

Sygn. akt: KIO/KD 4/23

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 lutego 2023 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 3 lutego 2023 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 12 stycznia 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez zamawiającego: Gminę Jakubów dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 stycznia 2023 r. (znak sprawy: KND/28/22/DKZ)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Kontrolujący” lub „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną w sprawie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”)

W wyniku kontroli sporządzony został Protokół Kontroli Doraźnej (dalej „Protokół”) oraz Informacja. Prezes UZP stwierdził naruszenie:

1. art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy z dnia 8 listopada 2021 r. na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Jakubów, w sposób istotnie zmieniający zakres przedmiotu zamówienia, polegający na znacznym ograniczeniu zakresu świadczeń i zobowiązań wykonawcy;
2. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo braku spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie dotyczących zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Prezes UZP ustalił w trakcie prowadzonej kontroli, że Zamawiający – Gmina Jakubów wszczął w dniu 14 września 2021 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów. W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający zawarł w dniu 8 listopada 2021 r. umowę w sprawie zamówienia z wykonawcą – Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Węgrowie.

Zgodnie z § 1 pkt 3 umowy zawartej w dniu 8 listopada 2021 r. *szczegółowy zakres i opis prac będących przedmiotem umowy zawarty jest w Specyfikacji Warunków Zamówienia (...) która stanowi integralną część umowy*. Ponadto, zgodnie z § 3 pkt 2 umowy *Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich obowiązków opisanych w SWZ*. Jednocześnie w myśl § 6 pkt 1 umowy *Wykonawca zobowiązany jest do odbioru i zagospodarowania każdej ilości odpadów komunalnych wytworzonych i wystawionych przez wszystkich właścicieli nieruchomości (...) w tym (...):*

- a) *niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – bytowych, w skład którego wchodzi odpady komunalne-bytowe, których nie można poddać dalszej segregacji,*
- b) *papieru, w skład której wchodzi odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury,*
- c) *tworzywa sztucznego i metalu, w skład której wchodzi odpady z metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady z tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,*
- d) *szkła, w skład której wchodzi odpady ze szkła, w tym odpady opakowaniowe ze szkła,*
- e) *popiołu,*
- f) *odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych,*
- g) *odpadów wielkogabarytowych,*
- h) *zużytych opon z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych),*
- i) *zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.*

Zgodnie z pkt IV. SWZ ust. 7 – Opis przedmiotu i zakres zamówienia Zamawiający wskazał, iż:

(...) Wykonawca zobowiązany jest do odbierania bezpośrednio z terenu ok. 1432 nieruchomości zamieszkałych w tym 4 Szkoły Podstawowe, Urząd Gminy i Ośrodek Zdrowia następujących frakcji odpadów komunalnych z częstotliwością:

- a) *raz w miesiącu w okresie od listopada do marca – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,*
- b) *w okresie od kwietnia do października nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz bioodpady w tym odpady zielone,*
- c) *raz w miesiącu – tworzywa sztuczne, szkło, papier, metale i odpady wielomateriałowe,*
- d) *raz w miesiącu w okresie od października do kwietnia – popiół,*
- e) *raz w roku – odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,*
- f) *raz w roku – zużyte opony, maksymalna ilość 10 opon z gospodarstwa (z wyłączeniem opon przemysłowych tj. rolniczych i ciężarowych).*

Prezes UZP ustalił, że aneksem Nr 1 do umowy z dnia 8 listopada 2021 roku zawartym w dniu 15 grudnia 2021 r. – § 1 ust. 1 został zmieniony zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Wykonawca zobowiązuje się do odbioru i zagospodarowania każdej ilości odpadów komunalnych (...) w tym (...):

- a) *niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – bytowych, w skład którego wchodzi odpady komunalne-bytowe, których nie można poddać dalszej segregacji,*

- b) *papiery, w skład której wchodzi odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury,*
- c) *tworzywa sztuczne i metalu, w skład której wchodzi odpady z metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady z tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,*
- d) *szkło, w skład której wchodzi odpady ze szkła, w tym odpady opakowaniowe ze szkła,*
- e) *zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.*

Ponadto, zmianie uległa również częstotliwość odbioru odpadów w stosunku do zapisów obowiązujących w SWZ. Zgodnie z § 1 pkt 2 Aneksu Nr 1 do umowy podstawowej *zmienia się częstotliwość odbioru odpadów, o których mowa w ust. 1, w ten sposób, że Wykonawca zobowiązuje się do odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości (...) z następującą częstotliwością:*

- a) *raz w miesiącu – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;*
- b) *raz w miesiącu – tworzywa sztuczne, szkło, papier, metale, odpady wielomateriałowe i odpady tekstyliów i odzieży (...).*

Zgodnie § 1 pkt 2 umowy podstawowej przedmiot i zakres zamówienia będzie realizowany m.in. zgodnie z (...) *przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów (...).* Prezes UZP zwrócił uwagę na postanowienia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Jakubów stanowiącego załącznik do uchwały nr XXXIX/228/2021 z dnia 29 listopada 2021 r., który wprowadził istotne zmiany w zakresie obowiązków należących wykonawcy.

Zgodnie z treścią § 2 pkt 1 ppkt 5 nowego Regulaminu *odpady ulegające biodegradacji, bioodpady, odpady zielone, popiół, meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny kompletny, zużyte opony – maksymalna ilość 10 opon na rok z gospodarstwa (z wyłączeniem opon przemysłowych tj. rolniczych i ciężarowych) odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne – w ilości do 2m³ (przy czym wymaga się odrębnego wydzielenia gruzu budowlanego, tworzyw sztucznych, styropianu i odpadów niebezpiecznych), nie wymagają specjalnych urządzeń do zbierania, należy je dostarczyć we własnym zakresie do wyznaczonego punktu (tj. dawne składowisko odpadów w Moczydłach) w wyznaczonym terminie. Zaś w ppkt 10 Regulaminu wskazano, iż punkt zbiórki odpadów wymienionych w § 2 pkt 1 ppkt 5 jest czynny w każdą pierwszą sobotę miesiąca w godz. 8.00 – 12.00.*

Regulamin przyjęty uchwałą nr XIX/110/2020 z dnia 27 marca 2020 r. obowiązujący w chwili wszczęcia postępowania przeprowadzonego przez Zamawiającego wyraźnie wskazywał, że ten zakres obowiązków odnośnie odbioru ww. odpadów należał do Wykonawcy (§ 2 pkt 1 ppkt 4 Regulaminu) (...) *frakcje wymienione w pkt 3 od lit. „a” do lit. „i” należy gromadzić i oddawać w odpowiednich rodzajach workach, zgodnie z opisem zamieszczonym w harmonogramie zbiórki odpadów natomiast meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz zużyte opony nie wymagają specjalnych urządzeń do zbierania, należy wystawić je przed wejściem do nieruchomości (...).*

Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w toku kontroli w piśmie z dnia 7 marca 2022 r. przekazał następujące wyjaśnienia: *Zgodnie z treścią SWZ pkt IV „Opis przedmiotu zamówienia i zakres zamówienia” odbiór i zagospodarowanie odpadów miał odbywać się m.in. zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawą z dnia 14 grudnia 2014 roku o odpadach oraz Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Ponadto, zgodnie z zapisami części „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia” ust. 15 pkt 12) SWZ Wykonawca miał realizować przedmiot zamówienia zgodnie z przepisami wyżej powołanych aktów prawnych. Podobny zapis został wprowadzony do umowy zawartej z wykonawcą w dniu 8 listopada 2021 roku. Jednocześnie zgodnie z zapisami części „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia” w ust. 7 SWZ Wykonawca zobowiązał się do odbierania poszczególnych frakcji odpadów komunalnych z określoną częstotliwością. W zakresie odpadów niesegregowanych: a) raz w miesiącu w okresie od listopada do marca – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, b) w okresie od kwietnia do października nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz bioodpady w tym odpady zielone. Częstotliwość wskazana w ww. pkt SWZ była zgodna z treścią Regulaminu utrzymania czystości o porządku w Gminie Jakubów, stanowiącego załącznik nr 1 do Uchwały Rady Gminy nr XIX/110/2020 z dnia 27 marca 2020 roku. Na podstawie ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o odpadach (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1648) zmieniona została treść art. 6r ust. 3a i 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ten sposób, że dopuszczono zróżnicowanie częstotliwości odbierania odpadów, w szczególności w zależności od ilości wytwarzanych odpadów i ich rodzajów, z tym że w okresie od kwietnia do października częstotliwość odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne nie może być rzadsza niż raz na tydzień z budynków wielolokalowych i nie rzadsza niż raz na dwa tygodnie z budynków mieszkalnych jednorodzinnych, z wyłączeniem gmin wiejskich oraz części wiejskiej gmin miejsko-wiejskich, w przypadku których częstotliwość odbierania niesegregowanych*

(zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne może być rzadsza. Wprowadzone zmiany były uzasadnione tym, że obowiązujące dotychczas minimum (tj. raz na dwa tygodnie), bez zróżnicowania, czy dotyczy to terenów miejskich czy wiejskich wpływało na znaczny wzrost kosztów odbioru odpadów komunalnych na terenach wiejskich. W związku z wprowadzeniem zmiany w ustawie o utrzymaniu porządku i czystości w gminach w zakresie częstotliwości odbioru z terenów wiejskich niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów, Rada Gminy Jakubów uchwałą z dnia 29 listopada 2021 roku nr XXXIX/228/2021 uchwaliła nowy Regulamin utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów i w § 3 ust. 1 ustaliła nowe zasady dotyczące m.in. częstotliwości i sposobu pozbywania się odpadów komunalnych w zakresie obejmującym także odbiór niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów. Zgodnie z § 3 ust. 1 ww. Regulaminu niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne odbierane są z częstotliwością raz w miesiącu. Jak wskazano powyżej, wprowadzenie zmiany w zakresie odbioru odpadów niesegregowanych (zmieszanych) było uzasadnione w świetle treści przepisu art. 6r ust. 3b ustawy z dnia o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, który wprowadzał możliwość odbioru odpadów z mniejszą niż dotychczas częstotliwością. Zapisy harmonogramu dotyczące częstotliwości odbioru odpadów innego rodzaju także odzwierciedlają postanowienia zawarte w nowym Regulaminie utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów, uchwalonym w dniu 21 listopada 2021 roku, uchwałą Rady Gminy nr XXXIX/228/2021. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 c) Regulaminu raz w miesiącu dostarczane są przez mieszkańców we własnym zakresie do wyznaczonego punktu (tj. dawne składowisko odpadów w Moczydłach) – odpady ulegające biodegradacji, bioodpady, odpady zielone, popiół, meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony – maksymalna ilość 10 opon z gospodarstwa (z wyłączeniem opon przemysłowych tj. rolniczych i ciężarowych) oraz odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne – w ilości do 2 m³ (przy czym wymaga się odrębnego wydzielenia gruzu budowlanego, tworzyw sztucznych, styropianu i odpadów).

W rezultacie powyższego, w szczególności w skutek zmiany Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów, ustalony został harmonogram odbioru odpadów, odzwierciedlający przepisy zawarte w akcie prawa miejscowego. W tej sytuacji, nie ulega wątpliwości, że wykonawca wyłoniony w toku postępowania przetargowego zobowiązany jest do realizacji przedmiotu zamówienia stosownie do treści aktualnie obowiązującego Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów. Zamawiający w SWZ wymagał realizacji przedmiotu zamówienia m.in. zgodnie z Regulaminem utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów. Na dzień ogłoszenia przedmiotowego zamówienia nie obowiązywała nowa treść przepisu art. 6r

ust. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 roku umożliwiająca ustalenie częstotliwości odpadów niesegregowanych (zmieszanych) powyżej obowiązującego minimum (tj. raz a dwa tygodnie). Przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o odpadach weszły w życie w dniu 23 września 2021 roku, natomiast Rada Gminy Jakubów podjęła uchwałę nr XXXIX/228/2021 w dniu 29 listopada 2021 roku. W związku z wprowadzonymi zmianami, strony zawarły w dniu 15 grudnia 2021 roku aneks do umowy z dnia 8 listopada 2021 roku, dostosowujący warunki umowy do zmienionych przepisów prawa miejscowego w zakresie częstotliwości i rodzaju odpadów odbieranych przez wykonawcę. Wskazać należy, że zgodnie z opracowaniem Urzędu Zamówień Publicznych „Klauzule przeglądowe, wzorce i dobre praktyki” z 2020 roku za dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należy wprowadzenie zmian do umowy dotyczących zakresu lub sposobu wykonywania świadczenia Wykonawcy objętego przedmiotem zamówienia w razie zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego lub prawa miejscowego (w tym regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie), w zakresie niezbędnym do dostosowania Umowy do warunków świadczenia Usług wynikających ze zmienionych przepisów prawa.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, Prezes UZP wskazał, że zasady dotyczące modyfikacji umów w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 454 i 455 ustawy Pzp. Stanowią one niezbędne doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji są uznane za niedopuszczalne (istotne – w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiące wdrożenie art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE i art. 89 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE) lub dopuszczalne (określone w art. 455 ustawy Pzp, stanowiącym wdrożenie art. 72 ust. 1-2 dyrektywy 2014/24/UE i art. 89 ust. 1-2 dyrektywy 2014/25/UE). Przepisy dyrektyw uwzględniają orzecznictwo TSUE dotyczące (nie)dopuszczalności zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z orzecznictwa tego wynika, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania jest co do zasady niedopuszczalna, jeżeli nie została poprzedzona przeprowadzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości.

Prezes UZP wskazał, że w świetle art. 454 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalna jest istotna zmiana zawartej umowy. A *contrario* dopuszczalne są zmiany o charakterze nieistotnym. Zasadą jest, że istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast art. 454 ust. 2 ustawy Pzp definiuje pojęcie „istotnej zmiany

umowy". Zgodnie z tym przepisem zmiana istotna zachodzi tylko, gdy powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności, jeżeli zmiana:

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

Tym samym zmiana istotna to zmiana, która powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Jak wynika z motywu 107 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej chodzi o zmiany, które wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjowania istotnych warunków umowy. Ma to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy zmienione warunki mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. W tym przypadku zmiana dotyczy zmiany w wielkości umówionego świadczenia, zarówno jego zwiększenia, jak i zmniejszenia. Ma miejsce, gdy zmiana przedmiotu zamówienia nie wynika ze zmian przewidzianych w tzw. klauzulach przeglądowych ani innych okoliczności przewidzianych w Pzp, jak np. opcja, gdy zakres świadczenia znacznie zmienia zobowiązanie wykonawcy, które wynika z jego oferty. Tym samym po zawarciu umowy nie jest możliwe rozszerzenie lub zmniejszenie zakresu zamówienia skutkujące tym, że mamy do czynienia z nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego.

W ocenie Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie zmiana umowy z dnia 8 listopada 2021 r. dokonana aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 r. znacznie zmieniła zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Postanowienia aneksu wyłączyły odbiór przez Wykonawcę takich odpadów jak: popiół; odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym

uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych; odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych) jak również spowodowała, że zmianie uległa w stosunku do pierwotnej umowy częstotliwość odbioru odpadów komunalnych w stosunku do zapisów zawartych w SWZ w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów. W umowie pierwotnej wykonawca zobowiązany był do odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych raz w miesiącu w okresie od listopada do marca oraz w okresie od kwietnia do października nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. Natomiast aneksem nr 1 częstotliwość odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych została zmieniona na raz w miesiącu. W zawartej umowie podstawowej do zakresu obowiązków wykonawcy należał m.in. wywóz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz zużytych opon, które należało wystawić przed wejściem do nieruchomości. W nowym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów ww. odpady należało dostarczyć we własnym zakresie do wyznaczonego punktu w wyznaczonym terminie. Prezes UZP wskazał, że tak zmodyfikowany zakres rzeczowy zamówienia mógł mieć wpływ na ewentualny krąg potencjalnych podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to – na wybór konkretnego wykonawcy. Należy przyjąć, iż każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach mógłby inaczej ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Należy też podnieść, iż ograniczenie częstotliwości odbioru odpadów mogłoby wpłynąć na cenę przy składaniu ofert, bowiem wykonawca miałby możliwość ograniczenia kosztów związanych z realizacją zamówienia np. w zakresie zużycia paliwa, posiadania określonego zasobu ludzkiego, czy taboru samochodowego.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią § 1 ust. 3 ww. aneksu nr 1 *Pozostałe postanowienia umowy z dnia 8 listopada 2021 roku pozostają bez zmian*. A zatem zmianie nie uległy zapisy w zakresie § 7 umowy z dnia 8 listopada 2021 r. dotyczące wynagrodzenia Wykonawcy (...) *netto za 1 Mg ustalone zgodnie z ofertą przetargową (...)*. Z powyższego wynika, że pomimo zmian rzeczowego przedmiotu zamówienia jak i częstotliwości odbioru odpadów komunalnych cena jednostkowa pozostała identyczna za ich wywóz.

W ocenie Prezesa UZP, powyższe koresponduje z wyrokiem TSUE z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (EU:C:2008:351), w którym Trybunał wskazał m.in. zmianą zamówienia

publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza 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; 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.

Według Zamawiającego zmiana umowy podstawowej z dnia 8 listopada 2021 r. dokonana aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 r. wynika ze zmiany treści art. 6r ust. 3a i 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1297) ustawą o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o odpadach z dnia 11 sierpnia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1648). W tym zakresie Prezes UZP wskazał, że zmienione przepisy art. 6r ust. 3a i 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach otrzymały następujące brzmienie:

(...) „3a. W uchwale, o której mowa w ust. 3, dopuszcza się ograniczenie ilości zużytych opon, odpadów wielkogabarytowych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych, stanowiących odpady komunalne, odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy, odbieranych lub przyjmowanych przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zamian za pobraną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

3b. Dopuszcza się zróżnicowanie częstotliwości odbierania odpadów, w szczególności w zależności od ilości wytwarzanych odpadów i ich rodzajów, z tym że w okresie od kwietnia do października częstotliwość odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne nie może być rzadsza niż raz na tydzień z budynków wielolokalowych i nie rzadsza niż raz na dwa tygodnie z budynków mieszkalnych jednorodzinnych, z wyłączeniem gmin wiejskich oraz części wiejskiej gmin miejsko-wiejskich, w przypadku których częstotliwość odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne może być rzadsza.”(...).

W związku z powyższym Prezes UZP wskazał, iż po pierwsze ustawodawca w treści art. 6r ust. 3a i 3b ww. ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazał *w ust. 3a – dopuszcza się ograniczenie (...)* a w *ust. 3b – dopuszcza się zróżnicowanie częstotliwości odbierania odpadów (...)*. Tym samym, przepisy ww. ustawy nie

zobowiązywały Zamawiającego do zmiany zawartej umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający mógł dokonać stosownych modyfikacji wynikających ze zmienionych przepisów, ale nie musiał.

Po drugie, Prezes UZP wskazał, że wspomniana ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach została opublikowana w dniu 8 września 2021 r. natomiast zmienione przepisy art. 6r ust. 3a i 3b weszły w życie w dniu 23 września 2021 r. Jednocześnie, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod nr 2021/S 178-463991 w dniu 14 września 2021 r. W konsekwencji, wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne nastąpiło tydzień po opublikowaniu nowelizacji ustawy oraz tydzień przed wejściem w życie tych zmian. Zamawiający był zatem świadomy zmian wynikających z nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i możliwości ich uwzględnienia w postępowaniu. W konsekwencji, nie było przeszkód aby zmiany wynikające z aneksu nr 1 znalazły się w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności w sytuacji kiedy znany był bardzo krótki termin wejścia w życie przepisów nowelizacji.

W ocenie Prezesa UZP powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania ponieważ zmodyfikowany zakres rzeczowy zamówienia mógł mieć wpływ krąg potencjalnych podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to – na wybór konkretnego wykonawcy.

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

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

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest zatem określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia,

ograniczą lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Powyższy przepis pozwala zatem zamawiającemu zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Dlatego też, w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków – celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Prezes UZP wskazał, że klauzule przeglądowe muszą określać rodzaj, zakres, a także warunki wprowadzania zmian. Określając rodzaj zmiany, należy wskazać, czy modyfikacja ma charakter automatyczny, czy negocjacyjny. Zakres modyfikacji wskazuje, jakie elementy umowy mogą zostać zmienione, tj. wyznacza przedmiotowe granice modyfikacji. Określając zakres dopuszczalnej modyfikacji, zamawiający powinien:

- wskazać, które elementy umowy mogą ulec zmianie (np.: termin realizacji, wysokość lub harmonogram zapłaty wynagrodzenia, terminy spełnienia świadczeń wykonawcy oraz ich przedmiot, włączając ich jakość czy też ilość),
- a także wyznaczyć granice zmiany, w szczególności poprzez określenie wskaźników wpływających na jej kształt lub wskazując cel (oczekiwany rezultat), który miałby zostać zrealizowany przez dokonanie zmiany.

Ponadto, zamawiający decydując się na stosowanie klauzul przeglądowych negocjacyjnych, jednoznacznie i precyzyjnie powinien określić:

- kiedy strony będą mogły przystąpić do negocjacji treści umowy,
- co będzie stanowiło ich przedmiot,
- a także jakie są granice negocjowanej zmiany.

Prezes UZP wskazał, że wskazane w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zapisy SWZ i projektu umowy, jak również zawarte bezpośrednio w umowie z dnia 8 listopada 2021 r. w § 10 ust. 11 umowy wyrażenie, że (...) *dopuszcza się zmianę umowy w zakresie sposobu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego na sposób spełnienia świadczenia (...)* należy

uznać za mało precyzyjne. Trudno wskazać, że określają jasno, precyzyjnie i jednoznacznie rodzaj i zakres dokonanych przez Zamawiającego zmian umowy.

Pismem z dnia 11 stycznia 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wskazując, cyt.: *Na podstawie art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych składam zastrzeżenia od wyników doraźnej kontroli z dnia 2 stycznia 2023 roku (doręczonych Zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2023 roku) oraz wnoszę o ich uwzględnienie. Zamawiający zwrócił uwagę na stanowisko organu kontrolującego, iż (...) W uzasadnieniu informacji o wynikach kontroli wskazano, że zmodyfikowany aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 roku zakres rzeczowy zamówienia mógł mieć wpływ na ewentualny krąg potencjalnych podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to — na wybór konkretnego wykonawcy. W konsekwencji każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach mógł inaczej ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2022 roku kontrolujący podniósł, że przepis art. 6r znowelizowany w wyniku ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ust. 3a oraz ust. 3b przyznawał uprawnienie, a nie obowiązek uchwalenia zmian w Regulaminie utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów. Ponadto, przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach weszły w życie w dniu 23 września 2021 roku, natomiast postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało wszczęte z dniem 14 września 2021 roku, co umożliwiło uwzględnienie zmian wynikających z aneksu nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 roku już w ogłoszeniu o zamówieniu. Odnośnie naruszenia przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wskazano, iż postanowienia umowne nie określały w sposób precyzyjny i jednoznaczny rodzaju i zakresu dokonanych zmian umowy. Zdaniem Zamawiającego, (...) mając na uwadze przytoczoną argumentację zawartą w informacji o wynikach kontroli doraźnej, zasadnym jest złożenie następujących zastrzeżeń do wyników tejże kontroli.*

Ponadto, w uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, m.in., że (...) *rzeczywiście zmiana treści przepisu art. 6r ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach umożliwiająca ograniczenie ilości odbieranych odpadów oraz zróżnicowanie częstotliwości odbierania odpadów weszła w życie z dniem 23 września 2021 roku, jednakże podkreślić należy, iż kompetencje w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, sposób ich świadczenia oraz wysokość cen za te usługi przysługują Radzie Gminy (art. 6r ust. 4 ustawy). Wprowadzenie zmian*

do Regulaminu utrzymania czystości i porządku w Gminie Jakubów wymagało zatem podjęcia przez Radę Gminy stosownej uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego. W konsekwencji, nie sposób uznać, że w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający mógł przewidzieć jakiego rodzaju zmiany zostaną wprowadzone przez Radę Gminy w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zawarcie aneksu nr 1 było bowiem możliwe i uzasadnione dopiero w związku z podjęciem przez Radę Gminy uchwały nr XXXIX/228/2021 z dnia 29 listopada 2021 roku w sprawie uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów.

Zamawiający podkreślił w treści wniesionych zastrzeżeń, że (...) zgodnie z treścią SWZ pkt IV „Opis przedmiotu zamówienia i zakres zamówienia” odbiór i zagospodarowanie odpadów miał odbywać się m.in. zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Podobny zapis znalazł się w części „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia” ust. 15 pkt 12) SWZ. Również umowa zawarta z wykonawcą w dniu 8 listopada 2021 roku w § 10 ust. 11 dopuszczała zmianę umowy w zakresie sposobu spełniania przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia. Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów jest aktem prawa miejscowego. Zgodnie natomiast z art. 87 ust. 2 Konstytucji RP akty prawa miejscowego są źródłami powszechnie obowiązującego prawa na obszarze działania organów, które je ustanowiły, tj. dotyczą podmiotów i mieszkańców jednostki (gminy), regulują w sposób bezpośredni prawa i obowiązki mieszkańców oraz kształtują ich sytuację prawną. Treść obligatoryjnych postanowień Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy określa ustawa w art. 4 ust. 2.

Zamawiający dodał, że (...) mając powyższe na uwadze, wskazać należy na dwa aspekty możliwości wprowadzenia zmian do umowy z dnia 8 listopada 2021 roku.

W ocenie Zamawiającego, (...) zachodzą podstawy do przyjęcia, iż wprowadzone zmiany nie miały charakteru istotnego w rozumieniu przepisu art. 454 ustawy pzp. Wprowadzenie zmian wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących, nie stanowią zmiany istotnej, gdyż takie same regulacje obowiązywałyby każdego wykonawcę, który złożyłby ofertę, gdyby jego oferta okazała się najkorzystniejsza i to z nim miałyby być podpisana umowa. Przepisów powszechnie obowiązujących nie trzeba uwzględniać w treści umowy, gdyż obowiązują także wówczas, gdy nie mówi o nich umowa. Zmiana umowy może być uznana za nieistotną, gdy jest wywołana przyczynami zewnętrznymi. Dotyczy to przede wszystkim takich przypadków, gdy przyczyny

zmiany umowy odnosiłyby się w taki sam sposób do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie, przy czym zakres i warunki zmiany muszą być niezależne od osoby wykonawcy, a zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach. Taka sytuacja zachodziła w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający podniósł, że (...) gdyby uznać, że wprowadzone zmiany miały charakter istotny, to umowa regulowała warunki modyfikacji umowy, w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia. Wbrew stanowisku wyrażonemu w informacji o wynikach kontroli doraźnej, nie sposób uznać, że treść § 10 ust. 11 umowy z dnia 8 listopada 2021 roku powinna mieć bardziej precyzyjny i jednoznaczny charakter. W sytuacji, gdy w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie weszły w życie przepisy ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do wprowadzenia zmian w akcie prawa miejscowego, trudno w sposób bardziej jednoznaczny i szczegółowy określić warunki wprowadzenia zmian niż poprzez odwołanie się do konieczności dostosowania zapisów umowy do przepisów prawa powszechnie obowiązującego w okresie realizacji usługi.

Prezes UZP w piśmie z dnia 26 stycznia 2023 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.28.2022.LB, KND/28/22/DKZP) podtrzymał swoje stanowisko. Prezes UZP wskazał, że Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej nie zakwestionował wykazanego w ramach Informacji o wyniku kontroli doraźnej faktu zmiany umowy podstawowej z dnia 8 listopada 2021 r. na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Jakubów aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 r., zakresu dokonanych zmian rzeczowego przedmiotu zamówienia jak również częstotliwości odbioru odpadów komunalnych. Prezes UZP wskazał, że w ustawie Prawo zamówień publicznych zasady dotyczące modyfikacji umów w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 454 i 455. Przepisy te zostały oparte na przyjętym w dyrektywach (art. 72 dyrektywy 2014/24/UE i art. 89 dyrektywy 2014/25/UE) podziale na zmiany niedopuszczalne (istotne – w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp) i dopuszczalne (nieistotne – i określone w art. 455 ustawy Pzp) i stanowią niezbędne doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji są uznane za istotne lub nieistotne. Wskazane powyżej przepisy wyrażają utrwaloną na gruncie prawa zamówień publicznych zasadę niezmienności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Jak zostało

ustalone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej postanowienia aneksu wyłączyły odbiór przez Wykonawcę takich odpadów jak: popiół; odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych; odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych) jak również spowodowały, że zmianie uległa w stosunku do pierwotnej umowy częstotliwość odbioru odpadów komunalnych w stosunku do zapisów zawartych w SWZ w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów. W umowie pierwotnej wykonawca zobowiązany był do odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych raz w miesiącu w okresie od listopada do marca oraz w okresie od kwietnia do października nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. Natomiast aneksem nr 1 częstotliwość odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych została zmieniona na raz w miesiącu. W zawartej umowie podstawowej do zakresu obowiązków wykonawcy należał m.in. wywóz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz zużytych opon, które należało wystawić przed wejściem do nieruchomości. W nowym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów ww. odpady należało dostarczyć we własnym zakresie do wyznaczonego punktu w wyznaczonym terminie.

W ocenie Prezesa UZP, mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zmiana umowy z dnia 8 listopada 2021 r. dotyczyła zmiany w wielkości umówionego świadczenia odbioru odpadów oraz częstotliwości ich odbioru przez wybranego wykonawcę. W szczególności, zmiana umowy istotnie zmniejszyła zakres świadczeń i zobowiązań wykonawcy przy jednoczesnym zachowaniu ustalonego w umowie podstawowej wynagrodzenia. Bez wątpienia zmiana umowy spowodowała, że charakter umowy zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Zostały zatem spełnione przesłanki art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w konsekwencji istotne zmiany zawartej umowy wymagały stosownie do art. 454 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana nie może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości.

Prezes UZP wskazał, że powyższe koresponduje ze wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wyrokiem TSUE z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (EU:C:2008:351), w którym Trybunał wskazał m.in. zmianę zamówienia publicznego w czasie

jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza 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. W konsekwencji, twierdzenia Zamawiającego, iż (...) *zmiany umowy odnoszący się w taki sam sposób do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie (...) oraz (...) zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach (...)* nie mają uzasadnienia, ponieważ w przypadku istotnej zmiany umowy mamy do czynienia z nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego. W konsekwencji, wybór wykonawcy powinien nastąpić w postępowaniu o zamówienie publiczne w oparciu o nowe warunki zamówienia. W odniesieniu natomiast do argumentacji Zamawiającego, iż (...) *zmiana umowy podyktowana została wprowadzeniem zmian do Regulaminu utrzymania czystości i porządku w Gminie Jakubów przez Radę Gminy Jakubów uchwałą nr XXXIX/228/2021 z dnia 29 listopada 2021 roku w sprawie uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów (...)* i w związku z tym (...) *Zamawiający w dniu wszczęcia postępowania nie mógł przewidzieć jakiego rodzaju zmiany zostaną wprowadzone przez Radę Gminy, należy stwierdzić, iż zmiana umowy o zamówienie publiczne, stanowiła czynność regulowaną przepisami ustawy Pzp i to zgodność działań Zamawiającego z przepisami tej ustawy badano w toku kontroli doraźnej. Odstąpienia od stosowania przepisów aktu normatywnego rangi ustawowej nie mogą uzasadniać żadne przepisy wewnętrzne dotyczące Zamawiającego, a wszelkie akty normatywne niższego rzędu, w tym uchwały Rady Gminy, muszą być interpretowane w taki sposób, aby zachować zgodność z treścią przepisów ustaw i nie mogą podważać zasad udzielania zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak zostało wskazane w opinii Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji (...)* *Zamawiający nie może w toku postępowania powoływać się działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.* Tym samym, Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu, w tym przypadku Rady Gminy w celu uzasadnienia istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, w szczególności, iż okoliczności zmiany umowy są szczegółowo uregulowane przez przepisy ustawy Pzp. Należy też dodać, że przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zobowiązywały Zamawiającego, ani Radę Gminy do dokonania zmian odpowiednio w obowiązującej umowie o zamówienie publiczne i Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Nie sposób zatem uznać argumentacji Zamawiającego negującej

możliwy wpływ naruszenia przepisu art. 454 ustawy Pzp ze względu na fakt, że (...) zmiana umowy może być uznana za nieistotną, gdy jest wywołana przyczynami zewnętrznymi.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że w treści wniesionych zastrzeżeń Zamawiający podniósł, iż (...) nie sposób uznać, że treść § 10 ust. 11 umowy z dnia 8 listopada 2021 roku powinna mieć bardziej precyzyjny i jednoznaczny charakter. W sytuacji, gdy w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie weszły w życie przepisy ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do wprowadzenia zmian w akcie prawa miejscowego, trudno w sposób bardziej jednoznaczny i szczegółowy określić warunki wprowadzenia zmian niż poprzez odwołanie się do konieczności dostosowania zapisów umowy do przepisów prawa powszechnie obowiązującego w okresie realizacji usługi. W związku z powyższym Prezes UZP podkreślił, iż ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach została opublikowana w dniu 8 września 2021 r. czyli przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający przed wszczęciem postępowania mógł zatem zapoznać się z treścią przepisów ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że o dniu wszczęcia postępowania decyduje samodzielnie Zamawiający. W świetle powyższych okoliczności trudno zatem uznać, iż czas uchwalenia ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowił przeszkodę w jednoznacznym i szczegółowym określeniu warunków wprowadzenia zmian w zawartej umowie o zamówienie publiczne. Tym samym, należy stwierdzić, że wskazane w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zapisy SWZ i projektu umowy, jak również zawarte bezpośrednio w umowie z dnia 8 listopada 2021 r. w § 10 ust. 11 wyrażenie, że (...) dopuszcza się zmianę umowy w zakresie sposobu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego na sposób spełnienia świadczenia (...) trudno uznać za precyzyjnie i jednoznacznie określające rodzaj i zakres ewentualnych zmian do umowy dokonanych przez Zamawiającego.

Prezes UZP podtrzymał w całości stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba, na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu, Protokołu, Informacji oraz Zastrzeżeń, a także stanowiska Kontrolującego zajętego po złożeniu zastrzeżeń uznała przypisanie Zamawiającemu wskazanych w Informacji naruszeń za zasadne.

Izba podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w Informacji, jak i argumentację dodatkową Kontrolującego, ujętą w piśmie z dnia 26 stycznia 2023 r., uznając ją za własną.

W uzupełnieniu, Izba wskazuje po pierwsze, że ustawodawca w ustawie Pzp wprowadza zasadę niezmienności umów o udzielenie zamówienia publicznego, czemu dał wyraz w art. 454 i 455. Zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Z ustaleń poczynionych przez Prezesa UZP i niezakwestionowanych przez Zamawiającego wynika, że na podstawie aneksu z dnia 15 grudnia 2021 r. z zakresu zamówienia został wyłączony odbiór przez wykonawcę takich odpadów jak: popoił, odpady ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych; odpady wielkogabarytowe, zużyte opony z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych). Zmianie uległa w stosunku do pierwotnej umowy częstotliwość odbioru odpadów komunalnych w stosunku do zapisów zawartych w SWZ. W zawartej umowie podstawowej do zakresu obowiązków wykonawcy należał m.in. wywóz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz zużytych opon, które należało wystawić przed wejściem do nieruchomości. W nowym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów ww. odpady należało dostarczyć we własnym zakresie do wyznaczonego punktu w wyznaczonym terminie. Zdaniem Izby w/w zakres zmian niewątpliwie dotyczy istotnych elementów składających się na pierwotny zakres zamówienia. Zmiana wpłynęła na zmniejszenie obowiązków wykonawcy, przy jednoczesnym zachowaniu ustalonego w umowie podstawowej wynagrodzenia. Zamawiający w zastrzeżeniach, w żaden sposób nie wykazał, iż wprowadzone zmiany mają charakter nieistotny z punktu widzenia pierwotnie określonego świadczenia wykonawcy w SWZ. W ocenie Izby, zmiany wprowadzone poprzez zawarcie aneksu, zmniejszające zakres obowiązków wykonawcy, przy jednoczesnym pozostawieniu niezminionej wartości wynagrodzenia wykonawcy w sposób istotny zmieniły pierwotną umowę. Zostały zatem spełnione przesłanki art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w

konsekwencji istotne zmiany zawartej umowy wymagały stosownie do art. 454 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego regulowane jest przepisami ustawy Pzp. Jest akt rangi ustawowej i w hierarchii aktów prawnych ma pierwszeństwo zastosowania w stosunku do aktów prawa miejscowego. Odnosząc się zatem do stanowiska Zamawiającego o konieczności dokonania zmian w umowie z dnia 8 listopada 2021 r. z uwagi na zmiany wprowadzone w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w Gminie Jakubów, Izba wskazuje, że akt prawa miejscowego jest aktem niższej rangi niż ustawa. A zatem Zamawiający jest zobowiązany realizować umowę o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wszelkie akty normatywne niższego rzędu, w tym uchwały Rady Gminy, muszą być interpretowane w taki sposób, aby zachować zgodność z treścią przepisów ustaw i nie mogą podważać zasad udzielania zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu, w tym przypadku Rady Gminy w celu uzasadnienia istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, w szczególności, iż okoliczności zmiany umowy są szczegółowo uregulowane przez przepisy ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał Prezes UZP, przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zobowiązywały Zamawiającego, ani Rady Gminy do dokonania zmian odpowiednio w obowiązującej umowie o zamówienie publiczne i Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Trudno zatem zgodzić się z Zamawiającym, że w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z jakimś zewnętrznym zdarzeniem niezależnym od Zamawiającego, które niejako wymusiły na Zamawiającym dokonanie zmian w umowie. Zmiany w Regulaminie były wynikiem decyzji Rady Gminy, a więc organu gminy. Rodzi się zasadne pytanie w jaki sposób Zamawiający – Gmina współpracowała z Radą Gminy przy uchwalaniu zmian w Regulaminie i czy podmioty te analizowały kwestię wpływu zmian wprowadzanych w Regulaminie na zawarte już umowy o udzielenie zamówienia publicznego w świetle przepisów ustawy Pzp. Okoliczności tych Zamawiający nie wyjaśnił w zastrzeżeniach.

Po trzecie, nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, że zmiany wprowadzone w umowie z dnia 8 listopada 2021 r. odnosiłyby się do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie. Izba podkreśla, że zmiana spornej umowy w wyniku zawarcia aneksu nr 1 dotyczyła istotnej części zakresu zamówienia, pierwotnie objętej zakresem obowiązków, przy jednoczesnym zachowaniu wynagrodzenia wykonawcy. Taka zmiana ma istotne znaczenie i wypełnia przesłanki z art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Warunki umowy są ustalane w trakcie postępowania przetargowego i

ich późniejsza zmiana nie może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Jest oczywistym dla Izby, że mając do wykonania mniejszy zakres obowiązków, przy jednoczesnym utrzymaniu pierwotnego poziomu wynagrodzenia, udział w postępowaniu mogłyby zgłosić również inne podmioty niż te, które pierwotnie złożyły oferty w postępowaniu.

Po czwarte, odnosząc się do argumentów Odwołującego dotyczącego §10 ust. 11 umowy z dnia 8 listopada 2021 r., Izba uznała stanowisko za niezasadne. Po pierwsze, należy raz jeszcze podkreślić, że ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach została opublikowana w dniu 8 września 2021 r. czyli przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający przed wszczęciem postępowania mógł zatem zapoznać się z treścią przepisów ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający jest jedynym podmiotem, który decyduje o dacie wszczęcia postępowania. Trudno zatem uznać, iż czas uchwalenia ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowił przeszkodę w jednoznacznym i szczegółowym określeniu warunków wprowadzenia zmian w zawartej umowie o zamówienie publiczne. Ponadto, zdaniem Izby, postanowienia zawarte w § 10 ust. 11 umowy nie spełniają wymagań określonych przez ustawodawcę w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Klauzule przeglądowe muszą zawierać co najmniej rodzaj i zakres zmian, warunki ich wprowadzenia oraz ewentualne zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia. Postanowienie zawarte we wzorze umowy tj.: (...) *dopuszcza się zmianę umowy w zakresie sposobu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego na sposób spełnienia świadczenia (...)*, nie spełnia w/w wymagań. Nie określa ani rodzaju, ani zakresu zmian umowy, ani zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający nie wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy nie uleganie zmianie w przypadku konieczności zmiany zakresu zamówienia (jego zmniejszenia) wynikającego ze zmian przepisów prawa, a przecież taki mechanizm zastosował w przedmiotowej sprawie. Przekazanie takiej informacji wykonawcom na etapie publikacji SWZ i wzoru umowy stanowiłoby, zdaniem Izby, istotną okoliczność determinującą uczestnictwo w postępowaniu przetargowym.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....