

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 8 lipca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska-Banach

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 czerwca 2026 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Gmina Garbatka-Letnisko, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 1 czerwca 2026 r. (znak: KND/214/25/DKZP), przeprowadzonej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320, dalej jako: „PZP”) w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: *„Termomodernizacja i modernizacja gminnych budynków użyteczności publicznej”*,

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako: „Prezes Urzędu”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia pn.: *„Termomodernizacja i modernizacja gminnych budynków użyteczności publicznej”*. W wyniku kontroli stwierdził naruszenie przez Zamawiającego, Gminę Garbatka-Letnisko (dalej jako: „Zamawiający”) art. 454 ust. 1 PZP poprzez nieuzasadnione dokonanie istotnej zmiany zawartej umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu podał, że Zamawiający w wyniku przeprowadzonego postępowania w ww. przedmiocie zawarł umowę o zamówienie publiczne z wykonawcą M.B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą M.M. (dalej również jako: „Wykonawca”) z wynagrodzeniem określonym w § 6 ust. 1 Umowy na kwotę 1.880.000,00 zł brutto.

W toku kontroli, pismem z dnia 11 grudnia 2025 r. zwrócono się do Zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie czy: realizacja, wchodzącego w zakres robót wynikających z ww. Umowy, zadania pn. „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Bogucinie gmina Garbatka-Letnisko” w zakresie prac w PSP Bogucin została rozpoczęta przed dniem 30 listopada 2025 r., a jeśli tak – z jakich przyczyn i w jakich konkretnie datach została rozpoczęta i zakończona oraz, czy Zamawiający dokonał zmiany Umowy poprzez zmianę terminu rozpoczęcia realizacji zadania „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Bogucinie gmina Garbatka-Letnisko” w zakresie prac w PSP Bogucin, a jeśli tak – poproszono o wskazanie podstawy prawnej zmiany umowy oraz uzasadnienia faktycznego. Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w treści § 4 ust. 1 Umowy wskazano na termin realizacji zadania: do 24 miesięcy od podpisania umowy z zastrzeżeniem, że rozpoczęcie prac w PSP Bogucin nie może nastąpić przed 30 listopada 2025 r.

Zamawiający, pismem z dnia 29 grudnia 2025 r. wyjaśnił, że podjął decyzję o wcześniejszym wprowadzeniu wykonawcy na teren budowy, kierując się zasadą gospodarności, celowości i rzetelności w wydatkowaniu środków publicznych. Dodał, że decyzja ta została poprzedzona analizą stanu realizacji inwestycji, harmonogramu robót oraz ryzyk związanych z terminowym zakończeniem zadania i rozliczeniem dofinansowania, a także podjęta w celu zapobieżenia negatywnym konsekwencjom finansowym dla Zamawiającego oraz wynikała z § 4 ust. 2 Umowy gdyż, z końcem grudnia 2024 roku firma M.M. uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę. Wskazał, że dla prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie równolegle toczącej się inwestycji pn. „Utworzenie Żłobka w budynku PSP Garbatka-Letnisko – Filia w Bogucinie” oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla tego zadania, niezbędne było wykonanie instalacji centralnego ogrzewania w budynku oraz budowa kotłowni gazowej, do czego Umowa zobowiązywała Wykonawcę. Wyjaśnił, że jednocześnie, Konsorcjum realizujące zadanie związane z utworzeniem Żłobka odpowiedzialne było za wykonanie instalacji elektrycznej w całym obiekcie oraz jej doprowadzenie do nowo wybudowanej kotłowni, co wymagało ścisłej koordynacji robót obu wykonawców, zaś niewykonanie instalacji centralnego ogrzewania w całym obiekcie, a w szczególności w części przeznaczonej na funkcjonowanie żłobka, uniemożliwiłoby prowadzenie dalszych robót przez Konsorcjum. Powyższe, jak wskazał Zamawiający, mogłoby skutkować wstrzymaniem realizacji zadania, a w konsekwencji rozwiązaniem umowy z winy Zamawiającego, naliczeniem kar umownych oraz

powstaniem ryzyka naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zaś brak terminowego zakończenia inwestycji skutkowałby obowiązkiem zwrotu dofinansowania ze środków Samorządu Województwa Mazowieckiego w wysokości 988.815,00 zł wraz z należnymi odsetkami, przy czym ostateczny termin rozliczenia środków został określony na dzień 31 grudnia 2025 r. Zamawiający podniósł również, że warunkiem uzyskania decyzji pozwolenie na użytkowanie jest pośrednio zgodność wykonania obiektu z zatwierdzonym projektem budowlanym, w tym kompletność instalacji grzewczych. Tym samym, jak wskazała Gmina, Zamawiający działał z należytą starannością i w celu zabezpieczenia interesu publicznego, w sposób obiektywnie uzasadniony i prewencyjny. Jednocześnie, Gmina poinformowała, że dnia 24 października 2024 r. zawarła umowę w wykonawcę M.M. na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Termomodernizacja i modernizacja budynków użyteczności publicznej”, która obejmuje swym zakresem również termomodernizację budynku szkoły podstawowej w Garbatce-Letnisko Filia w Bogucinie, przekazanie placu budowy nastąpiło 4 lutego 2025 r., roboty nie zostały zakończone, a zadanie nie zostało odebrane. Wyjaśnił, że w dniu przekazania placu budowy, odbyło się spotkanie organizacyjne z wykonawcą, na którym został poruszony temat potrzeby zmiany kolejności robót z uwagi na potrzebę organizacyjnotechniczną dotyczącą budowy kotłowni oraz instalacji C.O. jako elementu niezbędnego przystąpienia do zadania przez wykonawcę realizującego zadanie pn.: „Utworzenie Żłobka w budynku PSP Garbatka-Letnisko Filia w Bogucinie”. Wskazał, że działał na podstawie § 4 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy, zaś zmiana kolejności robót była korzystna dla wszystkich stron, tj.: Zamawiającego, Konsorcjum oraz wykonawcy MARCBUD. Podniósł ponadto, że postanowienie Umowy, wskazujące, że roboty w budynku PSP Garbatka-Letnisko Filia Bogucin nie mogą być rozpoczęte wcześniej niż 30 listopada 2025 r., miało charakter organizacyjnotechniczny, wynikający z prowadzenia w tym czasie innych robót przez odrębnego wykonawcę, zaś wcześniejsze dopuszczenie wykonawcy do realizacji robót nie zmieniło żadnych istotnych postanowień umowy: zakresu robót, wynagrodzenia ani terminu końcowego realizacji wszystkich obiektów (24 miesiące od podpisania umowy), wcześniejsze rozpoczęcie robót nie dawało wykonawcy MARCBUD żadnej przewagi konkurencyjnej ani nie spowodowało wykluczenia innych wykonawców z postępowania, warunek dotyczący daty rozpoczęcia nie był kryterium oceny ofert ani nie miał wpływu na wybór wykonawcy, Gmina, dopuszczając wcześniejsze rozpoczęcie robót, zachowała pełną kontrolę nad koordynacją prac, zapewniając bezpieczeństwo i możliwość równoległej realizacji robót w tym budynku przez dwóch wykonawców oraz decyzja ta nie spowodowała dodatkowych kosztów, nie zmieniła ryzyka realizacji inwestycji ani warunków umowy, a wszystkie istotne postanowienia umowy pozostały zachowane. Pismem z 4 marca, Zamawiający przekazał dodatkowe wyjaśnienia, w świetle których zgodnie z warunkami promesy oraz przyjętym harmonogramem transz wypłaty dofinansowania w ramach Programu

Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych, Zamawiający zobowiązany był do zapewnienia realizacji wydzielonego etapu robót oraz jego rozliczenia w terminie umożliwiającym uruchomienie pierwszej z dwóch transzy środków z Banku Gospodarstwa Krajowego, zaś nieprzekazanie placu budowy we wcześniejszym terminie mogło skutkować niemożnością wykonania robót do wartości 50% dofinansowania, a w ślad za tym niewykonanie budżetu na 2025 r. i nieuzyskanie wypłaty z dofinansowania. Podtrzymał twierdzenie, że dopuszczenie wykonawcy do rozpoczęcia prac przed dniem 30 listopada 2025 r. w budynku PSP Bogucin miało charakter wyłącznie organizacyjno-techniczny, służący również do zachowania warunków umożliwiających uruchomienie transzy dofinansowania, zaś czynność ta nie skutkowała zmianą zakresu rzeczowego zamówienia, wysokości wynagrodzenia ani zasad jego rozliczania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Prezes Urzędu powołał się na treść art. 454 ust. 1 PZP i wskazał, że ustalone okoliczności stanu faktycznego dają podstawę do uznania, iż działanie Zamawiającego i wykonawcy polegające na podpisaniu dokumentu pn. „Protokół wprowadzenia na budowę” oraz faktyczne rozpoczęcie przez wykonawcę „prac w PSP Bogucin” w dniu 4 lutego 2025 r. przy akceptacji Zamawiającego, pomimo istnienia umownego postanowienia obligującego wykonawcę do rozpoczęcia tych prac najwcześniej w dniu 30 listopada 2025 r. – podlega prawnej kwalifikacji jako zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w ww. trybie. Powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i wykładnię prounijną art. 454 ust. 1 PZP. Nie uwzględnił argumentacji Zamawiającego, z której wynika, że analizowane zdarzenie miało nie stanowić zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a obejmować wyłącznie „polecenie zmiany kolejności robót” wydane na podstawie § 4 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy, tj. czynność w zakresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż o kwalifikacji danego zdarzenia jako zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach sprawy nie przesądza sam fakt zmiany kolejności wykonania robót, lecz rozpoczęcie prac przed terminem wskazanym w Umowie przy akceptacji Zamawiającego, która to okoliczność nie jest objęta zakresem postanowienia § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy. Wyjaśnił, że Zamawiający nie był władny do wydania na tej podstawie w sposób jednostronny „polecenia”, które wykraczałoby poza samą zmianę kolejności wykonania robót, obejmując także zmianę terminu rozpoczęcia prac. Dodał, że samo wydanie „polecenia” na podstawie § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy zmierzającego do uznania § 4 ust. 1 Umowy za niewiążący w zakresie terminu rozpoczęcia prac, musiałoby w okolicznościach sprawy zostać zakwalifikowane jako czynność mająca na celu obejście ustawy PZP w rozumieniu art. 58 §1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP. Prezes Urzędu stwierdził ponadto, że dokonana zmiana jest zmianą istotną w rozumieniu art. 454 ust. 1 PZP, skoro treść § 4 ust. 1 Umowy wyznaczała w sposób wiążący wykonawcom termin wykonania zamówienia, w tym

termin rozpoczęcia wykonywania zamówienia w odniesieniu do „prac w PSP Bogucin”. Wyjaśnił, iż wykonawcy rozważający udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponowali wiedzą, iż faktyczny okres, w którym będą mogli wykonywać zamówienie w zakresie „prac w PSP Bogucin” będzie istotnie krótszy, aniżeli 24 miesiące od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to okoliczność musi zostać uznana za istotną z perspektywy wykonawcy rozważającego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie oceny własnych możliwości należytego wykonania zamówienia, przy czym każdy wykonawca musiał zakładać, iż dla należytego wykonania zamówienia będzie obowiązany dysponować zasobami niezbędnymi do przeprowadzenia „prac w PSP Bogucin” w okresie po 30 listopada 2025 r., nawet jeśli mógłby dysponować tymi zasobami w okresie wcześniejszym. Tym samym, zdaniem Prezesa Urzędu, przedmiotowy termin wyznaczając początkową datę dopuszczalności realizacji robót, faktycznie prowadził do uniemożliwienia złożenia oferty przez wykonawców, którzy dysponowaliby niezbędnymi zasobami tylko w okresie do 30 listopada 2025 r., np. z uwagi na uprzednio zaplanowaną realizację innych zleceń w okresie po 30 listopada 2025 r. W ocenie Prezesa Urzędu, zmiana Umowy polegająca na wydłużeniu tego okresu w ten sposób, iż Zamawiający dopuścił rozpoczęcie wykonywania zamówienia w odniesieniu do „prac w PSP Bogucin” od dnia 4 lutego 2025 r., podlega kwalifikacji jako zmiana wprowadzająca warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści, zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 1 PZP, a w konsekwencji – musi zostać uznana za zmianę istotną w rozumieniu art. 454 ust. 1 PZP. Uzasadniając swoje stanowisko, Prezes Urzędu dodał, że postanowienie § 4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy oraz Umowy w zakresie, w jakim zastrzega niedopuszczalność rozpoczęcia prac w PSP Bogucin przed 30 listopada 2025 r. ma charakter jednoznaczny i zarówno jego wykładnia literalna, jak również celowościowa bez wątpienia świadczy o nałożeniu na wykonawcę zobowiązania do rozpoczęcia wykonywania określonych prac nie wcześniej niż w dniu 30 listopada 2025 r. Zdaniem Prezesa Urzędu, skoro Zamawiający przyjął na siebie ryzyko wprowadzenia do projektowanych postanowień umowy § 4 ust. 1 w tak zasadniczym brzmieniu, to musiał liczyć się z tym, iż każda zmiana umowy umożliwiająca wykonawcy rozpoczęcie wykonywania prac przed dniem 30 listopada 2025 r. wymaga oceny w kontekście art. 454 PZP, uwzględniając jej wpływ na krąg wykonawców czy treść złożonych ofert, gdyby została przewidziana w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, Prezes Urzędu podkreślił, że w toku kontroli Zamawiający nie wskazał jako uzasadnienie prawne dla dokonanej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego żadnej z podstaw dopuszczalności zmiany umowy określonych w art. 455 PZP. W odniesieniu do argumentu Zamawiającego, odnoszącego się do przewidzenia w treści § 7 ust. 4 tiret 1 Umowy postanowienia przewidującego wymóg rozliczenia części robót nie później niż w dniu

30 listopada 2025 r., Prezes Urzędu wyjaśnił, że nie znajduje on uznania, bowiem skoro zakres zamówienia obejmuje także inne zadania, niż prace w PSP Bogucin, co *expressis verbis* wynika z treści § 2 ust. 3 Umowy, to wobec treści § 4 ust. 1 Umowy, który zastrzega obowiązek rozpoczęcia prac najwcześniej dnia 30 listopada 2025 r. tylko w zakresie prac w PSP Bogucin, treść § 7 ust. 4 tiret 1 Umowy nie może uzasadniać wykładni, że postanowienie § 4 ust. 1 Umowy ma charakter „wyłącznie organizacyjno-techniczny” w tym sensie, iż nie nakłada ono na wykonawcę skonkretyzowanego obowiązku rozpoczęcia prac w PSP Bogucin po określonej dacie. Wobec powyższego, Prezes Urzędu uznał, że poprzez nieuzasadnione dokonanie istotnej zmiany zawartej umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający naruszył art. 454 ust. 1 PZP.

Pismem z dnia 9 czerwca 2025 r. Zamawiający wniósł umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, stwierdzając, że nie podziela stanowiska, zgodnie z którym w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do naruszenia art. 454 ust. 1 PZP. Wyjaśnił, iż w jego ocenie, samo ustalenie, że sposób realizacji części robót odbiegał od pierwotnie zakładanego harmonogramu, nie jest jeszcze wystarczające do uznania, że doszło do istotnej zmiany umowy. Podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych w sześciu budynkach w zakresie termomodernizacji, w tym w budynku Szkoły Podstawowej w Bogucinie, termin realizacji zamówienia został określony na 24 miesiące od dnia zawarcia umowy, jednocześnie dokumentacja postępowania przewidywała, że realizacja robót w jednym z budynków, tj. PSP Bogucin nie może rozpocząć się przed dniem 30 listopada 2025 r. Ponownie powołał się na konieczność wcześniejszego wykonania robót związanych z budową kotłowni w tym budynku, z uwagi na konieczność zapewnienia możliwości prowadzenia dalszych prac przez innego wykonawcę, realizującego odrębne zadanie inwestycyjne polegające na Utworzeniu Żłobka w budynku PSP Garbatka Letnisko Filia w Bogucinie z terminem wykonania do 30 listopada 2025r. dofinansowane ze środków Krajowego Planu na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności w ramach inwestycji A4.2.1 pn.: Wsparcie programów dofinansowania miejsc opieki nad dziećmi 0-3 lat w ramach Maluch+ w wysokości 988.815,00 zł i w związku z tym, Zamawiający przekazał wykonawcy teren budowy przed wskazaną datą. Zdaniem Zamawiającego, okoliczność ta nie doprowadziła jednak do zmiany przedmiotu zamówienia, nie spowodowała zwiększenia zakresu robót oraz nie skutkowała zmianą terminu końcowego realizacji umowy, gdyż w praktyce nastąpiła wyłącznie zmiana kolejności realizacji robót, tj. zmiana organizacji realizacji części robót przy zachowaniu wszystkich podstawowych parametrów kontraktu. Wskazał, że wartość robót dla termomodernizacji budynku Szkoły Podstawowej w Bogucinie wynosi 25,61% całości zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego, wcześniejsze rozpoczęcie robót w PSP Bogucin, nie mogło oddziaływać na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

i decyzja ta nie mogła mieć znaczenia dla decyzji wykonawców o ubieganiu się o zamówienie, wpływać na krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu lub determinować sposób kalkulacji składanych ofert. Ponownie podkreślił, że termin rozpoczęcia robót w budynku PSP Bogucin nie stanowił warunku udziału w postępowaniu, kryterium oceny ofert ani elementu wpływającego na zdolność wykonawców do ubiegania się o zamówienie, lecz był to wyłącznie element organizacyjny związany z realizacją inwestycji. Zamawiający wyjaśnił, że wcześniejsze przekazanie Wykonawcy terenu budowy dla budynku PSP Bogucin skutkowało wyłącznie wcześniejszym rozpoczęciem części robót przy zachowaniu niezmiennego zakresu świadczenia oraz terminu zakończenia realizacji całej inwestycji. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający stanął na stanowisku, iż brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 454 ust. 1 PZP.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* i nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń. W odpowiedzi na zastrzeżenia, Kontrolujący stwierdził, iż w całości podtrzymuje stanowisko dotyczące stwierdzonych naruszeń ustawy. Prezes Urzędu uznał za bezsporny fakt, że okoliczność rozpoczęcia przez wykonawcę M. B. MARCBUD wykonywania „prac w PSP Bogucin” w dniu 4 lutego 2025 r. za zgodą Zamawiającego, pomimo wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowienia obligującego wykonawcę do rozpoczęcia ww. prac najwcześniej w dniu 30 listopada 2025 r., w oparciu o dokument pn. „Protokół wprowadzenia na budowę”, stanowiło o zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za sporne, Prezes Urzędu uznał zakwalifikowanie przedmiotowej zmiany jako zmiany istotnej w rozumieniu art. 454 ust. 1 PZP, a w konsekwencji stwierdzenie dopuszczalności albo niedopuszczalności dokonania takiej zmiany. W tym kontekście podtrzymał swoje stanowisko. Wskazał, że wykonawcy rozważający udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponowali wiedzą, iż faktyczny okres, w którym będą mogli wykonywać zamówienie w zakresie „prac w PSP Bogucin” będzie istotnie krótszy, aniżeli 24 miesiące od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to okoliczność musi zostać uznana za istotną z perspektywy wykonawcy rozważającego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie oceny własnych możliwości należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Prezesa Urzędu, w istocie omawiana zmiana w swych skutkach jest tożsama z wydłużeniem terminu wykonania zamówienia, gdyż wykonawca dysponuje dłuższym okresem na realizację danego zadania. Za kluczową, Prezes Urzędu uznał również kwestię harmonogramu prac i rozłożenia ich w ciągu roku kalendarzowego, pierwotnie wyznaczonych na listopad 2025 r., zaś po zmianie na luty 2025 r. W ocenie Prezesa Urzędu, pierwotnie ustalony termin faktycznie prowadził do uniemożliwienia złożenia oferty przez wykonawców, którzy dysponowaliby niezbędnymi zasobami tylko w okresie do 30 listopada 2025 r., np. z uwagi na uprzednio zaplanowaną realizację innych zleceń w okresie po 30

listopada 2025 r. W efekcie, organ Kontrolujący uznał, że przedmiotowa zmiana podlega kwalifikacji jako zmiana wprowadzająca warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści, zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 1 PZP, a w konsekwencji – musi zostać uznana za zmianę istotną w rozumieniu art. 454 ust. 1 PZP. Prezes Urzędu wskazał ponadto, że to Zamawiający sam ukształtował treść przedmiotowego postanowienia w tak zasadniczym, imperatywnym brzmieniu, wobec czego przyjął na siebie ryzyko, iż każda zmiana umowy umożliwiająca wykonawcy rozpoczęcie wykonywania prac przed dniem 30 listopada 2025 r. wymaga oceny w kontekście art. 454 PZP, przy czym wg Prezesa Urzędu, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego w toku kontroli, był to obowiązek faktycznie nadmierny, bowiem nie istniały obiektywne przeszkody dla rozpoczęcia „prac w PSP Bogucin” przed dniem 30 listopada 2025 r. Tym samym, w ocenie organu Kontrolującego, kwestionowane postanowienie § 4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy stanowiło o nieuzasadnionym ograniczeniu kręgu wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Organ ten zwrócił również uwagę, że dla przesądzenia w wyniku kontroli o istotnym charakterze zmiany umowy wystarczające jest stwierdzenie, że istniała co najmniej możliwość (prawdopodobieństwo), iż w przypadku zastosowania zmienionych warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzięliby w nim udział inni wykonawcy, z kolei to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zastosowany wyjątek od reguły wynikającej z art. 454 PZP jest dopuszczalny ergo że zaistniały okoliczności uzasadniające zmianę. Wskazał również, że w oczywisty sposób organ kontroli nie może być zobowiązany do ustalenia, czy istnieje konkretny wykonawca, który nie złożył oferty w postępowaniu tylko i wyłącznie z uwagi na kwestionowane postanowienie projektowanych postanowień umowy, bowiem proces decyzyjny po stronie wykonawców rozważających złożenie oferty w konkretnych warunkach i czasie obejmuje wiele czynników, niemożliwych do odtworzenia ex post w toku kontroli doraźnej. Prezes Urzędu ponadto podkreślił, że, jak wskazał sam Zamawiający, w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli, wartość robót dla termomodernizacji budynku Szkoły Podstawowej w Bogucinie wynosi ponad 25% całości zamówienia publicznego stanowiącej łącznie 2,045,396,88 zł, co oznacza, że nie jest to wartość marginalna i potencjalnie pomijalna z perspektywy wykonawcy rozważającego udział w postępowaniu i analizującego własne możliwości realizacji zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie. Kolejną, w ocenie Prezesa Urzędu, okolicznością uprawdopodobniającą wpływ na krąg wykonawców jest fakt, że Prezes Urzędu wszczął przedmiotową kontrolę doraźną w związku z otrzymaniem wniosku o wszczęcie kontroli od podmiotu zewnętrznego. Organ powołał się również na motyw 109 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE seria.L Nr 94, str. 65) oraz na stanowisko, że do zmian istotnych może zaliczać się zmiana terminu

realizacji zamówienia, zajęte w literaturze przedmiotu. Zakwestionował również stanowisko Zamawiającego, w świetle którego, przedmiotowa zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach, gdyż nie potwierdzają tego ustalenia faktyczne kontroli, z których wynika, iż inicjatywa dokonania przedmiotowej zmiany pochodziła od wykonawcy i związana była z subiektywną oceną zasadności przyjęcia określonej kolejności robót przez danego wykonawcę (vide treść dokumentu pn. „Notatka służbowa”).

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 454 ust. 1 PZP poprzez podpisanie dokumentu pn. „Protokół wprowadzenia na budowę” przewidującego rozpoczęcie przez wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. „prac w PSP Bogucin” w dniu 4 lutego 2025 r., a więc wcześniej niż przewidziano w § 4 ust. 1 Umowy, który zastrzegał, że rozpoczęcie tych prac nie może nastąpić przed 30 listopada 2025 r. Nie powinno ulegać wątpliwości, iż w ten sposób doszło do zmiany Umowy jako takiej. Zresztą, jak słusznie dostrzegł Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia, okoliczność wprowadzenia zmiany Umowy nie jest sporna, skoro Zamawiający nie zakwestionował tego faktu w zastrzeżeniach. Sporna pozostała zaś kwestia ustalenia, czy doszło do istotnej, czy też nieistotnej zmiany Umowy, a tym samym, czy taka zmiana była dopuszczalna bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Istotna zmiana zawartej umowy wymaga bowiem przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 454 ust. 1 PZP).

Zgodnie z art. 454 ust. 2 PZP, zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Tym samym, wobec stwierdzenia, że dana zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści – nie ma konieczności jednoczesnego ustalenia, że w wyniku tej zmiany, charakter umowy zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy.

Jak wynika bowiem z art. 72 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE seria L Nr 94, str. 65), w każdym przypadku, modyfikację umowy uznaje się za istotną, m.in. gdy wprowadza ona warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Regulację powyższą wdraża do PZP przepis art. 454 ust. 2 PZP, toteż jego interpretację należy dokonywać przez pryzmat ww. brzmienia dyrektywy.

Zamawiający bagatelizuje skutki wprowadzonej zmiany, podnosząc w swoich zastrzeżeniach, że zmiana nie doprowadziła do zmiany przedmiotu zamówienia, nie spowodowała zwiększenia zakresu robót oraz nie skutkowałą zmianą terminu końcowego realizacji umowy, lecz stanowiła jedynie zmianę organizacyjną w zakresie zmiany kolejności robót. Niemniej, okoliczności te – nie oznaczają jeszcze, że nie doszło do istotnej zmiany Umowy.

W odniesieniu do ustalenia przez Prezesa Urzędu, że zmiana spowodowała, iż gdyby warunek wcześniejszego wprowadzenia wykonawcy na teren budowy był zastosowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści – Zamawiający wskazał jedynie, że argumentacja Prezesa Urzędu ma charakter ogólny i nie odnosi się do stanu faktycznego sprawy, zaś samo wskazanie na potencjalną możliwość wystąpienia takiego skutku nie jest wystarczające do uznania, że doszło do istotnej zmiany Umowy. W ten sposób, w ocenie Izby, Zamawiający skutecznie nie zakwestionował tych ustaleń. Prezes Urzędu trafnie zwrócił przy tym uwagę na ciężar dowodowy spoczywający na Zamawiającym w związku z kontrolą, zwłaszcza jeżeli jej wynik stwierdzi, że doszło do naruszenia przepisów PZP, zaś Zamawiający ustalenia te kwestionuje. Skoro, Prezes Urzędu ustalił, że doszło do nieuprawnionej, istotnej zmiany Umowy – to rolą Zamawiającego było wykazanie, że albo zmiana w ogóle nie nastąpiła albo, że nie była istotna. Samo zaprzeczenie nie może mieć przekonującego waloru.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Prezes Urzędu wskazał zaś na konkretne skutki zmiany przedmiotowego terminu rozpoczęcia „prac w PSP Bogucin” w kontekście ich nieobowiązania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. fakt, że wówczas, znany wykonawcom termin realizacji tych prac był krótszy niż 24 miesiące oraz, że każdy wykonawca musiał zakładać, że dla należytego wykonania zamówienia będzie obowiązany dysponować zasobami niezbędnymi do przeprowadzenia „prac w PSP Bogucin”

w okresie po 30 listopada 2025 r., nawet jeśli mógłby dysponować tymi zasobami w okresie wcześniejszym. Tym samym, obowiązujący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego warunek zamówienia, ujawniony na podstawie opublikowanego wraz ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, wzoru umowy i znany wykonawcom zamierzającym złożyć ofertę w postępowaniu, a obejmujący czas na wykonanie „prac w PSP Bogucin”, był inny niż po wprowadzeniu zakwestionowanej zmiany. W wyniku wprowadzonej zmiany, został wydłużony o blisko 10 miesięcy. Oznacza to, że warunki zamówienia stały się dostępnejsze dla szerszej liczby wykonawców, skoro wydłużenie czasu na realizację zadania ułatwia jego wykonanie. Oznacza to możliwość zainteresowania dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia (art. 72 ust. 4 dyrektywy). Nie sposób przy tym zakwestionować trafnego spostrzeżenia Prezesa Urzędu, iż okoliczność wynikająca z pierwotnej wersji brzmienia wzoru umowy, iż „prace w PSP Bogucin” mają być wykonane w czasie krótszym niż 24 miesiące od podpisania umowy, była okolicznością istotną z punktu widzenia wykonawcy rozważającego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie oceny własnych możliwości należytego wykonania zamówienia, wpływając na jego zawężenie w stosunku do kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zadania w czasie wydłużonym.

Ponadto, zmienił się czasokres, w którym zadanie powinno być realizowane, został on przesunięty z końca listopada 2025 r. na początek lutego 2025 r., co oznacza zmianę organizacyjną po stronie wykonawcy, który powinien dysponować stosownymi zasobami na początku, a nie na koniec 2025 roku. Dla jednych wykonawców może to oznaczać ułatwienie ze względu na dostępność zasobów, dla innych utrudnienie ze względu na konieczność szybszej mobilizacji lub zarezerwowanie zasobów do wykonania innych prac.

Zamawiający nie zdołał zaś zaprzeczyć, by tak dokonana zmiana była irrelevantna z punktu widzenia kręgu wykonawców, zdolnych wziąć udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub z punktu widzenia zaoferowanych cen ofertowych. Konieczność szybszej mobilizacji zasobów wykonawcy może bowiem wpływać na wzrost ceny oferty, zaś wydłużenie czasu na realizację zadania – na jej spadek. Powyższe oznacza, że dokonana zmiana – wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści (art. 454 ust. 2 pkt 1 PZP). Skoro Zamawiający przy udziale wykonawcy dokonał istotnej zmiany Umowy, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to zmiana taka narusza art. 454 ust. 1 PZP.

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

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....