

Sygn. akt KIO/KD 21/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 maja 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 kwietnia 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Gmina Miasta Szczecin – Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Szczecinie dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 kwietnia 2020 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Parku Wolności w Szczecinie – etap II”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Osiecka
Anna Packo

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „Ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Gminę Miasta Szczecin – Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Parku Wolności w Szczecinie – etap II”. W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dalej jako „ustawa Pzp”) poprzez dokonanie zmian umowy zawartej w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, będących podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W trakcie kontroli ustalono, iż w postępowaniu wszczętym przez Zamawiającego 29 marca 2018 r. w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Parku Wolności w Szczecinie - etap II” nie wpłynęła żadna oferta. W dniu 8 czerwca 2018 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy: Przedsiębiorstwu Inżynieryjno – Budowlanemu DUROBUD I. K.. Umowa nr CRU/WT/268/2018 w sprawie zamówienia publicznego z wolnej ręki została zawarta 6 lipca 2018 r. z ww. wykonawcą na kwotę 3.350.000,00 zł brutto. Zgodnie z § 2 ww. umowy termin realizacji zamówienia został określony w następujący sposób: „wykonawca zrealizuje przedmiot umowy w terminie: nie dłużej niż 22 tygodnie od dnia przekazania placu budowy.” Analogiczny zapis znajdował się we wzorze umowy w uprzednio prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 6 grudnia 2018 r. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp zawarto aneks nr 1 do umowy zawartej w trybie z wolnej ręki. Zmianie uległ § 2 umowy otrzymując brzmienie: „wykonawca zrealizuje przedmiot umowy w terminie do dnia 30 kwietnia 2019 r.”, a także § 4 ust. 1 umowy: „wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy z tytułu prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu umowy wynosi 3.458.054,00 zł brutto.” Jak wynika z Protokołu konieczności nr 1 Budowa Parku Wolności w Szczecinie – Podjuchach – etap II: „w trakcie realizacji robót budowlanych na terenie działki inwestycyjnej nr 22 z obrębem 4110 stwierdzono kolizję istniejących drzew z zaprojektowanym zagospodarowaniem parku. Roboty budowlane w obrębie ww. drzew zostały wstrzymane (wpis do dziennika budowy z dnia

11.09.2018 r.). Zamawiający wystąpił do Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie z wnioskiem o zgodę na usunięcie drzew w formie wycinki, kolidujących z inwestycją (data złożenia 11.09.2018 r.). Decyzja o zezwoleniu na wycinkę drzew (Nr WOŚ.III.71200.335.3.2018.JT) została wydana w dniu 19.11.2018 r., zaś doręczenie inwestorowi nastąpiło w dniu 26.12.2018 r. Zgoda Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego zobowiązuje Inwestora do wykonania nasadzeń następczych w ilości 8 drzew (w miejsce usunięcia 9 drzew w terminie do dnia 01.10.2019 r. (...)). Wykonanie ww. prac jest możliwe dopiero po dacie 10.12.2018 r., tj. po uprawomocnieniu się decyzji administracyjnej. Usunięcie kolidujących drzew umożliwi wykonanie zadania zgodnie z dokumentacją projektową i pozwoleniem na budowę, a w szczególności kontynuację wstrzymanych robót przy budowie alejek. Podczas Rady Technicznej nr 3, która odbyła się w dniu 2.08.2019 r. NA wraz z przedstawicielem RO Szczecin Podjuchy przekazali propozycje ostatecznych ilości, rodzajów oraz kolorystyki urządzeń elementów małej architektury, tj. ławek z oparciem i bez oparcia, ławek okrągłych, tablic ogłoszeniowych i regulaminowych, stojaków na rowery oraz koszy na śmieci. Zdaniem Przedstawiciela RO oraz NA stanowią one całość produkowaną przez jednego producenta, mieszczą się w katalogu mebli miejskich. Proponowane „meble miejskie” przetestowane są już na terenie miasta Szczecina oraz są zalecane do stosowania przez Architekta Miasta Szczecin. Propozycje zamiennych urządzeń małej architektury dają gwarancję wyposażenia Parku Wolności w najwyższą jakość urządzeń, co przekładać się będzie na długoletnią, bezusterkową eksploatację urządzeń. Podwyższenie parametrów jakościowych wpłynie na przedłużenie trwałości urządzeń a zmiana designu na pozytywny odbiór wizualny stylistyki terenu parkowego. Zamawiający wszczął także procedurę zmiany pozwolenia na budowę z uwagi na konieczność wprowadzenia zmian wynikłych w trakcie realizacji robót obejmujących m.in. korektę przebiegu i wymiarów ścieżek i innych elementów zagospodarowania, wykonanie projektu budowlanego zasilania elementu zabawowego – statku Freedom Szczecin, usytuowania pergoli dla projektu „Szwajowy Ogród Literacki” (...). Przewidywany termin uzyskania zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę – w miesiącu lutym 2019 r. Przystąpienie do realizacji wskazanych robót jest możliwe po otrzymaniu zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę i jej uprawomocnieniu się.”

Wykonanie powyższych robót spowodowało wzrost wartości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 umowy o kwotę 108.054,00 zł brutto. Jak wynika z Protokołu Konieczności nr 1 „wykonanie robót wpływa na czas wykonywania zamówienia podstawowego. Usunięcie drzew pozwoli na kontynuację robót budowlanych w zakresie budowy alejek, które zostały wstrzymane. Po dokonanej wycince należy wykonać nasadzenia zastępcze (aby uniknąć opłaty za usuwanie drzew). Pozyskanie materiału roślinnego, z uwagi na obecną porę (listopad) roku jest praktycznie nieosiągalne, z uwagi na jego

przygotowywanie o tej porze roku do spoczynku zimowego. Możliwość dostawy materiału roślinnego - w miesiącu marcu 2019 r., zaś wykonanie ich nasadzeń zgodnie ze sztuką ogrodniczą – w okresie marzec – kwiecień 2019 r. Możliwość dostawy zmienionych elementów małej architektury – około 3 miesiące od daty ich zamówienia. Przewidywany termin uzyskania zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę – w miesiącu lutym 2019 r.” Ze względu na powyższe, w ocenie Zamawiającego zasadne było przedłużenie terminu wykonania zamówienia na podstawie aneksu nr 1 do dnia 30 kwietnia 2019 r.

W trakcie kontroli ustalono ponadto, iż w dniu 15 maja 2019 r. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp zawarto aneks nr 2, zgodnie z którym strony ustaliły, że „wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy z tytułu prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu umowy wynosi 3.472.484,53 zł brutto” (§ 1 aneksu nr 2 do umowy zawartej w trybie z wolnej ręki) . Zgodnie z Protokołem Konieczności nr 2 Budowa Parku Wolności w Szczecinie Podjuchach – etap II, wskazana powyżej konieczność zmiany umowy wynikała z następujących okoliczności technicznych:

1. Ułożenie instalacji elektrycznej do zasilania oświetlenia urządzenia zabawowego – statku „Freedom Szczecin” – Projekt budowlany nie obejmował wykonania instalacji elektrycznej do zasilania oświetlenia urządzenia zabawowego – statek „Freedom Szczecin”;
2. Kolizja nasadzeń 4 sztuk drzew – w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej projektu SBO 2018 pn. „Freedom Szczecin – najlepszy plac zabaw w mieście” w zakresie infrastruktury towarzyszącej – budowy miejsc postojowych dla samochodów osobowych i chodników w rejonie Parku Wolności stwierdzono kolizję nowo wykonanych nasadzeń drzew (szt. 4), dokonanych w ramach inwestycji „Budowa Parku Wolności w Szczecinie Podjuchach – etap II”, od strony ul. Niklowej z projektowanymi chodnikami;
3. Zamontowanie urządzenia do pomiaru poziomu pH wody technologii fontanny – Projekt budowlany nie obejmował zamontowania urządzenia do pomiaru pH wody technologii fontanny;
4. Zmiana sposobu wykonania nawierzchni bezpiecznej placu zabaw – urządzenia zabawowego statek „Freedom Szczecin” – zapewnienie należytej ochrony przed upadkiem, w dostosowaniu do wymogów bezpieczeństwa w strefach wysokości upadku wyznaczonych przez dostawcę urządzenia zabawowego linowego statku „Freedom Szczecin”, w tym także wykonanie pokrycia nawierzchnią bezpieczną obrzeży betonowych ograniczających plac zabaw;
5. Zmiana sposobu wykonania urządzenia pomiaru czasu (poster 1) i urządzenia z przyciskiem start/stop (poster 2) – w trakcie Narady Technicznej nr 21, w dniu 28 lutego 2019 r. przedstawiciel RO Szczecin Podjuchy (czynnik społeczny) przekazał propozycje wizualizacji urządzenia do pomiaru czasu i słupków oznaczenia długości dystansu bieżni.

Propozycje zamiennych urządzeń małej architektury (urządzenia do pomiaru czasu oraz słupków dystansowych bieżni) nawiązują do designu urządzeń zamontowanych na terenie parku i stanowią kontynuację linii wzornictwa w zakresie użytego materiału, kształtu jak i kolorystyki urządzeń. Zmiana designu urządzeń wpłynie na pozytywny odbiór wizualny stylistyki terenu parkowego.

Zgodnie z pkt 10 Protokołu Konieczności nr 2 wykonanie robót nie miało wpływu na czas wykonania zamówienia podstawowego.

W oparciu o tak opisane ustalenia kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, uprawniających do zmiany umowy zawartej w trybie z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, iż art. 144 ust. 1 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę zakazu zmiany umowy o zamówienie publiczne w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Oznacza to, że ww. przepis nie może stanowić podstawy do zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się bowiem koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 ustawy Pzp). Nie jest przy tym wymagane złożenie przez wykonawcę oferty w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji. W konsekwencji umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych porozumieniem odnośnie treści przyszłej umowy. Powyższe oznacza, że ewentualna zmiana umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki dokonana może być na zasadach ogólnych, zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże z uwzględnieniem specyfiki prawa zamówień publicznych wywodzącej się z prawa i orzecznictwa europejskiego. Możliwość zmiany umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki należy zatem oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, przez co należy rozumieć konieczność ponownej weryfikacji przesłanek dotyczących udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Nie jest możliwa bowiem zmiana umowy, która prowadziłaby *de facto* do udzielenia nowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji w której nie została spełniona co najmniej jedna z przesłanek z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadność ponownej weryfikacji przesłanek uzasadniających możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ogranicza uznaniowość zamawiającego co do dowolnego modyfikowania umów zawartych na skutek przeprowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przypadku tego rodzaju umowy zamawiający, aby móc dokonać jej zmiany będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość

skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy ocenić czy m.in. pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione przez zawarcie aneksu do umowy. Stwierdzenie braku spełnienia tej przesłanki warunkuje brak możliwości zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 31/18).

Kontrolujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający w dniu 6 grudnia 2018 r. zawarł aneks nr 1, a w dniu 15 maja 2019 r. aneks nr 2 do umowy zawartej w trybie z wolnej ręki. Podstawą prawną zmian umowy z dnia 6 lipca 2018 r. Nr CRU/WT/268/2018 był przepis art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Tym samym, Zamawiający dokonując ww. zmian umowy z wolnej ręki naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp udzielając zamówienia bez zaistnienia przesłanek jego zastosowania. Kontrolujący podkreślił, że pod pojęciem „warunki zamówienia” użytym w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp rozumieć należy wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe. Za istotną zaś zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty (tak: wyrok ETS z 4 czerwca 2009 r., *Komisja v. Grecja*, w sprawie C-250/07). Istotną zmianą będzie zatem taka zmiana, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie można zmienić m.in. przedmiotu zamówienia czy jego istotnych cech, w sposób który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia.

Kontrolujący podniósł dalej, iż zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Istotną zmianą warunków będzie np. takie ich określenie, które w sposób znaczący poszerza zamówienie o elementy, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, prowadząc w istocie do udzielenia nowego zamówienia. Kontrolujący wskazał na stanowisko TSUE w sprawach C-454/06 i C-496/99, gdzie podkreślono, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach udzielonego zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Wskazał także na sprawę C-337/98, w której TSUE stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby

dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Zdaniem Prezesa Urzędu postanowienia umowy w zakresie terminu zakończenia prac budowlanych są istotnymi elementami umowy. Określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy zaproszeniu do negocjacji termin zakończenia robót budowlanych może mieć znaczenie dla podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to – na wybór konkretnego wykonawcy. Kontrolujący zauważył, iż zgodnie z pkt 1 Rozdziału 6 SIWZ w trybie przetargu nieograniczonego termin wykonania zamówienia został określony jako nie dłuższy niż 22 tygodnie od dnia przekazania placu budowy i tożsamy zapis znalazł się w § 2 zawartej umowy w trybie z wolnej ręki, jednakże aneksem nr 1 termin wykonania zamówienia został przesunięty do dnia 30 kwietnia 2019 r., tj. o ponad 17 tygodni i wynosił łącznie około 39 tygodni. Mając na uwadze powyższe, zmianę dokonaną przez Zamawiającego polegającą na wydłużeniu terminu wykonania zamówienia z 22 tygodni do 39 tygodni, Kontrolujący uznał za istotną w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia. Dalej wskazano, iż termin realizacji zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć. Wykonawcy wiedząc, że dysponować będą prawie dwukrotnie dłuższym terminem na realizację zamówienia, mogliby złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Wykonawcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia – zarówno osobowy, jak i finansowy – nie podjęli się wykonania zamówienia w terminie do końca 2018 r., mogli być zainteresowani wykonaniem go w terminie do dnia 30 kwietnia 2019 r.

Kontrolujący zauważył także, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje zakaz zmiany pierwotnych warunków zamówienia w stosunku do uprzedniego zamówienia bez względu na zaistniałe po stronie Zamawiającego określone okoliczności. Tym samym, przedstawione okoliczności faktyczne, które według Zamawiającego miały istotny wpływ na zmianę terminu wykonania zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie mają znaczenia dla spełnienia przesłanek ww. przepisu. W konsekwencji wynikające z Protokołu Konieczności nr 1 (aneks nr 1) opóźnienia związane z koniecznością uzyskania zgody Marszałka na usunięcie drzew w związku ze stwierdzoną kolizją z zaprojektowanym zagospodarowaniem parku czy też opóźnienia związane z uzyskaniem zmiany pozwolenia na budowę obejmującego m.in. korektę przebiegu i wymiarów ścieżek i innych elementów zagospodarowania, wykonanie projektu budowlanego zasilania elementu zabawowego - statku Freedom Szczecin, mają charakter irrelevantny w przedmiotowej sprawie. Kontrolujący dodał, iż to zamawiający opracowuje opis przedmiotu zamówienia i poprzez zawarte w nim informacje określa swoje wymagania i oczekiwania względem końcowego efektu zamówienia. Na zamawiającym ciąży

zatem obowiązek weryfikacji sporządzonej dokumentacji projektowej. Błędy w projekcie budowlanym, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Jednocześnie prace polegające m.in. na zmianie urządzeń małej architektury na urządzenia wyższej jakości, czy zmianie urządzeń małej architektury mającej na celu nawiązanie do designu urządzeń już zamontowanych, związane są ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji. Wynikają więc z subiektywnej decyzji Zamawiającego (dotyczącej rozszerzenia zakresu i wprowadzenia zmian technicznych i estetycznych przedmiotowego zamówienia) niezwiązanej z wykonaniem zamówienia w pierwotnie ustalonym zakresie. W tym kontekście Kontrolujący wskazał także na uchwałę KIO z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 43/18.

Analogiczne wnioski Kontrolujący wywiódł w odniesieniu do robót wymienionych w Protokole Konieczności nr 2 (aneks nr 2), gdzie co do zasady wymienione prace albo nie zostały przewidziane w projekcie budowlanym, albo związane są ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji w stosunku do pierwotnie przyjętego. Podłoże wprowadzonych zmian stanowią w istocie zatem błędy projektowe, jak również zwiększenie przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia o prace nieobjęte projektem budowlanym oraz wprowadzenie elementów o parametrach jakościowo wyższych. W konsekwencji, w ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający wprowadził szereg zmian, które rozszerzyły przedmiot zamówienia o dodatkowe, nieprzewidziane pierwotnie elementy oraz ulepszenia. Zmiany dokonane przez Zamawiającego (zarówno w zakresie przedmiotu zamówienia, jak i terminu jego realizacji) mają istotny charakter w porównaniu do opisu przedmiotu zamówienia określonego dla uprzednio prowadzonych postępowań.

Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2020 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia. Wyjaśnił, że zakres przedmiotowy zamówienia w trybie z wolnej ręki, a także warunki umowy, określone w zaproszeniu do negocjacji przekazane wykonawcy, były takie same, jak zakres przedmiotowy oraz warunki umowy, wskazane w unieważnionym na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Aneksem nr 1 i 2 wartość zamówienia została zwiększona łącznie o 122.484,53 zł. brutto, co w przeliczeniu na euro nie przekraczało kwoty 30 000 euro, a także stanowiło 3,656 % wartości zamówienia podstawowego. Strony umowy aneksem nr 1 zmieniły termin realizacji - wydłużając go do dnia 30 kwietnia 2019r. Wśród zmian umowy, określonych w § 11 umowy z dnia 6 lipca 2018 r. wskazana została zmiana na podstawie i pod rygorem art. 144 ustawy Pzp. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w ustawie występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania do zamówienia w trybie z wolnej ręki, bowiem w tym trybie nie występuje ani specyfikacja istotnych warunków zamówienia, ani ogłoszenie o zamówieniu. Niemniej jednak, z zastrzeżeniem powyższej uwagi, strony umowy mogą w niej wprowadzić możliwość zmiany umowy na podstawie art. 144 ustawy Pzp, na zasadzie swobody umów (art. 353¹ kodeksu cywilnego). Tak też zostało to określone w umowie z wykonawcą, która to umowa była w swojej treści taka sama, jak umowa w unieważnionym postępowaniu przetargowym. Zamawiający powołał się na stanowisko UZP w opinii „Dopuszczalność zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki”, odnoszącej się do stanu prawnego sprzed wejścia w życie nowelizacji z 22.06.2016 r., gdzie wskazano:

„Stosownie do brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego 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. Na podstawie zacytowanego powyżej przepisu zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest zasadniczo zakazana. W świetle tego przepisu można wymienić dwa wyjątki od tej zasady. Po pierwsze należy podkreślić, iż zakaz, o którym jest mowa w przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie takiej zmiany postanowień umowy o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Należy więc stwierdzić, iż dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta przedmiotowa umowa. Po drugie dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie dwie następujące przesłanki wymienione w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp in fine, tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przesłanka 1) oraz określił warunki takiej zmiany (przesłanka 2). W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w ustawie Pzp występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W takich postępowaniach oraz w związku z powyższymi wyjaśnieniami dopuszczalność zmiany umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości. Wyjątkiem od powyższego jest tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, gdyż stosownie do art. 68 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie w tym trybie wszczynane jest zaproszeniem do negocjacji, a przepisy odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają

w nim zastosowania. Ponadto z brzmienia art. 66 ustawy Pzp można wysnuć wniosek, iż w tym trybie wykonawca nie składa zamawiającemu oferty, ponieważ zamówienie jest udzielane wyłącznie po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą. Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennościami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu. Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w Pzp.”

Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na podobieństwo norm prawnych wyrażonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do czasu wejścia w życie nowelizacji z 22.06.2016 r. oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu aktualnie obowiązującym, wywód Urzędu Zamówień Publicznych zachowuje aktualność także w nowym stanie prawnym. Ze względu na powyższe Zamawiający nie zgodził się z Kontrolującym, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje zakaz zmiany umowy pierwotnych warunków zamówienia w stosunku do uprzedniego zamówienia bez względu na zaistniałe po stronie Zamawiającego określone okoliczności (str. 8 wyników kontroli). Zamawiający zgodził się natomiast z poglądem, że w odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający chcąc zatem dokonać zmiany umowy jest zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Toteż w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należało ocenić, czy pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione przez zawarcie aneksu do umowy. Za istotną i stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać w szczególności taką zmianę warunków zamówienia, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęłaby na udział w nim innych wykonawców (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp).

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli łączna wartość zmian jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i jest mniejsza, niż 15% wartości zamówienia określonej w pierwotnej umowie o roboty budowlane. Aneksami nr 1 i 2 zamawiający wprowadził zmiany, których łączna wartość nie przekraczała kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i była mniejsza, niż 15% wartości zamówienia określonej w pierwotnej umowie, wynosiła bowiem łącznie 3,656 % wartości zamówienia podstawowego i dodatkowo

nie przekraczała kwoty 30 000 euro. Zmiana taka na gruncie art. 144 ustawy Pzp nie jest traktowana jako zmiana istotna, bowiem zmiany istotne zostały określone w art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. Zatem Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia powyższej zmiany, jako zmiany nieistotnej. Mógł także udzielić zamówienia w tym zakresie bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił także uwagę na fakt, że w dniu 11 czerwca 2018 r. przesłał ogłoszenie poprzedzające zawarcie umowy do Biuletynu Zamówień Publicznych, tym samym umożliwiając szerokiemu gronu wykonawców, a także organom administracji publicznej wypowiedzenie się, odwołanie i wszczęcie kontroli przedmiotowego zamówienia. Zawarta umowa nie mogła odbiegać znacząco od wzoru umowy stanowiącego część dokumentacji przetargowej w przetargu nieograniczonym, albowiem prawo wprost zakazuje istotnych zmian umowy. Za istotną bowiem zmianę uznać należy usunięcie całego paragrafu dotyczącego zmian umowy. Pozostawienie tego paragrafu wskazało wykonawcy ograniczony krąg przesłanek, po spełnieniu których dokonać można zmiany umowy. Wykonawca wybrany w trybie niekonkurencyjnym nie może być pozbawiony prawa do zmiany umowy, ponieważ takie postrzeganie zamówień publicznych doprowadza do wypaczenia idei, iż celem zamówienia jest pozyskanie najlepszego produktu za odpowiednią cenę. Odwołanie się do wskazania art. 144 ustawy Pzp stanowi li tylko jego odpowiednie stosowanie dla utrzymania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, jak transparentność i konkurencyjność.

Następnie Zamawiający podniósł, iż zmiana terminu w umowie zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może być uznana za zmianę istotną, w szczególności, gdy termin realizacji stanowi jedno z kryteriów oceny ofert i może wpływać na krąg potencjalnych wykonawców. Podkreślił, iż w unieważnionym przez Zamawiającego postępowaniu termin nie stanowił kryterium oceny ofert. Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli (str. 7 wyników kontroli), że wydłużenie terminu wykonania zamówienia z 22 tygodni do 39 tygodni stanowi zmianę istotną w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia. Podkreślił, że przesunięcie terminu realizacji było spowodowane okolicznościami niezależnymi od Zamawiającego i niezależnymi od Wykonawcy i nie ma tutaj znaczenia, w jakim trybie została zawarta umowa. Były to okoliczności, które mimo dochowania należytej staranności, były nieznanne na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przedłużyłby termin realizacji każdemu wykonawcy, gdyż powód zmiany umowy w zakresie terminu nie był zależny od żadnej ze stron.

Zamawiający wyjaśnił, iż w tym samym dniu tj. w dniu 11.09.2018 r., kiedy stwierdził, że istnieje kolizja drzew z zaprojektowanym zagospodarowaniem parku, wystąpił do właściwego organu z wnioskiem o zgodę na usunięcie kolidujących z inwestycją drzew w formie wycinki.

Jednocześnie w dniu 11.09.2018 r. wpisem do dziennika budowy zostały wstrzymane roboty budowlane w obrębie drzew i nie były prowadzone do czasu usunięcia kolizji. Usunięcie kolizji możliwe było dopiero po uzyskaniu decyzji zezwalającej na wycinkę. Termin wydania decyzji wynika z przepisów postępowania administracyjnego i nie jest zależny ani od Zamawiającego, ani od wykonawcy. Decyzja zezwalająca na ww. wycinkę została wydana w dniu 19 listopada 2018 r., a doręczona Zamawiającemu w dniu 26.11.2018 r. Decyzja uprawomocniła się w dniu 10.12.2018 r., od tej daty można było przystąpić do realizacji prac nakazujących wycinki i nasadzenia. Prace w obrębie alejek, gdzie wystąpiła kolizja nie były prowadzone przez 3 miesiące. Zamawiający nadmienił, że teren projektowanego parku był terenem zaniedbanym od wielu lat, zarosnięty niekontrolowanymi samosiejkami, które w miarę upływu lat rozrosły się i stanowiły niedostępny teren dla spacerowiczów. Drzewa były rozrośnięte i wymagały należytej pielęgnacji, część drzew należało usunąć ze względu na stan zdrowotny, inne należało usunąć ze względu na kolizję z projektowanymi obiektami w tym m.in. alejkami.

Zamawiającego podkreślił, że jego zamiarem była jak najmniejsza ingerencja w przyrodę, gdyż drzewa są niezbędne do życia, produkują tlen, stabilizują temperaturę w miastach, podczas ulewnych deszczy pomagają zapobiegać podtopieniom, są źródłem pożywienia i schronienia dla różnego gatunku ptaków. Zgoda organu na wycinkę równocześnie zobowiązała Zamawiającego do wykonania nasadzeń następczych w ilości 8 drzew w miejsce usunięcia 9 drzew. Z uwagi na to, że materiał roślinny był dostępny dopiero od marca, a zgodnie ze sztuką ogrodniczą nasadzeń dokonuje się w okresie marzec - kwiecień, Zamawiający przedłużył aneksem nr 1 termin realizacji do dnia 30 kwietnia 2019 r. Dopiero usunięcie drzew umożliwiło kontynuację wstrzymanych robót w obrębie alejek. Z tego też powodu Zamawiający przedłużył termin realizacji o czas niezbędny do dokonania ww. czynności. Wprowadzenie innych prac w trakcie prowadzonych robót budowlanych nie miało wpływu na ustalenie nowego terminu realizacji. Termin realizacji został przedłużony ze względu na konieczność wykonania decyzji organu dot. usunięcia kolizji drzew (obejmującej wycinki i wykonanie nasadzeń). Po wykonaniu decyzji wykonawca mógł kontynuować prace.

W ocenie Zamawiającego wprowadzone aneksem nr 1 i 2 zmiany nie są zmianami istotnymi na gruncie ustawy. Wskazał, iż w motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE, ustawodawca unijny uznał, 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 przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie „niemożliwych do przewidzenia okoliczności” odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie

zamówienia 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.

Reasumując Zamawiający wskazał, iż po pierwsze umowa zawarta na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp została zawarta prawidłowo, albowiem przedmiot, termin i przesłanki zmiany umowy nie odbiegają od przesłanek wskazanych w postępowaniu przetargowym. Po drugie według kontrolującego zmiana umowy może być dokonana na zasadach ogólnych, w zgodzie z kodeksem cywilnym w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem specyfiki prawa zamówień publicznych wywodzącej się z prawa i orzecznictwa europejskiego. Zamawiający dokładnie tak uczynił albowiem z ostrożności i w poszanowaniu zasad zamówień publicznych, wszystkie zmiany zostały przeanalizowane pod kątem art. 144 ustawy Pzp, ponieważ dotyczyły zmian zakresu przedmiotu umowy, terminu realizacji oraz wynagrodzenia. Po analizie Zamawiający stwierdził, że są to zmiany nieistotne, ponieważ: zwiększenie zakresu świadczenia w znikomym stopniu wpływa na zobowiązania wynikające z umowy; nie ulega zmianie ogólny charakter umowy; nie zostaje naruszona równowaga ekonomiczna umowy; nie zostały wprowadzone warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż zmiana umowy nie doprowadziła do tego, że zostało udzielone nowe zamówienie, ponieważ Park został zagospodarowany elementami, o których była mowa w przedmiocie umowy, tj. m. in. alejki, nawierzchnie, nasadzenia, oświetlenie, fontanna, itp. i aneksem nie został wprowadzony żaden istotny element, żadna nowa branża, która spowodowałaby, że krąg wykonawców by się zmienił. Warunki realizacji zostały zmienione w zakresie bagatelny, ponieważ ich całkowita wartość nie przekroczyła zarówno 30 000 euro, jak i 15 % wartości umowy. Termin realizacji został zmieniony w stopniu nieistotnym, tzn. tylko o czas, który wynikał z obiektywnych przesłanek, tj. terminów administracyjnych związanych z uzyskaniem prawomocnej decyzji na wycinki drzew i terminów agrotechnicznych, które winny być dochowane, by nasadzenia zostały wykonane należyście. W ocenie Zamawiającego oznacza to, że niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, warunki realizacji umowy byłyby identyczne. Nie jest znany Zamawiającemu pogląd wskazany w wystąpieniu kontrolnym, jakoby art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zakazywał zmian pierwotnych warunków zamówienia w stosunku do uprzedniego zamówienia. Trudno przyjąć, że ustawodawca ustanawiając dobrodziejstwo w postaci możliwości udzielania zamówień z tzw. wolnej ręki, zastrzegł, że zmiana umowy zawartej w trybie przetargowym jest możliwa, natomiast w umowie z wolnej ręki, której zakres musi być tożsamy, jak zakres umowy przetargowej.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Uzupełniająco, w odniesieniu do treści zastrzeżeń, wskazano, iż Zamawiający jako uzasadnienie dokonanych zmian umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, w tym zmiany dotyczącej terminu wykonania zamówienia wskazał na takie okoliczności jak: stwierdzenie kolizji drzew z projektem i związana z tym konieczność uzyskania dodatkowych decyzji i wykonania prac, zmiana koncepcji inwestycji, czy też wprowadzenie koniecznych zmian estetycznych i jakościowych zamówienia. Zdaniem Kontrolującego powyższe okoliczności pozostają bez wpływu na możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przytoczone okoliczności mają charakter jedynie organizacyjny i nie są związane z przesłankami określonymi w ww. przepisie. Poza tym wskazane okoliczności zasadniczo związane są z błędami projektowymi albo ze zmianą podejścia do realizacji przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. nieuzasadnionego pominięcia pewnych prac, których wykonanie uznano następnie za celowe, zmianie urządzeń na urządzenia wyższej jakości, czy zmianie urządzeń mającej na celu nawiązanie do designu urządzeń już zamontowanych. W konsekwencji nie sposób jest również przyjąć, że termin realizacji zamówienia został zmieniony w stopniu nieistotnym i wynikał z obiektywnych przesłanek, tj. terminów administracyjnych związanych z uzyskaniem prawomocnej decyzji na wycinkę drzew i terminów agrotechnicznych. W związku z tym przedstawiona przez Zamawiającego zmiana okoliczności, która miała wpływ na zmianę terminu wykonania zamówienia w trybie z wolnej ręki, czy też zmianę zakresu przedmiotowego, nie wpływa na ocenę prawidłowości wprowadzenia zmian, a wręcz przeciwnie - świadczy o braku podstaw do ich wdrożenia (tak: uchwała KIO z dnia 30 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO/KD 107/11).

Kontrolujący wskazał także na bezzasadność stanowiska Zamawiającego jakoby mógł on udzielić zamówienia bez stosowania ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, trudno bowiem uznać zmianę umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i polegającą na wydłużeniu terminu wykonania zamówienia za nowe zamówienie publiczne. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z zamówieniem ustawowym (powyżej progu określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp), a z okoliczności, że zawarte aneksy mają wartości poniżej progu bagatelności nie wynika, że stanowią samodzielne zamówienia, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy. Powyższe twierdzenie Zamawiającego stoi także w sprzeczności z działaniami podjętymi przez Zamawiającego polegającymi na zastosowaniu przepisów ustawy Pzp, w tym art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Jednocześnie Kontrolujący wskazał na treść art. 5b pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich

wartości. Zamówienia spełniające kryteria podobieństwa funkcjonalnego, tożsamości czasowej oraz możliwości realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę, winny być na gruncie regulacji dotyczących ustalania wartości zamówienia traktowane jako jedno zamówienie (tak: uchwała KIO z dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO/KD 59/19).

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego wskazującej, że dopuszczalność zmiany umowy została zagwarantowana w § 11 umowy z dnia 6 lipca 2018 r. Nr CRU/WT/268/2018, a tym samym zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp wprowadzone zmiany są możliwe jako zmiany nieistotne, Prezes Urzędu podkreślił, że zmiana warunków takiej umowy - jak zostało wyjaśnione na wstępie - winna być oceniana przez pryzmat przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp warunkujących możliwość jej zawarcia. Wobec powyższego, wszelkie rozważania zawarte w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej dotyczące spełnienia przez Zamawiającego poszczególnych przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, należy uznać za nieuprawnione. Kontrolujący dodał, iż w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 31/18 Izba jednoznacznie stwierdziła, iż sposób realizacji umowy określony w umowie nie powoduje automatycznie, że realizacja zamówienia na podstawie tychże postanowień będzie stanowiła o prawidłowości udzielenia zamówienia na podstawie ustawy Pzp. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie wykazał, że wprowadzone zmiany, w tym w szczególności dotyczące zmiany terminu wykonania zamówienia nie stanowiły istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Zamawiający skupiając się w istocie na wykazywaniu przyczyn przedmiotowych zmian jedynie potwierdził, iż wprowadzone modyfikacje miały charakter istotny w zakresie warunków realizacji zamówienia. Odnosząc się zaś do podniesionej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej okoliczności, iż Zamawiający w dniu 11 czerwca 2018 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał, iż dokonana czynność nie uzasadnia dopuszczalności zmian przedmiotowej umowy wprowadzonych na podstawie aneksów nr 1 i 2, w szczególności nie może zastąpić obowiązku odniesienia do przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po zapoznaniu się z przekazaną dokumentacją kontroli doraźnej, wniesionymi zastrzeżeniami oraz stanowiskiem Prezesa Urzędu, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń. W przepisie tym zwrócono uwagę na konieczność umotywowania zastrzeżeń co do stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń. Jednocześnie, mając na względzie, że zastrzeżenia wnoszone są „od wyniku kontroli”, to siłą rzeczy argumentacja przedstawiona w informacji o wyniku kontroli determinuje przedmiot i zakres zgłaszanych zastrzeżeń. Dalej należy zauważyć, że zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń, która z kolei warunkowana jest przedstawioną w informacji o wyniku kontroli argumentacją, mającą służyć wykazaniu zasadności opisywanych naruszeń. W konsekwencji nie sposób dokonać oceny zastrzeżeń w oderwaniu od stanowiska Prezesa Urzędu, jakim dysponował Zamawiający decydując się na ich zgłoszenie.

Zgodnie z informacją o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził po stronie Zamawiającego naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmian umowy zawartej w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, będących podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak stanowi art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stwierdzając przedmiotowe naruszenie informacja o wyniku kontroli powinna wskazywać powody, dla których Kontrolujący uznał, iż dokonane aneksem nr 1 i 2 zmiany umowy nr CRU/WT/268/2018 naruszają wskazane przepisy. Kontrolujący w opisie naruszenia wskazał na okoliczność „dokonania zmian umowy bez zaistnienia ustawowych przesłanek, będących podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki” – powinien zatem przedstawić argumentację dlaczego w jego ocenie przesłanki te nie zaistniały, w szczególności dlaczego zdaniem Kontrolującego doszło do zmiany pierwotnych warunków zamówienia w sposób istotny, a w efekcie do naruszenia naczelných zasad zamówień publicznych. To w oparciu o przedstawione uzasadnienie Zamawiający decyduje się bowiem na zgłoszenie ewentualnych zastrzeżeń i formułuje odpowiednią argumentację. W ocenie składu opiniującego stanowisko przedstawione w informacji o wyniku kontroli nie wykazuje stwierdzonych naruszeń, co potwierdzają zgłoszone zastrzeżenia. Kontrolujący powołuje się na istotny charakter zmian dokonanych przez Zamawiającego nie przedstawiając konkretnej analizy porównawczej w zakresie wprowadzonych zmian w relacji do pierwotnych warunków zamówienia ustalonych w przetargu nieograniczonym. Kontrolujący w sposób szeroki przeprowadza co prawda analizę prawną odnośnie relacji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp do kwestii dopuszczalności zmian umowy zawartej w trybie z wolnej ręki, pojęcia warunków zamówienia i dokonywania oceny istotności wprowadzonych zmian, niemniej rozważań tych nie odnosi do ustalonego stanu faktycznego sprawy, nie wskazując jednoznacznie dlaczego w jego ocenie określone zmiany uznać należy za zmiany o charakterze istotnym w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia.

W zakresie zmian odnoszących się do przedmiotu zamówienia objętych aneksem nr 1 i 2 i związanego z nimi wzrostu wynagrodzenia umownego, stanowisko Kontrolującego sprowadza się li tylko do stwierdzenia, iż „Zamawiający wprowadził szereg zmian, które rozszerzyły przedmiot zamówienia o dodatkowe, nieprzewidziane elementy oraz ulepszenia. Zmiany mają istotny charakter w porównaniu do opisu przedmiotu zamówienia określonego dla uprzednio prowadzonych postępowań.” Kontrolujący nie referuje jednak w żaden sposób do konkretnych warunków zamówienia ustalonych w przetargu nieograniczonym, nie dokonuje zestawienia zmian z pierwotnym przedmiotem zamówienia, nie omawia kwestii istotności tych zmian, chociażby z perspektywy wpływu na potencjalny krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Kontrolujący odwołuje się do przyczyn, jakie doprowadziły do wprowadzenia zmian w umowie, a nie bada czy faktycznie doszło w ich efekcie do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. W tym stanie rzeczy faktyczna weryfikacja zasadności stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia przepisów ustawy Pzp staje się niemożliwa.

Zauważenia wymaga także, że Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach przedstawił argumentację wskazującą na nieistotny charakter dokonanych zmian, w tym powołując się na

ich znikomą wartość (całkowita wartość nie przekroczyła zarówno 30 000 euro, jak i 15 % wartości umowy), ale i fakt, że zwiększenie zakresu świadczenia w znikomym stopniu wpływa na zobowiązania wynikające z umowy, nie ulega zmianie ogólny charakter umowy, nie zostaje naruszona równowaga ekonomiczna umowy, nie zostały wprowadzone warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił także, że park został zagospodarowany elementami, o których była mowa w przedmiocie umowy i nie został wprowadzony żaden istotny element powodujący, że krąg wykonawców by się zmienił. W przedstawionej przez Prezesa Urzędu odpowiedzi na zastrzeżenia do powyższych okoliczności się nie odniesiono, poprzestając na stwierdzeniu, iż Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie wykazał, że wprowadzone zmiany, w tym w szczególności dotyczące zmiany terminu wykonania zamówienia, nie stanowiły istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Kontrolujący w żadnym miejscu i na żadnym etapie nie wyjaśnił z czego wywodzi istotność zmian dokonanych w zakresie przedmiotu zamówienia w stosunku do pierwotnego opisu, a jego stanowisko w tym zakresie pozostało gołosłowne. W ocenie Izby Kontrolujący – opierając się na fakcie wskazania przez Zamawiającego art. 144 ust. 5 i 6 ustawy Pzp jako podstawy prawnej zawarcia aneksów do umowy - przerzucił ciężar wykazania zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp na kontrolowany podmiot, samemu nie przedstawiając w informacji o wyniku kontroli konkretnego uzasadnienia dla stwierdzonych naruszeń. W tej sytuacji nie sposób czynić zarzutów Zamawiającemu, że zgłoszone zastrzeżenia przyjęły określony kształt zdeterminowany treścią informacji o wyniku kontroli.

Ponadto w ocenie Izby sam fakt wskazania przez Zamawiającego jako podstawy prawnej zmian wprowadzonych aneksem nr 1 i 2 art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, na co powołuje się szeroko Kontrolujący, nie przesądza jeszcze o naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczność, że zdaniem Zamawiającego dokonane zmiany umowy były możliwe na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp nie oznacza, że jednocześnie nie byłyby one dopuszczalne także w świetle art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako niestanowiące istotnej zmiany warunków zamówienia ustalonych w uprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym. Sam Kontrolujący w informacji o wyniku kontroli wskazał na możliwość dokonania zmian umowy zawartej w trybie z wolnej ręki na zasadach ogólnych z uwzględnieniem specyfiki prawa zamówień publicznych i orzecznictwa europejskiego, wobec czego nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do posiłkowania się podczas dokonywania oceny możliwości wprowadzenia zmian do umowy zawartej w trybie z wolnej ręki treścią art. 144 ustawy Pzp, w tym ust. 1e wskazującym na sytuacje, w których daną zmianę uznać należy za istotną (przy czym Zamawiający także w treści umowy odwołał się do art. 144

ustawy Pzp, wyjaśniając w zastrzeżeniach, iż takie działanie wskazywało na odpowiednie stosowanie ww. przepisu dla utrzymania podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, jak transparentność i konkurencyjność). Zamawiający słusznie zwrócił także uwagę, iż bazując na treści art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp za istotną i stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać w szczególności taką zmianę warunków zamówienia, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęłaby na udział w nim innych wykonawców. W konsekwencji nie znajduje oparcia stawiana przez Kontrolującego teza o braku zweryfikowania kwestii istotności wprowadzonych zmian w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia pod kątem ich wpływu na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie.

W odniesieniu do kwestii zmiany terminu realizacji zamówienia Izba zważyła, iż stanowisko Prezesa Urzędu o istotnym charakterze tej zmiany zostało oparte wyłącznie na długości okresu, o jaki przedłużono termin realizacji zamówienia. Izba nie kwestionuje, iż zmiana terminu realizacji zamówienia niejednokrotnie może stanowić zmianę istotną w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia i wpływać na krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu, niemniej nie oznacza to automatycznie, że każda zmiana terminu realizacji zamówienia taką zmianą istotną będzie. Okoliczność zmiany terminu realizacji zamówienia nie została wskazana jako samodzielna przesłanka w art. 144 ustawy Pzp i należy ją każdorazowo poddać badaniu, w szczególności pod kątem wpływu na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, analogicznie jak badać należy „istotność,” o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Kontrolujący nie przedstawił argumentacji dlaczego, pomimo okoliczności wskazanych w Protokole Konieczności nr 1, przesunięcie terminu realizacji uznać należało za zmianę istotną, skoro w praktyce roboty budowlane zostały wstrzymane na okres zimowy w oczekiwaniu na możliwość dokonania nasadzeń drzew i w tym czasie nie były prowadzone, a z sytuacją taką zmierzyłby się każdy wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie, bowiem nie była to okoliczność znana na etapie przygotowywania zamówienia. Kontrolujący nie wyjaśnił dlaczego zmiana terminu realizacji umowy w przedmiotowej sytuacji była na tyle znaczna, że uzasadniałoby to uznanie, iż doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. W tym miejscu wskazać można na uchwałę KIO z dnia 13 lipca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 45/16, w której Izba dokonała oceny kwestii zmiany terminu realizacji zamówienia w kontekście możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż „O ile można zgodzić się ze stanowiskiem, iż - co do zasady - okres zimowy uniemożliwia wykonywanie robót budowlanych, o tyle nie uzasadnia to konieczności wydłużania terminu aż o około 6 miesięcy w stosunku do terminu pierwotnego. Okres zimowy trwa około trzech miesięcy i za uzasadnione można byłoby uznać ewentualne przedłużenie terminu zamówienia o taki okres.” Nie można zatem podzielić

stanowiska Kontrolującego, który bez szerszego odniesienia się do okoliczności sprawy, w tym nadchodzącego okresu zimowego uniemożliwiającego wykonanie koniecznych nasadzeń drzew, uznał niejako automatycznie, że samo przedłużenie terminu realizacji o kilkanaście tygodni stanowić będzie o zmianie istotnej w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia i że są one efektem zaniedbań Zamawiającego. Ustalenia kontroli nie pozwalają na przesądzenie w sposób jednoznaczny, że zmiana terminu realizacji nie wynikała z przesłanek obiektywnych, tj. terminów administracyjnych i agrotechnicznych.

Izba, podzielając stanowisko Zamawiającego, wskazuje ponadto, iż nie można uznać za zasadne twierdzenia, że przedstawione okoliczności faktyczne, które według Zamawiającego miały istotny wpływ na zmianę terminu wykonania zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie mają znaczenia dla spełnienia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje ocenić czy planowane zmiany będą miały charakter istotny w odniesieniu do pierwotnych warunków zamówienia i dla oceny tej istotności znaczenie mieć może szereg czynników wpływających na ostateczny kształt zamówienia. Kontrolujący swoje stanowisko oparł na ogólnej konstatacji, że błędy w projekcie budowlanym, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Należy jednak mieć na uwadze, że oceny czy konieczność zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki (w tym wypadku zmiany umowy zawartej w trybie z wolnej ręki) wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, dokonuje się weryfikując spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, którego naruszenie stwierdzono. W konsekwencji argumentację podniesioną w informacji o wyniku kontroli opartą na powyższej okoliczności można uznać za chybioną, przy czym dodać należy, że Kontrolujący na poparcie tej argumentacji przywołuje uchwałę Izby z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 43/18, która wydana została w odmiennym niż obecnie rozpoznawany stanie faktycznym i referowała do spełnienia przesłanek wynikających właśnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie do przepisu stanowiącego podstawę prawną stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła natomiast stanowisko Prezesa Urzędu przedstawione w odpowiedzi na zastrzeżenia w odniesieniu do możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, co nie miało jednakże przełożenia na kwestię uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń. Podobnie za niemającą znaczenia dla oceny zasadności stwierdzonego naruszenia Izba uznała okoliczność zamieszczenia przez Zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

.....