

Sygn. akt: KIO/KD 38/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 9 lipca 2020 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 9 lipca 2020 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Gminę Sońsk z siedzibą w Sońsku** dotyczących wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Dowożenie dzieci do szkół na terenie Gminy Sońsk w roku szkolnym 2019/2020 (znak postępowania: IP.271.63.2019)”**, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2) ppkt a) i b) ustawy Pzp oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Monika Szymanowska

Wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola doraźna dotyczy postępowania pn. „**Dowożenie dzieci do szkół na terenie Gminy Sońsk w roku szkolnym 2019/2020 (znak postępowania: IP.271.63.2019)**”. Kontrolę wszczęto na wniosek.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2019 r. zawarł umowę nr 42/IP/2019, pomiędzy Zamawiającym Gminą Sońsk, dalej jako „Zamawiający”, a Wykonawcą Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B C., K. C., dalej jako „Wykonawca”, wyłonionym w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa określała cenę jednostkową biletu miesięcznego dla jednego ucznia podaną przez Wykonawcę w ofercie. W tym samym dniu (30 sierpnia 2019 r.) Zamawiający podpisał z Wykonawcą Aneks nr 1 do Umowy nr 42/IP/2019, powołując się na § 10 ust. 1 pkt 6 Umowy. Aneksem zmieniono wysokość wynagrodzenia całkowitego na niższe oraz zmieniono cenę jednostkową biletu na wyższą niż wynikająca z oferty. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym przedmiotowej zmiany Zamawiający podał, że *„Powyższa zmiana została dokonana na podstawie § 10 ust. 1 pkt 6 umowy nr42/IP/2019 z dnia 29 sierpnia 2019 r. w związku z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn.). Należy w tym miejscu podkreślić, że „ustawa dopuszcza możliwość zmian umowy dokonywanych tylko ze względu na ich małą wartość. Można przyjąć, że zmiana o wartości poniżej 10% określonej w umowie wartości (...) usług (...) jest zmianą finansowo nieistotną. Można jej dokonać, jeżeli mieści się poniżej kwot określonych dla progów unijnych” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 15. wydanie, Warszawa 2019, s. 705).*

Podstawą faktyczną dokonania zmiany przedmiotowej umowy było zaistnienie sytuacji polegającej na znacznej różnicy pomiędzy planowaną liczbą dowożonych dzieci a faktyczną liczbą dzieci do dowożenia. Zaistniała rozbieżność nie wynikała jedynie ze zwykłej rotacji uczniów, ale także ze wskazania błędnej liczby uczniów dojeżdżających przez poszczególne szkoły, a co za tym idzie, podania w SIWZ przez Zamawiającego zawyżonej liczby uczniów dowożonych.

Z uwagi na fakt, że znaczne zmniejszenie uczniów uznano za okoliczność, która wywołałaby negatywne konsekwencje dla Wykonawcy, niezawinione przez niego, ale powodujące dla niego stratę w wyniku znacznie obniżonych wpływów ze sprzedaży biletów miesięcznych dla uczniów przy utrzymaniu kosztów wykonania zamówienia na dotychczasowym poziomie, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą, na podstawie przepisów Prawa

zamówień publicznych, dokonali zmiany umowy w zakresie stawki jednostkowej za bilet miesięczny oraz ogólnej wartości zamówienia. Zmiana dokonana przez Strony nie modyfikowała również równowagi ekonomicznej umowy na korzyść żadnej ze Stron, natomiast miała na celu właśnie zachowanie powyższej równowagi. Dominująca pozycja Zamawiającego i działania przez niego podejmowane nie powinny bowiem w żaden sposób wpływać negatywnie na sytuację Wykonawcy. W związku z powyższym, po przeanalizowaniu zaistniałych okoliczności, uzasadniona była zmiana umowy w granicach przewidzianych przepisami prawa oraz zapisami w dokumentacji przetargowej, zmierzająca do przywrócenia równowagi pomiędzy kosztami wykonania zamówienia a przychodami dla Wykonawcy z tego tytułu przy jednoczesnym zachowaniu dotychczasowego charakteru umowy.

Należy podkreślić również, że dokonana zmiana nie jest istotna w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz nie zmieniała ogólnego charakteru umowy.

Kontrola ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 3 SIWZ dotyczącym „Opisu przedmiotu zamówienia” zamieścił m.in. zapisy o następującym brzmieniu:

4) Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług przewozowych autobusami w celu dowiezienia dzieci z miejsca zamieszkania do: Szkoły Podstawowej w Sońsku, Szkoły Podstawowej w Gąsocinie, Szkoły Podstawowej w Bądkowie oraz Gminnego Przedszkola w Sońsku i Gminnego Przedszkola w Gąsocinie i z powrotem ze szkoły do miejsca zamieszkania ucznia zgodnie z trasami określonymi w niniejszej SIWZ.

12) Wielkość zamówienia: dzienna liczba kilometrów wynikająca z sumy poszczególnych tras – około 400 km; orientacyjna liczba dzieci dowożonych – około 300 dzieci (ilość uczniów dowożonych może w trakcie obowiązywania umowy ulec nieznacznym wahaniom). Wykonawca przedstawi cenę za bilety miesięczne i w oparciu o powyższe dane wyliczy wartość zamówienia.

Według § 10 wzorca umowy, (załącznik nr 9 do SIWZ), dopuszczono następujący katalog zmian umowy, jego treść pokrywa się z treścią art. 144 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy 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 usług 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 spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie;

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 art. 144 ust. 1e ustawy PZP;

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.

Prezes UZP stwierdził, mając na uwadze dokumentację o postępowania oraz poczynione ustalenia, iż dokonanie przez Zamawiającego czynności zmiany umowy podstawowej stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w *petitum* uchwały.

Umowy określające proces realizacji zamówienia publicznego, 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. Dyspozycja art. 144 ustawy Pzp wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna. Dokonana przez Zamawiającego zmiana była niedopuszczalna w świetle przepisów art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 6 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy, polegających na waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w oparciu o klauzule kontraktowe. Na gruncie tego przepisu treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych.

W myśl art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50 % wartości pierwotnej umowy. Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na tej podstawie wymaga zatem ustalenia, 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.

Strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dokonać jej zamiany również w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. 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 Pzp 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.

Kontrolujący organ stwierdził, że w przeprowadzonym postępowaniu Zamawiający Gmina Sońsk nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji ani we wzorze umowy zapisów konkretyzujących warunki ewentualnej zmiany umowy w zakresie wzrostu *ceny jednostkowej biletu miesięcznego dla jednego ucznia*. Za takie zapisy nie może zostać na pewno uznana treść § 10 wzorca umowy, który faktycznie stanowi powtórzenie treści przepisu art. 144 ust.1 pkt 1 – 6 ustawy Pzp. Zamawiający w treści pkt 19.5 SIWZ, dotyczącego sposobu obliczenia ceny zastrzegł także, że *Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty oraz okres wykonania zamówienia*. Zatem podwyższenie ceny jednostkowej biletu miesięcznego w drodze Aneksu nr 1 do Umowy z 30 sierpnia 2019 r. nie spełniała przesłanek, określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podobnie, waloryzacja ceny jednostkowej nie może zostać uznana za dopuszczalną na gruncie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przez Zamawiającego w wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu powód dotyczący błędnego szacowania ilości uczniów dowożonych do szkoły nie stanowi okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zawsze odpowiada instytucja zamawiająca, także wówczas, gdy polega na danych podawanych przez jednostki jej podległe. Zatem ewentualne błędne dane przekazane przez szkoły nie tłumaczą Zamawiającego. Błędy Zamawiającego nie stanowią także okoliczności o charakterze obiektywnym. W ocenie Urzędu Zamawiający liczył się ze zmianą liczby uczniów mogących korzystać z biletów miesięcznych, o czym świadczą zapisy pkt 3.12 SIWZ: *orientacyjna liczba dzieci dowożonych – około 300 dzieci (ilość uczniów dowożonych może w trakcie obowiązywania umowy ulec nieznacznym wahaniom)*. Okoliczności zmiany liczby uczniów, ani pod względem skali, ani jej przyczyn nie była obiektywnie nieprzewidywalna. Zamawiający przygotowując postępowanie mógł wskazać poza szacowaną liczbą uczniów, także minimalną i pewną liczbę uczniów, korzystających z biletów miesięcznych, czego nie uczynił. W końcu rozliczenie miało następować w oparciu o liczbę faktycznie sprzedanych biletów miesięcznych.

W odniesieniu do przesłanki określonej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, do której Zamawiający odwołuje się bezpośrednio, Kontrolujący stwierdził, że w drodze Aneksu Zamawiający dopuścił (niezależnie od zmniejszenia łącznej ceny ofertowej z kwoty 190 188,00 zł brutto do 178 523,14 zł brutto) zmianę ceny jednostkowej zwiększając ją z kwoty 63,40 zł (wskazanej w formularzu ofertowym wykonawcy, któremu udzielono zamówienia) do kwoty 69,74 zł, co nie ma bezpośrednio żadnego związku ze zmianą zakresu świadczenia, a stanowi zmianę przedmiotowo istotnego elementu oświadczenia woli zawartego w ofercie oraz umowie nr 42/IP/2019. Zamawiający w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazał, że celem dokonania tej zmiany było przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy w związku ze znacznym zmniejszeniem liczby faktycznie dowożonych dzieci w stosunku do przewidywanego na etapie sporządzania SIWZ (300 dzieci). Nie wyjaśnia jednak, co rozumie przez „znaczące zmniejszenie” i jaką liczbę dzieci brał pod uwagę sporządzając kwestionowany Aneks do umowy w dniu zawarcia Umowy nr 42/IP/2019. Liczba ta nie wynika również z treści tego Aneksu. W świetle powyższego nie ma znaczenia, że zmiana w zakresie zarówno kwoty stawki jednostkowej, jak i kwoty łącznej nie przekracza progu 10%. Wprowadzona zmiana umowy może zatem w praktyce skutkować dowolną zmianą w zakresie kwoty wynagrodzenia wykonawcy (wynikającą z faktycznej liczby przewożonych dzieci), co należy uznać za zmianę nie wypełniającą dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jest to również zmiana istotna, ponieważ stanowi ona okoliczność mogącą mieć wpływ na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu innych wykonawców, aniżeli miało to miejsce na podstawie warunków określonych w SIWZ, co nakazuje przyjąć że zmiana taka była zmianą istotną w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1e pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

Reasumując, stwierdzono, że Zamawiający dokonując zmiany umowy w zakresie zmiany ceny jednostkowej biletu miesięcznego naruszył art. 144 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz ust. 1 e pkt 2) ppkt a) i lit. b) ustawy Pzp, a jednocześnie przedmiotowa zmiana była niedopuszczalna w oparciu o przepisy art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zmiana umowy ingerowała w założenia leżące u podstaw kalkulowania ceny oferty i gdyby była przewidziana w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postępowaniu tym mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty o innej treści.

Następnie Kontrolujący ustalił, że Zamawiający w SIWZ [rozdz. 12.2 pkt d) i e)] w oraz sekcji III.4 ogłoszenia o zamówieniu, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia

z postępowania żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zaświadczenie US i zaświadczenie ZUS). W treści SIWZ [rozdz. 11.9 SIWZ] Zamawiający wskazał przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Stąd też żądanie złożenia wskazanych dokumentów miało charakter nadmierny, żądano bowiem złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Powyżej opisane naruszenie nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia w zakresie naruszenia wskazanego w pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 ppkt a i b ustawy Pzp oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez dokonanie zmiany Umowy nr 42/IP/2019 z dnia 30 sierpnia 2019 r. dotyczącej usługi dowożenia dzieci do szkół na terenie gminy Sońsk w roku szkolnym 2019/2020, polegającej na zwiększeniu ceny jednostkowej biletu miesięcznego w drodze aneksu nr 1.

Zamawiający podniósł, że *strony umowy nr 42/IP/2019 zawartej w dniu 30 sierpnia 2019 r. dokonały w drodze Aneksu nr 1 zmiany przedmiotowej umowy. Zaistniała zmiana umowy przewidziana została we wzorze umowy stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W § 10 w/w umowy zawarty był ogólny zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz były wskazane enumeratywnie okoliczności, w których zmiana taka była dopuszczalna (...). Jedną z przewidzianych przesłanek do zmiany umowy była okoliczność, w której 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.

Dalej Zamawiający wskazał, że powyższa zmiana została dokonana na podstawie § 10 ust. 1 pkt 6 umowy w związku z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Powołał się również na stanowisko doktryny, zgodnie z którym *Ustawa dopuszcza możliwość zmian umowy dokonywanych tylko ze względu na ich małą wartość. Można przyjąć, że zmiana o wartości poniżej 10% określonej w umowie wartości (...) usług (...) jest zmianą finansową nieistotną. Można jej dokonać, jeżeli mieści się poniżej kwot określonych dla progów unijnych. (...) przy dokonywaniu zmiany na podstawie jej nieistotnej wartości (...) można zwiększyć wartość umowy (wynagrodzenia) niezależnie od wprowadzenia odpowiednich klauzul, zamówienia dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych czy zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności. W art. 72 ust. 2 dyrektywy klasycznej zapisano to wprost, natomiast w ustawie odpowiedniego zapisu nie ma, ale wynika to z samodzielności poszczególnych przesłanek.*

Ponadto Zamawiający podkreślił, że przyczyną zmiany umowy była zmiana liczby dzieci korzystających z dowożenia do szkół. Zaistniała rozbieżność wynikała ze wskazania błędnej liczby uczniów przez szkoły. Już ta konstatacja pozwala – zdaniem Zamawiającego – na przyjęcie tezy, że Zamawiający opierał się na danych liczbowych wskazanych przez szkoły, które z kolei takie dane jako pewnego rodzaju deklaracje pozyskały od rodziców dzieci. Wskazanie liczby dzieci miało miejsce w czasie wakacji i miało charakter niejako orientacyjny. Faktyczna liczba dzieci korzystających z dowożenia zgodnie z wolą rodziców, która w części okazała się inna od pierwotnej deklaracji, została ustalona dopiero pod koniec wakacji. Zamawiający nie mógł wymóc na rodzicach rezygnujących z usługi dowożenia zmiany decyzji ani też zastrzec brak możliwości odstąpienia od wcześniejszej deklaracji o korzystaniu z dowożenia. W poprzednich latach zaś tak istotne dysproporcje pomiędzy zadeklarowaną liczbą dzieci a liczbą dzieci faktycznie korzystających z dowożenia nie występowała, Zamawiający nie miał zatem obiektywnych powodów do przewidywania możliwości jej wystąpienia. W ocenie Zamawiającego dokonana zmiana spełnia zatem również przesłanki § 10 ust. 1 pkt 3 umowy, bowiem łącznie spełnione zostały dwa warunki:

- a) konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Mając na uwadze wyżej wskazaną argumentację, Zamawiający wnosił jak w petitum złożonych zastrzeżeń.

Prezes UZP, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*.

Dodatkowo podkreślił, że waloryzacja ceny jednostkowej biletu nie może zostać uznana w okolicznościach faktycznych sprawy za dopuszczalną na gruncie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wskazany przez Zamawiającego w wyjaśnieniach powód dotyczący błędnego szacowania ilości uczniów dowożonych do szkoły nie stanowi okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, należy wskazać, że za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zawsze odpowiada instytucja zamawiająca także wówczas, gdy polega na danych podawanych przez jednostki jej podległe. Zatem ewentualne błędne dane przekazane przez szkoły nie tłumaczą Zamawiającego. Błędy Zamawiającego nie stanowią także okoliczności o charakterze obiektywnym. „Zwykła” rotacja uczniów na pewno nie należy do okoliczności, których działając z należyłą starannością zamawiający nie mógł przewidzieć. W ocenie Urzędu Zamawiający liczył się ze zmianą liczby uczniów mogących korzystać z biletów miesięcznych, na co wskazują zapisy SIWZ. Zamawiający liczył się z ryzykiem zmiany liczby dzieci dowożonych do szkoły [Zamawiający w SIWZ określił, że liczba 300 dzieci ma charakter przybliżony („około”) i może ulec zmianie], a zatem mógł i powinien, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, sformułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności z zachowaniem równowagi ekonomicznej zawartej umowy. Takie klauzule pozwalają bowiem dokonywać zmian umowy z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W odniesieniu natomiast do możliwości zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podkreślono, że Zamawiający dokonał (niezależnie od zmniejszenia łącznej ceny ofertowej z kwoty 190 188,00 zł brutto do 178 523,14 zł brutto) zmianę ceny jednostkowej zwiększając ją z kwoty 63,40 zł (wskazanej w formularzu ofertowym wykonawcy, któremu udzielono zamówienia) do kwoty 69,74 zł, co nie ma bezpośrednio żadnego związku ze zmianą zakresu świadczenia, a stanowi zmianę przedmiotowo istotnego elementu oświadczenia woli zawartego w ofercie oraz umowie nr 42/IP/2019. Zmiana w zakresie stawki jednostkowej za wykonanie przedmiotu zamówienia (cena 1 biletu miesięcznego) nie mieściła się w dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Należy również zauważyć, że nie jest możliwe ustalenie – biorąc pod uwagę całokształt zapisów wzoru umowy dotyczących obliczania wynagrodzenia

wykonawcy – o ile wskutek tej zmiany wzrośnie lub obniży się wynagrodzenie wykonawcy. Wprowadzona zmiana umowy może w praktyce skutkować dowolną zmianą w zakresie kwoty wynagrodzenia wykonawcy (wynikającą z faktycznej liczby przewożonych dzieci), co należy uznać za zmianę nie wypełniającą dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jest to również zmiana istotna, ponieważ stanowi ona okoliczność mogącą mieć wpływ na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu innych wykonawców, aniżeli miało to miejsce na podstawie warunków określonych w SIWZ, co nakazuje przyjąć że zmiana taka była zmianą istotną w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1e pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Podsumowując, Prezes UZP podtrzymał wyrażone w Informacji o kontroli stanowisko i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp. zastrzeżenia przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w *Informacji*, jak i argumentację pogłębioną przez Kontrolującego, a ujętą w odpowiedzi na złożone zastrzeżenia, uznając ją za własną oraz, wobec wyczerpującego i kompleksowego charakteru tejże argumentacji, za zbędne uważa jej powielanie w niniejszej uchwale.

Porządkowo jedynie podkreślenia wymaga, iż nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że w zapisach SIWZ przewidział on katalog przesłanek warunkujących dopuszczalne zmiany umowy. Jak słusznie zauważono w *Informacji o wyniku kontroli* § 10 wzoru umowy, (załącznik nr 9 do SIWZ), w treści pokrywał się z treścią art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można więc twierdzić, że wzór umowy wprowadzał, czy też identyfikował jakiegokolwiek

mechanizmy zmiany umowy. Postanowienie to jedynie powieliło treść ogólnie sformułowanych przepisów ustawy Pzp. Wzór umowy nie zawierał zatem enumeratywnie zidentyfikowanych przesłanek zmiany umowy. Na podstawie tak skonstruowanego wzoru Zamawiający nie był uprawniony do zmiany zawartej umowy. Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje na dopuszczalność zmiany przy łącznym spełnieniu warunków niemożności przewidzenia okoliczności wywołujących konieczność zmiany i wartości zmiany nie przekraczającej 50% wartości zamówienia. Obie przesłanki muszą zajść jednocześnie, a Zamawiający wykazał jedynie drugą z wymaganych przepisem przesłanek. Jeśli zaś pierwsza przesłanka nie została wykazana, to Zamawiający nie mógł zastosować art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy. Można było rozważać, czy Zamawiający mógł dokonać zmiany w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy, ale z kolei zastosowanie tego przepisu wymaga postanowienia jednoznacznego, określającego zakres zmiany, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia, charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian, a takich elementów postanowienia umowne we wzorze umowy nie zawierają. Tym samym również z tego względu zmiana umowy była niedopuszczalna.

Następnie dostrzec należy, iż waloryzacja ceny jednostkowej biletu z powodu zmniejszenia liczby uczniów, nie mogła zostać uznana za okoliczność której nie można było przewidzieć mimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. To instytucja Zamawiającego w pełni odpowiada za proces opisu przedmiotu zamówienia, odpowiada również za podległe jej jednostki, które dostarczają danych do tego opisu. Dane te powinny podlegać wnikliwej weryfikacji, z uwzględnieniem doświadczenia Zamawiającego z lat ubiegłych, zmiany ogólnej liczby uczniów, innych warunków, które mogą mieć znaczenie przy określeniu cech charakterystycznych i istotnych z punktu widzenia wykonawcy i jego przyszłego zobowiązania umownego. Zmniejszenie liczby uczniów, którzy korzystać będą z dowozu nie jest żadną okolicznością nadzwyczajną, a należałoby raczej stwierdzić, że jest to podstawowa okoliczność, którą Zamawiający powinien wziąć pod uwagę. W końcu to Zamawiający odpowiada sposób ustalenia rozliczeń umownych z wykonawcą, który daną usługę będzie realizował. Jak słusznie zauważono w kontroli, możliwe było ustalenie innego sposobu rozliczenia w oparciu o liczbę faktycznie sprzedanych biletów miesięcznych. Taki sposób wpłynąłby na przywoływaną przez Zamawiającego wielokrotnie w toku kontroli równowagę ekonomiczną stron. Z jednej strony Zamawiającemu gwarantowałby stałą cenę biletu, Wykonawcy minimalny poziom wynagrodzenia.

Końcowo zauważyć należy, iż za niedopuszczalną należy uznać taką zmianę zawartej umowy, która prowadzi do zmiany istotnych elementów treści oferty (art. 144 ust. 1e ustawy). W tym przypadku z taką zmianą mamy do czynienia, Zamawiający dokonał bowiem zmiany ceny jednostkowej biletu, która stanowiła istotny element oświadczenia woli zawartego w ofercie. Bez znaczenia dla sprawy pozostaje okoliczność, że Zamawiający obniżył łączną cenę ofertową, bowiem ostateczne rozliczenie następować będzie za cenę jednostkową biletu. Podawana więc wartość wynagrodzenia ostatecznego ma więc jedynie walor informacyjny, a w momencie podpisania aneksu nie można z góry założyć, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy (czyli wartość umowy) będzie niższa niż pierwotnie zakładana. Równie dobrze można założyć, iż nastąpiłaby sytuacja odwrotna, to znaczy zwiększyłaby się liczba uczniów, co spowodowałoby zwiększenie ostatecznego wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Zatem poczyniona zmiana umowy nie mogła być tłumaczona przywróceniem równowagi ekonomicznej, ponieważ mogła ona doprowadzić do zwiększenia zobowiązania po stronie Zamawiającego. Z pewnością takiej zmiany nie można uznać za nieistotną, zwłaszcza w świetle art. 144 ust. 1e pkt. 2b ustawy Pzp, który stanowi, że zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie.

Zamawiający nie złożył zastrzeżeń odnośnie do stwierdzonego naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem uznać należy iż zgodził się w tym zakresie ze stwierdzonym naruszeniem. Okoliczność ta nie wymaga więc dodatkowego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli*.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 38/20 nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....