

**Sygn. akt: KIO/KD 17/21**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 22 września 2021 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 sierpnia 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – Gmina Dąbrowa Tarnowska (ul. Rynek 34, 33-200 Dąbrowa Tarnowska) dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 sierpnia 2021 r. w przedmiocie zamówienia publicznego na: „*Wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej*” ( Nr GKR.2710.4.2019)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
**Członkowie: Anna Kuszel - Kowalczyk**  
**Małgorzata Matecka**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Sygn. akt KIO/KD 17/21**

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

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) na podstawie art. 161 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 zamówienia publicznego udzielonego przez zamawiającego – Gmina Dąbrowa Tarnowska (dalej jako „Zamawiający”) pn. „*Wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej*” (Nr postępowania GKR.2710.4.2019).

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii / materiału wykonania nawierzchni drogowej, pomimo że nie zaszły przesłanki określone tym przepisem,
- 2) art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej;
- 3) art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, z uwagi na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 4) art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez udostępnienie na stronie internetowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 4 dniu po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- 5) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nierzetelne prowadzenie protokołu postępowania (druk ZP-PN).

Odnośnie zarzutu wskazanego w punkcie 1 i 2 Kontrolujący podał:

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego - Gminę Dąbrowa Tarnowska wynika, że przedmiotem zamówienia udzielonego w ramach kontrolowanego postępowania było wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2019 r. pod numerem 5997-83-N-2019. Projekt Wykonawczy opracowany przez Biuro Projektowe i Obsługi Inwestycji Budownictwa Paweł Walas w październiku 2017 r. na zlecenie Urzędu Miejskiego w Dąbrowie Tarnowskiej dla inwestycji: Przebudowa istniejącej powierzchni utwardzonej za blokami przy ul. Zazamcze na działce nr ew. 41/9 (Opis Techniczny) w pkt 4 stanowi, że: ««Projektuje się wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego na istniejącej podbudowie brukowej z „trylinki”. Nawierzchnia bitumiczna ograniczona krawężnikiem drogowym grubości 15 cm układanym na ławie betonowej z betonu C15/20 grubości 15 cm. Od strony bloków przy krawężniku należy wykonać ściek przykrawężnikowy szerokości 20 cm z dwóch rzędów betonowej kostki brukowej 20x10x8cm układanej na ławie z betonu C15/20 grubości 15 cm (...). Konstrukcja jezdni - warstwa ścieralna z betonu asfaltowego AC 1 IS wg PN-EN-13108-1gr. 4cm - warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC 16W wg PN-EN-13108-1gr. 2 + 12 cm - istniejąca podbudowa brukowa z „trylinki” (...). Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm. t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1128. W dokumentacji postępowania znajduje się jednocześnie pismo z dnia 2 września 2019 r. zatytułowane „Informacja dot. realizacji zadania pn. Przebudowa istniejącej powierzchni utwardzanej za

blokami przy ulicy Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej na dz. Ew. nr 41/9", z którego wynika, że „1. Przewidzianą w projekcie wykonawczym nawierzchnię z betonu asfaltowego zastępuje się betonem strukturalnym. 2 Kosztorys dla zadania uwzględnia zmianę, o której mowa w pkt. 1". Kosztorys ofertowy (szczegółowy) dla niniejszego zamówienia, w dziale 10 — Nawierzchnia Drogi określa, co następuje:

Poz. 47: Regulacja pionowa studzienek dla urządzeń podziemnych kraterów ściekowych ulicznych, Obmiar 4,00, Krotność 1,00, Robocizna:

Betoniarz III, Betoniarz II, Robotnik Budowlany II; Materiały:

mieszanka betonowa, cement portlandzki zwykły "35" b/dodatków, piasek uszlachetniony, deski iglaste obrzynane gr. 19-25 mm, kl. III, gwoździe budowlane okrągłe gołe, woda, materiały pomocnicze 0,50 9/0.

Poz. 48: Regulacja pionowa studzienek dla urządzeń podziemnych — włączów kanałowych, Obmiar 11,00, Krotność 1,00,

Robocizna: Betoniarz III, Betoniarz II, Robotnik Budowlany II, Materiały:

mieszanka betonowa, cement portlandzki zwykły "35" b/dodatków, piasek uszlachetniony, deski iglaste obrzynane gr. 19-25 mm, kl. III, gwoździe budowlane okrągłe gołe, woda, materiały pomocnicze 0,50 9/0.

Poz. 49: Podbudowy z kruszywa łamanego. Warstwa górna. Grubość warstwy po zagęszczeniu 8 cm, Obmiar 375,00, Krotność 1,00, Robocizna:

Robotnik Budowlany II, Robotnik budowlany I, Materiały:

kruszywo łamane 0-31,5 mm niesortowane, miął kamienny, woda, materiały pomocnicze 0,50%, Sprzęt: równiarka samojezdna 74 kW/100 KM, walec statyczny samojezdny lot,

Poz. 50: Podbudowy z kruszywa łamanego. Warstwa górna. Dodatek za każdy dalszy 1 cm warstwy ponad 8 cm współczynnik 5, Obmiar 375,00, Krotność 1,00, Robocizna:

Robotnik Budowlany II, Robotnik budowlany I, Materiały: kruszywo łamane 0-31,5 mm niesortowane, woda, materiały pomocnicze 0,50%, Sprzęt:

równiarka samojezdna 74 kW/100 KM, walec statyczny samojezdny lot.

Poz. 51: Nawierzchnia betonowa — nawierzchniowy C 30/35 górna o grubości 5 cm, Obmiar 1 283,50, Krotność 1,00, Robocizna: Cieśla II, Betoniarz II, Robotnik budowlany II, Robotnik budowlany I Materiały: beton nawierzchniowy C30/35z kruszywa naturalnego, siatka zbrojeniowa z prętów, masa asfaltowa zalewowa "Z", krawężniki iglaste kl. II, piasek uszlachetniony masa zalewowa, płyty pilśniowe porowate zwykłe gr 19,0 mm, woda, materiały pomocnicze 0,50 %

Sprzęt: walec wibracyjny samojezd. 2,5t,

Poz. 52: Nawierzchnia betonowa — warstwa górna C 30/35 Beton Nawierzchniowy. Dodatek za każdy dalszy 1 cm ponad 5 cm współczynnik 7, Obmiar 1 283,50, Krotność 1,00, Robocizna: Betoniarz II, Robotnik budowlany II

Materiały: beton nawierzchniowy C30/35z kruszywa naturalnego, masa zalewowa, płyty pilśniowe porowate zwykle gr. 19,0 mm, materiały pomocnicze 0,50 % Sprzęt: walec wibracyjny samojezd. 2,5t.

Zamawiający w rozdz. XVI ust. 4 SIWZ wskazał z kolei, że „dopuszcza możliwość dokonania w umowie zmian przewidzianych w umowie”.

Jak wynika z ust. 4.1 ww. rozdz. SIWZ, poza przypadkami określonymi w umowie, zmiany umowy będą mogły nastąpić w następujących okolicznościach:

a) zaistnienia, po zawarciu umowy, przypadku siły wyższej, przez którą na potrzeby niniejszego warunku rozumieć należy zdarzenie zewnętrzne wobec łączącej strony więzi prawnej:

- o charakterze niezależnym od stron,
- którego strony nie mogły przewidzieć przez zawarciem umowy, którego nie można uniknąć ani któremu stronie nie mogły zapobiec przy zachowaniu należytej staranności,
- której nie można przypisać drugiej stronie,
- za siłę wyższą gwarantującą zmianę umowy uważać się będzie w szczególności: powódź, pożar, i inne klęski żywiołowe, zamieszki strajki, ataki terrorystyczne, działania wojenne, nagłe załamania warunków atmosferycznych, nagłe przerwy w dostawie energii elektrycznej, promieniowanie lub skażenia;

a) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu zamówienia lub świadczenia stron,

b) powstania rozbieżności z lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie umowy w celu jednoznacznej interpretacji przez strony,

c) zmiany w zakresie realizacji umowy przy udziale podwykonawców,

d) gdy zaistnieje inna, niemożliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy okoliczność prawna, ekonomiczna lub techniczna, za którą żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkująca brakiem możliwości należytego wykonania Umowy, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia — zamawiający dopuszcza możliwość zmiany Umowy, w szczególności terminu realizacji zamówienia.

Powyższe zapisy znalazły się także w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji IV.5) - zmiana umowy. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego znajduje się jednocześnie projekt umowy, który w § 2 stanowi, że „szczegółowy zakres robót będzie oddzielnie ustalany na każdy remontowany odcinek drogi. Maksymalna wartość robót objętych umową nie może przekroczyć kwoty 200.000,00 zł”. Kwestia zmian umowy została uregulowana przez Zamawiającego w § 22 projektu umowy, który w ust. 1 stanowi, że „Zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić wyłącznie no warunkach i na zasadach określonych w art, 144 ustawy Prawo zamówień publicznych Natomiast ust. 2 tego samego

paragrafu brzmi „Niedopuszczalna jest jednak pod rygorem nieważności zmiana postanowień zawartej umowy oraz wprowadzenie nowych postanowień do umowy niekorzystnych dla Zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy”. Zgodnie z treścią protokołu kontrolowanego postępowania (druk ZP-PN) termin składania ofert upływał w dniu 4 października 2019 r. Do upływu wskazanego terminu oferty złożyli następujący Wykonawcy:

1. Zakład Remontowo Budowlany S. N. — cena: 182.120,58 zł;
2. Miejskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. — cena: 250.000,00 zł;
3. Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. — cena: 170.167,73 zł.

W kontrolowanym postępowaniu zastosowano procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp2004. W związku z czym, Zamawiający pismem z dnia 7 października 2019 r., oceniając ofertę Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. jako najkorzystniejszą, wezwał go o przedłożenie pozostałych dokumentów.

Jak wynika z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W., Wykonawca ten zaproponował, aby koszt nawierzchni drogi wyniósł 94 217,51 zł netto, a odpowiednio koszt:

- poz. 50 (Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa górna o grubości po zagęszczeniu 8 cm)
- 5 085,00 zł netto,
- poz. 51 (nawierzchnia betonowa — beton nawierzchniowy) — 61 133,11 zł netto, - poz. 52 (nawierzchnia betonowa — warstwa górna) — 18 033, 18 zł netto.

Pismem z dnia 14 października 2019 r. Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. zwrócił się do Urzędu Miasta Dąbrowa Tarnowska, z następującą propozycją:

W związku z niekorzystnymi warunkami, w trakcie których wykonywanie nawierzchni drogi z betonu może nie zapewnić właściwego reżimu technologicznego związanego z wykonaniem, jak również z późniejszym dojrzewaniem betonu, proponujemy zmianę tej nawierzchni na nawierzchnię wykonaną z kostki brukowej betonowej wibroprasowanej, której proces wytwarzania zapewnia optymalne warunki dojrzewania i uzyskania wytrzymałości. Nawierzchnia z kostki zostanie ułożona na podsypce piaskowo — cementowej. Zastosowanie takiej nawierzchni pod względem użytkowym jest porównywalne z nawierzchnią betonową, czego przykładem może być wiele placów manewrowych oraz dróg osiedlowych. Dodatkowo daje również większą łatwość ewentualnych napraw w trakcie eksploatacji. Zwracamy się w związku z tym, z prośbą o akceptację zaproponowanej zmiany nawierzchni betonowej na nawierzchnię z kostki wibroprasowanej układanej na podsypce piaskowo cementowej, która jest porównywalna zarówno pod kątem użytkowym jak również finansowym, gdyż koszt wykonania zarówno jednej jak i drugiej nawierzchni jest porównywalny, lecz obecne warunki (opady deszczu i przymrozki) uniemożliwiają prawidłowe wykonanie nawierzchni betonowych.

Pismem datowanym na dzień 14 października 2019 r. Zamawiający, w imieniu którego działał Sekretarz Gminy udzielił odpowiedzi na ww. pismo Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W., w którym wskazał:

*„W odpowiedzi na pismo w sprawie zmiany technologii wykonania nawierzchni drogi przy zadaniu pn. Wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. zazamcze w dąbrowie tarnowskiej Burmistrz Dąbrowy Tarnowskiej po rozpatrzeniu argumentów wyraża zgodę na zaproponowane rozwiązanie tj. wykonanie nawierzchni z kostki betonowej wibroprasowanej gr 8 cm na podsypce cementowo — piaskowej zamiast nawierzchni betonowej. Rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego”.* Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, pismo tej samej treści, datowane na dzień 7 listopada 2019 r., zostało przesłane przez Pana G. W. do Urzędu Miasta Gminy Dąbrowa Tarnowska w dniu 13 listopada 2019 r. Przy dekretacji przedmiotowego pisma widnieje również dopisek „Zgoda” wraz z podpisem. W dniu 15 października 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z ww. Wykonawcą w dniu 18 października 2019 r. (umowa nr GKR.2721.28.2019), dalej „Umowa”. W § 1 ust. 1 i 2 przedmiotowej Umowy poinformowano, że szczegółowy zakres zadania stanowią kosztorysy ofertowe załączone do oferty. Ponadto § 2 umowy stanowi, że wszystkie roboty wynikłe w trakcie realizacji zadania, nie ujęte w zakresie rzeczowym załączonych kosztorysów ofertowych, a wynikające jednoznacznie z technologii, Warunków Technicznych Wykonawstwa i Odbioru Robót lub Polskich Norm nie będą traktowane jako roboty dodatkowe, stanowiące podstawę Wykonawcy do żądania zmiany wartości umowy. Jednocześnie zgodnie z § 5 ust. 1 Umowy, Zamawiający zastrzegł sobie „prawo do zmniejszenia zakresu prac, o których mowa w § 1 umowy”. Jak również, z § 5 ust. 2 Umowy wynika, że „W razie zmniejszenia zakresu prac rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego opracowanego na podstawie składników cenotwórczych zawartych w kosztorysie ofertowym”. Ponadto w § 16 ust. 1 Umowy, wprowadzono zapis zgodnie, z którym „zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić wyłącznie na warunkach i na zasadach określonych w art. 144 ustawy Prawo zamówień Publicznych”. W myśl ust. 2 ww. artykułu, „niedopuszczalna jest jednak pod rygorem nieważności zmiana postanowień zawartej umowy oraz wprowadzenie nowych postanowień do umowy niekorzystnych dla Zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy”. Równocześnie w § 17 Umowy wskazano, że „w sprawach nie uregulowanych niniejszą umową będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego, ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Ustawy Prawo Budowlane i przepisy wykonawcze do tych ustaw”. Zgodnie z kosztorysem powykonawczym opracowanym przez Wykonawcę Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. w grudniu 2019 r. wartość całości robót wyniosła 170 167, 73 zł brutto (138 347,75 zł netto). Z

niniejszego dokumentu wynika również, że w dziale 10 - Nawierzchnia drogi ww. kosztorysu, w poz. 50 zmniejszono obmiar z dotychczasowego 375,00 m<sup>2</sup> do 72,1 m<sup>2</sup>. Ponadto w poz. 51 zamieszczono: „Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo — piaskowej 1283,5”, a poz. 52 kosztorysu została usunięta. Tym samym zgodnie z kalkulacją Wykonawcy wartość robót dot. Nawierzchni drogi wynosiła — 94 217,38 zł netto (z czego sama nawierzchnia z kostki brukowej betonowej — 83 273,48 zł netto). Faktura wystawiona w dniu 9 grudnia 2019 r. przez Wykonawcę Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. z tytułu realizacji niniejszego zadania opiewała na kwotę 170 167,73 zł brutto. Wobec powyższej zmiany wykonania nawierzchni Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie. W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że: *„W związku z pogarszającymi się warunkami atmosferycznymi/ szczególnie niekorzystnymi w roku 2019/ Zamawiający wyraził zgodę na zmianę pierwotnej technologii z betonu strukturalnego na kostkę brukową (...). Konieczność wprowadzenia robót zamiennych wynikała z przyczyn losowych i niezależnych od Wykonawcy i wymusiła zmiany technologiczne. Przy zachowaniu rygorów wynikających z Prawa zamówień publicznych, Wykonawca użył materiału i technologii o parametrach równoważnych, odpowiednio korygując zakres robót. Przedmiotowa zmiana (zdaniem Zamawiającego) nie stoi w sprzeczności z ograniczeniem z art. 140 PZP, gdyż modyfikacja świadczenia Wykonawcy mieści się w ramach ogólnie określonego przedmiotu zamówienia, a jednocześnie zwiększa użyteczność tego świadczenia”*. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że *„wyrażając zgodę na zmianę technologii brał pod uwagę, iż wprowadzenie robót w technologii „betonu strukturalnego” w niekorzystnych warunkach atmosferycznych w efekcie skutkowałby przemarzaniem nawierzchni, brakiem możliwości oceny udatności wiązania betonu i w efekcie doprowadził do utraty gwarancji na wykonane roboty”*. Zdaniem Zamawiającego *„zgodnie ze stosowanymi zapisami umowy (...), tj. par. 16 ust. 1 i par. 5 ust. 2, zostało uwzględnione przez Zamawiającego zaistnienie przesłanek wynikających z art. 144 PZP, a rozliczenie nastąpiło kosztorysem powykonawczym. Biorąc pod uwagę powszechność stosowania zarówno technologii układania nawierzchni z betonu strukturalnego jak i kostki betonowej/brukowej, Zamawiający stoi na stanowisku, że przedmiotowa zmiana nie miała żadnego wpływu na zasady konkurencyjności wynikające z ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Natomiast wprowadzona zmiana technologii, m. in. z uwagi na reżim technologiczny była niezbędna i konieczna do zastosowania w związku z zaistnieniem przesłanek z art. 144 PZP, o których informuje Wykonawca w piśmie z dnia 14.10.2019 r. Możliwość zmiany warunków umowy, o których mowa powyżej zostały dopuszczone w SIWZ, a stosowne zapisy (m. in. dot. stosowania art. 144 PZP) znalazły się w projekcie umowy - stanowiącym załącznik do SIWZ. Tym samym Zamawiający spełnił przesłankę dot. konieczności przewidzenia możliwości wprowadzenia robót zamiennych, na etapie ogłoszenia postępowania o udzielenie*

zamówienia publicznego. Z uwagi na istnienie stosownych zapisów (...) nie zawierano aneksu z Wykonawcą, dysponując rozliczeniem robót kosztorysem powykonawczym". Podał, że (...) wprowadzona zmiana technologii nie skutkowałą zmianą zakresu świadczenia Wykonawcy wynikającą z oferty. Wprowadzenie na etapie realizacji zamówienia robót zamiennych nie wykraczało poza pierwotny przedmiot zamówienia i było tożsame z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zmiana technologii (zdaniem Zamawiającego) ma charakter nieistotny i w żaden sposób ewentualna wiedza o jej wprowadzeniu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wypłynęła na krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia lub na wynik postępowania. Poinformował jednocześnie, że w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego nie wpłynęły pytania do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy PZP oraz nie zawierano aneksów do umowy. W kolejnych wyjaśnieniach, odnosząc się do dokładnego zakresu robót zamiennych, Zamawiający wskazał, że «zmieniona została „nawierzchnia” z nawierzchni betonowej — betonu nawierzchniowego C 30/35 warstw górna gr, 5 cm, poz. 51 d. 10 oraz usunięta poz. Nr 52 d. 10, tj. dodatek do grubości 5 cm, na nawierzchnię z kostki brukowej betonowej o gr. 8 cm na podsypce cementowo — piaskowej poz. Nr 51 d10.

(...) Zakres powierzchni wykonanej nawierzchni pozostał bez zmian, tj. 1283,5 m<sup>2</sup>. Z powodu większej grubości warstwy jednej z kostki, tj. średnio 13 cm od przyjętej pierwotnie nawierzchni betonowej gr 10 cm, nastąpiła możliwość zmniejszenia powierzchni podbudowy z kruszywa łamanego grubości (po zagęszczeniu) 8 cm z 375 m<sup>2</sup> 72,1m<sup>2</sup> poz. Nr 50 d10. Wprowadzone zmiany nie spowodowały zmiany wartości działu kosztorysu pn. Nawierzchnia drogi i jego wartość w kosztorysie ofertowym jak i powykonawczym wynosi 94 217,38 zł (netto). Również wartość całego zadania nie uległa zmianie». W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp2004, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Istotą wskazanego przepisu jest zatem zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość, czas trwania itp. Tym samym z przepisu tego wynika, że zamówienie nie może być zwiększone. Nie oznacza to jednak zakazu całkowitego dokonywania zmian w umowie, w tym także w przedmiocie zamówienia. W wyjątkowych wypadkach bowiem umowa może być zmieniona, a przesłanki uprawniające do zmiany umowy określone zostały w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004".

Kontrolujący podał, że „Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: „1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji



istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian; 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej; 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca: a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1, b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców; 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e; 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

1b. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

1e. Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli: 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu; 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej, c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań

wynikający z umowy lub umowy ramowej, d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

2. Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

3. Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1- 1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia”.

Kontrolujący wskazał, (...) że zgodnie z treścią uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO/KD 57/13 „roboty zamienne to roboty ujęte w dokumentacji projektowej, wykonywane tylko w sposób odmienny od określonego w umowie. Wdrożenie robót zamiennych może być rozważane w kontekście zmiany w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że ww. okoliczności występujące na gruncie kontrolowanej sprawy świadczą o dokonaniu przez Zamawiającego nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem było wykonanie nawierzchni na drodze za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej. W pierwszej kolejności, biorąc pod uwagę występującą chronologię zdarzeń, należy wskazać, że zgodnie z dokumentacją techniczną postępowania, przedmiotem, kosztorysem ofertowym Zamawiający wymagał wykonania nawierzchni z betonu na drodze objętej przedmiotem zamówienia. Następnie do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty wśród, których znalazła się oferta Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Wykonawca ten zaoferował wykonanie nawierzchni z betonu, a więc zgodnie z wymogami Zamawiającego. Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. za najkorzystniejszą. Jak wynika bezpośrednio z § 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez Zamawiającego z ww. Wykonawcą w dniu 18 października 2019 r., dotyczącego przedmiotu zleconego zadania „szczegółowy zakres stanowią kosztorysy ofertowe załączone do oferty”. Powyższe pozwala uznać, że zawierając umowę o ww. treści strony umowy potwierdziły, iż przedmiot zamówienia dotyczy wykonania nawierzchni z betonu. Tymczasem wybrany Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. za porozumieniem stron umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 18 października 2019 r. wykonał nawierzchnię z kostki brukowej betonowej zamiast z betonu, co wynika wprost z korespondencji Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. z Zamawiającym oraz z treści kosztorysu powykonawczego. Należy bowiem zauważyć, że Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. dwukrotnie kierował do Zamawiającego pismo o tej samej treści, z propozycją zmiany technologii/materiału wykonania nawierzchni, tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem ww. umowy oraz po zawarciu umowy w dniu 7 listopada

2019 r. Zgodnie z treścią odpowiedzi udzielonej przez Sekretarza Gminy, pełniącego w postępowaniu funkcję przewodniczącego komisji przetargowej, w piśmie z dnia 14 października 2019 r. wyrażono zgodę na „wykonanie nawierzchni z kostki betonowej wibroprasowanej gr 8 cm ma podsypce cementowo - piaskowej zamiast nawierzchni betonowej”. Wskazano przy tym, że rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego. Niemniej strony zawierając w dniu 18 października 2019 r. umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia nie dokonały jej zmiany w zakresie technologii / materiałów w jakiej miała zostać wykonana nawierzchnia. Można więc uznać, że Zamawiający i Wykonawca przed zawarciem umowy wyrazili zamiar zmiany materiałów/technologii wykonania nawierzchni drogi. Wola stron umowy w zakresie zmiany sposobu realizacji umowy została potwierdzona także po zawarciu umowy. Świadczy o tym pismo Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. z dnia 7 listopada 2019 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 13 listopada 2019 r. Jednocześnie istotną kwestią jest fakt zamieszczenia na przedmiotowym piśmie dopisku „Zgoda” wraz z parafą, co do której istnieje domniemanie, że należy do Sekretarza Gminy. Tym samym, ww. pismo Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. z dnia 7 listopada 2019 r., na którym odnotowano zgodę na zmianę nawierzchni betonowej na kostkę betonową wibroprasowaną, a przede wszystkim protokół powykonawczy wskazujący na realizację zamówienia zgodnie z tymi ustaleniami, nakazują uznać, że doszło do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zmiany materiałów/technologii wykonania nawierzchni drogi, w sposób niezgodny z przepisami art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego informujące o braku zawierania jakichkolwiek aneksów do zawartej umowy należy uznać, że do ww. zmiany umowy doszło w toku realizacji umowy jedynie w sposób dorozumiany (*per facta concludentia*), bez dochowania formy pisemnej. Zdaniem Zamawiającego powyższa zmiana nie była istotna, w dodatku „wprowadzenie na etapie realizacji zamówienia robót zamiennych nie wykraczało poza pierwotny przedmiot zamówienia i było tożsame z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Tymczasem należy wskazać, że omawiana zmiana w postaci wprowadzenia kostki brukowej zamiast nawierzchni z betonu dotyczy pozycji w kosztorysie ofertowym, której wartość stanowi ponad 50% wartości całego zamówienia określonego w umowie. Kosztorys załączony wraz z ofertą potencjalnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wyżej wprowadzone zmiany, musiałby zostać inaczej sformułowany - możliwe, że wartość robót z działu dot. nawierzchni drogi opiewałaby na inną kwotę. Dodać należy, że w przedmiotowym przypadku oprócz zmiany materiału nawierzchni mamy do czynienia także z zastosowaniem innego sprzętu, techniki wykonania. Tym samym należy wskazać, że chociaż zmiana materiału/technologii wykonania nawierzchni drogi nie spowodowała zwiększenia ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy nie oznacza to jeszcze, że inny Wykonawca trudniący się brukarstwem, być może nie zaoferowałby korzystniejszej ceny za ułożenie kostki

betonowej, gdyby tego rodzaju wymóg został określony przez Zamawiającego pierwotnie. Można zatem uznać, że jest to zmiana istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) ustawy Pzp2004, gdyż gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały postawione warunki dotyczące utwardzenia drogi kostką brukową betonową to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści. Jednocześnie zdaniem Zamawiającego, zapisy zawarte w SIWZ i projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, bliżej nieokreślone przez niego, dotyczące możliwości zmiany warunków umowy umożliwiły mu spełnienie przestanki dot. konieczności przewidzenia możliwości wprowadzenia robót zamiennych na etapie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Analizując SIWZ jak i projekt umowy należy uznać, że Zamawiający nie określił precyzyjnie możliwości wykonania robót zamiennych. Właściwie zawarte przez niego zapisy, w szczególności dot. art. 144 ustawy Pzp2004 są bardzo ogólne i nie pozwalają wysnuć z nich wniosku, że Zamawiający dopuszczał tego rodzaju zmiany, tym bardziej nie precyzują w jakim zakresie miały by one wystąpić, czy o jakim charakterze. W konkluzji Kontrolujący podał, że: „Należy uznać, że postanowienia zawarte w SIWZ, o których mowa powyżej nie mogą same w sobie stanowić wystarczającej podstawy do wprowadzenia robót zamiennych. W związku z czym nie sposób uznać, że Zamawiający był uprawniony do dokonania tego rodzaju zmiany. W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na sposób dokonania powyższej zmiany umowy. Faktem jest, że strony nie zawarły aneksu do umowy, tym samym nie dochowano wymogu pisemnej formy zmiany umowy w sprawie zamówienia” Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp2004, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl § 2 ww. artykułu, umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Biorąc pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie określa formy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odwołać się do art. 77 §1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Powyższe dowodzi, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego winna być dokonana w formie pisemnej. Podsumowując, w kontrolowanej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii/materiału wykonania nawierzchni drogowej, pomimo że nie zaszły przestanki określone tym przepisem, a także art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej, wbrew ww. przepisom. Powyższe naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie punktu 3 Wyniku kontroli podano, że „Z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał za pomocą operatora pocztowego trzem Wykonawcom pismem z dnia 15 października 2019 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił informację o wyniku postępowania na swojej stronie internetowej. Ze zwrotnych potwierzeń odbioru wynika, że Wykonawcy: Zakład Remontowo Budowlany S. N., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. odebrali ww. pismo Zamawiającego w dniu 16 października 2019 r. Natomiast Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. otrzymał przedmiotowe pismo w dniu 18 października 2019 r. Jak już wskazano powyżej Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego numer GKR.2721.28.2019 w dniu 18 października 2019 r. z Wykonawcą Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 listopada 2019 r. pod numerem 510237785-N-2019. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni — jeżeli zostało przesłane w inny sposób — w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Mając na uwadze treść ww. przepisu należy zauważyć, że w przypadku kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia mamy do czynienia z zamówieniem, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 poz. 1843 ze zm.). Ponadto zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu zostało przesłane wykonawcom drogą pocztową. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, z uwagi na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W zakresie punktu 4 podano, że Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2019 r. pod numerem 599783-N-2019. W toku kontroli doraźnej ustalono na podstawie przekazanej dokumentacji, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona przez

Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 23 września 2019 r., a więc w 4 dniu od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004, specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne i prawne należy wskazać, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 42 ust. 1 ustawy Pzp2004, poprzez udostępnienie na stronie internetowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 4 dniu po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W zakresie punktu 5 podano, że „Zamawiający w sekcji 7 protokołu niniejszego postępowania wskazał, że SIWZ została udostępniona na stronie internetowej [www.dobrowatar.pl](http://www.dobrowatar.pl) od dnia 19 września 2019 r. Podczas gdy jak wskazano w pkt 3, dniem udostępnienia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego był dzień 23 września 2019 r. Ponadto w sekcji 6 protokołu postępowania Zamawiający wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej [www.dobrowatar.pl](http://www.dobrowatar.pl) od dnia 19 września 2019 r., podczas gdy podobnie jak w przypadku SIWZ, na stronie internetowej Zamawiającego widnieje data publikacji dokumentu w dniu 23 września 2019 r. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że protokół postępowania jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp2004. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób rzetelny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. W art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zgodnie z § 2 ust. 2 wskazanego rozporządzenia protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004, zawiera m.in. informacje dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu. Z kolei zgodnie z § 3 rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia. Z sekcji 7 wzoru protokołu stanowiącego załącznik do ww. rozporządzenia wynika, iż zamawiający jest zobowiązany zaznaczyć, czy SIWZ została udostępniona na stronie internetowej, podać adres strony, jak również od którego dnia została udostępniona, do którego. Z kolei zgodnie z sekcją 6 wzoru protokołu zamawiający zobligowany jest wskazać adres strony internetowej, na której

zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu z informacją od kiedy do kiedy zostało zamieszczone. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Zamawiający, nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp2004 w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Informację o wyniku kontroli Informację Kontrolujący przesłał Zamawiającemu przy piśmie z dnia 16 sierpnia 2021 r., wskazując jednocześnie, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp2004, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający, pismem z dnia 24 sierpnia 2021 r. (wpływ do Kontrolującego w dniu 30 sierpnia 2021), wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w odniesieniu do zarzuconego mu naruszenia (dalej „Zastrzeżenia”) w zakresie punktu 1 i 2, stwierdzając, że podtrzymuje uprzednio złożone wyjaśnienia i wskazując, że zmiana umowy odbyła się, w ocenie Zamawiającego z poszanowaniem art. 144 ust. 1 dPZP.

Podał: „Według art. 144 ust. 1 pkt 6 dPZP dopuszczalne jest dokonywanie zmian zawartej umowy lub umowy ramowej, jeżeli łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 dPZPi jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane — jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Obliczanie wartości dopuszczalnych zmian powinno być dokonywane z uwzględnieniem przepisu ust. 1d, w świetle którego, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy (do 50% wartości zamówienia) ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. W rozpatrywanym przypadku kwota wynagrodzenia należnego wykonawcy, pomimo zmiany technologii wykonania nie uległa żadnej zmianie i opiewała ostatecznie na kwotę 170 167,73 zł (identyczną sumę wskazał wykonawca w pierwotnej ofercie). W związku z tym należy uznać, że łączna wartość zmian umowy była mniejsza niż 15% wartości całkowitej zamówienia, przez co dopuszczalna była również zmiana umowy na zasadzie art. 144 ust. 1 pkt 6 dPZP. Dodatkowo brak było możliwości przewidzenia drastycznego pogorszenia się warunków atmosferycznych w okresie wykonywania prac, które, ze względów technologicznych wskazanych m.in. w piśmie wykonawcy z dn. 14 października 2019 r., nie

tylko w ocenie Zamawiającego ale i obiektywnie uniemożliwiały prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy według pierwotnych założeń. W związku z tym za dopuszczalną należy uznać możliwość zmiany umowy w dokonanym faktycznie zakresie, w oparciu o zapis umowy z § 16 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP. Ponownie podkreślenia wymaga, iż wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie, ale nie powodowała jakiegokolwiek zmiany w tej wartości. W żadnym z powyższych dwóch przypadków, nie doszło również do zmiany charakteru umowy; podobnie jak w pierwotnej wersji, tak również po zmianie, umowa dotyczyła robót budowlanych polegających na wykonaniu nawierzchni drogi dojazdowej do budynków mieszkalnych. Modyfikacji uległa wyłącznie technologia budowy, co jednakże nie może być oceniane jako zmiana charakteru umowy, biorąc pod uwagę treść art. 353[1] KC a zatem przede wszystkim właściwość (naturę) stosunku, a dalej również ustawę oraz zasady współżycia społecznego. Należy jednocześnie podkreślić, że w obydwóch rozpatrywanych powyżej przypadkach, wynikających z art. 144 dPZP dopuszczalność zmiany umowy nie jest obwarowana koniecznością precyzyjnego i dokładnego wskazania w SIWZ i umowie warunków, pod jakimi może nastąpić zmiana przedmiotu umowy w zakresie technologii wykonania. Warto ostatecznie zwrócić również uwagę na fakt, iż ostatecznie wybrany jako wykonawca oferent (P. G. W.) najpierw złożył określoną kwotowo ofertę na wykonanie drogi w technologii betonowej, a dopiero następnie zwracał się z propozycją zmiany tej technologii na inną (zresztą korzystniejszą w tamtym czasie dla Zamawiającego). Bezprzedmiotowym zatem jest rozważanie możliwości złożenia przez innych oferentów odmiennych ofert na wykonanie nawierzchni z kostki betonowej, których wartość zmiany mogłaby przekraczać progi określone w art. 144 dPZP. Wartość zmiany można odnosić wyłącznie do kwot zawartych w samej umowie, zawartej na pierwotnych warunkach. Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do formy pisemnej wymaganej zgodnie art. 139 ust. 1 i 2 dPZP w zw. z art. 77 § 1 KC, wypada przytoczyć treść art. 78 § 1 KC, który przewiduje, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. W toku kontroli ustalono m.in., że na piśmie przesłanym przez P. G. W., datowanym na 13 listopada 2019 r. (tj. już po zawarciu umowy) zamieszczono dopisek „Zgoda” wraz z podpisem. Według art. 65 § 1 i 2 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (§ 2): W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W ocenie Zamawiającego, oferta wykonawcy dotycząca zmiany sposobu wykonania nawierzchni drogi, zawarta w treści wyżej wym. pisma,



stanowiła niewątpliwie oświadczenie woli o częściowej zmianie przedmiotu umowy. Z drugiej strony nastąpiło również oświadczenie woli o akceptacji, bez zastrzeżeń złożonej oferty, poprzez wyrażenie pisemnej zgody na taką zmianę. Obydwa wymienione oświadczenia, złożone w formie pisemnej składały się na dwustronną zmianę (aneksowanie) umowy. Oświadczenia te spełniają więc nie tylko wymóg pisemnej formy zawarcia i zmiany umowy z art. 77 i 78 KC ale sama ich treść co do zakresu zmian, oceniana według art. 65 KC, w konkretnych okolicznościach sprawy nie powinna budzić wątpliwości tym bardziej w znanym przecież kontekście i okolicznościach przetargu oraz zawarcia umowy, w tym wcześniejszej sygnalizacji możliwości wprowadzenia korzystnej technologicznie zmiany sposobu wykonania”.

W odniesieniu do stwierdzonych naruszeń z pkt 3-5 Informacji o wyniku kontroli, jako nie mających wpływu na wynik postępowania, Zamawiający stwierdził, że (...) deklaruje usunięcie tego rodzaju nieprawidłowości w toku przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, w ubiegłym roku Zamawiający dokonał zmian w strukturze organizacyjnej urzędu, celem wyeliminowania błędów w prowadzonych procedurach przetargowych”.

Pismem z dnia 9 września 2021 r. Kontrolujący odniósł się do Zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymując stanowisko co do wskazanych w punkcie 1 i 2 Informacji do wyniku kontroli naruszeń.

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

Zamówienia nie określają możliwości wykonania robót zamiennych. W związku z czym należy stwierdzić, że Zamawiający nie sprostął w tym przypadku wymogom zawartym w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiający przywołuje się już wprost na konkretne przesłanki wynikające z art. 144 ust. 1 pkt 6 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, w oparciu, o które, jego zdaniem, możliwa była zmiana umowy. Należy przy tym zauważyć, że w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Stąd też, dyspozycja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna. Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zamiany m. in. w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane — jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo — skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy. Uwzględniając powyższe, wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Z powyższym przepisem związany jest również art. 144 ust. 1b ustawy

Pzp2004, zgodnie z którym, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „zmiany charakteru umowy”. Niemniej, jak wynika z treści art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 109 klauzule dotyczące zmiany umowy, a także zmiana umowy dokonywana z uwagi na nieprzewidziane okoliczności nie może prowadzić do zmiany ogólnego charakteru tej umowy (zamówienia). W świetle motywu 109 do dyrektywy 2014/24/UE, modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia. Wobec czego każdy przypadek podejrzenia wpływu zmiany umowy na jej charakter, dokonanej na podstawie ww. przepisów, należy rozpatrywać indywidualnie. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że z ustaleń dokonanych w toku przeprowadzonej kontroli wynika że, istotnie, zmiana technologii/materiałów wykonania drogi nie pociągała za sobą zmiany wynagrodzenia Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Kwota zaoferowana w ofercie Wykonawcy, następnie widniejąca w umowie i na wystawionej fakturze VAT opiewała na identyczną wartość: 170 167, 73 zł brutto (138 347, 75 zł netto). W związku z czym, należy uznać, że nie wystąpił w analizowanym przypadku standardowy dla przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 skutek w postaci modyfikacji wartości umowy. Istotny jest przy tym również charakter dokonanej zmiany umowy. Zmianie uległy bowiem kluczowe warunki realizacji umowy tj. dopuszczona została odmienna technologia wykonania zamówienia polegająca na zastąpieniu budowy drogi w technologii nawierzchni betonowej na technologię nawierzchni z betonowej kostki brukowej. Należy przy tym pamiętać, że umowa w § 1 ust. 2 określa, że szczegółowy zakres zamówienia stanowią kosztorysy ofertowe załączone do oferty, w których zaoferowano wykonanie nawierzchni z betonu. Można zatem uznać, że w analizowanym przypadku, przedmiotowa zmiana miała charakter przede wszystkim jakościowy, a nie ilościowy, tj. polegający wyłącznie na zwiększeniu lub zmniejszeniu zakresu zamówienia opisanego pierwotnie w SIWZ. Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było bowiem wykonanie nawierzchni drogi, zmianie zaś uległ materiał z jakiego miała zostać wykonana cała, ostateczna nawierzchnia (beton zastąpiono kostką brukową betonową). Implikowało to także zastosowanie odmiennej techniki położenia nawierzchni, posłużenie się innym od zakładanego sprzętem. Dokonane zmiany dotyczyły więc fundamentalnych aspektów przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią kosztorysu ofertowego Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. koszt nawierzchni drogi wynosił 94 217,51 zł netto. Natomiast jak wynika z kosztorysu powykonawczego (tabela elementów scalonych), koszt nawierzchni drogi opiewał na kwotę 94 217, 38 zł netto, co stanowi ponad 50 % wartości wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, wynoszącej 138 347, 75 zł netto. Zatem zmianie uległy roboty, których wartość stanowi ponad 50 % wartości zawartej umowy. Powyższe prowadzi do

wniosku, że na skutek dokonanej zmiany technologii / materiałów zmianie mógł ulec również charakter zawartej umowy. Co prawda w dalszym ciągu mamy do czynienia z zamówieniem dotyczącym wykonania nawierzchni drogi, niemniej bez wątpienia zachodzi tu ingerencja w przedmiot zamówienia. Efektem końcowym robót jest nawierzchnia drogi z kostki brukowej, a nie jak początkowo planowano nawierzchnia drogi wylana z betonu. Okoliczność, że zmianie umowy nie towarzyszy zmiana jej wartości/wynagrodzenia wykonawcy nie oznacza jeszcze, że w ramach tej wartości dozwolone jest dowolne modyfikowanie jej treści wpływającego bezpośrednio na przedmiot zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się przez Zamawiającego na art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 na gruncie dokonanej zmiany. Tymczasem zgodnie z przesłanką zawartą w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Urzędu, przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga zatem ustalania, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez

niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady, za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być jednak uznane m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonjunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy, tj. gwałtowna dekonjunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający dochowując należytej staranności nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności nie mających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp.

Interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 prowadzi do wniosku, iż w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe. Należy również zauważyć, iż zaistnienie okoliczności, których instytucja zamawiająca działająca z należyłą starannością nie mogła przewidzieć nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy, w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia

publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić czy istnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków jakie wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Odnosząc się do stanowiska podnoszonego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, świadczącego o braku możliwości przewidzenia „drastycznego pogorszenia się warunków atmosferycznych w okresie wykonywania prac”, co w ocenie Zamawiającego uprawniało go do zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, należy zwrócić uwagę na kilka kwestii. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. w piśmie z dnia 14 października 2019 r. poinformował Zamawiającego o niekorzystnych warunkach w trakcie, których wykonywanie nawierzchni drogi z betonu może nie zapewnić właściwego reżimu technologicznego związanego z wykonaniem, jak również późniejszym dojrzewaniem betonu. Przez ww. niekorzystne warunki należało rozumieć występujące wówczas opady deszczu i przymrozki. Odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo datowana jest również na dzień 14 października 2019 r. (czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował), w związku z czym należy uznać, że o złych warunkach atmosferycznych Zamawiający został oficjalnie poinformowany bezpośrednio przez jednego z Wykonawców po terminie składania ofert lecz przed ostatecznym wyborem najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy. Zatem, zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 18 marca 2019 r. Zamawiający miał świadomość niekorzystnych warunków atmosferycznych, wbrew temu co twierdzi w zastrzeżeniach. Zamawiający bowiem wyraził zamiar zmiany materiałów/ technologii jeszcze zanim nastąpiło przystąpienie do wykonywania prac. Ponadto należy zauważyć, że zapisy SIWZ (rozdz. XVI ust. 4.1) zawierają co prawda postanowienia umożliwiające zmianę umowy w przypadku zaistnienia po zawarciu umowy siły wyższej przez, którą można było rozumieć m. in. powódź, pożar i inne klęski żywiołowe, nagłe załamania warunków atmosferycznych. Jednakże były to postanowienia sformułowane mało precyzyjnie i dotyczyły zdarzeń, których strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem umowy. Przesłanka ta na gruncie niniejszej sprawy nie została więc spełniona. Należy zauważyć, że Zamawiający przewidział termin realizacji zamówienia na miesiące październik-listopad. Kierując się w tym przypadku choćby zwykłym doświadczeniem życiowym, należy starannością, Zamawiający powinien znacznie wcześniej przewidzieć, że o tej porze roku pogoda bywa kapryśna i może istnieć prawdopodobieństwo, iż wykonanie nawierzchni z betonu może być utrudnione. Wystąpienie zmiany warunków atmosferycznych (przymrozki, deszcz) w omawianej sprawie nie należy interpretować jako okoliczności nadzwyczajne, czy niemożliwe do przewidzenia. Na marginesie można wskazać, że powyższa zmiana nie jest

pierwszą dokonaną przez Zamawiającego w zakresie kontrolowanego zamówienia gdyż w dniu 2 września 2019 r. Zamawiający dokonał zmiany przewidzianej w projekcie wykonawczym nawierzchni z betonu asfaltowego na beton strukturalny, bez podania bliżej określonego uzasadnienia. Zatem, na gruncie kontrolowanego zamówienia trudno mówić o nieprzewidywalności okoliczności, z którymi Zamawiający związał konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyż powyższe dowodzi, że zarówno on jak i Wykonawca W. zdawali sobie sprawę z niekorzystnych warunków pogodowych, które wówczas występowały. Reasumując, już sam brak spełnienia przesłanki wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp2004 uniemożliwił Zamawiającemu powołanie się na dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Kontrolujący wskazał ponadto, że Zamawiający w zastrzeżeniach powołał się również na art. 144 ust. 1d ustawy Pzp2004, zgodnie z którego treścią, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmian umowy, o której mowa w art. ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. Niemniej biorąc pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zawiera wyraźnych postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia wykonawcy za wyjątkiem tych związanych ze zmniejszeniem zakresu świadczenia wykonawcy, odwołanie się przez Zamawiającego do powyższego przepisu nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający kontynuując swój wywód dotyczący modyfikacji umowy nawiązuje w zastrzeżeniach do zasady swobody umów wynikającej z art. 353 (1) KC. W tym miejscu należy wyjaśnić, że istotnie, w świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia jednak na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszcza ona dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ustawy Pzp2004. Biorąc pod uwagę, że przywołane przez Zamawiającego przesłanki wynikające z art. 144 ust. 1 pkt 6 i art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 nie znajdują w omawianym przypadku zastosowania. Wskazując także na przesłanki z ust.1 punktu 1 i 2 lit. a)-d) oraz z punktu 5 Kontrolujący, za Informacją o wyniku kontroli z dnia 16 sierpnia 2021 r. podał konkretyzując, (...) że omawiana zmiana w postaci wprowadzenia kostki brukowej zamiast nawierzchni z betonu dotyczy pozycji w kosztorysie ofertowym, której wartość stanowi ponad 50% wartości całego zamówienia określonego w umowie. Kosztorys załączony wraz z ofertą potencjalnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wyżej wprowadzone zmiany, musiałby zostać inaczej sformułowany - możliwe, że wartość robót z działu dot. nawierzchni drogi opiewałaby na inną kwotę. Dodać należy, że w przedmiotowym przypadku oprócz zmiany materiału nawierzchni mamy do czynienia także z

zastosowaniem innego sprzętu, techniki wykonania. Tym samym należy wskazać, że chociaż zmiana materiału/technologii wykonania nawierzchni drogi nie spowodowała zwiększenia ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy nie oznacza to jeszcze, że inny Wykonawca trudniący się brukarstwem, być może nie zaoferowałby korzystniejszej ceny za ułożenie kostki betonowej, gdyby tego rodzaju wymóg został określony przez Zamawiającego pierwotnie. Można zatem uznać, że jest to zmiana istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp2004, gdyż gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały postawione warunki dotyczące utwardzenia drogi kostką brukową betonową to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści. Powyższe należy odnieść do twierdzenia Zamawiającego jakoby możliwość złożenia ofert przez innych oferentów na wykonanie nawierzchni z kostki betonowej mogłaby spowodować, że wartość zmiany przekraczałaby progi określone w art. 144 ustawy Pzp2004. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu świadczącego o dokonaniu jakiegokolwiek rozeznania rynkowego, potwierdzającego jego stanowisko. Nie ma w tym zakresie śladu w dokumentacji postępowania. Co oznacza, że nie można wykluczyć również sytuacji, w której, gdyby pierwotnym założeniem była nawierzchnia z kostki betonowej mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze niż oferta Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Dla potencjalnego wykonawcy bez wątplenia istotne znaczenie miał fakt jaka nawierzchnia jest wymagana w postępowaniu. Stabilność istotnych elementów zakresu świadczenia wpływa bowiem na krąg potencjalnych podmiotów, którzy mogą uczestniczyć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie wydaje się zatem, że zmiana rozwiązań technologicznych i materiałowych w odniesieniu do pierwotnie określonych warunków, potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem”.

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

W odniesieniu do zastrzeżeń do punktu 2 Informacji o wyniku kontroli - odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej – Kontrolujący podał, że:”Zarówno okoliczności faktyczne jak i prawne analizowane na gruncie kontrolowanej sprawy w dalszym ciągu nie przedstawiają wystarczających dowodów aby uznać, że dochowano wymaganej formy pisemnej dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia została zawarta przez strony w dniu 18 października 2019 r. w formie pisemnej. Zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 ustawy Pzp2004, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964



r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl § 2 ww. artykułu, umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Biorąc pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie określa formy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odwołać się do treści art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Jak stanowi art. 78 KC, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Jednocześnie należy zauważyć, że upowszechnione w obrocie prawnym słowo „aneks", zgodnie z definicją słownikową oznacza pismo dodatkowe, dołączone do głównego dokumentu. Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach pisma z dnia 7 listopada 2019 r., należy wskazać, że co prawda, ww. pismo świadczy o tym, że po zawarciu umowy strony w dalszym ciągu kontynuowały zamiar zmiany umowy. Niemniej jego treść i okoliczności sporządzenia nie dają wystarczających podstaw by uznać je za oficjalny dowód wyrażenia oświadczeń woli obu stron w zakresie zmiany zawartej umowy w formie pisemnej. Należy zauważyć, że identyczną treść zawierało także pismo Wykonawcy z dnia 14 października 2019 r., datowane na kilka dni przed zawarciem umowy. Tylko wówczas odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo została wyartykułowana na odrębnym dokumencie. Analizując treść pisma z dnia 7 listopada 2019 r. należy wskazać, że bezpośrednio nad jego treścią widnieją dopiski „Zgoda” i najprawdopodobniej „GKR", wraz z podpisem. Ponadto na przedmiotowym piśmie znajduje się pieczętka świadcząca o jego wpływie do Urzędu Miasta w Dąbrowie Tarnowskiej w dniu 13 listopada 2019 r. Należy przy tym wyjaśnić, że nie można z pewnością stwierdzić kto jest autorem powyższych dopisków i podpisu. Wyrażone w Informacji o wyniku kontroli stanowisko w tym przedmiocie stanowi jedynie domniemanie, że podpis może należeć do Sekretarza Gminy. Podpis/ parafa nie jest czytelny. Nie można z niego odczytać imienia i nazwiska osoby podpisującej. Nie znalazła się również pieczętka świadcząca o stanowisku zajmowanym przez tą osobę, która byłaby uprawniona do wyrażania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego gdyby rzeczywistą jego intencją było aneksowanie umowy. Z kolei oznaczenie „GKR” może wskazywać na Referat o nazwie „GKR” znajdujący się wcześniej u Zamawiającego. Ponadto wydaje się, że słowo „Zgoda” odnotowane na ww. piśmie należy interpretować jako nieformalną, wstępną zgodę na zmianę nawierzchni betonowej na kostkę, jednakże będącą w rzeczywistości informacją dla pracowników referatu zajmujących się sprawą, do których pismo miało dalej trafić. Powyższe okoliczności razem zebrane świadczą o tym, że dopiski wyartykułowane na piśmie Wykonawcy z dnia 7 listopada 2019 r. mogą

stanowić jego dekretną, przyporządkowującą do referatu zajmującego się sprawą”. Podkreślił, że „Szczególną uwagę w kontekście powyższego naruszenia należy zwrócić na dotychczas prezentowane przez Zamawiającego stanowisko. Mianowicie, przy pierwszych wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający załączył wniosek Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. z dnia 14 października 2019 r. oraz odpowiedź na nie, datowaną na ten sam dzień. Dopiero w następnej kolejności, w ramach korespondencji dotyczącej postępowania, przedstawił do wiadomości Urzędu pismo Wykonawcy z dnia 7 listopada 2019 r. Jak wskazał wprost Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r.: „Z uwagi na istnienie stosownych zapisów w umowie (o których mowa w pkt 4 niniejszego wyjaśnienia) nie zawierano aneksu z Wykonawcą, dysponując rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym” (...) jednocześnie informuję, że w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego nie wpłynęły pytania do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy PZP oraz nie zawierano aneksów do umowy realizacyjnej. Tym samym, należy zauważyć, że Zamawiający zaprezentował dwa odrębne stanowiska, gdyż w toku postępowania wyjaśniającego zapewnił, że nie zawierał aneksów do umowy, po czym następnie w zastrzeżeniach podniósł, że w piśmie z dnia 7 listopada 2019 r. złożono oświadczenia w formie pisemnej, które składały się na dwustronną zmianę (aneksowanie) umowy. Powyższe podaje w wątpliwość rzeczywiste znaczenie pisma z dnia 7 listopada 2019 r. jakie przypisuje mu Zamawiający”.

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

**Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie ustawy uchylanej w art. 89 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem do przedmiotowej kontroli zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do punktu 1 i 2 Informacji do wyniku kontroli – i w tym zakresie rozpoznane przez Izbę - nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020r. argumentując zmianę w zakresie technologii i materiałów wykonania nawierzchni drogi za blokami przy ul. Zazamcze w Dąbrowie Tarnowskiej, powołał się na konieczność wprowadzenia robót zamiennych oraz wskazał, że: „Zgodnie ze stosownymi zapisami umowy (w załączeniu), tj. m.in. par. 16 ust. 1 i par. 5 ust. 2 zostało uwzględnione przez Zamawiającego zaistnienie przesłanek wynikających z art. 144 PZP, a rozliczenie nastąpiło kosztorysem powykonawczym (...) Możliwość zmiany warunków umowy o których powyżej zostały dopuszczone w SIWZ, a stosowne zapisy (m.in. dot. stosowania art. 144 PZP) znalazły się w projekcie umowy — stanowiącym załącznik do SIWZ. Tym samym Zamawiający spełnił przesłankę dot. konieczności przewidzenia możliwości wprowadzenia robót zamiennych, na etapie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Postanowienia umowy/projektu umowy odwołujące się do zmiany umowy – tak jak słusznie podnosił Kontrolujący - zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny, poprzez odesłanie do art. 144 ustawy Pzp2004. Podobnie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie określają możliwości wykonania robót zamiennych. Tym samym nie można uznać, że Zamawiający w tym przypadku sprostał wymaganiom zawartym w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004.

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

W tym przypadku, mając na uwadze art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, Izba zgodziła się z Kontrolującym, że w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Stąd też, dyspozycja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna. Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zmiany m. in. w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004. Przepis ten dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: łączna

wartość zmian jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp2004 i jednocześnie jest ona mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane — jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Oceniając możliwość zmiany umowy na podstawie ww. przepisu należy mieć również na względzie regulacje Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając powyższe, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Z powyższym przepisem związany jest również art. 144 ust. 1b ustawy Pzp2004, zgodnie z którym, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „zmiany charakteru umowy”. Niemniej, jak wynika z treści art. 72 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 109 klauzule dotyczące zmiany umowy, a także zmiana umowy dokonywana z uwagi na nieprzewidziane okoliczności nie może prowadzić do zmiany ogólnego charakteru tej umowy (zamówienia). W świetle motywu 109 do dyrektywy 2014/24/UE, modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia. Wobec czego każdy przypadek podejrzenia wpływu zmiany umowy na jej charakter, dokonanej na podstawie ww. przepisów, należy rozpatrywać indywidualnie.

Niewątpliwie zmiana technologii/materiałów wykonania drogi nie pociągała za sobą zmiany wynagrodzenia Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. W tej sprawie zmiany dotyczyły kluczowych warunków realizacji umowy, a mianowicie dopuszczona została odmienna technologia wykonania zamówienia polegająca na zastąpieniu budowy drogi w technologii nawierzchni betonowej na technologię nawierzchni z betonowej kostki brukowej. Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było bowiem wykonanie nawierzchni drogi, zmianie zaś uległ materiał z jakiego miała zostać wykonana cała, ostateczna nawierzchnia (beton zastąpiono kostką brukową betonową). Implikowało to także zastosowanie odmiennej techniki położenia nawierzchni, posłużenie się innym od zakładanego sprzętem. Dokonane zmiany dotyczyły zatem fundamentalnych aspektów przedmiotu zamówienia. Izba także zwraca uwagę, że okoliczność, że zmianie umowy nie towarzyszy zmiana jej wartości/wynagrodzenia wykonawcy nie oznacza jeszcze, że w ramach

tej wartości dozwolone jest dowolne modyfikowanie jej treści wpływające bezpośrednio na przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się przez Zamawiającego na art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 na gruncie dokonanej zmiany.

Z kolei zgodnie ze wskazanym w zastrzeżeniach art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Wskazując także na implementację tego przepisu do polskiego porządku prawnego postanowieniami art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE oraz cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE Izba stwierdza – podobnie jak Kontrolujący – że możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga ustalania, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.), a w konsekwencji okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. W świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron. Muszą one wynikać z okoliczności nie mających uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 prowadzi do wniosku, iż w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych

zjawisk gospodarczych oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe. Należy również zauważyć, iż zaistnienie okoliczności, których instytucja zamawiająca działająca z należytą starannością nie mogła przewidzieć nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy, w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić czy istnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków jakie wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Odnosząc się do stanowiska podnoszonego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, świadczącego o braku możliwości przewidzenia „drastycznego pogorszenia się warunków atmosferycznych w okresie wykonywania prac”, Izba stwierdza, że okoliczności nie uprawniały Zamawiającego do zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Tak jak wskazywał Kontrolujący, Wykonawca Usługi Transportowe Brukarstwo G. W. w piśmie z dnia 14 października 2019 r. poinformował Zamawiającego o niekorzystnych warunkach w trakcie, których wykonywanie nawierzchni drogi z betonu może nie zapewnić właściwego reżimu technologicznego związanego z wykonaniem, jak również późniejszym dojrzewaniem betonu. Przez ww. niekorzystne warunki należało rozumieć występujące wówczas opady deszczu i przymrozki. Odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo datowana jest również na dzień 14 października 2019 r. (czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował), w związku z czym należy uznać, że o złych warunkach atmosferycznych Zamawiający został oficjalnie poinformowany bezpośrednio przez jednego z Wykonawców po terminie składania ofert lecz przed ostatecznym wyborem najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy. Zatem, zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 18 marca 2019 r. Zamawiający miał świadomość niekorzystnych warunków atmosferycznych, wbrew temu co twierdzi w zastrzeżeniach. Zamawiający bowiem wyraził zamiar zmiany materiałów/ technologii jeszcze zanim nastąpiło przystąpienie do wykonywania prac. Ponadto postanowienia SIWZ (rozdz. XVI ust. 4.1) zawierają co prawda postanowienia umożliwiające zmianę umowy w przypadku zaistnienia po zawarciu umowy siły wyższej przez, którą można było rozumieć m. in. powódź, pożar i inne klęski żywiołowe, nagłe załamania warunków atmosferycznych. Jednakże były to postanowienia sformułowane mało precyzyjnie i dotyczyły zdarzeń, których strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem umowy. Przesłanka ta na gruncie niniejszej sprawy nie została zatem spełniona. Zamawiający przewidział termin realizacji zamówienia na miesiące październik-listopad. Kierując się w tym przypadku choćby zwykłym doświadczeniem

życiowym, należytą starannością, Zamawiający powinien znacznie wcześniej przewidzieć, że o tej porze roku może istnieć prawdopodobieństwo, iż wykonanie nawierzchni z betonu może być utrudnione. Wystąpienie zmiany warunków atmosferycznych (przymrozki, deszcz) w listopadzie nie należy interpretować jako okoliczności nadzwyczajne, czy niemożliwe do przewidzenia. Reasumując, już sam brak spełniania przesłanki wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp2004 uniemożliwił Zamawiającemu powołanie się na dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Zamawiający w zastrzeżeniach powołał się również na art. 144 ust. 1d ustawy Pzp2004, zgodnie z którego treścią, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmian umowy, o której mowa w art. ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zawiera wyraźnych postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia wykonawcy za wyjątkiem tych związanych ze zmniejszeniem zakresu świadczenia wykonawcy, odwołanie się przez Zamawiającego do powyższego przepisu nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający w zastrzeżeniach nawiązał do zasady swobody umów wynikającej z art. 353 (1) KC. Istotnie, w świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Jednakże z odmienną sytuacją mamy do czynienia na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszcza ona dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ustawy Pzp2004. Biorąc pod uwagę, że przywołane przez Zamawiającego przesłanki wynikające z art. 144 ust. 1 pkt 6 i art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 nie znajdują w omawianym przypadku zastosowania. Niewątpliwie w przedmiotowym przypadku oprócz zmiany materiału nawierzchni mamy do czynienia także z zastosowaniem innego sprzętu, techniki wykonania i chociaż zmiana materiału/technologii wykonania nawierzchni drogi nie spowodowała zwiększenia ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy nie oznacza to, że inny wykonawca trudniący się brukarstwem, być może nie zaoferowałby korzystniejszej ceny za ułożenie kostki betonowej, gdyby tego rodzaju wymóg został określony przez Zamawiającego pierwotnie. Można zatem uznać, jak wskazał Kontrolujący, że jest to zmiana istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) ustawy Pzp2004, gdyż gdyby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały postawione warunki dotyczące utwardzenia drogi kostką brukową betonową to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści. Powyższe należy odnieść do twierdzenia Zamawiającego jakoby możliwość złożenia ofert przez innych oferentów na wykonanie nawierzchni z kostki betonowej mogłaby spowodować, że wartość zmiany przekraczałaby progi określone w art. 144 ustawy Pzp2004. Zamawiający nie

przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu świadczącego o dokonaniu jakiegokolwiek rozeznania rynkowego, potwierdzającego jego stanowisko. Nie ma w tym zakresie śladu w dokumentacji postępowania. Co oznacza, że nie można wykluczyć również sytuacji, w której, gdyby pierwotnym założeniem była nawierzchnia z kostki betonowej mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze niż oferta Wykonawcy Usługi Transportowe Brukarstwo G. W.. Dla potencjalnego wykonawcy bez wątplenia istotne znaczenie miał fakt jaka nawierzchnia jest wymagana w postępowaniu. Stabilność istotnych elementów zakresu świadczenia wpływa bowiem na krąg potencjalnych podmiotów, którzy mogą uczestniczyć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie wydaje się zatem, że zmiana rozwiązań technologicznych i materiałowych w odniesieniu do pierwotnie określonych warunków, potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem”.

Tym samym ustalenia kontroli, co do naruszenie przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, skutkiem nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą technologii/materiału wykonania nawierzchni drogowej, albowiem nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem, są prawidłowe.

W odniesieniu do zastrzeżeń do punktu 2 Informacji o wyniku kontroli - odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej – Izba stwierdza, że okoliczności faktyczne jak i prawne analizowane na gruncie kontrolowanej sprawy nie pozwalają uznać, że dochowano wymaganej formy pisemnej dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa w sprawie zamówienia została zawarta przez strony w dniu 18 października 2019 r. w formie pisemnej. Tak jak wskazał Kontrolujący, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp2004, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl § 2 wskazanego artykułu, umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Biorąc pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie określa formy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odwołać się do treści art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Jak stanowi art. 78 KC, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Wskazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach pismo z dnia 7 listopada 2019 r., świadczy o tym, że po zawarciu umowy strony w dalszym ciągu kontynuowały zamiar zmiany umowy. Niemniej treść tego pisma i



okoliczności sporządzenia nie dają wystarczających podstaw aby uznać je za oficjalny dowód wyrażenia oświadczeń woli obu stron w zakresie zmiany zawartej umowy w formie pisemnej. Tak jak wskazał Kontrolujący, identyczną treść zawierało także pismo wykonawcy z dnia 14 października 2019 r., datowane na kilka dni przed zawarciem umowy. Tylko wówczas odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowe pismo została wyartykułowana na odrębnym dokumencie. Analizując treść pisma z dnia 7 listopada 2019 r., nie można z pewnością stwierdzić kto jest autorem powyższych adnotacji i podpisu. Tak jak wskazał Kontrolujący, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli stanowisko w tym przedmiocie stanowi jedynie domniemanie, że podpis może należeć do Sekretarza Gminy. Podpis/ parafta nie jest czytelny. Nie można z niego odczytać imienia i nazwiska osoby podpisującej. Nie znalazła się również pieczętka świadcząca o stanowisku zajmowanym przez tą osobę, która byłaby uprawniona do wyrażania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego, gdyby rzeczywistą jego intencją było aneksowanie umowy. Z kolei oznaczenie „GKR” może faktycznie wskazywać na Referat o nazwie „GKR” znajdujący się wcześniej u Zamawiającego. Ponadto słowo „Zgoda” odnotowane na piśmie w pierwszej kolejności należy interpretować jako nieformalną, wstępną zgodę na zmianę nawierzchni betonowej na kostkę, będącą informacją dla pracowników referatu zajmujących się sprawą, do których pismo miało zostać przekazane. Powyższe okoliczności świadczą zatem, że adnotacje na piśmie Wykonawcy z dnia 7 listopada 2019 r. mogą stanowić jego dekretację, przyporządkowującą do referatu zajmującego się sprawą. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 sierpnia 2020 r.: *„Z uwagi na istnienie stosownych zapisów w umowie (o których mowa w pkt 4 niniejszego wyjaśnienia) nie zawierano aneksu z Wykonawcą, dysponując rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym” (...)* jednocześnie informuje, że w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego nie wpłynęły pytania do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy PZP oraz nie zawierano aneksów do umowy realizacyjnej”. Tym samym Zamawiający zaprezentował dwa odrębne stanowiska, w toku postępowania wyjaśniającego zapewnił, że nie zawierał aneksów do umowy, a w zastrzeżeniach stwierdził, że w piśmie z dnia 7 listopada 2019 r. złożono oświadczenia w formie pisemnej, które składały się na dwustronną zmianę (aneksowanie) umowy. Powyższe poddaje zatem w wątpliwość – jak podał Kontrolujący - rzeczywiste znaczenie pisma z dnia 7 listopada 2019 r. jakie przypisuje mu Zamawiający. Reasumując brak jest podstaw do uwzględnienia zastrzeżenia w zakresie stwierdzonego w kontroli naruszenie przepisów art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sposób dorozumiany, bez zachowania formy pisemnej, wbrew ww. przepisom.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....