

Olsztyn, dnia 28.01.2018 r.

**Szanowny Pan
Paweł Przybyłek
Wicestarosta Nidzicki**

Opinia prawna

dotycząca możliwości zmiany przedmiotu zamówienia po zakończeniu przetargu polegająca na częściowej zmianie projektu budowlanego.

Możliwości zmiany postanowień zawartej umowy po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego uregulowane są w art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U z 2018 r. poz.1986 ze zm.), dalej p.z.p. Zgodnie z treścią tego przepisu zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, z tym, że przewidziano szereg odstępstw od tej zasady, o których napiszę niżej.

Treść art.144 p.z.p. była kilkakrotnie zmieniana i jak wynika z wyjaśnienia Urzędu Zamówień Publicznych dalej UZP :”Celem wprowadzenia zmian w zakresie art.144 p.z.p. było uelastycznienie i usprawnienie procesu udzielania zamówień publicznych , a także uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dalej ETS. W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie o sygnaturze C-454/06 ETS wskazał , że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza one warunki , które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innych ofert niż ta pierwotnie dopuszczona. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie już prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Ponadto w wyroku tym ETS wskazał, że :”Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”.

Identyczne było też uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Sejm RP druk nr 2154 z dnia 29 czerwca 2009 r.) „ Dopuszczalne będą zatem zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”. W opinii „ *Dopuszczalność wprowadzania zmian do programu funkcjonalno-użytkowego w trakcie realizacji robót budowlanych*” UZP wyjaśnił, że: „ Przepisy ustawy p.z.p. nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Powyższemu sprzeciwia się

bowiem treść art.144 ust.1 p.z.p. z którego wynika, iż zamawiający musi określić przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem warunków takiej zmiany.

Aktualne brzmienie art. 144 p.z.p. uwzględnia linię orzecniczą ETS , Kolegium Izby Obrachunkowej oraz Sądów Okręgowych. Do przedmiotu opiniowanej sprawy odnoszą się zapisy art. 144 p.z.p w następującej części :

1) ust. 1 „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferty , chyba że :

a) pkt 1. Zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia,(dalej SIWZ), w postaci jednoznacznych postanowień umownych , które określają ich zakres i charakter oraz warunki wprowadzania zmian.

b) pkt 5 . zmiany te nie są istotne w rozumieniu art. 1e , który brzmi : „ Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną jeżeli” :

1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej w stosunku do charakteru umowy ramowej;

2) nie zmienia charakteru umowy i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
a) zmiana wprowadza warunki, które , gdyby były postawione w postanowieniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by ofertę innej treści. Pozostałe okoliczności nie zachodzą w opiniowanej sprawie.

W punkcie IV SIWZ przedmiotowej sprawy zapisano : „ Zamawiający dopuszcza zmiany w dokumentacji technicznej lub zmianę materiałów i urządzeń o wyższej jakości i lepszych parametrach, po uprzedniej zgodzie Zamawiającego i po uzyskaniu akceptacji EFRR Urzędu Marszałkowskiego , w zakresie realizacji projektów ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014 – 2020 w ramach Osi Priorytetowej 9 dostęp do wysokiej jakości usług publicznych, działanie 9.1. Infrastruktura ochrony zdrowia Poddziałania 9.1.1. Rozwój specjalistycznych usług medycznych. Konkurs Nr RPWM.09.01-IZ.00-28-001/16 (Schemat B), a w razie konieczności także zmiany pozwolenia na budowę”. Zapis o identycznej treści został zawarty w paragrafie 1 pkt 6 umowy z wykonawcą.

Oceniając zgodność zmiany przedmiotu zamówienia polegającej na częściowej zmianie projektu budowlanego należy mieć na uwadze tylko fakt czy zmiana ta wprowadza warunki naruszające uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie warunków , które , gdyby były postawione w postanowieniu o udzielenie zamówienia , to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy w nim inni wykonawcy albo przyjęto by ofertę innej treści. W mojej ocenie taka sytuacja nie zachodzi, bowiem w SIWZ zawarto postanowienia umowne określające zakres, charakter i warunki wprowadzenia tych zmian. Co więcej przewidziano zmiany nawet w zakresie pozwolenia na budowę. Podkreślić też należy, że nie zawarto w SIWZ możliwości zmiany wartości przedmiotu zamówienia i taka zmiana w opiniowanym zamówieniu nie występuje. Zatem oferent przystępujący do przetargu miał pełny przegląd zakresu w jakim mogą nastąpić zmiany umowy i w związku z tym nie mogło to wpłynąć na liczbę ofert ani na przyjęcie oferty innej treści.

Konkludując stwierdzam, że zmiana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa i doposażenie budynku Zespołu Opieki Zdrowotnej w Nidzicy na potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych dla osób starszych i niepełnosprawnych – utworzenie Oddziału Geriatrycznego oraz pracowni TK” polegająca na częściowej zmianie projektu budowlanego, **jest zgodna z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych.** Oczywiście nie odnosi się to do zgodności z prawem możliwości uzyskania nowego pozwolenia na budowę. Decyzję w tej sprawie po przeanalizowaniu materiałów projektowych wyda w imieniu Starosty Nidzickiego właściwa komórka organizacyjna starostwa.


Edward Ośko
ADWOKAT