakiem możliwości należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ lub koniecznością dostosowania umowy do aktualnej sytuacji ekonomicznej lub faktycznej.

Odnosząc się do konieczności uzyskania decyzji administracyjnej umożliwiającej prowadzenie prac górniczych na terenie objętym zamówieniem, Prezes Urzędu wskazał, że czynności możliwe do przeprowadzenia tylko po wydaniu decyzji administracyjnej są prawnie określone. Okoliczność, że do prowadzenia prac górniczych objętych przedmiotowym zamówieniem niezbędne będzie uzyskanie decyzji administracyjnej nie stanowiła zatem sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Zamawiający już na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego udzielonego umową z dnia 22 października 2014 r. powinien przewidzieć, że konieczność przeprowadzenia postępowania administracyjnego wpłynie na czas realizacji zamówienia. Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń nie precyzuje ani rodzaju decyzji, na jaką się powołuje, ani okoliczności jej wydania. Jak wynika z protokołu kontroli nr DR/76/17 przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, zmiana terminu wykonania robót

wskazanych w lit. a) umowy mogła wynikać z konieczności uzyskania koncesji przez wykonawcę. Oceny prawnej przedmiotowego stanu faktycznego nie zmienia fakt, że podmiotem ubiegającym się o wydanie stosownej decyzji, nie był Zamawiający, ale wykonawca, któremu udzielone zostało zamówienie. Okoliczność wskazywana przez Zamawiającego nie ma zatem charakteru okoliczności niemożliwej do przewidzenia w momencie zawarcia umowy, jako przesłanki do zmiany umowy uregulowanej w § 13 ust. 1 lit.b przedmiotowej umowy.

Prezes Urzędu wskazał również, że wynagrodzenie, jakie zobowiązany był zapłacić Zamawiający z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia wynosiło 123 zł brutto. Istotniejszym jednak od wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację zamówienia, niezależnie od tego, czy obejmuje ono również prace prowadzone na działce nr 106/4 czy też nie, jest dodatkowy dochód, jaki uzyskał wykonawca z tytułu eksploatacji dodatkowej działki nr 106/4. Zdaniem Prezesa Urzędu, to wykonawca jest podmiotem, który bezsprzecznie skorzystał na poszerzeniu pierwotnego zakresu umowy z dnia 22 października 2014 r. o działkę oznaczoną numerem 106/4. Okoliczność ta w sposób istotny zmieniła sytuację ekonomiczną tego wykonawcy w porównaniu do sytuacji, jaką mogli zakładać wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2020 r. naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, w dniu 15 lipca 2020 r. Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego od wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego, Gminę Stary Targ, pismem z dnia 25 czerwca 2020 r., które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2020 r., nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli

naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na dokonaniu niedozwolonej istotnej zmiany umowy nr 272/13/2014 z dnia 22 października 2014 r. w stosunku do treści oferty, poprzez zawarcie w dniu 29 grudnia 2015 r. aneksu nr 1 do wyżej wymienionej umowy, oraz poprzez zawarcie w dniu 05 grudnia 2016 r. aneksu nr 2 do ww. umowy w okolicznościach niewypełnienia przesłanej z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp,

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia aneksu nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r., zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W odniesieniu do aneksu nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. należy wskazać, że ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) przepis art. 144 otrzymał nowe brzmienie obowiązujące od dnia 28 lipca 2016 r. Jednocześnie, zgodnie z art. 19 ww. ustawy, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Wobec powyższego, w dacie zawarcia ww. aneksów do umowy z dnia 22 października 2014 r. obowiązywał zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, złożonej przez wybranego wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy zamawiający przewidział w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość dokonania zmiany umowy o charakterze istotnym oraz określił warunki jej wprowadzenia.

Izba w pełni podziela pogląd, że aby ocenić istotność zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, należy zbadać treść stosunku prawnego po zmianach w porównaniu do treści oferty złożonej przez wykonawcę. Jeśli z tego porównania wynika, że zobowiązanie wykonawcy różni się w sposób istotny od zobowiązania złożonego pierwotnie w ofercie, to należy uznać, że dokonanie tej zmiany narusza przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Istotność zmiany należy przy tym oceniać w konkretnych okolicznościach danego stanu faktycznego w odniesieniu do zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, a także wpływu danej zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego oraz w stosunku do pozycji innych wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

Jak ustalono w toku przeprowadzonej kontroli, aneks nr 1 z dnia 29 grudnia 2015 r. wprowadził zmianę terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r. tj. termin wykonania etapu pierwszego został

wydłużony o 2 lata, termin wykonania etapu drugiego został wydłużony o 6 miesięcy, natomiast aneksem nr 2 z dnia 5 grudnia 2016 r. dokonano zmiany terminów końcowych etapów robót budowlanych wskazanych w § 1 ust. 2 umowy z dnia 22 października 2014 r., tj. termin wykonania etapu trzeciego skrócono o 8-9 miesięcy w stosunku do terminu ustalonego umową oraz aneksem nr 1, jak również dokonano zmiany zakresów realizowanych robót w poszczególnych etapach, rozszerzono przedmiot zamówienia poprzez dodanie usług polegających na wykonaniu prac porządkowych oraz zarybieniu zbiornika wodnego oraz w szczególności rozszerzono zakres przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie.

W ocenie Izby, w pełni zasadne jest stanowisko Prezesa Urzędu, że wydłużenie terminów realizacji poszczególnych etapów robót pierwotnie zawartej umowy, a następnie skrócenie jednego z terminów oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie stanowi istotną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W wyniku bowiem zawarcia ww. aneksów wykonawca, któremu udzielono zamówienia, mógł przez dłuższy czas, niż określony pierwotnie, eksploatować złoża znajdujące się na działce nr 106/3 obręb Waplewo Wielkie oraz dodatkowo także eksploatować złożę znajdujące się na działce nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie, co stanowiło istotne poszerzenie zakresu zawartej pierwotnie umowy z dnia 22 października 2014 r. W przedmiotowym stanie faktycznym zmiany polegające na zmianie terminu wykonania poszczególnych etapów prac, w tym także wydłużenie terminu zakończenia prac do września 2018 r. (wykonanie prac porządkowych, zarybienie zbiornika wodnego) oraz rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o działkę nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie należy uznać za zmiany istotne, gdyż mogły mieć one istotny wpływ na kalkulację ceny oferty oraz zainteresowanie wykonawców przedmiotowym zamówieniem, a tym samym na pozycję wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż stwierdzone naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie ma oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. W ocenie Izby, podnoszona przez Zamawiającego argumentacja, że wyłącznie termin końcowy realizacji zamówienia w przedmiotowym postępowaniu był istotnym elementem, a terminy pośrednie miały tylko znaczenie techniczne, jako punkt odniesienia do weryfikacji postępu w pracach, nie zasługuje na uwzględnienie. Po przeanalizowaniu wpływu zmiany terminów wykonania prac (tzw. terminów pośrednich) na mocy zawartych aneksów do umowy należy stwierdzić, że zmiany te doprowadziły do poszerzenia pierwotnego zakresu umowy z dnia 22 października 2014 r., co skutkowało w sposób istotny zmianą sytuacji ekonomicznej wykonawcy w porównaniu do sytuacji, która była określona na etapie składania ofert, jaką mogli przyjąć wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie może również skutecznie powoływać się na okoliczność, że do realizacji prac rekultywacyjnych potrzebna była decyzja administracyjna, tj. pozwolenie na prace górnicze, wydawana przez Urząd Górnictwa, której uzyskanie przez wykonawcę spowodowało konieczność dostosowania pośrednich terminów przewidywanych przez strony przy zawarciu umowy w związku z opóźnieniem w wydaniu tej decyzji. Zamawiający, przygotowując postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia, powinien mieć świadomość uzyskania koniecznych w toku realizacji zamówienia decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz koncesji określonych w przepisach prawa. Konieczność uzyskania takiej decyzji nie jest okolicznością, której Zamawiający nie mógł przewidzieć w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a warunki jej uzyskania powinien uwzględnić w dokumentacji przetargowej, w tym we wzorze umowy. Nie można zatem uznać, że okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, jako podstawa do zawarcia kwestionowanego aneksu, nie miała charakteru okoliczności niemożliwej do przewidzenia w momencie zawarcia umowy, za którą żadna ze stron umowy nie ponosi odpowiedzialności, skutkującej brakiem możliwości należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ lub koniecznością dostosowania postanowień umowy do aktualnej sytuacji ekonomicznej lub faktycznej (§ 13 ust. 1 lit. b umowy).

Zauważyc również należy, że sam Zamawiający przyznał w zastrzeżeniach, że aneks nr 2 w istocie dotyczył dodatkowych prac na działce nr 106/4, które nie były uwzględnione w Opisie przedmiotu zamówienia w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób zgodzić się jednak z Zamawiającym, że włączenie tej działki do procesu rekultywacji objętego zamówieniem nastąpiło bez dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy, a to stanowiło zmianę umowy korzystną dla Zamawiającego, który „w takiej samej cenie zyskiwał poszerzony front robót”. Zawarcie aneksu nr 2 w istocie spowodowało bowiem zmianę wynagrodzenia wykonawcy, poprzez uzyskanie przez wykonawcę dodatkowego dochodu z eksploatacji złoża z działki nr 106/4 obręb Waplewo Wielkie, którego nie uwzględniała pierwotna umowa.

Ponadto, Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, możliwości dokonania istotnych zmian zawartej umowy, polegających na wydłużeniu terminów wykonywania prac lub poszerzenia zakresu przedmiotowego umowy ani warunków przeprowadzenia takich zmian. W § 13 ust. 1 umowy z dnia 22 października 2014 r. został zawarty jedynie katalog zmian wynikających ze zmian w obowiązujących przepisach prawa oraz zaistnienia niemożliwego do przewidzenia w momencie zawarcia umowy zdarzenia prawnego, ekonomicznego lub technicznego, za którą żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkującego brakiem możliwości należytego wykonania umowy zgodnie

z SIWZ lub koniecznością dostosowania umowy do aktualnej sytuacji ekonomicznej lub faktycznej.

Ponadto, zgodnie z umową z dnia 22 października 2014 r., termin realizacji prac wskazanych w etapie trzecim wyznaczającym termin końcowy pierwotnie upływał w dniu 31 sierpnia 2018 r. Zgodnie z aneksem nr 1 zawartym w dniu 29 grudnia 2015 r. termin ten został zmieniony na termin „do września 2018 r.” Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, termin końcowy przedmiotowego zamówienia także został zmieniony w drodze aneksu nr 1 zawartego w dniu 29 grudnia 2015 r., który został następnie utrzymany (ze zmienionym zakresem prac) w aneksie nr 2 do ww. umowy zawartym w dniu 5 grudnia 2016 r.

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, że w ustalonym stanie faktycznym, zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 22 października 2014 r., w czasie trwania robót rekultywacji terenu Zamawiający dopuszczał eksploatację złoża, wobec czego etapowość wykonywanych prac związanych z rekultywacją mogła mieć znaczny wpływ na możliwość prowadzonej na tym terenie eksploatacji złoża, a to wpływało na rzeczywisty dochód wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, dokonane w drodze aneksów zmiany umowy wykraczały poza zakres art. 140 ust. 1 Pzp i powodowały, że do pierwotnej umowy wprowadzono postanowienia powodujące, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający ze zmienionej umowy nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 25 czerwca 2020 r. od wyniku kontroli i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku tej kontroli naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby, przedstawiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach argumentacja nie wyczerpuje przesłanek umożliwiających dokonanie zmian umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....