



Warszawa, 2021 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.2.2021.SM
KND/2/21/DKZP

Burmistrz Gminy
Dąbrowa Tarnowska
Rynek 34
33-200 Dąbrowa Tarnowska

W odpowiedzi na pismo z dnia 24 sierpnia 2021 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę Dąbrowa Tarnowska pn.: **Wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej** (numer postępowania: GKR.2710.4.2019), uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia: art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp2004”; art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego; art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004; art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004; art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.2.2021.SM).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

- 1) art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii / materiału wykonania nawierzchni drogowej, pomimo że nie zaszły przesłanki określone tym przepisem,
- 2) art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej;

- 3) art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, z uwagi na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 4) art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez udostępnienie na stronie internetowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 4 dniu po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 5) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nierzetelne prowadzenie protokołu postępowania (druk ZP-PN).

Pismem z dnia 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania.

Ad. 1.

Odnosząc się do naruszenia stwierdzonego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r., Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł we wniesionych zastrzeżeniach, że w jego ocenie, zmiana umowy odbyła się z poszanowaniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004. Zamawiający zaznaczył przy tym, że podtrzymuje uprzednio złożone wyjaśnienia.

Ponadto, we wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający przytoczył treść art. 144 ust. 1 pkt 6 i art. 144 ust. 1d ustawy Pzp2004 wskazując, że: *W rozpatrywanym przypadku kwota wynagrodzenia należnego wykonawcy, pomimo zmiany technologii wykonania nie uległa żadnej zmianie i opiewała ostatecznie na kwotę 170 167,73 zł (identyczną sumę wskazał wykonawca w pierwotnej ofercie). W związku z tym należy uznać, że łączna wartość zmian umowy była mniejsza niż 15 % wartości całkowitej zamówienia, przez co dopuszczalna była również zmiana umowy na zasadzie art. 144 ust. 1 pkt 6 dPZP.*

Zamawiający stwierdził również, że: *brak było możliwości przewidzenia drastycznego pogorszenia się warunków atmosferycznych w okresie wykonywania prac, które ze względów technologicznych wskazanych m.in. w piśmie wykonawcy z dn. 14 października 2019 r., nie tylko w ocenie Zamawiającego ale i obiektywnie uniemożliwiały prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia według pierwotnych założeń. W związku z tym za dopuszczalną należy uznać możliwość zmiany umowy w dokonanym faktycznie zakresie, w oparciu o zapis umowy z § 16 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 d PZP. Ponownie podkreślenia wymaga, iż wartość zmiany nie przekracza 50 % wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie, ale nie powodowała jakiegokolwiek zmiany w tej wartości.*

Dodatkowo, Zamawiający zwrócił uwagę, że: *W żadnym z powyższych dwóch przypadków, nie doszło również do zmiany charakteru umowy; podobnie jak w pierwotnej wersji, tak również po zmianie, umowa dotyczyła robót budowlanych polegających na wykonaniu nawierzchni drogi dojazdowej do budynków mieszkalnych. Modyfikacji uległa wyłącznie technologia budowy, co jednakże nie może być oceniane jako zmiana charakteru umowy, biorąc pod uwagę, treść art. 353[1] KC a zatem przede wszystkim właściwość (naturę) stosunku, a dalej również ustawę oraz zasady współżycia społecznego.*

Dalej Zamawiający wskazał również, że: *w obydwu rozpatrywanych powyżej przypadkach, wynikających z art. 144 dPZP dopuszczalność zmiany umowy nie jest obwarowana koniecznością precyzyjnego i dokładnego wskazania w SIWZ i umowie warunków, pod jakimi może nastąpić zmiana przedmiotu umowy w zakresie technologii wykonania.*

Konkludując, w zakresie powyższego naruszenia, Zamawiający zwrócił uwagę, że: *(...) ostatecznie wybrany jako wykonawca oferent (XW) najpierw złożył określoną kwotowo ofertę na wykonanie drogi w technologii betonowej, a dopiero następnie zwracał się z propozycją zmiany technologii na inną (zresztą korzystniejszą w tamtym czasie dla Zamawiającego). Bezprzedmiotowym zatem jest rozważanie możliwości złożenia przez innych oferentów odmiennych ofert na wykonanie nawierzchni z kostki betonowej, których wartość zmiany mogłaby przekraczać progu określone w art. 144 dPZP. Wartość zmiany można odnosić wyłącznie do kwot zawartych w samej umowie, zawartej na pierwotnych warunkach.*

Wobec powyższego należy wskazać, że w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający argumentując zmianę w zakresie technologii i materiałów wykonania nawierzchni drogi za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej, powołał się na konieczność wprowadzenia robót zamiennych jak również wskazał, że: *Zgodnie ze stosownymi zapisami umowy (w załączeniu), tj. m.in. par. 16 ust. 1 i par. 5 ust. 2 zostało uwzględnione przez Zamawiającego zaistnienie przesłanek wynikających z art. 144 PZP, a rozliczenie nastąpiło kosztorysem powykonawczym (...)* *Możliwość zmiany warunków umowy o których powyżej zostały dopuszczone w SIWZ, a stosowne zapisy (m.in. dot. stosowania art. 144 PZP) znalazły się w projekcie umowy – stanowiącym załącznik do SIWZ. Tym samym Zamawiający spełnił przesłankę dot. konieczności przewidzenia możliwości wprowadzenia robót zamiennych, na etapie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak już zostało to podniesione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r., przywołane przez Zamawiającego postanowienia umowy/projektu umowy odwołujące się do zmiany umowy zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny, poprzez odwołanie do art. 144 ustawy Pzp2004. Podobnie zapisy zawarte w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie określają możliwości wykonania robót zamiennych. W związku z czym należy stwierdzić, że Zamawiający nie sprostął w tym przypadku wymogom zawartym w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.*

W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiający przywoływał się już wprost na konkretne przesłanki wynikające z art. 144 ust. 1 pkt 6 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w oparciu, o które, jego zdaniem, możliwa była zmiana umowy.

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

jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna.

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zamiany m. in. w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy.

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia.

Z powyższym przepisem związany jest również art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004, zgodnie z którym, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „zmiany charakteru umowy”. Niemniej, jak wynika z treści art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 109 klauzule dotyczące zmiany umowy, a także zmiana umowy dokonywana z uwagi na nieprzewidziane okoliczności nie może prowadzić do zmiany ogólnego charakteru tej umowy (zamówienia). W świetle motywu 109 do dyrektywy 2014/24/UE, modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia. Wobec czego każdy przypadek podejrzenia wpływu zmiany umowy na jej charakter, dokonanej na podstawie ww. przepisów, należy rozpatrywać indywidualnie.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że z ustaleń dokonanych w toku przeprowadzonej kontroli wynika że, istotnie, zmiana technologii/materiałów wykonania drogi nie pociągała za sobą zmiany wynagrodzenia Wykonawcy XW. Kwota zaoferowana w ofercie Wykonawcy, następnie widniejąca w umowie i na wystawionej fakturze VAT opiewała na identyczną wartość: 170 167, 73 zł brutto (138 347, 75 zł netto).

W związku z czym, należy uznać, że nie wystąpił w analizowanym przypadku standardowy dla przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 skutek w postaci modyfikacji wartości umowy.

Istotny jest przy tym również charakter dokonanej zmiany umowy. Zmianie uległy bowiem kluczowe warunki realizacji umowy tj. dopuszczona została odmienna technologia wykonania zamówienia polegająca na zastąpieniu budowy drogi w technologii nawierzchni betonowej na technologię nawierzchni z betonowej kostki brukowej. Należy przy tym pamiętać, że umowa w § 1 ust. 2 określa, że szczegółowy zakres zamówienia stanowią kosztorysy ofertowe załączone do oferty, w których zaoferowano wykonanie nawierzchni z betonu.

Można zatem uznać, że w analizowanym przypadku, przedmiotowa zmiana miała charakter przede wszystkim jakościowy, a nie ilościowy, tj. polegający wyłącznie na zwiększeniu lub zmniejszeniu zakresu zamówienia opisanego pierwotnie w SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było bowiem wykonanie nawierzchni drogi, zmianie zaś uległ materiał z jakiego miała zostać wykonana cała, ostateczna nawierzchnia (beton zastąpiono kostką brukową betonową). Implikowało to także zastosowanie odmiennej techniki położenia nawierzchni, posłużenie się innym od zakładanego sprzętem. Dokonane zmiany dotyczyły więc fundamentalnych aspektów przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią kosztorysu ofertowego Wykonawcy XW koszt nawierzchni drogi wynosił 94 217,51 zł netto. Natomiast jak wynika z kosztorysu powykonawczego (tabela elementów scalonych), koszt nawierzchni drogi opiewał na kwotę 94 217, 38 zł netto, co stanowi ponad 50 % wartości wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, wynoszącej 138 347, 75 zł netto. Zatem zmianie uległy roboty, których wartość stanowi ponad 50 % wartości zawartej umowy.

Powyższe prowadzi do wniosku, że na skutek dokonanej zmiany technologii / materiałów zmianie mógł ulec również charakter zawartej umowy. Co prawda w dalszym ciągu mamy do czynienia z zamówieniem dotyczącym wykonania nawierzchni drogi, niemniej bez wątpienia zachodzi tu ingerencja w przedmiot zamówienia. Efektem końcowym robót jest nawierzchnia drogi z kostki brukowej, a nie jak początkowo planowano nawierzchnia drogi wylana z betonu.

Okoliczność, że zmiana umowy nie towarzyszy zmiana jej wartości/wynagrodzenia wykonawcy nie oznacza jeszcze, że w ramach tej wartości dozwolone jest dowolne modyfikowanie jej treści wpływającego bezpośrednio na przedmiot zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się przez Zamawiającego na art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 na gruncie dokonanej zmiany.

Tymczasem zgodnie z przesłanką zawartą w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli 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.

Zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Urzędu, przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane

przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością.

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady, za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, tj. gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający dochowując należytej staranności nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności nie mających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp.

Interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 prowadzi do wniosku, iż w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe.

Należy również zauważyć, iż zaistnienie okoliczności, których instytucja zamawiająca działająca z należytą starannością nie mogła przewidzieć nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy, w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zamiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić czy istnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków jakie wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska podnoszonego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, świadczącego o braku możliwości przewidzenia „drastycznego pogorszenia się warunków atmosferycznych w okresie wykonywania prac”, co w ocenie Zamawiającego uprawniało go do zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, należy zwrócić uwagę na kilka kwestii.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Wykonawca XW w piśmie z dnia 14 października 2019 r. poinformował Zamawiającego o niekorzystnych warunkach w trakcie, których wykonywanie nawierzchni drogi z betonu może nie zapewnić właściwego reżimu technologicznego związanego z wykonaniem, jak również późniejszym dojrzewaniem betonu. Przez ww. niekorzystne warunki należało rozumieć występujące wówczas opady deszczu i przymrozki.

Odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo datowana jest również na dzień 14 października 2019 r. (czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował), w związku z czym należy uznać, że o złych warunkach atmosferycznych Zamawiający został oficjalnie poinformowany bezpośrednio przez jednego z Wykonawców po terminie składania ofert lecz przed ostatecznym wyborem najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy. Zatem, zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 18 marca 2019 r. Zamawiający miał świadomość niekorzystnych warunków atmosferycznych, wbrew temu co twierdzi w zastrzeżeniach. Zamawiający bowiem wyraził zamiar zmiany materiałów/ technologii jeszcze zanim nastąpiło przystąpienie do wykonywania prac.

Ponadto należy zauważyć, że zapisy SIWZ (rozdz. XVI ust. 4.1) zawierają co prawda postanowienia umożliwiające zmianę umowy w przypadku zaistnienia po zawarciu umowy siły wyższej przez, którą można było rozumieć m. in. powódź, pożar i inne klęski żywiołowe, nagłe załamania warunków atmosferycznych. Jednakże były to postanowienia sformułowane mało precyzyjnie i dotyczyły zdarzeń, których strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem umowy. Przesłanka ta na gruncie niniejszej sprawy nie została więc spełniona.

Należy zauważyć, że Zamawiający przewidział termin realizacji zamówienia na miesiące październik-listopad. Kierując się w tym przypadku choćby zwykłym doświadczeniem życiowym, należytą starannością, Zamawiający powinien znacznie wcześniej przewidzieć, że o tej porze roku pogoda bywa kapryśna i może istnieć prawdopodobieństwo, iż wykonanie nawierzchni

z betonu może być utrudnione. Wystąpienie zmiany warunków atmosferycznych (przymrozki, deszcz) w omawianej sprawie nie należy interpretować jako okoliczności nadzwyczajne, czy niemożliwe do przewidzenia.

Na marginesie można wskazać, że powyższa zmiana nie jest pierwszą dokonaną przez Zamawiającego w zakresie kontrolowanego zamówienia gdyż w dniu 2 września 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany przewidzianej w projekcie wykonawczym nawierzchni z betonu asfaltowego na beton strukturalny, bez podania bliżej określonego uzasadnienia.

Zatem, na gruncie kontrolowanego zamówienia trudno mówić o nieprzewidywalności okoliczności, z którymi Zamawiający związał konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyż powyższe dowodzi, że zarówno on jak i Wykonawca XW zdawali sobie sprawę z niekorzystnych warunków pogodowych, które wówczas występowały.

Reasumując, już sam brak spełnienia przesłanki wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp2004 uniemożliwił Zamawiającemu powołanie się na dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Zamawiający w zastrzeżeniach powołał się również na art. 144 ust. 1d ustawy Pzp2004, zgodnie z którego treścią, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmian umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. Niemniej biorąc pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zawiera wyraźnych postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia wykonawcy za wyjątkiem tych związanych ze zmniejszeniem zakresu świadczenia wykonawcy, odwołanie się przez Zamawiającego do powyższego przepisu nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający kontynuując swój wywód dotyczący modyfikacji umowy nawiązuje w zastrzeżeniach do zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ KC. W tym miejscu należy wyjaśnić, że istotnie, w świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia jednak na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszcza ona dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ustawy Pzp2004.

Biorąc pod uwagę, że przywołane przez Zamawiającego przesłanki wynikające z art. 144 ust. 1 pkt 6 i art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 nie znajdują w omawianym przypadku zastosowania, należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 144 ust. 1e ustawy Pzp2004, 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.

Z kolei art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp2004, stanowi, że dopuszczalne są zmiany umowy w przypadku gdy zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e. Interpretując ww. przepis *a contrario*, należy uznać, że w przypadku gdy zmiany są istotne w rozumieniu ust. 1e, zmiany umowy nie są dozwolone.

Zatem, za Informacją o wyniku kontroli z dnia 16 sierpnia 2021 r. należy skonkretyzować, że omawiana zmiana w postaci wprowadzenia kostki brukowej zamiast nawierzchni z betonu dotyczy pozycji w kosztorysie ofertowym, której wartość stanowi ponad 50% wartości całego zamówienia określonego w umowie. Kosztorys załączony wraz z ofertą potencjalnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wyżej wprowadzone zmiany, musiałby zostać inaczej sformułowany - możliwe, że wartość robót z działu dot. nawierzchni drogi opiewałaby na inną kwotę. Dodać należy, że w przedmiotowym przypadku oprócz zmiany materiału nawierzchni mamy do czynienia także z zastosowaniem innego sprzętu, techniki wykonania. Tym samym należy wskazać, że chociaż zmiana materiału/technologii wykonania nawierzchni drogi nie spowodowała zwiększenia ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy nie oznacza to jeszcze, że inny Wykonawca trudniący się brukarstwem, być może nie zaoferowałby korzystniejszej ceny za ułożenie kostki betonowej, gdyby tego rodzaju wymóg został określony przez Zamawiającego pierwotnie.

Można zatem uznać, że jest to zmiana istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) ustawy Pzp2004, gdyż gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały postawione warunki dotyczące utwardzenia drogi kostką brukową betonową to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści.

Powyższe należy odnieść do twierdzenia Zamawiającego jakoby możliwość złożenia ofert przez innych oferentów na wykonanie nawierzchni z kostki betonowej mogłaby spowodować, że wartość zmiany przekraczałaby progi określone w art. 144 ustawy Pzp2004. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu świadczącego o dokonaniu jakiegokolwiek rozeznania rynkowego, potwierdzającego jego stanowisko. Nie ma w tym zakresie śladu w dokumentacji postępowania. Co oznacza, że nie można wykluczyć również sytuacji, w której, gdyby pierwotnym założeniem była nawierzchnia z kostki betonowej mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze niż oferta Wykonawcy XW. Dla potencjalnego wykonawcy bez wątplenia istotne znaczenie miał fakt jaka nawierzchnia jest wymagana w postępowaniu. Stabilność istotnych elementów zakresu świadczenia wpływa bowiem na krąg potencjalnych podmiotów, którzy mogą uczestniczyć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie wydaje się zatem, że zmiana rozwiązań technologicznych i materiałowych w odniesieniu do pierwotnie określonych warunków, potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. naruszenie przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii/materiału wykonania nawierzchni drogowej, pomimo że nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem.

Ad. 2.

Odnosząc się do naruszenia stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r., Zamawiający w pierwszej kolejności, nawiązując do formy pisemnej wymaganej zgodnie w art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 KC, przytoczył treść art. 78 KC. Równocześnie wskazał, że: *W toku kontroli ustalono m. in., że na piśmie przesłanym przez XW, datowanym na 13 listopada 2019 r. (tj. już po zawarciu umowy) zamieszczono dopisek „Zgoda” wraz z podpisem.*

Zamawiający w nadesłanych zastrzeżeniach, po przytoczeniu treści art. 65 § 1 i KC, podniósł, że w jego ocenie: *oferta wykonawcy dotycząca zmiany sposobu wykonania nawierzchni drogi, zawarta w treści wyżej wym. pisma, stanowiła niewątpliwie oświadczenie woli o częściowej zmianie przedmiotu umowy. Z drugiej strony nastąpiło również oświadczenie woli o akceptacji, bez zastrzeżeń złożonej oferty, poprzez wyrażenie pisemnej zgody na taką zmianę. Obydwa wymienione oświadczenia, złożone w formie pisemnej składały się na dwustronną zmianę (aneksowanie) umowy. Oświadczenia te spełniają więc nie tylko wymóg pisemnej formy zawarcia i zmiany umowy z art. 77 i 78 KC ale sama ich treść co do zakresu zmian, oceniana według art. 65 KC, w konkretnych okolicznościach sprawy nie powinna budzić wątpliwości tym bardziej w znanym przecież kontekście i okolicznościach przetargu oraz zawarcia umowy, w tym wcześniejszej sygnalizacji możliwości wprowadzenia korzystniejszej technologicznie zmiany sposobu wykonania.*

Mając na uwadze zaprezentowane we wniesionych zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego, Prezes Urzędu stwierdził, że zarówno okoliczności faktyczne jak i prawne analizowane na gruncie kontrolowanej sprawy w dalszym ciągu nie przedstawiają wystarczających dowodów aby uznać, że dochowano wymaganej formy pisemnej dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Umowa w sprawie zamówienia została zawarta przez strony w dniu 18 października 2019 r. w formie pisemnej.

Zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 ustawy Pzp2004, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W myśl § 2 ww. artykułu, umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Biorąc pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie określa formy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odwołać się do treści art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Jak stanowi art. 78 KC, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.

Jednocześnie należy zauważyć, że upowszechnione w obrocie prawnym słowo „aneks”, zgodnie z definicją słownikową oznacza pismo dodatkowe, dołączone do głównego dokumentu.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach pisma z dnia 7 listopada 2019 r.¹, należy wskazać, że co prawda, ww. pismo świadczy o tym, że po zawarciu umowy strony w dalszym ciągu kontynuowały zamiar zmiany umowy. Niemniej jego treść i okoliczności sporządzenia nie dają wystarczających podstaw by uznać je za oficjalny dowód wyrażenia oświadczeń woli obu stron w zakresie zmiany zawartej umowy w formie pisemnej.

Należy zauważyć, że identyczną treść zawierało także pismo Wykonawcy z dnia 14 października 2019 r., datowane na kilka dni przed zawarciem umowy. Tylko wówczas odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo została wyartykułowana na odrębnym dokumencie.

Analizując treść pisma z dnia 7 listopada 2019 r. należy wskazać, że bezpośrednio nad jego treścią widnieją dopiski „Zgoda” i najprawdopodobniej „GKR”, wraz z podpisem. Ponadto na przedmiotowym piśmie znajduje się pieczętka świadcząca o jego wpływie do Urzędu Miasta w Dąbrowie Tarnowskiej w dniu 13 listopada 2019 r.

Należy przy tym wyjaśnić, że nie można z pewnością stwierdzić kto jest autorem powyższych dopisków i podpisu. Wyrażone w Informacji o wyniku kontroli stanowisko w tym przedmiocie stanowi jedynie domniemanie, że podpis może należeć do X Gminy. Podpis/ parafa nie jest czytelny. Nie można z niego odczytać imienia i nazwiska osoby podpisującej. Nie znalazła się również pieczętka świadcząca o stanowisku zajmowanym przez tą osobę, która byłaby uprawniona do wyrażania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego gdyby rzeczywistą jego intencją było aneksowanie umowy.

Z kolei oznaczenie „GKR” może wskazywać na Referat o nazwie „GKR” znajdujący się wcześniej u Zamawiającego.

Ponadto wydaje się, że słowo „Zgoda” odnotowane na ww. piśmie należy interpretować jako nieformalną, wstępną zgodę na zmianę nawierzchni betonowej na kostkę, jednakże będącą w rzeczywistości informacją dla pracowników referatu zajmujących się sprawą, do których pismo miało dalej trafić.

Powyższe okoliczności razem zebrane świadczą o tym, że dopiski wyartykułowane na piśmie Wykonawcy z dnia 7 listopada 2019 r. mogą stanowić jego dekretną, przyporządkowaną do referatu zajmującego się sprawą.

Szczególną uwagę w kontekście powyższego naruszenia należy zwrócić na dotychczas prezentowane przez Zamawiającego stanowisko. Mianowicie, przy pierwszych wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający załączył wniosek Wykonawcy XW z dnia 14 października 2019 r. oraz odpowiedź na nie, datowaną na ten sam dzień. Dopiero w następnej kolejności, w ramach

¹ Zamawiający w zastrzeżeniach zapewne omyłkowo wskazał, że pismo datowane jest na 13 listopada 2019 r., podczas gdy jest to data wpływu pisma do Urzędu Miasta.

korespondencji dotyczącej postępowania, przedstawił do wiadomości Urzędu pismo Wykonawcy z dnia 7 listopada 2019 r.

Jak wskazał wprost Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r.: „Z uwagi na istnienie stosownych zapisów w umowie (o których mowa w pkt 4 niniejszego wyjaśnienia) nie zawierano aneksu z Wykonawcą, dysponując rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym” (...) jednocześnie informuję, że w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego nie wpłynęły pytania do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy PZP oraz nie zawierano aneksów do umowy realizacyjnej”.

Tym samym, należy zauważyć, że Zamawiający zaprezentował dwa odrębne stanowiska, gdyż w toku postępowania wyjaśniającego zapewnił, że nie zawierał aneksów do umowy, po czym następnie w zastrzeżeniach podniósł, że w piśmie z dnia 7 listopada 2019 r. złożono oświadczenia w formie pisemnej, które składały się na dwustronną zmianę (aneksowanie) umowy. Powyższe podaje w wątpliwość rzeczywiste znaczenie pisma z dnia 7 listopada 2019 r. jakie przypisuje mu Zamawiający.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. naruszenie przepisów art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej, wbrew ww. przepisom.

Ad. 3, 4, i 5

W tym miejscu należy zauważyć, że w przekazanych zastrzeżeniach Zamawiający nie kwestionował ustalonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. stanu faktycznego i stwierdzonych na tej podstawie naruszeń art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu, nie uwzględniając zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2021 r., podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. naruszenie przepisów:

- 1) art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii/ materiału wykonania nawierzchni drogowej, pomimo że nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem,
- 2) art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej;
- 3) art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, z uwagi na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;

4) art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez udostępnienie na stronie internetowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 4 dniu po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;

5) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nierzetelne prowadzenie protokołu postępowania (druk ZP-PN).

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 22 września 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 17/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej* (numer postępowania: GKR.2710.4.2019).

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 17/21).

Załączniki:

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 17/21).