

Sygn. akt: KIO/KD 2/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 7 lutego 2023 roku

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. w Nowym Sączu

Rynek 1
33-300 Nowy Sącz

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKZP/KND/81/22) z dnia 23 grudnia 2022 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu – realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Katarzyna Prowadzisz
	Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 stycznia 2023 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 23 grudnia 2022 r. (znak: UZP/DKZP/KND/81/22) w zakresie naruszenia art. 454 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie zmiany Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r. w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp a w konsekwencji naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu – realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Pismem z dnia 23 grudnia 2022 r. (znak: UZP/DKZP/KND/81/22) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem UZP”, działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, poinformował zamawiającego, tj. Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o. w Nowym Sączu, o wynikach kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu – realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Prezes UZP przedstawił informację o naruszeniach stwierdzonych w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r. w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nadto wskazał, że w konsekwencji powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, mając na uwadze okoliczności faktyczne i prawne ustalone w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r. do Umowy, że zmiana Umowy polegająca na rozszerzeniu w drodze Aneksu świadczenia Wykonawcy o wykonanie dokumentacji dotyczącej dwóch dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym, tak aby cały stadion sportowy składał się z czterech trybun stałych i zapewniał pojemność co najmniej 8000 miejsc siedzących dla widzów, oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji, robót budowlanych polegających na realizacji

dwóch dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym, tak aby cały stadion sportowy składał się z czterech trybun stałych i zapewniał pojemność co najmniej 8000 miejsc siedzących dla widzów, na łączną kwotę 24 496 011,29 zł brutto, nie była zmianą dopuszczalną na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy

Pzp, a także w oparciu art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku przesłanki określonej w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podniósł, że ani postanowienia § 17 Umowy, ani § 25 Umowy, nie zawierają odpowiednich klauzul umożliwiających zmianę umowy względem zaistniałego stanu faktycznego. W przypadku drugiej przesłanki, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podał, że i ta przesłanka zmiany nieprzewidywalnej nie zachodziła, ponieważ w stanie faktycznym ustalonym w toku kontroli konieczność zmiany umowy nie była spowodowana okolicznościami, których Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć. W jego ocenie nie zachodziła także przesłanka określona w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp ponieważ wartość zmian umowy przekracza określony w ww. artykule poziom 15% wartości pierwotnej umowy.

Prezes UZP podniósł także, że zmiany wprowadzone w zakresie przedmiotu Umowy w związku z § 1 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. Aneksu, również były niedopuszczalne na podstawie przepisu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na który powołały się Strony. Ww. zmiana Umowy wprowadzona w drodze Aneksu jest zmianą istotną umowy, w rozumieniu przepisów art. 454 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, a co za tym idzie, w świetle art. 454 ust. 1 ustawy Pzp wymagała przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W aspekcie powołania się przez Zamawiającego na dopuszczalność zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, co następuje:

Zmiana umowy bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest dopuszczalna wówczas, gdy zachodzą wszystkie warunki określone ww. normą, w tym w szczególności realizacja dodatkowych usług lub robót budowlanych stała się niezbędna dla wykonania zamówienia podstawowego. Przepis ten, nie wymaga, w porównaniu do brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), aby zamówienie dodatkowe było nieprzewidywalne. Niemniej, brzmienie przepisu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że potrzeba realizacji zamówienia dodatkowego nie może istnieć na etapie opisywania przedmiotu zamówienia. Ustawa stanowi bowiem wyraźnie, że niezbędność wykonania zamówienia dodatkowego uzasadniającego zmianę umowy musi „stać się”, a więc wystąpić, w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, stanowiącego przedmiot umowy. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie może powoływać się na przesłankę zmiany umowy, określoną w ww. przepisie, wtedy, gdy „niezbędność” istniała już na etapie przygotowywania postępowania lub udzielenia zamówienia, a na skutek zmian decyzji zamawiającego dotyczących sfery jego potrzeb i wymagań, zamawiający uznał, że powstaje konieczność znacznego rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia poza pierwotnie zakładany w opisie przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP ustalił, że już w listopadzie 2019 r. Zamawiający dysponował projektem budowlanym i wykonawczym, dotyczącego przebudowy i rozbudowy Stadionu Miejskiego w

Nowym Sączu do pojemności 8200 osób. Ostatecznie jednak zrezygnowano z tego zamierzenia z powodów finansowych oraz ekonomicznych, co wskazano wprost w treści pkt I.2.1 PFU o treści „Obecnie Zamawiający dysponuje pełną dokumentacją projektowo-kosztorysową dla budowy stadionu dla ponad 8000 widzów wraz z pozwoleniami/zgłoszeniem na budowę. Jednak ze względu na ogólną zmianę sytuacji ekonomiczno-gospodarczej, której to zmiany nie można było przewidzieć w czasie zamawiania przedmiotowej dokumentacji, Zamawiający jest zmuszony do wykonania znaczącej redukcji kosztów realizacji inwestycji w stosunku do kosztów określonych w posiadanej dokumentacji projektowej, gdyż była zamawiana w innych warunkach gospodarczo-ekonomicznych”. Z powyższego więc wynika, że zapotrzebowanie społeczne na budowę stadionu sportowego o pojemności co najmniej 8 000 miejsc siedzących istniało przed wszczęciem w dniu 29 marca 2021 r. postępowania o udzielenie zamówienia, pn. Realizacja obiektu stadionu miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu - realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Zamawiający uwzględnił tę potrzebę, ponieważ jak wynika z treści przekazanej dokumentacji, Zamawiający planował w przyszłości rozbudowę stadionu zrealizowanego na podstawie przedmiotowej Umowy, co znajduje odzwierciedlenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdzie wskazano, że obiekt należy zaplanować z trybunami z trzech stron (od strony ulic Kilińskiego, Krańcowej i od strony rzeki Mienica) z możliwością ich późniejszej rozbudowy (pkt IV Rozdziału III SWZ). Tym samym potrzeba polegająca na realizacji 4 trybun stałych, o łącznej pojemności minimum 8 000 miejsc siedzących, była Zamawiającemu znana już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia o nr NIK.271.1.2021, a więc nie stała się „niezbędna” w trakcie realizacji zamówienia na podstawie Umowy. Jeżeli jednak zrodziła się u Zamawiającego potrzeba budowy stadionu sportowego o co najmniej 8 000 miejsc w trakcie realizacji, to Zamawiający miał obowiązek rozpatrzyć, czy zmiana ta nie jest zmianą istotną.

Opis przedmiotu zamówienia, w tym potrzeby jakie ma zaspakajać i za pomocą jakich środków, podlegają konkretyzacji przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc na etapie jego przygotowywania, w ramach procesu inwestycyjnego, nie zaś na etapie wykonawstwa, jak miało to miejsce w kontrolowanej sprawie. Dodatkowo realizację obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i potrzeby Zamawiającego, wspiera instytucja analizy potrzeb i wymagań przewidziana w art. 83 ustawy Pzp. Zamawiający sporządził taką analizę potrzeb i wymagań. Według treści tego dokumentu, potrzebą i celem zamówienia była realizacja zamówienia obejmującego budowę stadionu sportowego na ok 4 900 miejsc siedzących.

Zgodnie z wytycznymi jakie Spółka NIK otrzymała od Miasta Nowy Sącz przedmiotowy obiekt winien posiadać 4 500 zadanych indywidualnych miejsc siedzących dla widzów (na trybunie północnej i południowej) oraz min. 360 miejsc przeznaczonych dla kibiców drużyny

gości, umożliwiającego prowadzenie rozgrywek klubowych na poziomie Ekstraklasy, wg systemu licencyjnego PZPN oraz UEFA. Planuje się realizację obiektu spełniającego kryteria systemu licencyjnego PZPN dla rozgrywek na poziomie Ekstraklasy oraz UEFA kategorii 3. Tak skonkretyzowany cel zamówienia został powtórzony w wymaganiach składających się na opis przedmiotu zamówienia, m.in. w pkt I.2.13 PFU.

Przedmiotem Umowy z dnia 19 czerwca 2021 r. konsekwentnie i jednoznacznie opisanym była realizacji stadionu sportowego z dwoma trybunami stałymi zadaszonymi – trybuna północna i południowa - o łącznej liczbie miejsc siedzących wynoszącej 4 500 oraz z jedną trybuną tymczasową o liczbie miejsc siedzących minimum 350. Przedmiotowe wymagania stanowiły nie tylko główne wymagania zamówienia, ale także identyfikowały sposób realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które zostały opisane w przedmiocie Umowy. Zatem, cel zamówienia można utożsamiać z ww. podstawowymi, głównymi, parametrami opisu przedmiotu zamówienia, jakim była: pojemność stadionu, liczba stałych lub tymczasowych trybun.

Jednocześnie zgodnie z treścią § 2 ust. 1 Umowy Wykonawca oświadczył, iż dokonał wyceny Oferty w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, Program Funkcjonalno-Użytkowy, opis przedmiotu zamówienia, badania geologiczne, inwentaryzację istniejącego Stadionu Miejskiego w Nowym Sączu, a nadto oświadczył, iż Oferta jest zupełna i kompletna oraz zawiera wszelkie koszty, które Wykonawca zobowiązany jest ponieść. W § 2 ust. 2 Umowy zastrzeżono, że w przypadku jakichkolwiek sprzeczności w zapisach zawartych w Umowie oraz dokumentach wymienionych w Umowie, należy je tłumaczyć zgodnie z celem niniejszej Umowy, w sposób zapewniający prawidłową realizację Inwestycji. W szczególności, w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości lub sprzeczności w treści Umowy oraz w treści dokumentów należy mieć na względzie, iż zamiarem Zamawiającego i celem niniejszej Umowy jest zapewnienie najlepszej jakości i funkcjonalności Inwestycji stanowiącego przedmiot Umowy oraz zgodności przedmiotu Umowy z obowiązującymi normami i przepisami.

Przechodząc do pojęcia „niezbędności” zamówienia dodatkowego, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że „niezbędność” dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, należy interpretować jako prace, które są konieczne potrzebne, nieodzowne dla realizacji celu zamówienia, a więc dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami zamawiającego ukazanymi w dokumentacji postępowania. Niezbędność zmiany powinna mieć charakter obiektywny, co oznacza, że konieczność dokonania zmiany powinna być ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający musi uwzględnić zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Aby więc zamówienie dodatkowe miało walor niezbędnego nie wystarczy, że zmiana jest funkcjonalnie powiązana z

zamówieniem podstawowym, czy tym bardziej w sposób luźny łączy się z zamówieniem podstawowym. Zmiana powinna służyć realizacji celu zamówienia, w tym przypadku stadionu o pojemności 4 500 miejsc siedzących z dwoma trybunami stałymi oraz jedną tymczasową zgodnie z koncepcją przyjętą w PFU. W kontrolowanym przypadku zmiany Umowy wprowadzone Aneksem z dnia 25 marca 2022 r. zasadniczo zmieniły przedmiot Umowy. Zmiany w zakresie zasadniczych parametrów PFU powodowały zwiększenie liczby miejsc siedzących o około 3 500, a więc o około 40%, oraz zmianę koncepcji dotyczącej zwiększenia liczby trybun z 2 trybun stałych do 4, tym samym przekreślając dotychczasowe, zasadnicze wymagania opisu przedmiotu Umowy oraz zamówienia podstawowego.

Tym samym stwierdził, że modyfikacja Umowy w żaden sposób nie wpływała na prawidłowość wykonania zakresu usług i robót objętych zamówieniem podstawowym, a co za tym idzie obiektywnie nie była ściśle związana z zamówieniem podstawowym i niezbędnym do jego realizacji. Analiza zmian Umowy wobec zakresu zamówienia podstawowego wskazuje bowiem, że skala modyfikacji przedmiotowych, polegających na zwiększeniu liczby stałych trybun, koncepcja ich połączenia, wynikające z tego zwiększenie się pojemności stadionu, w końcu realizacja zaplecza treningowego wraz z boiskami, nie służyła wykonaniu pierwotnie określonego zamówienia, określonego w przedmiocie Umowy, ale realizacji zupełnie nowych potrzeb, wykraczających poza cele stawiane zamówieniu podstawowemu.

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Prezes UZP podniósł, że należy zakwestionować stanowisko Zamawiającego dotyczące wykładni pojęcia „niezbędności”, wedle którego każdą zmianę umowy uzasadnia „cel zamówienia”, rozumiany jako uzyskanie przez Zamawiającego możliwości zaspokojenia swoich uzasadnionych interesów gospodarczych z wykorzystaniem zamówionego obiektu. Zamawiający upatruje bowiem spełnienie przestanki niezbędności usług i robót dodatkowych bezpośrednio w zmianie wymagań Miasta określonych w uchwale Rady Miasta Nowego Sącza oraz Umowie Powierzenia, stanowiącej wdrożenie Uchwały, w zakresie jednego z zadań własnych, którego wykonaniu służy przedmiotowa umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający stoi więc na stanowisku, że w przypadku niedokonania zmiany Umowy w zgodzie z postanowieniami Uchwały i Umowy Powierzenia, nie zostanie osiągnięty cel zamówienia jakim jest realizacja obiektu stadionu sportowego zaspokajającego najlepiej pojętą potrzeby społeczne, a także nie zostanie zrealizowane zmienione zadanie własne Miasta, której to bezpośrednim skutkiem zmiany jest niezbędna konieczność rozszerzenia i zmiany realizowanego zadania inwestycyjnego. Taka wykładnia „niezbędności” dodatkowych usług lub robót budowlanych poprzez tak rozszerzającą interpretację „celu zamówienia” jest sprzeczna nie tylko z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale także z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym z zasadą przejrzystości, prowadząc w praktyce do

omijania przepisów zakazujących istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Prezesa UZP zmiana Umowy Powierzenia, w tym uchwała Miasta, przywołana w Protokole Konieczności per se nie stanowią o wystąpieniu niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w trakcie realizacji zamówienia. Treść uchwał władz samorządowych nie ma bezpośredniego ani pośredniego znaczenia dla stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących procesu udzielania zamówień publicznego, jak i dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia. W

świecie ustawy Pzp to na Zawiającym spoczywa obowiązek właściwego opisanie przedmiotu zamówienia, w tym uwzględniającego jego potrzeby. Analiza sprawy wskazuje, że zawarcie Aneksu nie wynikało z obiektywnych okoliczności faktycznych, lecz niewłaściwej identyfikacji potrzeb i sposobu ich realizacji w trakcie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia. Realizacja zadania własnego Spółki skonkretyzowanego w uchwale władz samorządowych, nie może uzasadniać zmiany Umowy niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, będącej w hierarchii aktów prawnych, aktem wyższego rzędu, powszechnie obowiązującym, wobec uchwał organów jednostek samorządu terytorialnego o zasięgu lokalnym.

Okoliczność, że Miasto dokonało zmiany w zakresie tego, w jaki sposób Spółka ma zrealizować zadanie własne nie stanowi takiej podstawy i świadczy jedynie o obiektywizacji konieczności wykonania robót dodatkowych, a nie rzeczywistej, obiektywnej niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w celu realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego. Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych i prawnych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że nie ziszcza się określona w nim przesłanka, aby zamówienie dodatkowe „stało się niezbędne”. Zamawiający postanowił bowiem, że zamiast dwóch naprzeciwległych trybun stałych i trzeciej trybuny tymczasowej, powstanie stadion o zamkniętej bryle, z czterema trybunami stałymi i zapleczem treningowym, co zupełnie zmienia nie tylko ilościowo, ale i przede wszystkim jakościowo przedmiot tego zamówienia. O tym, że w istocie w wyniku zawarcia Aneksu, strony Umowy zrezygnowały z realizacji pierwotnej koncepcji obiektu stadionu, na rzecz zupełnie innej koncepcji projektowej i architektonicznej, świadczy również treść Protokołu Konieczności, w którym przywołując uzasadnienie do Uchwały, wskazano, że „konieczne stało się rozszerzenie zamówionego stadionu o dwie trybuny stałe, w których znajdują się pomieszczenia zaplecza treningowego. Istotne jest przy tym, aby owe dwie dodatkowe trybuny powstały już teraz, tj. jednocześnie z realizacją aktualnego przedmiotu zamówienia, ponieważ w przeciwnym razie boiska treningowe zostaną pozbawione zaplecza, co uniemożliwi ich eksploatację zgodnie z przeznaczeniem. Tym samym niemożliwe stało się wybudowanie w pierwszej kolejności

stadionu jedynie o dwóch trybunach stałych, a następnie w przyszłości ewentualne rozbudowanie stadionu poprzez dostawienie dwóch dodatkowych trybun stałych”.

Powyższe dowodzi, że modyfikacja umowy była znaczna i faktycznie oznaczała realizację innego, w sensie funkcjonalnym i technicznym obiektu stadionu sportowego w stosunku do tego opisanego pierwotnie w Umowie, powodując po stronie Zamawiającego zwiększenie zobowiązań, związanych ze wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy, jak również skutkując po stronie Wykonawcy, znacznym zwiększeniem świadczeń i zobowiązań m.in. w zakresie odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji za wady z tytułu realizacji większego obiektu stadionu sportowego.

Prezes UZP podniósł także, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności, która ze swej istoty stanowi wskazówkę interpretacyjną w przedmiocie granic dopuszczalnej zmiany zakresu przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, dokonując tak znacznego rozszerzenia przedmiotu umowy, bez istnienia obiektywnej przyczyny dokonania tych zmian, tę zasadę naruszył. Nowa koncepcja stadionu jest bowiem zupełnie odmienna od koncepcji pierwotnie przyjętej na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym nie sposób zmieścić taką zmianę w granicach wyznaczonych zasadami prawa zamówień publicznych, realizowanymi poprzez stosowanie odpowiednich do zaistniałego stanu faktycznego norm prawnych, w tym przypadku przepisów art. 454 i 455 ustawy Pzp. Wprowadzone Aneksem zmiany Umowy znacząco rozszerzały zakres zamówienia również w sensie ilościowym na co wskazuje wzrost wynagrodzenia Wykonawcy w odniesieniu do pierwotnego wynagrodzenia określonego w Umowie. Zgodnie z pierwotną Umową, Wykonawcy przysługiwało za wykonanie jej przedmiotu wynagrodzenie w kwocie 50 670 512,00 zł brutto. W drodze zawarcia Aneksu wynagrodzenie ustalono na wysokość kwoty 75 145 523,29 zł brutto, a więc nastąpił wzrost o 48,30%.

W tym kontekście Prezes UZP wskazał, że skoro na gruncie przepisu art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zmianami nieistotnymi (bagatelnymi), niewymagającymi przeprowadzenia nowego postępowania, są zmiany umowy, których łączna wartość jest niższa niż 15%, w przypadku zamówienia na roboty budowlane (a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy), to zmianę Umowy, jak w tym wypadku, o wartości rzędu 48,3% wartości umowy pierwotnej należy uznać za istotną. Przepis art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który za istotną zmianę umowy uznaje taką, co w sposób „znacząco rozszerza zakres świadczenia”, nie odwołuje się do progu 50 % wartości pierwotnej umowy, o którym mowa w pkt 3 lit. c art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP dodał, że w tym stanie – w związku z zupełną zmianą opisu przedmiotu zamówienia – doszło do wprowadzenia nowych warunków zamówienia, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to mogłyby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Wskazał także na definicję zawartą w art.

7 pkt 29 ustawy Pzp, w myśl której przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w zasadzie na nowo opisał przedmiot zamówienia, decydując, że nie zamierza już realizować zadania według koncepcji stadionu o pojemności około 4 900 miejsc, lecz według nowej – zgodnie z którą ma powstać stadion o pojemności około 8 100 miejsc i zupełnie innej architekturze, w formie zamkniętej bryły. Powyższe, w myśl ww. definicji legalnej pojęcia „warunki zamówienia”, oznaczało wprowadzenie w drodze Aneksu znaczących zmian w zakresie opisu przedmiotu Umowy. Skala zmian warunków dotyczących opisu przedmiotu Umowy była na tyle znacząca, że gdyby zostały one zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy. Znacznie wyższa wartość zamówienia wprowadzonego Aneksem (61 093 921,37 zł netto wobec pierwotnie 41 195 538,20 zł netto) mogłaby skutkować, np. postawieniem

proporcjonalnie wyższych warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej lub wymogiem posiadania znacznie wyższej zdolności kredytowej lub znacznie wyższej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia. Warunki udziału w postępowaniu natomiast niewątpliwie kształtuje krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W stanie faktycznym niewątpliwym jest, że Aneks, w tym zmieniony PFU, wprowadził do pierwotnej Umowy postanowienia cechujące się „zauważalną odmiennością treściową”, nie tylko znacząco rozszerzając zakres świadczeń pierwotnej Umowy w zakresie najistotniejszych, podstawowych parametrów charakteryzujących wielkość obiektu i zakres robót budowlanych, jakim są: pojemność stadionu sportowego, liczba trybun stałych, wysokość wynagrodzenia, lecz wręcz redefiniując przedmiot Umowy, w sensie także architektonicznym. Dlatego nie sposób uznać, że zmiany te nie stanowią wyniku renegotjacji Umowy.

Reasumując Prezes UZP wskazał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o budowę dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym nie stanowi zamówienia dodatkowego w rozumieniu przepisów art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ cel rozbudowy stadionu nie służył osiągnięciu zamierzenia zawartego w opisie przedmiotu zamówienia. Postępowanie Zamawiającego oznacza, że Zamawiający nie tylko znacznie zmienił zakres zamówienia, ale w rzeczywistości również cel zamówienia podstawowego, jakim była budowa stadionu o pojemności ok 4900 widzów. Zmiana umowy była zmianą istotną, a więc niedopuszczalną w świetle art. 454 oraz 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19

czerwca 2021 r. w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp, i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., w wyniku

przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 9 stycznia 2023 r. (pismem z dnia 9 stycznia 2023 r.) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, zarzucając Prezesowi UZP naruszenie:

1. art. 607 ust 2 w zw. z art. 608 ust 1 w zw. art. 600 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie kontroli, w zakresie nieobjętym kwestionariuszem kontroli, a następnie zaniechanie przeprowadzenia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego, co skutkowało naruszeniem w/w przepisów, w sytuacji, w której, to konkretne działanie Prezesa UZP doprowadziło do uniemożliwienia przedstawienia stanowiska przez Zamawiającego, jak też prowadzenia kontroli zgodnie z obowiązującymi przepisami;
2. art. 605 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ustalenie stanu faktycznego bez uwzględnienia całości materiału sprawy, tj. w szczególności ci z pominięciem znacznej części protokołu kontroli oraz załączników do protokołu konieczności w postaci:
 - a) Opinii prawnej z lutego 2022 roku;
 - b) Opinii prawnej z 24.03.2022;
 - c) Opinii techniczno-szacunkowej z dnia 11.03.2022;
 - d) Uchwały Rady Miasta Nowego Sącza nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r.;
 - e) Uchwały Rady Miasta Nowego Sącza nr LV/703/2022 z dnia 15 lutego 2022 r.;
 - f) Umowy powierzenia z dnia 15.01.2021 r.;
 - g) Aneksu do umowy powierzenia z dnia 24.03.2021 r.;
 - h) Pisma Miasta Nowego Sącza z dnia 18.02.2022 r.;
3. art. 455 ustawy Pzp w zw. z art. 454 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że regulacja art. 455 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zmian nieistotnych, w sytuacji, gdy art. 455 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zmian istotnych, albowiem zmiany nieistotne są zawsze dopuszczalne;
4. art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię tego przepisu, która w konsekwencji doprowadziła do ustalenia braku podstaw jego zastosowania przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy Prezes UZP:
 - a) dokonał błędnej wykładni pojęcia „niezbędności” z w/w przepisu wiążąc przepis art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. w brzmieniu sprzed 28 lipca 2016r. (dalej jako „dpzp”), tj. wiążąc ten przepis z pojęciem „wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od realizacji zamówienia dodatkowego”, co jest wykładnią contra legem;

b) dokonał błędnej wykładni pojęcia „niezbędności” z w/w przepisu uznając, że w niniejszej sprawie nie zaszła wyartykułowana w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przesłanka „niezbędności”, w sytuacji w której jednocześnie Prezes UZP nie zakwestionował pozostałych przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 3 lit. a)–c) ustawy Pzp, co implikuje uznanie, że Prezes UZP nie kwestionuje ich spełnienia;

5. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że zakres zamówienia objęty Aneksem nr 1 z 25 marca 2022 r. winien być udzielony poprzez ogłoszenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji w której rzeczony Aneks nr 1 został zawarty zgodnie z przesłankami umożliwiającymi dokonanie zmiany umowy, tj. zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;

6. poprzez zaniechanie rozważań na temat możliwości realizacji zakresu zamówienia objętego Aneksem nr 1, w sytuacji w której nie było podstaw do rozwiązania obowiązującej umowy, a realizacja zakresu wynikającego z Aneksu nr 1 była niemożliwa do realizacji jako odrębna inwestycja w czasie realizacji umowy podstawowej, co skutkowałoby znacznym zwiększeniem kosztów inwestycji.

Odnosnie zarzutu 1, tj. zarzutu naruszenia art. 607 ust 2 w zw. z art. 608 ust 1 w zw. art. 600 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł m.in., że zgodnie z informacją z dnia 26.05.2022 dotyczącą wszczęcia postępowanie wyjaśniającego, cała działalność kontrolna Prezesa UZP dotyczyła wyłącznie kwestii realizacji umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r., zwana dalej „Umową”. Z informacji tej nie wynikało, aby postępowaniem Prezesa UZP objęto weryfikację zgodności z prawem zawarcia aneksu nr 1 do Umowy, zwanego dalej „Aneksem nr 1”. Kolejna korespondencja kierowana przez Prezesa UZP w ramach niniejszego postępowania, dotyczyła wyłącznie pierwotnego zakresu Umowy. świadczy o tym treść pytań stawianych przez Prezesa UZP. Prezes UZP może rozszerzyć zakres kontroli z urzędu wyłącznie na mocy art. 607 ust. 2 ustawy Pzp. W takiej jednak sytuacji obligatoryjne i konieczne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w zakresie rozszerzonym (art. 608 ust. 1 w zw. z art. 607 ust. 2 ustawy Pzp), czyli objętym informacjami o wynikach kontroli doraźnej. Postępowanie kontrolne poprzedzone jest zawsze bowiem postępowaniem wyjaśniającym, którego w kontekście podniesionych naruszeń przez Prezesa UZP nie było. Nie zostały więc spełnione wymogi formalne i zasady obowiązujące w ustawie Pzp w zakresie prowadzenia kontroli. Nie było więc podstaw do stwierdzenia naruszeń

podniesionych w kwestionowanym piśmie Prezesa UZP. Skutkuje to tym, że wyniki kontroli Prezesa UZP dotknięte są sankcją nieważności lub ewentualnie obarczone są istotnym błędem mającym wpływ na wynik kontroli, który w aktualnym stanie faktycznym nie może się z tego powodu ostać. A ponadto, Prezes UZP był zobowiązany poinformować z urzędu o rozszerzeniu zakresu kontroli, co w niniejszej sprawie nie miało w ogóle miejsca. Zamawiający o rozszerzeniu zakresu kontroli dowiedział się dopiero i niezgodnie z obowiązującymi przepisami z treści pisma przewodniego z dnia 23 grudnia 2022 r. załączonego do wyników kontroli. Doszło więc do zaniechania przeprowadzenia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego w zakresie, w jakim rzekomo doszło do rozszerzenia kontroli z urzędu, mimo że to „rozszerzenie” obarczone jest wadą. Takie działanie skutkowało tym, że Zamawiający nie był zobowiązany, ale też nie miał możliwości, do przedstawienia wyjaśnień w zakresie objętym naruszeniami stwierdzonymi przez Prezesa UZP, co miało niewątpliwie wpływ na wynik kontroli.

Prezes UZP, wbrew wymogom z art. 600 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie udostępnił Zamawiającemu kwestionariusza kontroli, jak też nie poinformował o miejscu dostępności takiego kwestionariusza. W piśmie z dnia 18 listopada 2022 r. podano bowiem link: . Po kliknięciu otwiera się ogólna strona BIP UZP (kliknięciu w przedmiotowy link), która nie zawiera kwestionariusza kontroli, na dowód czego przedłożył akt notarialny dokumentujący otwarcie przedmiotowego linku przez notariusza. Zgodnie z art. 600 ust. 1 ustawy Pzp kwestionariusz kontroli udostępnia się przy wszczęciu kontroli. Wszczęcie kontroli w niniejszej sprawie nastąpiło pismem z dnia 26.05.2022, ponieważ postępowanie wyjaśniające jest pierwszym etapem kontroli doraźnej, co sprawia, że Prezes UZP miał obowiązek poinformować o miejscu dostępności kwestionariusza kontroli już w zawiadomieniu o wszczęciu kontroli doraźnej, tj. w piśmie z dnia 26.05.2022. Prezes UZP o miejscu dostępności kwestionariusza kontroli poinformował dopiero pół roku po wszczęciu kontroli, tj. w piśmie z dnia 18.11.2023, przesyłając link, który nawet nie zawierał kwestionariusza kontroli. Nie można przy tym utożsamiać wzoru kwestionariusza kontroli, o którym mowa w art. 599 ustawy z Pzp, z kwestionariuszem kontroli dotyczącym danego postępowania kontrolnego, którego sporządzenie i udostępnienie jest obligatoryjne na podstawie art. 600 ustawy Pzp, który Prezes UZP jest zobowiązany sporządzić i udostępnić kontrolowanemu, tak aby kontrolowany wiedział jaki jest zakres przedmiotowy danej kontroli. Nie jest dopuszczalne odsyłanie do samego wzoru kwestionariusza. W niniejszym przypadku nie doszło do wydania Zamawiającemu takiego kwestionariusza, ponieważ link podany przez Prezesa UZP w piśmie z dnia 23.12.2022 takiego kwestionariusza nie zawiera. Co więcej, podany link nie zawiera nawet wzoru kwestionariusza, o którym mowa w art. 599 ustawy Pzp. Określone naruszenia uniemożliwiały Zamawiającemu rzeczywiste uczestnictwo w faktycznej

kontroli, co skutkuje wadliwością wniosków z informacji o wyniku kontroli i winno podważać wyniki kontroli, jako powstałych na skutek nieprawidłowo przeprowadzonej procedury kontrolnej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 605 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający podniósł m.in., że Prezes UZP dokonał ustalenia stanu faktycznego w oparciu o niepełny materiał sprawy. W oparciu zaś o art. 605 ust. 3 ustawy Pzp należy oczekiwać, że w wynikach kontroli znajdzie się precyzyjne wskazanie dokumentacji, w oparciu o które ustalono stan faktyczny, jak też odniesienie się do tych dokumentów, których nie uwzględniono. W wynikach kontroli brak jest jakichkolwiek informacji, że Prezes UZP ustalił stan faktyczny w oparciu o wskazane w zarzucie dokumenty, w których był w posiadaniu. Odniesienie się wyłącznie do treści protokołu konieczności świadczy o pominięciu materiału sprawy, mimo że w oparciu również o ten dokument i załączniki do niego, należało poczynić ustalenia. Szczególnie jest to istotne w tym kontekście, że cały protokół konieczności z załącznikami, w szczególności załączonymi dwiema opiniami prawnymi oraz opinią techniczno-szacunkową, opisywał właśnie podstawy do zawarcia Aneksu 1 w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zawarta jest tam także argumentacja potwierdzająca zasadność i legalność tego aneksu, co Prezes UZP wbrew przepisom pominął.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 455 ustawy Pzp w zw. z art. 454 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że regulacja art. 455 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zmian nieistotnych, w sytuacji, gdy art. 455 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zmian istotnych albowiem zmiany nieistotne są zawsze dopuszczalne. Zamawiający podniósł m.in., że na stronie 25 Informacji pokontrolnej Prezes UZP przeprowadził wywód prawny nie znajdujący potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp Prezes UZP stanął bowiem na stanowisku, że jeśli zmieniamy umowę i zmiana ta jest istotna, to w takim przypadku należy przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem. Art. 455 ustawy Pzp określa sytuacje, w których Zamawiający może dokonać zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z literalnego brzmienia tego przepisu (art. 455 ustawy Pzp). Z przepisu tego wynika więc, iż jeśli dana sytuacja, która jest rozważana pod kątem zmiany umowy, spełnia przesłanki opisane w art. 455 ustawy Pzp, to może zostać wprowadzona jako zmiana do umowy. Przepis art. 455 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 454 ustawy Pzp, umożliwiając dokonanie zmiany umowy nawet w przypadku, gdy zmiana ma charakter istotny, o ile oczywiście spełniona jest któraś z przesłanek wskazanych w art. 455 ustawy Pzp.

A ponadto, na str. 32 wyników kontroli Prezes UZP, utożsamia w kontekście art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zmiany nieistotne z bagatelnymi. Jest to radykalny błąd, albowiem wszelkie zmiany nieistotne są możliwe do wprowadzenia, a art. 455 ustawy Pzp dotyczy wprowadzania zmian o charakterze istotnym (tylko i wyłącznie). Zmiana objęta Aneksem nr 1 ma charakter

nieistotny. Jest więc wręcz oczywiste i nie wymaga żadnej szczegółowej analizy, że zmiana miała charakter istotny. Jednakże, pomimo istotności, dokonana zmiana była dopuszczalna, ponieważ zezwalał na to art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowisko Prezesa UZP jest więc chybione i można je tłumaczyć wyłącznie błędnym przekazem wyrażonym w treści Informacji pokontrolnej. Tym samym wszelkie wskazania Prezesa UZP w treści Informacji pokontrolnej, iż Zamawiający winien był w opisanej sytuacji przeprowadzić nowe postępowanie należy uznać za bezzasadne.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 455 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię tego przepisu, która w konsekwencji doprowadziła do ustalenia braku podstaw jego zastosowania przez Zamawiającego (...) Zamawiający podniósł m.in., że Prezes UZP dokonuje w wynikach kontroli całkowicie zbędnych i znikąd niewynikających rozważań o podstawie do zmiany Umowy, które to rozważania są sprzeczne również z art. 60 k.c. i art. 65 k.c. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jedyną podstawą do zawarcia Aneksu nr 1, podaną i zastosowaną przez Zamawiającego był art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Próba opisywania innych podstaw do zmiany Umowy pierwotnej stanowi nieuprawnione wykroczenie poza kognicję kontrole Prezesa UZP. Prezes UZP, abstrahując od zarzutów formalnych, był związany podstawą prawną zmiany Umowy, którą jej strony zastosowały. Analiza winna przebiegać tylko i wyłącznie w tym zakresie. Jak już wskazano, nie było też przy tym przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w sposób prawidłowy, co ewentualnie mogłoby skutkować jednak weryfikacją, ale zgodną z wolą stron umowy, podstawy prawnej do zawarcia Aneksu nr 1. Zatem rozważania na gruncie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 czy też art. 455 ust. 2 ustawy Pzp są bezprzedmiotowe.

Zamawiający nadto wskazał, że Prezes UZP dokonał błędnych ustaleń, w tym poprzez utożsamianie Zamawiającego z jego współnikiem — Miastem Nowy Sącz, zwanego dalej „Miastem”. Z informacji o wyniku kontroli wynika, że Prezes UZP nie dostrzega w niniejszej sprawie różnicy między jednostką samorządu terytorialnego, a spółką kapitałową, stanowiącą odrębny podmiot prawa — osobę prawną. Świadczą o tym twierdzenia zawarte na stronie 25 informacji o wyniku kontroli. Jest to błąd zasadniczy, albowiem w roku 2019 Zamawiający nawet nie istniał. Zamawiający powstał bowiem dopiero w roku 2020, co wynika jednoznacznie z uchwały Rady Miasta Nowy Sącz z dnia 5 lutego 2020 r., stanowiącej podstawę utworzenia Zamawiającego jako spółki kapitałowej. Prezes UZP dokonuje wykładni niezbędności z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *contra legem*. Wiąże bowiem swoją wykładnię obecnego art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z regulacjami obowiązującymi w art. 67 ust. 1 pkt 5 dPzp. Aktualnie, a dokładnie poczynawszy od 28 lipca 2016 r. brak jest konieczności powiązań do realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego w kontekście warunkującym realizację zamówienia podstawowego w rozumieniu przyjętym przez Prezesa UZP. Prezes UZP nie zarzuca bowiem

Zamawiającemu, że nie spełnione zostały pozostałe przesłanki wymienione w lit. a), b) i c) wskazanego przepisu. Nie są one kwestionowane i zostały spełnione w Aneksie nr 1.

Nadto Zamawiający wskazał, że wszystkie wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 3 lit. a-c ustawy Pzp przesłanki zostały szczegółowo uzasadnione w protokole konieczności oraz załączonej do niego opinii techniczno-szacunkowej (załącznik nr 14), z której wynika w szczególności, że zmiana wykonawcy robót dodatkowych nie mogła zostać dokonana z powodów dotyczących niemożności zapewnienia interoperacyjności z częścią stadionu stanowiącą pierwotny przedmiot umowy, zmiana wykonawcy prowadziłaby do wzrostu kosztów o prawie 7 mln zł, a wzrost ceny spowodowany zmianą nie przekracza 50% wartości Umowy. Zamawiający, nie powielając argumentacji z załączanych opinii prawnych i technicznych, podtrzymał stanowiska tam zawarte w kontekście prawidłowości podstawy do zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do przesłanki „niezbędności” robót dodatkowych Zamawiający podniósł, że Prezes UZP co do zasady interpretuje przesłankę niezbędności w sposób zbieżny z interpretacją Zamawiającego, tj. poprzez odniesienie się do konieczności realizacji celów zamówienia. Prezes UZP odwołuje się bowiem do poglądów doktryny. Jednak przyjęte przez Prezesa UZP tezy i wnioski w tym zakresie wynikają z błędnej wykładni, że cel zamówienia utożsamia się z przedmiotem zamówienia. Prezes UZP przez cel zamówienia rozumie wyłącznie i tylko przedmiot umowy, czyli budowę stadionu o pojemności 4 900 miejsc. Cel zamówienia jest jednak zgoła odmienny, a zatem taki wniosek Prezesa UZP jest całkowicie błędny.

Cel umowy oraz przedmiot umowy stanowią różne pojęcia i różne instytucje prawne. Bezspornym jest, że w ustawie Pzp brak jest definicji „celu zamówienia”. Kompleksowej wykładni pojęcia celu umowy dokonał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku 18.11.2015 podając: „W rozumieniu art. 65 § 2 k.c. cel umowy jest wyznaczany przez funkcję, jaką strony wyznaczają danej czynności w ramach łączących je stosunków prawnych. Jest to cel zindywidualizowany, dotyczący konkretnej umowy i znany obu stronom. Wpływa on na kształt praw i obowiązków pośrednio, jako jeden z czynników, które powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu wykładni. Cel nie musi być wyartykułowany w treści umowy, a może być ustalany na podstawie okoliczności towarzyszących dokonaniu czynności prawnej. Cel umowy można określić jako intencję stron, co do osiągnięcia pewnego stanu rzeczy”. (Wyrok SA w Gdańsku z 18.11.2015 r., III AUa 523/15, LEX nr 1950580). Cel umowy nie musi być celem uzgodnionym, lecz wystarczy, że jest zamierzony przez jedną ze stron i wiadomy drugiej (...). Istotne jest również, że cel umowy nie musi być wyartykułowany w treści umowy, a może być ustalony na podstawie okoliczności towarzyszących czynności prawnej (por. wyrok SN z 3.02.2016 r., V CSK 271/15, LEX nr 1972997). Podobnie cel umowy definiowany jest w doktrynie prawa cywilnego. Cel umowy należy odróżnić od przedmiotu umowy. Albowiem, cel

umowy wykracza poza treść umowy (prawa i obowiązki stron) oraz przedmiot umowy (świadczenia stron, tj. konkretne czynności lub powstrzymanie się od czynności), stanowiąc pewien oczekiwany stan rzeczy, do którego ma doprowadzić spełnienie świadczenia.

W niniejszym występowały następujące cele zamówienia: realizacja zadań własnych w zakresie określonym w Uchwale Rady Miasta Nowego Sącza w przedmiocie powierzenia zadania własnego oraz zapewnienie jak najlepszej jakości i funkcjonalności inwestycji stanowiącego przedmiot Umowy, rozumianej w szczególności jako zapewnienie jak najszerzego zakresu zastosowania powstałego stadionu sportowego, który będzie źródłem przychodów. Obydwa ze wskazanych celów wynikają literalnie z pierwotnej Specyfikacji Warunków Zamówienia. Powyższe wyartykułowano w szczególności w rozdz. II pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, stanowiącej załącznik nr 2 do Umowy, gdzie podano „Zamówienie jest udzielane w związku z wykonaniem umowy powierzenia wykonywania zadań własnych zawartej w Nowym Sączu, dnia 15.01.2021 Miastem Nowy Sącz, a Zamawiającym na podst. art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej i uchwały nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki kapitałowej, zmienioną uchwałą nr XXXVIII/431/2021 z dnia 4 stycznia 2021 r. w sprawie zmiany uchwały Rady Miasta Nowego Sącza Nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki kapitałowej”. Tym samym, nie może budzić wątpliwości, iż głównym celem zamówienia — Umowy jest wykonanie powierzonego przez Miasto Nowy Sącz zadania. Jeżeli powierzone zadanie własne nie zostanie wykonane lub zostanie wykonane niezgodnie z postawionymi wymaganiami określonymi w Uchwale i skonkretyzowanymi w Umowie Powierzenia, to główny cel Umowy nie zostanie zrealizowany.

Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i zawarciem Umowy uchwała nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r., zwaną dalej „Uchwałą”, nie precyzowała szczegółowych wymagań co do stadionu, pozostawiając tą kwestię do uznania zespołu zadaniowego utworzonego przez Prezydenta Miasta. Zgodnie z Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020 r. [] zespół zadaniowy miał dokonać „analizy projektu budowlanego przebudowy i rozbudowy Stadionu Miejskiego pod kątem możliwości optymalizacji zakresu inwestycyjnego celem uzyskania znaczącego obniżenia kosztów realizacji przy zachowaniu spełnienia przez obiekt niezbędnych wymogów licencyjnych dla klubów Ekstraklasy” oraz przygotować dokumenty konieczne do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kierując się ówczesnymi możliwościami finansowymi Spółki mającymi swoje odzwierciedlenie w dokumencie planistycznym przedsiębiorstwa Spółki pt. Biznesplan przedsięwzięć inwestycyjnych „Przebudowa i rozbudowa Stadionu Miejskiego w Nowym Sączu” oraz „Budowa budynku Urzędu Miasta” oraz znanemu zespołowi zapotrzebowaniu

mieszkańców, w przygotowanym PFU Zespół Zadaniowy ustalił m. in., że przedmiotem postępowania będzie udzielenie zamówienia na oddanie stadionu piłkarskiego składającego się z dwóch trybun stałych, o pojemności około 4 900 miejsc, z możliwością ewentualnej rozbudowy w przyszłości. Znalazło to także odzwierciedlenie i poparcie w dokumencie pn. Analiza potrzeb i wymagań zamawiającego (na podstawie art. 83 Ustawy). Określony w PFU przedmiot zamówienia stanowił w czasie opracowania ww. kompleksowej dokumentacji technicznej i finansowo-planistycznej jedyną racjonalną i efektywną ekonomicznie odpowiedź na zidentyfikowane potrzeby, którą musiały zostać zaspokojone cele, które zamierzano osiągnąć, przy uwzględnieniu aktualnych ograniczeń czasowych i kosztowych. Tym samym postanowiono, że przedmiotem zamówienia będzie stadion o dwóch trybunach stałych i pojemności około 4 900 miejsc, który w przeszłości będzie mógł być rozbudowany. Wobec braku szczegółowych wymagań odnośnie stadionu w Uchwale oraz opracowania PFU przez powołany zespół zadaniowy, zawierając Umowę Spółka miała wszelkie podstawy przyjąć, że wykonanie Umowy, której przedmiotem był stadion o dwóch trybunach stałych i pojemności 4 900 miejsc, bez zaplecza treningowego, pozwoli na zrealizowanie głównego celu Umowy, to jest wykonanie jednego z powierzonych Spółce zadań własnych Miasta.

Sytuacja uległa zmianie w dniu 15 lutego 2022 r., tj. 8 miesięcy po zawarciu Umowy, w chwili dokonania przez Radę Miasta zmiany Uchwały w ten sposób, że zmieniono wymagany zakres i sposób wykonania powierzonych Spółce zadań własnych m. in. poprzez wprowadzenie wymogu posiadania przez stadion sportowy 4 trybun stałych wraz z zapleczem treningowym oraz zapewnienia co najmniej 8 000 miejsc siedzących dla widzów. Uchwała zmieniająca weszła w życie z dniem podjęcia, co sprawia, iż 15 lutego 2022 r. Miasto zmieniło wymagania wobec Spółki dotyczące realizacji jednego z zadań własnych, tj. zadania budowy stadionu. Miasto wówczas zdecydowało, że stadion powinien posiadać cztery trybuny, zamiast pierwotnych dwóch, zaplecze treningowe oraz 8 000 miejsc siedzących. Zgodnie z treścią uchwały zmieniającej uchwałę w sprawie powierzenia z dniem 15 lutego 2022 r. jej wykonanie powierzono Prezydentowi Miasta, co oznaczało, że Prezydent Miasta został zobowiązany do wprowadzenia odpowiednich zmian również w umowie powierzenia celem dostosowania jej do zmienionej treści Uchwały.

Wobec zmiany wymagań Miasta w zakresie jednego z zadań własnych, którego wykonaniu służyła Umowa, powstał nowy stan faktyczny, w którym przedmiot Umowy stał się niezgodny z celem Umowy. Jeżeli Umowa zostałaby zrealizowana zgodnie z pierwotną treścią, tj. powstałby stadion o dwóch trybunach stałych i pojemności około 4 900 miejsc, to Spółka nie wykonałaby zadania własnego Miasta powierzzonego zmienioną uchwałą. Od 15 lutego 2022 r. zadanie własne, którego realizacja jest celem Umowy, obejmuje budowę stadionu o czterech trybunach stałych, zapleczu treningowym i co najmniej 8 000 miejsc pojemności. Jeżeli Miasto zmieniło wymagania odnośnie stadionu sportowego, którego budowę

powierzono Spółce jako zadanie własne Miasta, to budowa innego stadionu (tj. stadionu niespełniającego wymagań Uchwały) nie będzie mogła zostać uznana za prawidłową realizację zamówienia podstawowego stanowiącego Umowę. Nie sposób bowiem przyjąć, że zamówienie (Umowa) zostałoby prawidłowo zrealizowane w sytuacji braku spełnienia wymagań postawionych Spółce przez Miasto. Skoro Miasto zmieniło swoje wymagania wobec Spółki poprzez modyfikację treści Uchwały, to powstała konieczność dostosowania Umowy do zmienionych wymagań Miasta. Jeżeli w ramach Umowy powstanie stadion niespełniający owych parametrów, to Spółka nie wykona powierzzonego zadania własnego. Tym samym, w takim scenariuszu główny cel Umowy nie zostałby zrealizowany. Spółka nie ma żadnego wpływu na zmianę wymagań przez Miasto, ponieważ to Miasto poprzez swój organ, określa zakres i sposób zadania własnego powierzzonego Spółce jako gminnej osobie prawnej, kontrolowanej przez Miasto, stanowiącej podmiot wewnętrzny Miasta. Oczywiście jest również, że na wolę Rady Miasta i treść podjętej uchwały druga Strona Umowy, tj. generalny wykonawca również nie ma żadnego wpływu.

Z dniem dokonania zmian Uchwały (tj. 15 lutego 2022 r.) powstała obiektywna, wynikająca z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od stron Umowy konieczność zlecenia przez Spółkę generalnemu wykonawcy dodatkowych świadczeń, tak aby został zrealizowany główny cel Umowy, którym jest wykonanie powierzonych zadań własnych. Brak rozszerzenia przedmiotu Umowy o prace i roboty dodatkowe wynikające z Uchwały sprawiłby, że Umowy nie mogłaby uznać za prawidłowo zrealizowaną, ponieważ jej realizacja byłaby niezgodna z Uchwałą oraz Umową Powierzenia stanowiącą wdrożenie Uchwały. Obydwie strony Umowy były w pełni świadome celu, któremu ma służyć zawarcie i wykonanie Umowy, ze względu na przywołane powyżej jednoznaczne odniesienie w treści załącznika nr 2 do Umowy do realizacji zadań własnych na podstawie Uchwały i umowy powierzenia.

Oczywiste jest, że żadna uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego per se nie modyfikuje przepisów ustawowych. Uchwała rady gminy może natomiast stanowić obiektywne zdarzenie zewnętrzne powodujące, że niezbędne staje się zlecenie robót dodatkowych. Istotna jest przy tym treść danej uchwały i jej wpływ na dane zamówienie. W niniejszym stanie faktycznym występuje szczególny rodzaj uchwały, tj. uchwała stanowiąca akt powierzenia o charakterze właścielskim, którym Spółka jest związana. Prezes UZP nie uwzględnił stanowiska zaprezentowanego w opinii, którą sam wydał w przeszłości.

Wykonanie zadania własnego — budowy stadionu sportowego zostało niejako narzucone Zamawiającemu przez wspólnika i to wspólnik — Miasto określiło warunki i wymagania realizacji tego zadania własnego. Pierwotnie Miasto nie wymagało budowy stadionu o pojemności 8 000 miejsc. Z tego względu Spółka była uprawniona zamówić stadion o pojemności 4 900 miejsc z możliwością późniejszej rozbudowy. Natomiast owe wymagania uległy zmianie już w trakcie realizacji Umowy, po jej zawarciu, w dniu 15 lutego 2022 r., gdy

Rada Miasta zażądała od Spółki budowy stadionu od razu z czterema trybunami, o pojemności 8 000 miejsc. Tym samym, wystąpiło obiektywne zdarzenie, zewnętrzne w stosunku do Spółki (Rada Miasta nie jest organem Spółki) polegające na tym, że właściciel (Miasto) zmienił wymagania i redefiniował zakres zadania własnego. Spółka - zamawiający, jako spółka komunalna związana aktem powierzenia, nie mogła przeciwstawić się zmianie wymagań i była zobowiązana na nie zareagować. Owa reakcja polegała właśnie na rozszerzeniu zakresu Umowy o dwie trybuny — roboty dodatkowe. Gdyby Spółka tego nie zrobiła, to nie byłaby w stanie wykonać powierzzonego jej zadania własnego i co za tym idzie główny cel Umowy nie zostałby zrealizowany.

Budowa stadionu o pojemności 4 900 nigdy nie stanowiła celu Umowy, ale jej przedmiot. Głównym celem Umowy było wykonanie przez Zamawiającego zadania własnego powierzzonego przez Miasto na wyznaczonych przez Miasto warunkach. W trakcie realizacji Miasto zmieniło owe warunki, co sprawiło, że aneksowanie Umowy stało się niezbędne do realizacji głównego celu Umowy.

Zamawiający podniósł także, że twierdzenia Prezesa UZP jakoby jeszcze przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia istniało zapotrzebowanie społeczne na budowę stadionu o pojemności 8 000 są gołosłowne, ponieważ Prezes UZP nie poparł ich żadnymi analizami, a z dokumentów zgromadzonych w trakcie kontroli nic takiego nie wynika. Wręcz przeciwnie, przeprowadzone przed wszczęciem postępowania analizy wykazywały, że do zaspokojenia potrzeb społecznych wystarczający będzie stadion mniejszy, z jedynie dwiema trybunami, z możliwością potencjalnej rozbudowy w nieokreślonej przyszłości, gdyby powstała taka potrzeba.

Prezes UZP po raz kolejny myli jednostkę samorządu terytorialnego — Miasto ze spółką kapitałową — Zamawiającym. Spółka nigdy nie twierdziła, że stan niezbędności uzasadniający zmianę Umowy powstał na skutek zmian zapotrzebowania społecznego. Stan niezbędności powstał poprzez podjęcie w dniu 15 lutego 2022 r. uchwały przez Radę Miasta zmieniającej zakres zadania własnego. Zmiana oczekiwań społecznych miała natomiast wpływ na podjęcie przez Prezydenta Miasta, jako organ wykonawczy Miasta, inicjatywy uchwałodawczej oraz zapewne na sposób głosowania przez radnych miejskich. Z perspektywy Spółki istotne było co innego, a mianowicie zmiana wymagań stawianych przez wspólnika — Miasto Nowy Sącz. To zmiana aktu powierzenia zadania własnego skutkowałą powstaniem stanu niezbędności, a twierdzenia formułowane przez Prezesa UZP świadczą o braku rozróżnienia dwóch odrębnych podmiotów prawa.

Prezes UZP pominął również drugi z celów Umowy, na który powołał się Zamawiający, tj. zapewnienie Zamawiającemu jak największej funkcjonalności inwestycji. W opinii prawnej z 24 marca 2022 r. szczegółowo wyjaśniono, że zmiana aktu powierzenia zadania własnego w dniu 15 lutego 2022 r. czyniła również drugi z celów niemożliwym do zrealizowania. Gdyby

bowiem, pomimo zmiany wymagań stawianych przez właściciela, Spółka wybudowała stadion o mniejszej pojemności niż wskazano w nowych wymaganiach, nie otrzymałyby należytej rekompensaty od właściciela, ponieważ rekompensata przysługuje za prawidłową, tj. zgodną z wymaganiami, realizację zadania własnego. Tym samym, Spółka pozbawiłaby się przychodów w postaci rekompensaty.

Niemożność realizacji owego celu wynikała również z drugiej obiektywnej okoliczności powstałej po zawarciu Umowy, tj. zmiany w dniu 18 lutego 2022 roku przez Miasto sposobu zagospodarowania terenów sąsiadujących ze stadionem. Pierwotnie bowiem Miasto planowało, że na nieruchomościach sąsiednich Zamawiający zrealizuje drugą inwestycję — budynek administracyjny. Jednakże zamiast budynku administracyjnego na działkach sąsiednich mają powstać boiska treningowe. Wobec takiej zmiany planów, powstała konieczność zapewnienia zaplecza treningowego dla owych boisk treningowych. Pierwotnie zamówione dwie trybuny stadionu nie pozwalały na organizację tam zaplecza treningowego. Dlatego konieczne stało się domówienie dodatkowych dwóch trybun, w których znajdować się będzie zaplecze treningowe.

Reasumując Zamawiający wskazał, że po zawarciu Umowy powstały dwie nowe okoliczności, obiektywne i niezależne od Zamawiającego, to jest: zmiana aktu powierzenia zadania własnego w dniu 15 lutego 2022 r. i zmiana wytycznych w zakresie zagospodarowania terenu sąsiedniego ze stadionem w dniu 18 lutego 2022 r. Spółka kompleksowo przeanalizowała sprawę w zakresie przesłanek z art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, w szczególności pozyskała dwie opinie prawne, oraz drobiazgowo rozważyła spełnienie wszystkich przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Skoro Miasto zmieniło wymagania w stosunku do zamawiającego - Spółki, które czyniły koniecznym zamówienie dodatkowych robót, to powstały nowe i zewnętrzne okoliczności stanowiące powstanie stanu niezbędności. Podkreślenia wymaga ponownie, że pozostałe przesłanki z art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp zostały spełnione, czego Prezes UZP nie neguje. Prezes UZP sam sobie przeczy. Z jednej bowiem strony przyznaje rację Spółce, że niezbędność, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, nie musi być nieprzewidywalna. Z drugiej zaś podaje, że zawarcie Aneksu nr 1 rzekomo nie wynikało z obiektywnych okoliczności faktycznych, lecz niewłaściwej identyfikacji potrzeb i sposobu ich realizacji w trakcie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Prezes UZP de facto zarzuca Spółce, że powinna przewidzieć zmianę wymagań ze strony Miasta przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał także na sprzeczności w argumentacji Prezesa UZP dotyczące motywu 108 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz 114 preambuły dyrektywy 2014/25/UE i bezrefleksyjnym powołaniem się na ten motyw, z jednej strony braku możliwości zignorowania

przez Spółkę zmiany wymagań i była zmuszona wykonać dodatkowe roboty z drugiej zaś podał, że wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne.

Prezes UZP w treści informacji o wyniku kontroli wprost podaje nieprawdę i dopuszcza się twierdzeń o charakterze insynuacji. Prezes UZP twierdzi bowiem, że Spółka prowadziła negocjacje z Generalnym Wykonawcą w sprawie aneksu jeszcze przed podjęciem przez Radę Miasta uchwały z dnia 15 lutego 2022 roku, co jest nieprawdą, ponieważ z dokumentacji (załącznik nr 15 do protokołu konieczności) wynika jednoznacznie, że rozmowy w sprawie aneksu zostały przeprowadzone dopiero po podjęciu przedmiotowej uchwały.

Bezasadne jest powoływanie się przez Prezesa UZP na powstanie nowej koncepcji stadionu przewidującej stadion w zamkniętej bryle. Nawet dla laika w zakresie robót budowlanych oczywistym jest, że dodanie dwóch trybun do pierwotnych dwóch powoduje powstanie zamkniętej bryły, ponieważ stadion ma kształt czworokąta, którego boki tworzą trybuny. Oczywistym jest również, że rozszerzenie stadionu sportowego o dwie trybuny jest równoznaczne ze zmianą pierwotnej koncepcji, ponieważ w dotychczasowej koncepcji należy uwzględnić owe dwie nowe trybuny. Formułowanie tego rodzaju twierdzeń przez Prezesa UZP nie sposób odczytać inaczej jako usilne dążenie do obrony z góry przyjętej tezy, nawet jeżeli jest to sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania.

Zamawiający wskazał także, że Prezes UZP stara się poprzeć przyjętą z góry tezę ogólnikowym odwołaniem do zasad „przejrzystości” oraz „proporcjonalności”. Ogólne zasady prawa zamówień publicznych nie mogą modyfikować treści poszczególnych przepisów. W szczególności, ogólne zasady nie mogą pozbawiać zamawiającego prawa dokonania zmian Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Ponadto, w zakresie zasady „przejrzystości” podnieść należy, że Spółka wykonała wszelkie zobowiązania informacyjne związane z aneksem do Umowy, czego Prezes UZP nie kwestionuje.

Zamawiający nadto podniósł, że Prezes UZP niezwykle wybiórczo powołuje się na zasady prawne. Umknęła mu zasada przyjaznej interpretacji przepisów, wyrażona w art. 11 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. -- Prawo przedsiębiorco w (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 162 z po z n. zm.), która znajduje zastosowanie w niniejszym przypadku ze względu na fakt, że Zamawiającemu przysługuje status przedsiębiorcy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 17 ust 2 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że w niniejszej sprawie Umowa została zawarta zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zawarcie Umowy zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest niekwestionowane. Nie ma podstaw do podważania legalności jego zawarcia. Zmiana Umowy, w tym w oparciu o przesłanki z art. 455 ustawy Pzp, możliwa jest wyłącznie między Zamawiającym a Wykonawcą, z którym dana umowa została zawarta.

Pismem z dnia stycznia 2023 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.81.2022.MSZ; KND/81/22/DKZP) Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia: art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oraz naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.81.2022.MSZ.

Odnosząc się do części zastrzeżeń dotyczącej naruszeń ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP wskazał m.in., że w części opisującej stan prawny sprawy, zachowując systematykę ustawy Pzp, wskazano w pierwszej kolejności, że przepis art. 454 ust. 1 ustawy Pzp określa zasadę, iż istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Następnie szeroko omówiono przepis art. 455 ust. 1 ustawy Pzp, opisując poszczególne przesłanki, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, dopuszczające zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wniosek Zamawiającego, że Prezes UZP odniósł regulację art. 455 ustawy Pzp wyłącznie do zmian nieistotnych pozostaje w sprzeczności wobec stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że kontrolowana zmiana umowy miała charakter istotny i dokonanej w związku z tym analizy zmiany umowy pod kątem przesłanek określonych w przepisie art. 455 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy zmiana ta była jednocześnie dopuszczalna na gruncie tego przepisu. W żadnym miejscu uzasadnienia zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie wskazano jakoby regulacja art. 455 ustawy Pzp dotyczyła wyłącznie zmian nieistotnych. Co więcej, w jasny sposób wyrażone zostało, że przepis ten z pewnością dotyczy także zmian istotnych. Art. 454 ust. 2 ustawy Pzp definiuje pojęcie „istotnej zmiany umowy”. Jest to zmiana, która powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Jak wynika z motywu 107 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej chodzi o zmiany, które wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjowania istotnych warunków umowy. Ma to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Natomiast za zmianę charakteru umowy można uznać w ślad za motywem 109 dyrektywy klasycznej zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego.

Art. 455 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacjach wskazanych

w tym przepisie. Przepis ten dotyczy wprowadzenia zmian o charakterze istotnym (tylko i wyłącznie). Nawiązanie przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli doraźnej do przepisu art. 455 ust. 2 ustawy Pzp miało na celu wyłącznie wyekspozowanie istotności dokonanej zmian umowy, z uwagi na znaczący wzrost wynagrodzenia wykonawcy. Zmiana Umowy dokonana w drodze Aneksu nr 1 była istotna, w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp, ale również nie była dopuszczalna na gruncie przepisów art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co wyraźnie wyartykułowano w wyniku kontroli.

W treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie stwierdzono nigdzie, że przesłankę „niezbędności”, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp należy interpretować jak w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. w brzmieniu sprzed 28 lipca 2016 r., tj. wiążąc „niezbędność” z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z pojęciem, że: „wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od realizacji zamówienia dodatkowego”. Pojęcia tego nie można interpretować w oderwaniu od obiektywnych potrzeb rozumianych przez pryzmat zamówienia podstawowego. Stąd, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano, że chodzi o konieczność wykonania dodatkowych świadczeń w celu wykonania robót podstawowych, a nie rozszerzania zakresu świadczenia dla realizacji innych interesów zamawiającego. Wskazano również, że zgodnie z piśmiennictwem „niezbędność” dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, należy interpretować jako prace, które są konieczne potrzebne, nieodzowne dla realizacji celu zamówienia, a więc dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami zamawiającego ukazanymi w dokumentacji postępowania. Tymczasem, jak wykazano w uzasadnieniu do stwierdzonych naruszeń, skala dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji w zakresie przedmiotu Umowy, polegających na zwiększeniu liczby stałych trybun, koncepcja ich połączenia, wynikające z tego zwiększenie się pojemności stadionu, w końcu realizacja zaplecza treningowego wraz z boiskami, nie służyła wykonaniu pierwotnie określonego zamówienia, ale realizacji potrzeb na nowo zdefiniowanych w uchwale Rady Miasta Nowy Sącz nr LV/703/2022 z dnia 15 lutego 2022 r., wykraczających istotnie poza cele stawiane zamówieniu podstawowemu, prowadząc faktycznie do udzielenia innego zamówienia.

Prezes UZP nie zaprzecza, aby cel umowy i przedmiot umowy były odrębnymi pojęciami. Zgadza się również z tym, że wykładania umowy powinna w myśl art. 65§2 Kodeksu cywilnego uwzględniać przede wszystkim cel umowy. Nie można jednak tracić z pola widzenia tekstu umowy. Wykładnia umowy nie może prowadzić do wniosku, że zamiarem stron było zawarcie w istocie umowy zawierającej odmienne postanowienia niż wyrażone na piśmie. Nawet biorąc pod uwagę pozatekstowe okoliczności zawierania umowy, np. potencjalne plany, rokowania. Zasady udzielania zamówień publicznych powodują jednak, że rozumienie zapisów umowy musi być jednoznaczne i jednakowe w stosunku do każdego wykonawcy, a

projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego jako element specyfikacji warunków zamówienia muszą być udostępnione na zasadach równości wszystkim potencjalnym wykonawcom.

Cel umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zdefiniowany w ramach dokumentów zamówienia – to z nich, jeśli nie z bezpośredniej treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, ten cel wynika. Nie może on być następnie w

dowolny w sposób zmieniany przez Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb sprecyzowanych na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, został osiągnięty. Dokumenty kontrolowanego zamówienia stanowią natomiast, że ustalonym przez Zamawiającego celem tego zamówienia jest stworzenie obiektu stadionu o dwóch trybunach stałych, posiadającego 4900 miejsc.

Treść uchwały Rady Miasta Nowego Sącza i związana z nią treść umowy powierzenia zawartej między Spółką a Miastem Nowym Sącz nie jest częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotnie, Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w związku z wykonaniem umowy powierzenia wykonywania zadań własnych i uchwały nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki kapitałowej, ale stroną Umowy nie jest Miasto Nowy Sącz, lecz Wykonawcą, a jej postanowienia nie wynikają aktów konstytuujących spółkę lub powierzających jej zadania, lecz z dokumentów zamówienia obejmujących w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Stąd, mając na uwadze, że wybudowanie stadionu o pojemności 4 900 miejsc było przedmiotem zamówienia, należy uznać, że – zgodnie z dokumentami zamówienia – i celem zamówienia było wybudowanie stadionu o parametrach określonych przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia. Wybudowanie dwóch dodatkowych trybun nie było w żaden sposób potrzebne do zrealizowania tego celu. Zmiana Umowy Powierzenia, w tym uchwała Rady Miasta, nie stanowią o wystąpieniu obiektywnej niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w trakcie realizacji zamówienia. W świetle ustawy Pzp to na zamawiającym spoczywa obowiązek właściwego opisanie przedmiotu zamówienia, w tym uwzględniającego jego potrzeby. Zawarcie Aneksu nie wynikało z obiektywnych okoliczności faktycznych, lecz niewłaściwej identyfikacji potrzeb i sposobu ich realizacji w trakcie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro Zamawiający uznał w trakcie realizacji tego zamówienia, że potrzebuje stadionu o pojemności 8000 miejsc, abstrahując od przyczyn tej potrzeby, to świadczy to nie tylko o zmianie przedmiotu zamówienia, ale o zmianie celu tego zamówienia. Nie sposób zatem twierdzić, że wybudowanie stadionu o pojemności 4 900 było jedynie przedmiotem umowy. Tak określony przedmiot umowy określał bowiem jednocześnie cel tej umowy. Celem Zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia wyrażające się w

podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego i tylko w granicach tej umowy. Zamawiający nie może bowiem redefiniować swoich potrzeb w oderwaniu od przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej zawiera uzasadnienie, dlaczego na gruncie przedmiotowej sprawy cel zamówienia ściśle łączy się z przedmiotem zamówienia opisanym w dokumentach zamówienia. Zamawiający opracował analizę potrzeb i wymagań, według której potrzebą i celem zamówienia była realizacja zamówienia obejmującego budowę stadionu sportowego na ok 4 900 miejsc siedzących. Zgodnie z wytycznymi jakie Spółka NIK otrzymała od Miasta Nowy Sącz przedmiotowy obiekt winien posiadać 4500 zadaszonych indywidualnych miejsc siedzących dla widzów (na trybunie północnej i południowej) oraz min. 360 miejsc przeznaczonych dla kibiców drużyny gości, umożliwiające prowadzenie rozgrywek klubowych na poziomie Ekstraklasy, wg systemu licencyjnego PZPN oraz UEFA. Planuje się realizację obiektu spełniającego kryteria systemu licencyjnego PZPN dla rozgrywek na poziomie Ekstraklasy oraz UEFA kategorii 3. Tak skonkretyzowany cel zamówienia został powtórzony w wymaganiach składających się na opis przedmiotu zamówienia, m.in. w pkt I.2.13 PFU. Uznanie, że Zamawiający zamierzał osiągnąć inny cel niż zbudowanie stadionu o wskazanych parametrach byłoby nie tylko niezgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych, ale przede wszystkim sprzeczne z racjonalnością działań samego Zamawiającego.

Okoliczność, że Miasto Nowy Sącz dokonało zmiany w zakresie tego, w jaki jego sposób Spółka ma zrealizować zadanie własne miasta, tj. poprzez budowę stadionu o większej pojemności, nie może stanowić o obiektywnej niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w celu realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego. To, że zmienił się cel działania Spółki nie oznacza, że zmienił się cel zamówienia, który został sprecyzowany w dokumentach zamówienia. Wobec powyższego, podkreślając, że element „niezbędności” musi być spełniony łącznie z pozostałymi elementami przesłanki z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w konsekwencji należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Charakter uchwały, którą Spółka jest związana nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy. Postanowienia takiej uchwały nie mają bezpośredniego ani pośredniego znaczenia dla stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących procesu udzielania zamówień publicznego, jak i dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia. Prezes UZP nie kwestionuje bowiem potrzeb Zamawiającego w zakresie realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie stadionu o określonych cechach i parametrach związanych z obowiązkiem wykonania nałożonych na niego zadań. Opisane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie przepisów ustawy Pzp dowodzi jedynie, że zmiana Umowy w drodze

Aneksu nr 1 w istocie stanowiła nowe zamówienie, i jako taka wymagała przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pojemność stadionu na 4 900 miejsc została określona przez zespół zadaniowy składający się z przedstawicieli stron umowy powierzenia, a więc przy udziale także przedstawicieli Zamawiającego Nowosądeckiej Infrastruktury Komunalnej Sp. z o.o. Uchwała nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. nie określała bowiem pojemności stadionu. Zamawiający kierował się jedynie własnym interesem, polegającym na zrealizowaniu nałożonych na niego zadań określonych uchwałą i wdrożonych w umowie powierzenia, a nie zrealizowaniem celu udzielonego zamówienia. Nie sposób też twierdzić, że – w trakcie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia – Zamawiający nie był świadom społecznych oczekiwań czy potrzeb dotyczących wielkości stadionu. Zresztą, oczekiwania kibiców z Nowego Sącza były powszechnie znane, na co wskazują także materiały prasowe. Poza tym, z samych dokumentów zamówienia, wynika że Zamawiający wiedział o potrzebie budowy większego stadionu: z PFU, zgodnie z którym Zamawiający dysponował pełną dokumentacją projektowo-kosztorysową dla budowy stadionu dla ponad 8000 widzów, w którym wskazano, że zrezygnowano z tego

zamierzenia z powodów finansowych oraz ekonomicznych; ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, gdzie wskazano, że obiekt należy zaplanować z trybunami z trzech stron (od strony ulic Kilińskiego, Krańcowej i od strony rzeki Kamienica) z możliwością ich późniejszej rozbudowy (pkt IV Rozdziału III SWZ). To Spółka jako Zamawiający odpowiada za opis przedmiotu zamówienia, a przez to za zdefiniowanie potrzeb jakie zaspakajać ma to zamówienie i za pomocą jakich środków. Wszystko to podlega konkretyzacji przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, na etapie jego przygotowywania, nie zaś na etapie wykonawstwa, jak miało to miejsce w kontrolowanej sprawie. To Spółka jako gospodarz tego postępowania jest odpowiedzialna za ustalenie rzeczywistych potrzeb, według których opisany został przedmiot zamówienia. To sam Zamawiający (Spółka) uznał jednak, że stadion o pojemności 4900 miejsc jest obiektem wystarczającym do zaspokojenia potrzeb w ówczesnych realiach. Zamawiający nie może – jedynie wobec nagłej decyzji Miasta – zmienić przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego w toku jego realizacji. Jeśli potrzeba wybudowania większego stadionu istniała przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający winien ją wziąć pod uwagę już w trakcie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie może bowiem skorzystać z przesłanki niezbędności, skoro stan niezbędności istniał już wcześniej. To Spółka jest Zamawiającym zobowiązanym do działania zgodnie z przepisami Pzp.

W opinii prawnej z 24 marca 2022 r. szczegółowo wyjaśniono, że zmiana aktu powierzenia zadania własnego dnia 15 lutego 2022 r. czyniła również drugi z celów niemożliwym do zrealizowania. Gdyby bowiem, pomimo zmiany wymagań stawianych przez

właściciela, Spółka wybudowała stadion o mniejszej pojemności niż wskazano w nowych wymaganiach, nie otrzymałaby należnej rekompensaty od właściciela, ponieważ rekompensata przysługuje za prawidłową, tj. zgodną z wymaganiami, realizację zadania własnego. Jeśli cel zawartej umowy, sprecyzowany w dokumentach zamówienia wynikał z uchwały, to w takim razie oczywiście jest, że zmiana pierwotnej uchwały, która nie określała pojemności stadionu, na uchwałę precyzyjnie wyznaczającą ten wymóg, oznaczała, że roboty nie służyły realizacji zamówienia podstawowego, ponieważ oznaczały realizację faktycznie innego zamówienia. Wybudowanie stadionu o mniejszej pojemności było zgodne z celem pierwotnej umowy, zaś jej przedmiotowe rozszerzenie dotyczyło de facto nowego celu i stanowiło tym samym odrębne zamówienie. Inaczej mówiąc wspomnianą przez Zamawiającego funkcjonalność inwestycji należało uwzględnić w opisie przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Jeśli na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania nie było takiej możliwości, uzyskanie odpowiedniego poziomu funkcjonalności należało zapewnić z zastosowaniem przepisów Pzp.

Miasto planowało, że na nieruchomościach sąsiednich Zamawiający zrealizuje drugą inwestycję – budynek administracyjny. Jednakże, w dniu 18 lutego 2022 roku Miasto poinformowało Spółkę o zmianie owych wytycznych i wskazało, że zamiast budynku administracyjnego na działkach sąsiednich powinny powstać boiska treningowe. Wobec takiej zmiany planów, powstała konieczność zapewnienia zaplecza treningowego dla owych boisk treningowych. Pierwotnie zamówione dwie trybuny stadionu nie pozwalały na organizację tam zaplecza treningowego. Dlatego konieczne stało się domówienie dodatkowych dwóch trybun, w których znajdować się będzie zaplecze treningowe. Jednakże budowa boisk treningowych na sąsiednich działkach w żaden sposób nie wiąże się z realizacją zawartej Umowy, w pierwotnym brzmieniu, a konieczność zapewnienia w związku z nimi zaplecza treningowego nie może stanowić okoliczności nadrzędnej wobec zamówienia podstawowego. A zatem wybudowanie tych boisk zdecydowanie nie może stanowić podstawy do zmiany Umowy na podstawie przepisu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP w toku kontroli nie weryfikował działań Spółki jako organu podległego Miastu Nowy Sącz, lecz działania Spółki jako Zamawiającego obowiązującego do przestrzegania przepisów ustawy Pzp. Prezes UZP w żaden sposób nie kwestionował potrzeb Zamawiającego (a także Miasta Nowy Sącz, które zadania własne realizuje jego spółka komunalna) w zakresie realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie stadionu o określonych cechach i parametrach. Celem kontroli doraźnej Prezesa UZP, zgodnie z art. 603 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jest bowiem wyłącznie zweryfikowanie zgodności z przepisami ustawy działań zamawiającego polegających na zmianie umowy.

Treść Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie wykracza poza ustalenia stanu faktycznego dokonane w toku postępowania wyjaśniającego i dalszej kontroli doraźnej,

poparte zebrany w sprawie materiałem dowodnym, w tym ogólnodostępnymi materiałami prasowymi. Aneks, w tym zmieniony PFU, wprowadził do pierwotnej Umowy postanowienia cechujące się „zauważalną odmiennością treściową”, nie tylko znacząco rozszerzając zakres świadczeń pierwotnej Umowy w zakresie najistotniejszych, podstawowych parametrów charakteryzujących wielkość obiektu i zakres robót budowlanych, jakim są: pojemność stadionu sportowego, liczba trybun stałych, czy wysokość wynagrodzenia, lecz wręcz redefiniujący przedmiot Umowy, w sensie także architektonicznym. Zmiany te nie stanowią wyniku renegocjacji Umowy. Jak bowiem wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji, faktycznie strony Umowy dążyły do renegocjacji warunków Umowy zanim podjęta została przez Radę Miasta Uchwała, stanowiąca zdaniem Zamawiającego, podstawę do zmiany Umowy w tym zakresie. Wynika to z załączonej do Protokołu Konieczności Analizy Technicznej.

W myśl przepisu art. 469 ustawy Pzp Prezes UZP czuwa nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień i dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. W toku kontroli nie bierze pod uwagę zasad wynikających z innych przepisów prawa, jak np. zasada przyjaznej interpretacji przepisów wyrażona w art. 11 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców. Zamawiający w zasadzie na nowo opisał przedmiot zamówienia, decydując, że nie zamierza już realizować zadania według koncepcji stadionu o pojemności około 4900 miejsc, lecz według nowej – zgodnie z którą ma powstać stadion o pojemności około 8100 miejsc i zupełnie innej architekturze, w formie zamkniętej bryły. Powyższe oznaczało wprowadzenie w drodze Aneksu znaczących zmian w zakresie opisu przedmiotu Umowy. Skala zmian warunków dotyczących opisu przedmiotu Umowy była na tyle znacząca, że gdyby zostały one zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wzięliby w nim udział lub mogliby

wziąć udział inni wykonawcy. Znacznie wyższa wartość zamówienia wprowadzonego Aneksem (61 093 921,37 zł netto wobec pierwotnie 41 195 538,20 zł netto) mogłaby skutkować, np. postawieniem proporcjonalnie wyższych warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej lub wymogiem posiadania znacznie wyższej zdolności kredytowej lub znacznie wyższej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia. Warunki udziału w postępowaniu natomiast niewątpliwie kształtują krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Szukanie alternatywnych rozwiązań prawnych dla dokonanej zmiany umowy nie leży w gestii Prezesa UZP w ramach jego kompetencji kontrolnych, a stwierdzone naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy jest konsekwencją wcześniej stwierdzonych naruszeń.

Reasumując Prezes UZP podniósł, że na gruncie przedmiotowej sprawy nie zachodziła przesłanka określona w przepisie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotycząca niezbędności udzielenia zamówienia dodatkowego, na której podstawie Zamawiający dokonał zmiany

przedmiotowej umowy w drodze Aneksu nr 1, przy czym zmiana ta była zmianą istotną w rozumieniu przepisu art. 454 ustawy Pzp. Aby zatem była dozwolona, musiała wpisywać jedną z okoliczności określonych w art. 455 ustawy Pzp, czego Zamawiający nie wykazał i co nie miało miejsca w okolicznościach faktycznych sprawy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 605 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP wskazał, że w treści uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano dokumenty, w oparciu o które został ustalony stan faktyczny sprawy. Wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w toku postępowania wyjaśniającego oraz przede wszystkim zebrany w sprawie materiał dowodowy, były wystarczające do ustalenia stanu faktycznego sprawy i dokonania jego oceny prawnej, co wynika z wcześniejszej treści odpowiedzi na zastrzeżenia. Brzmienie literalne przepisu art. 605 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, że badając występujący w sprawie stan faktyczny należy wziąć pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione w toku przeprowadzonej kontroli, ale nie oznacza to konieczności wskazania wszelkich przekazanych przez Zamawiającego dokumentów w informacji o wyniku kontroli, a tym bardziej odniesienie się do tych dokumentów, których nie uwzględniono. W niniejszym postępowaniu kontrolnym dysponowano materiałem dowodowym wystarczającym do ustalenia stanu faktycznego sprawy. Ustalony stan faktyczny sprawy potwierdzono odpowiednimi dokumentami i dokonano kwalifikacji prawnej tego stanu faktycznego. W toku kontroli doraźnej nie pominięto analizy załączników do protokołu konieczności. Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie wskazał konkretnie jakie okoliczności faktyczne zostały pominięte.

Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 607 ust. 2 w zw. z art. 608 ust. 1 w zw. z art. 600 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Prezes UZP podniósł, że w piśmie z dnia 26 maja 2022 r. m.in. wskazano zarzuty podniesione we wniosku o wszczęcie kontroli dotyczące podstawy prawnej zmiany Umowy w drodze Aneksu nr 1 i wezwano Zamawiającego do udzielenia stosownych wyjaśnień. Ustalił przy tym szereg istotnych dla sprawy okoliczności. W toku prowadzonego na wniosek postępowania wyjaśniającego Zamawiający, stosunkując się do zarzutów podniesionych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej, miał możliwość przedstawienia swojego stanowiska dotyczącego zwiększenia zakresu rzeczowego udzielonego zamówienia o budowę dwóch dodatkowych trybun. W piśmie wszczynającym postępowanie wyjaśniające wprost zwrócono się z prośbą o szczegółowe podanie faktycznej i prawnej podstawy realizowania tych prac. Tym samym zarzut rozszerzenia z urzędu kontroli jest nadużyciem. Postępowanie wyjaśniające, jak i kontrola doraźna przeprowadzona została jedynie w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej dotyczących nieuprawnionego zwiększenia zakresu rzeczowego udzielonego zamówienia o budowę dwóch dodatkowych trybun wraz zapleczem treningowym. Ani w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, ani w toku dalszej kontroli nie ujawniono,

że doszło do innego naruszenia przepisów ustawy niewskazanego we wniosku o wszczęcie kontroli. Tym samym Prezes UZP nie informował Zamawiającego o rozszerzeniu z urzędu zakresu kontroli.

Prezes UZP stwierdził, że faktycznie w podanym w piśmie UZP z dnia 18 listopada 2022 r. adresie strony internetowej wystąpił błąd, skutkujący tym, że po kliknięciu w ten adres otwiera się strona BIP UZP, a nie bezpośrednio kwestionariusz kontroli. Niemniej jednak w piśmie tym, poza zamieszczeniem adresu strony internetowej, wskazano, że kwestionariusz kontroli jest dostępny na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto, po skopiowaniu tego adresu i wyszukaniu go w wyszukiwarce internetowej z łatwością można dotrzeć do dokumentu, który winien znajdować się pod wskazanym w piśmie adresem. Przepisy ustawy Pzp nie precyzują jak szczegółowo ma być określone miejsce udostępnienia tego kwestionariusza.

Odnosząc się do kwestii momentu przekazania kwestionariusza kontroli Zamawiającemu, który zgodnie z brzmieniem przepisu art. 600 ust. 1 ustawy Pzp winien być przekazany wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli doraźnej, Prezes UZP podniósł, że o ile przepisy ustawy Pzp nie traktują postępowania wyjaśniającego jako odrębnego postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wszczęcie kontroli doraźnej, to jednak zgodnie z art. 607 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes UZP może wszcząć kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Z kolei ustaleniu powyższego służy postępowanie wyjaśniające, które w myśl przepisu art. 608 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, o którym mowa w ust. 1 art. 608, kończy się informacją o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli. Natomiast w przypadku potwierdzenia, że ustalony stan faktyczny sprawy daje podstawy do uzasadnionych przypuszczeń, iż w postępowaniu lub konkursie doszło do naruszeń przepisów Pzp, które to naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, rozpoczyna się kolejny etap postępowania kontrolnego, kończący się zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt

ustawy Pzp, doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Co za tym idzie, kwestionariusz kontroli nie dotyczy postępowania wyjaśniającego, którego celem jest jedynie ustalenie, czy w sprawie zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Tym samym kwestionariusz kontroli jest udostępniany dopiero na etapie przekazania informacji o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 5 ustawy Pzp. W odniesieniu do zarzutu, że wzór kwestionariusza, o którym mowa w art. 599 ustawy Pzp nie może być

utożsamiany z dokumentem przekazywanym Zamawiającemu a podstawie art. 600 ust. 1 ustawy Pzp, podniósł, że przepis art. 600 ust. 1 ustawy Pzp nie określa formy kwestionariusza kontroli. Tym samym przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie, aby wzór kwestionariusza zamieszczony w BIP stanowił jednocześnie kwestionariusz, o którym mowa w art. 600 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli tak postanowi organ kontroli. Zamawiający otrzymał informację o miejscu udostępnienia kwestionariusza kontroli, tj. stronie BIP Urzędu Zamówień Publicznych, a wskazany adres pozwalał na identyfikację tego miejsca, co czyni zadość obowiązkowi określonemu w przepisie art. 600 ust. 1 ustawy Pzp. Kontrola nie wykracza więc poza dopuszczalny zakres, na skutek braku kwestionariusza z art. 600 ust. 1 ustawy Pzp. Taki wniosek byłby zbyt daleko idący nawet w sytuacji rzeczywistego zaniechania obowiązku organu kontroli określonego w art. 600 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowa kontrola nie wykracza poza zakres określony w kwestionariuszu, który zawiera katalog zagadnień objętych kontrolą, w tym kwestię zmiany umowy. Skoro Zamawiający powziął informację, że dokument, do którego winien odsyłać wskazany w piśmie adres strony internetowej, stanowi zarazem wzór kwestionariusza, o którym mowa w art. 599 ustawy Pzp, to zamieszczone w piśmie informacje o miejscu udostępnienia kwestionariusza były wystarczające do zidentyfikowania tego miejsca.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy Pzp Prezes UZP przekazał je w dniu 23 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r. w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji czego Prezes UZP uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym podstawą zmiany Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r., w drodze Aneksu nr 1 z dnia 25 marca 2022 r., był art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego polegających na rozszerzeniu ich zakresu rzeczowego przez zlecenie realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych. Ustawa nie określa przy tym żadnych ograniczeń rodzajowych odnoszących się do przedmiotu samej zmiany a więc zakresu rzeczowego zamówienia dodatkowego. Może nim być więc objęte jakiekolwiek świadczenie nieobjęte przedmiotem pierwotnie udzielonego zamówienia, o ile stało się one niezbędne. Jednak ani ustawa Pzp, ani dyrektywa nie precyzują na czym ma polegać niezbędność zamówienia dodatkowego. Niezbędność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być zatem interpretowana funkcjonalnie, jako zaistnienie stanu faktycznego rodzącego konieczność zlecenia dodatkowego zakresu rzeczowego, który nie był objęty przedmiotem pierwotnego zamówienia. Chodzi o wykonanie prac, które są konieczne dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania dotyczącego realizacji zadania podstawowego. Niezbędność zlecenia przez Zamawiającego zamówienia dodatkowego musi mieć więc związek z realizowanym zamówieniem podstawowym. Przepis stanowi bowiem o „zamówieniach dodatkowych, które stały się niezbędne, co zdaje się przesądzać o tym, że posiadanie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego wiedzy na temat zakresu rzeczowego niezbędnego do zlecenia uchyla możliwość zastosowania tej przesłanki. W takim przypadku zamawiający powinien niezbędny zakres rzeczowy uczynić przedmiotem pierwotnego zamówienia”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Wł. Dzierżanowskiego, Warszawa 2021, s. 1152) Oznacza to więc, że Zamawiający, chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, musi wykazać nie tylko to, że dodatkowe zamówienie nie zostało uwzględnione w zamówieniu podstawowym, ale i, że jest ono niezbędne do wykonania umowy. Zamówienie dodatkowe powinno być bowiem udzielone w niezbędnym, tj. koniecznym i zarazem minimalnym zakresie, pozwalającym na wykonanie zamówienia podstawowego. „Jeśli powierzenie dodatkowego zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego nie jest niezbędne w całości lub dającej się wyodrębnić części, zamówienie to powinno być udzielone po przeprowadzeniu odrębnego postępowania, niezależnie od bieżącej realizacji zamówienia podstawowego. W przeciwnym razie taka zmiana umowy, będzie kwalifikowana jako mająca na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy Pzp, a zatem niedopuszczalna w rozumieniu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, Warszawa 2021, s. 1053). A ponieważ zarzut postawiony Zamawiającemu dotyczył jedynie niespełnienia przesłanki dotyczącej niezbędności udzielenia zamówienia dodatkowego wyłącznie w tym zakresie naruszenie wskazanego wyżej przepisu należy rozważyć.

Niewątpliwym jest, że Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. w Nowym Sączu jest spółką Miasta Nowy Sącz, która została powołana uchwałą nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki kapitałowej w celu realizacji zadań własnych Miasta Nowego Sącza o charakterze użyteczności publicznej, w tym „wykonywania samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów trzecich robót budowlanych i usług dotyczących obiektów

o charakterze użyteczności publicznej, w tym obiektów sportowych, parkingowych i administracyjnych". Zadania te, co jest oczywiste, mają być realizowane w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym przepisami ustawy Pzp.

Stroną umów o udzielenie zamówienia w powierzonym spółce zakresie – jak słusznie wskazał Prezes UZP - ma być więc spółka, będąca Zamawiającym w tym przedmiotowym stanie faktycznym, a nie Miasto Nowy Sącz a przedmiotem zawartych umów mają być nie akty konstytuujące spółkę lub powierzające jej zadania, ale dokumenty zamówienia obejmujące w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia a więc pierwotnym zamówieniem, było wybudowanie stadionu o pojemności 4 900 miejsc siedzących a jego celem wybudowanie stadionu o parametrach określonych przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia. Cel zamówienia określony więc został już w momencie wszczęcia postępowania i ten cel Zamawiający miał realizować. Do jego realizacji nie było więc konieczne wybudowanie dwóch dodatkowych trybun, a tym samym zwiększenie pojemności stadionu do 8 000 miejsc siedzących, stanowiących w istocie rozszerzenie zakresu świadczenia wykonawcy realizującego pierwotne zamówienie. Takie rozszerzenie musi być objęte przedmiotem odrębnego postępowania. A w tym stanie faktycznym tak się nie stało.

Miasto Nowy Sącz w dniu 15 lutego 2022 r. podjęło bowiem uchwałę, która wprowadzała zmianę zakresu przedmiotowego powierzonych Spółce (Zamawiającemu) zadań własnych, wskazując że jedno z powierzonych zadań własnych obejmuje budowę stadionu sportowego o pojemności co najmniej 8 000 miejsc siedzących dla widzów i czterech stałych trybunach wraz z zapleczem treningowym. Zmiana ta – jak wynika z jej uzasadnienia - miała stanowić podstawę do podjęcia przez Spółkę wszelkich działań w celu realizacji zadania własnego zgodnie z treścią zmienionej uchwały. Zmiana ta podyktowana była zmianą planowanego zagospodarowania terenu pozostałej części nieruchomości (boiska treningowe zamiast budynku administracyjnego) i koniecznością stworzenia pomieszczeń zaplecza treningowego, a co w konsekwencji miało spowodować, że stadion będzie w pełni spełniał swoją podstawową funkcję, tj. zaspokajał potrzeby sportowe społeczności lokalnej. Uchwała ta nie stanowiła jednak i nie może stanowić podstawy do stwierdzenia wystąpienia niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w trakcie realizacji zamówienia. Uchwała ta, co jest bezsporne, wprowadzała zmianę zakresu przedmiotowego zadania obejmującego

budowę stadionu sportowego. Zamawiający zobowiązany był do jej wykonania a sposób wykonania powinien być zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Tymczasem zmiana umowy dokonana przez Zamawiającego i polegająca na zwiększeniu liczby stałych trybun, koncepcji ich połączenia, a co za tym idzie zwiększenie ilości miejsc na stadionie z zapleczem treningowym oraz boiskami, nie służyła wykonaniu pierwotnie określonego zamówienia, ale realizacji potrzeb na nowo zdefiniowanych w uchwale Rady Miasta Nowy Sącz nr LV/703/2022 z dnia 15 lutego 2022 r., wykraczających istotnie poza cele stawiane zamówieniu podstawowemu, prowadząc w konsekwencji do udzielenia innego zamówienia.

Zamawiający cel zamówienia określił bowiem w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, mając na uwadze opracowaną analizę potrzeb i wymagań, według której potrzebą i celem zamówienia była realizacja zamówienia obejmującego budowę stadionu sportowego na około 4 900 miejsc siedzących, tj. 4500 zadaszonych indywidualnych miejsc siedzących dla widzów oraz minimum 360 miejsc przeznaczonych dla kibiców drużyny gości. Cel ten następnie powtórzył w wymaganiach składających się na opis przedmiotu zamówienia. Tak więc celem wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było wybudowanie stadionu o parametrach wskazanych w dokumentach zamówienia, którego nie można łączyć zarówno z celami jakie postawiono powołanej przez Miasto Nowy Sącz Spółce, jak i zadaniami własnymi Miasta jako jednostki samorządu terytorialnego. Podjęcie przez Miasto uchwały zmieniającej zakres powierzonych spółce zadań oznacza li tylko, że zmianie uległ cel działania spółki a nie cel zamówienia, który został sprecyzowany w dokumentach zamówienia. Okoliczność, że Miasto Nowy Sącz dokonało zmiany w zakresie tego, w jaki sposób Spółka ma zrealizować zadanie własne miasta, tj. poprzez budowę stadionu o większej pojemności, nie może stanowić o obiektywnej niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w celu realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego. Postanowienia takiej uchwały nie mają bowiem wpływu na stosowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących procesu udzielania zamówień publicznego, jak i dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia. Zmiana celu działania Spółki nie oznacza, że zmianie uległ także określony w dokumentach zamówienia cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel postępowania nie uległ zmianie. Zmiana dokonana w dniu 15 lutego 2022 r. nie stanowi więc podstawy do dokonania zmian umowy w taki sposób w jaki uczynił to Zamawiający. Zmiana Umowy w drodze Aneksu nr 1 w istocie stanowiła nowe zamówienie, i jako taka wymagała przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel umowy był bowiem określony i zgodny z przedmiotem zamówienia określonym w dokumentach pierwotnego zamówienia.

Także wskazywana przez Zamawiającego zmiana oczekiwań społecznych nie stanowi niezbędności uzasadniającej zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Potrzeba

polegająca na realizacji 4 trybun stałych, o łącznej pojemności minimum 8 000 miejsc siedzących, była Zamawiającemu znana już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia o nr NIK.271.1.2021, a więc nie stała się „niezbędna” w trakcie realizacji zamówienia. Niezbędność budowy większego stadionu – jak słusznie wskazał Prezes UZP - istniała obiektywnie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i uzasadniana była właśnie społeczną potrzebą. Ta potrzeba mogła być więc już wówczas zdefiniowana. pojemność stadionu na 4 900 miejsc została określona przez zespół zadaniowy, w skład którego wchodził także przedstawiciel Zamawiającego, gdyż Uchwała nr XXVII/271/2020 z dnia 5 lutego 2020 r. nie określała pojemności stadionu. Tak więc społeczna potrzeba budowy stadionu istniała przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i była Zamawiającemu znana.

Zamawiający przesłankę niezbędności łączy z podjęciem przez Miasto Nowy Sącz uchwały zmieniającej zadania

nałożonego na Zamawiającego. A więc z koniecznością realizacji nałożonych na niego zadań określonych uchwałą i wdrożonych w umowie powierzenia, a nie zrealizowaniem celu udzielonego zamówienia. Niezbędności w rozumieniu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie można jednak łączyć ze zmianą wymagań Miasta określonych w uchwale Rady Miasta Nowego Sącza oraz Umowie Powierzenia, stanowiącej wdrożenie Uchwały, w zakresie jednego z zadań własnych. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu. Umowa wynikająca z udzielonego zamówienia mogła być zrealizowana jednak z prawidłowym zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca. To Zamawiający określa bowiem opis przedmiotu zamówienia, a tym samym definiuje potrzeby jakie zaspakajać ma to zamówienie i za pomocą jakich środków. Wszystko to podlega konkretyzacji przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, na etapie jego przygotowywania, nie zaś na etapie wykonawstwa, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. To Zamawiający ustala, dysponując określoną wiedzą, w tym także w zakresie uzasadnionych potrzeb, opis przedmiotu zamówienia obejmował stadion o pojemności 4900 miejsc. Późniejsza decyzja Miasta uzewnętrzniona w treści podjętej uchwały a więc już w okresie realizacji umowy zamówienia pierwotnego, nie może zmieniać przedmiotu zamówienia. Takie okoliczności jak ta istotna zmiana zakresu zamówienia powinna być uwzględniona już w trakcie przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem – jak słusznie wskazał Prezes UZP - skorzystać z przesłanki niezbędności, skoro stan niezbędności istniał już wcześniej.

Także powoływana przez Zamawiającego okoliczność, że jedynie zrealizowanie wymagań postawionych mu w uchwale Miasta Nowy Sącz, a tym samym większa funkcjonalność realizowanego stadionu (większa ilość trybun i miejsc siedzących), pozwoliłaby Zamawiającemu na otrzymanie należytej rekompensaty od właściciela, ponieważ rekompensata przysługuje za prawidłową, tj. zgodną z wymaganiami, realizację zadania

własnego nie spełnia przesłanki niezbędności. Wybudowanie stadionu o mniejszej pojemności było zgodne z celem pierwotnej umowy, zaś jej przedmiotowe rozszerzenie dotyczyło de facto nowego celu i stanowiło tym samym odrębne zamówienie. Tak więc wymaganą funkcjonalność inwestycji należało uwzględnić w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego. Jeśli na tym etapie (zamówienia podstawowego) takiej możliwości nie było wymóg ten należało uzyskać poprzez prawidłowe zastosowanie przepisów Pzp.

W tym stanie faktycznym Zamawiający niejako na nowo opisał przedmiot zamówienia, uznając, że nie zamierza już realizować zadania według koncepcji stadionu o pojemności około 4 900 miejsc, lecz według nowej – zgodnie z którą ma powstać stadion o pojemności około 8 100 miejsc i zupełnie innej architekturze, w formie zamkniętej bryły. Stąd Aneks nr 1 wprowadzający istotną zmianę w opisie przedmiotu Umowy. Skala zmian warunków dotyczących opisu przedmiotu Umowy a także znacznie wyższa wartość zamówienia wprowadzonego Aneksem (61 093 921,37 zł netto wobec pierwotnie 41 195 538,20 zł netto) mogłyby skutkować szerszym kręgiem wykonawców, którzy potencjalnie mogliby być zainteresowani udziałem w tym postępowaniu i ubieganiem się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, że wprowadzona zmiana stanowiła zmianę istotną w rozumieniu przepisu art. 454 ustawy Pzp i była niedopuszczalna w świetle przepisów art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o tym samym naruszała przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia przez Prezesa UZP art. 605 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie stanu faktycznego bez uwzględnienia całości materiału sprawy, tj. w szczególności z pominięciem znacznej części protokołu kontroli oraz załączników do protokołu konieczności stwierdzić należy, że Prezes UZP ocenia cały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Tym samym ma więc obowiązek oprzeć się na całokształcie zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego. A zatem nie mogą być pominięte żadne ze złożonych dokumentów związanych z postępowaniem ani też dokumenty, o które Prezes UZP wystąpił do Zamawiającego. W informacji pokontrolnej do wszystkich z nich powinien się odnieść.

W niniejszym stanie faktycznym w treści uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano dokumenty, w oparciu o które został ustalony stan faktyczny sprawy. Stan faktyczny został ustalony – jak wskazał Prezes UZP – w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w toku postępowania wyjaśniającego oraz przede wszystkim zebrany w sprawie materiał dowodowy, które były wystarczające do ustalenia stanu faktycznego sprawy i dokonania jego oceny prawnej. W tym też zakresie odniósł się do ich treści wprost się do nich odwołując. Natomiast brak odniesienia do opinii prawnej nie stanowi błędu. Opinie prawne zawierają bowiem wyrażenie poglądu na rozumienie określonego problemu i mają jedynie

charakter zarysowujący dany problem, w tym także dla organu kontrolnego. Nie są więc dla niego wiążące. Prezes UZP samodzielnie ustala stan faktyczny danej sprawy i dokonuje jego kwalifikacji prawnej. W tym stanie faktycznym sytuacja taka również miała miejsce. Dokonane ustalenia pozwoliły bowiem na stwierdzenie braku zasadności i legalności Aneksu nr 1.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Prezesa UZP art. 607 ust. 2 w zw. z art. 608 ust. 1 w zw. z art. 600 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie kontroli, w zakresie nieobjętym kwestionariuszem, a następnie zaniechaniem przeprowadzenia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego, co skutkowało naruszeniem wskazanych przepisów, w sytuacji, w której to konkretne działania Prezesa UZP doprowadziło do uniemożliwienia przedstawienia stanowiska przez Zamawiającego, jak też prowadzenia kontroli zgodnie z obowiązującymi przepisami stwierdzić należy, że istotnie przepisy ustawy Pzp stanowią, że organ kontroli zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu kwestionariusza kontroli lub informację o miejscu jego udostępnienia. Zawarty w kwestionariuszu kontroli zakres zagadnień podlegających kontroli jest wiążący dla organu kontrolnego. Wobec powyższego nie jest możliwa kontrola innych zagadnień oraz żądanie dokumentów ponad określony zakres zagadnień kontroli.

Prezes UZP, pismem z dnia 26 maja 2022 r., wszczął postępowanie wyjaśniające, wskazując m.in. na podniesione zarzuty we wniosku o wszczęcie kontroli dotyczące podstawy prawnej zmiany Umowy w drodze Aneksu nr 1 oraz żądając złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W treści pisma wskazano m.in. „(...) część robót budowlanych (kompletne fundamenty) dotyczących dwóch dodatkowych trybun została wykonana już w październiku i listopadzie 2021 r., to podpisanie aneksu do umowy po dniu 15 lutego 2022 r., jedynie „legalizowało” wykonane już w rzeczywistości roboty budowlane. (...) Prezydent Nowego Sącza, na sesji Rady Miasta Nowego Sącza w dniu 15 lutego 2022 r. oświadczył, że Miasto Nowy Sącz zmieni umowę z wykonawcą powierzając wykonanie dodatkowych robót budowlanych i wybudowanie dwóch dodatkowych stałych trybun za kwotę ok. 24 mln zł, czyli kwotę bliską 50% wartości pierwotnego zamówienia, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. (...)”. Nie można więc uznać, że zmiana umowy, dokonana przez Zamawiającego na podstawie art. 455 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp nie była objęta od początku przedmiotem postępowania wyjaśniającego. Zamawiający miał bowiem możliwość przedstawienia swojego stanowiska dotyczącego zwiększenia zakresu rzeczowego udzielonego zamówienia o budowę dwóch dodatkowych trybun. Prezes UZP zwrócił się bowiem do niego o szczegółowe podanie faktycznej i prawnej podstawy realizowania tych prac. Tym samym zarzut rozszerzenia z urzędu kontroli należy uznać za nieuprawniony. Zarówno postępowanie wyjaśniające, jak i kontrola doraźna przeprowadzona została wyłącznie w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej. Wobec tego nie rozszerzono z urzędu zakresu kontroli

Postępowanie wyjaśniające niewątpliwie potwierdziło zasadność wszczęcia postępowania kontrolnego w konsekwencji czego – jak wskazał Prezes UZP - pismem z dnia 18 listopada 2022 r., zgodnie z art. 607 ust. 5 ustawy Pzp , Zamawiający został poinformowany o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej w sprawie zmian Umowy nr NIK.272.01.2021 z dnia 19 czerwca 2021 r.

Odnosząc się do braku możliwości zapoznania się z kwestionariuszem z uwagi na to, że pod adresem strony internetowej, na której miała być możliwość zapoznania się z kwestionariuszem kontroli – jak wskazał Prezes UZP - wystąpił błąd, skutkujący tym, że po kliknięciu w ten adres otwierała się strona BIP UZP, a nie bezpośrednio kwestionariusz kontroli. Kwestionariusz kontroli dostępny był więc na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, była też możliwość jego skopiowania (podanego adresu) i wyszukaniu go w wyszukiwarce internetowej, gdzie ten dokument można było odnaleźć.

Odnosząc się z kolei do kwestii momentu przekazania kwestionariusza kontroli Zamawiającemu, który zgodnie z brzmieniem przepisu art. 600 ust. 1 ustawy Pzp winien być przekazany wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli doraźnej, za Prezesem UZP, wskazać należy, że o ile przepisy ustawy Pzp nie traktują postępowania wyjaśniającego jako odrębnego postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wszczęcie kontroli doraźnej, to jednak zgodnie z art. 607 ust.1 ustawy Pzp, Prezes UZP może wszcząć kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp a czemu służy postępowanie wyjaśniające. Tak więc w przypadku potwierdzenia, że ustalony stan faktyczny sprawy daje podstawy do uzasadnionych przypuszczeń, iż w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszeń przepisów Pzp, które to naruszenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, rozpoczyna się kolejny etap postępowania kontrolnego, kończący się zgodnie z art. 609 ust. 1 pkt ustawy Pzp, doręczeniem Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Tym samym kwestionariusz nie dotyczy postępowania wyjaśniającego i jest udostępniany dopiero na etapie przekazania informacji o dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 5 ustawy Pzp. Dlatego też uznać należy, że także ten zarzut nie potwierdził się.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: