

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 15 października 2019 roku**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 18 września 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Veolia Energia Poznań spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej UZP/DKZP/KU/109/19, w przedmiocie zamówienia *Wykonanie robót budowlanych w zakresie: „Wykorzystanie wysokosprawnej kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe – Etap 1:” dla zadania: Budowa sieci ciepłowniczej w obszarze ul. Wieruszowska w Poznaniu.*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Irmina Pawlik**

**Katarzyna Poprawa**

wyraża następującą opinię:

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

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Veolia Energia Poznań spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu – przeprowadza postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (procedura z art. 24 aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp” lub „ustawa”) w przedmiocie wykonanie robót budowlanych w zakresie: „Wykorzystanie wysokosprawnej kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe – Etap 1:” dla zadania: Budowa sieci ciepłowniczej w obszarze ul. Wieruszowska w Poznaniu, wszczętego w dniu 26 kwietnia 2019 roku, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 082-194378.

I.

**W wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (UZP/DKZP/KU/109/19):**

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, przez brak zmiany treści ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, co następuje:

W Rozdziale IX pkt 1 cz. I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców zamawiający zawarł następującą regulację:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdego Zadania. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności i nie podlegają sumowaniu w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno Zadanie)”*

Analogiczne postanowienie znajduje się w treści pkt III.1.2) ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, które zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24.04.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.04.2019 r. pod numerem 2019/S 082-194378.

Zamawiający w toku kontrolowanego postępowania dokonał w dniu 14.05.2019 r. modyfikacji postanowień cz. 1 SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców w zakresie Rozdziału IX pkt 1. Zgodnie z dokumentacją postępowania, zmianie uległa treść:

z:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdego Zadania. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności i nie podlegają sumowaniu w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno Zadanie).”*

na:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności).”*

O dokonanej modyfikacji treści SIWZ zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 14.05.2019 r. Jednakże zamawiający nie dokonał zmiany powyższej treści w ogłoszeniu o zamówieniu.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu stwierdził, że w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp implikuje konieczność zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze sprostowania/zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o zmianie treści Rozdziału IX pkt 1 cz. I SIWZ, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazano również, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest

niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Prezes Urzędu poinformował, że stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji.

II.

**Pismem z 18 września 2019 roku (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 20 września 2019 roku – prezentata na piśmie) Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej (dalej: „zastrzeżenia”).**

Zamawiający, działając na podstawie art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp” lub „ustawa”) odnosząc się do wyniku kontroli uprzedniej przedstawianej za pismem z numerem KU/109/19/DKZP z dnia 12 września 2019 roku wniósł następujące zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej KU/109/19/DKZP z dnia 12 września 2019 roku.

Zamawiający podał, odnośnie zarzutu naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, przez brak zmiany treści ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że przyjmując sposób postępowania w zakresie zmiany komentarza w nawiasie zawartego w Rozdziale IX pkt 1 cz. I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców kierował się stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2016 r. KIO/KD 3/16, w której wskazano m.in. „zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje zmiany treści postanowień SIWZ, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występują w ogłoszeniu o zamówieniu. Do katalogu takich opisów występujących w obu dokumentach zaliczyć można określenie przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kwoty wadium, termy składania ofert.”

Zamawiający podkreślił, że dokonał zmiany w Rozdziale IX pkt 1 cz. I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców zmieniając tylko treść komentarza zawartego w nawiasie po słowach:

*„1. O udzielenie Zamówienia mogą ulegać się Wykonawcy, którzy:”*

o następującym brzmieniu:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdego Zadania. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności i nie podlegają sumowaniu w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno Zadanie)”*

*na brzmienie:*

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności)”*

Zamawiający wskazał, że zmiana ta była zmianą nieistotną, gdyż zapis ten w pierwotnej treści i tak nie mógłby znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ jego treść odnosiła się do wielu zadań, a przedmiotowe postępowanie dotyczyło jednego zadania, a więc zmiana ta dotyczyła jedynie Informacji uzupełniającej podanej przez Zamawiającego w nawiasie jako komentarz i nie powinna podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp. Dokonana zmiana SIWZ miała charakter tylko formalny, porządkujący, w żaden sposób nie wpływający na przebieg postępowania i na wybór wykonawcy. Nawet, gdyby zmiana w SIWZ nie została dokonana, to i tak - zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców było jasne, że w tym przypadku, gdy mamy do czynienia z jednym zadaniem - nie może być mowy o "ocenie oddzielnie dla każdego zadania" i o nie sumowaniu "minimalnych poziomów zdolności." Zatem, brak zmiany ogłoszenia w żaden sposób nie wpłynął na składanie ofert przez Wykonawców ani na ich treść.

Zamawiający zaznaczył, że pkt 1 Rozdziału IX cz. I SIWZ jest jedynie wstępem i otwarciem katalogu wymogów dotyczących ubiegana się wykonawców o udzielenie Zamówienia wraz z zawartym w nawiasie komentarzem uzupełniającym. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że sama formalna publikacja dotycząca zmiany SIWZ, jaka miała miejsce w tym przypadku, nie musiała podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, co również zdaniem Zamawiającego potwierdziło powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na uwadze powyższą argumentację Zamawiający wniósł o uwzględnienie umotywowanych zastrzeżeń.

### III.

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z 30 września 2019 roku (znak: (UZP/DKZP/WKZ4/420/220(14)/19/MP) wskazał - w odpowiedzi na pismo z dnia 18 września 2019 roku zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykorzystanie wysokosprawnej kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe –**

**Etap 1:” dla zadania: Budowa sieci ciepłowniczej w obszarze ul. Wieruszowska w Poznaniu”, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 12 września 2019 roku**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na pismo z dnia 18.09.2019 r., zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykorzystanie wysokosprawnej kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe — Etap 1:” dla zadania: Budowa sieci ciepłowniczej w obszarze ul. Wieruszowska w Poznaniu”, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Veolia Energia Poznań S.A., poinformował, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako: ustawa Pzp, stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 12.09.2019 r., przekazanej pismem znak: UZP/DKZP/WKZ4/420/220/(11)/19/MP.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w trybie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania, w wyniku której zostało stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, przez brak zmiany treści ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W piśmie z dnia 18.09.2019 r. zamawiający nie zgodził się z wynikiem kontroli, wnosząc zastrzeżenia do jej wyniku. Zamawiający w uzasadnieniu zastrzeżeń podniósł, że: „(...) przyjmując sposób postępowania w zakresie zmiany komentarza w nawiasie zawartego w Rozdziale IX pkt 1 cz. I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców, kierował się stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2016 r. KIO/KD 3/16, w której wskazano m.in. „zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje zmiany treści postanowień SIWZ, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występują w ogłoszeniu o zamówieniu. Do katalogu takich opisów występujących w obu dokumentach zaliczyć można określenie przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kwoty wadium, terminy składania ofert. ”

Podkreślić należy, że Zamawiający dokonał zmiany w Rozdziale IX pkt 1 cz. I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców zmieniając tylko treść komentarza zawartego w nawiasie po słowach: „1. O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:”

o następującym brzmieniu:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdego Zadania. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności i nie podlegają sumowaniu w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno Zadanie) ”.*

na brzmienie:

*„(Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności) ”.*

*Jednakże zmiana ta była zmianą nieistotną, gdyż zapis ten w pierwotnej treści i tak nie mógłby znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ jego treść odnosiła się do wielu zadań, a przedmiotowe postępowanie dotyczyło jednego zadania, a więc zmiana ta dotyczyła jedynie informacji uzupełniającej podanej przez Zamawiającego w nawiasie jako komentarz i nie powinna podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp. Dokonana zmiana SIWZ miała charakter tylko formalny, porządkujący, w żaden sposób nie wpływający na przebieg postępowania i na wybór wykonawcy. Nawet, gdyby zmiana w SIWZ nie została dokonana, to i tak - zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców było jasne, że w tym przypadku, gdy mamy do czynienia z jednym zadaniem - nie może być mowy o "ocenie oddzielnie dla każdego zadania" i o nie sumowaniu "minimalnych poziomów zdolności. ” Zatem - brak zmiany ogłoszenia w żaden sposób nie wpłynął na składanie ofert przez Wykonawców ani na ich treść.*

*Zaznaczyć należy, iż pkt 1 Rozdziału IX cz. I SIWZ jest jedynie wstępem i otwarciem katalogu wymogów dotyczących ubiegania się WYKONAWCÓW o udzielenie Zamówienia wraz z zawartym w nawiasie komentarzem uzupełniającym.*

*W związku z powyższym Zamawiający uznał, że sama formalna publikacja dotycząca zmiany SIWZ, jaka miała miejsce w tym przypadku, nie musiała podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, co również zdaniem Zamawiającego potwierdziło powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.”*

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu stwierdził, co następuje:

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8. Jak wskazuje dorobek orzecniczy Krajowej Izby Odwoławczej istotą przywołanego i omawianego przepisu ustawy Pzp jest doprowadzenie do zgodności treści ogłoszenia z treścią zmodyfikowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postanowień SIWZ. W analizowanym stanie faktycznym kontrolowanego postępowania Zamawiający, modyfikując postanowienia SIWZ do takiej zgodności nie doprowadził.

Jak wskazuje doktryna, w prawie zamówień publicznych obowiązuje zasada tożsamości informacji przekazywanych wykonawcom. Dotyczy ona nie tylko ogłoszeń zamieszczanych w różnych miejscach, ale także tożsamości treści ogłoszenia i specyfikacji. Treść ogłoszenia i SIWZ winna być spójna ponieważ w odmiennym przypadku mogłoby to skutkować okolicznością wprowadzenia wykonawców w błąd. W sytuacji gdy treść SIWZ nie jest spójna z treścią ogłoszenia, powstają problemy związane z tym, który z tych dwóch dokumentów jest dla wykonawców dokumentem wiążącym — znajdują się w nich bowiem sprzeczne ze sobą postanowienia. Jeżeli zatem dokonanie przez zamawiającego zmiany nastąpi tylko w SIWZ, a w ogłoszeniu o zamówieniu pozostanie opis w wersji pierwotnej, to mamy do czynienia z niezgodnością tych dwóch dokumentów. Zmiana treści specyfikacji prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu wymaga zawsze aktualizowania tego drugiego dokumentu w celu zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała na doniosłą rolę ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu. KIO wskazała m.in., że: „(...) *ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwić wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia*” (zob. wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO 2534/10) oraz uchwała KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt: KIO/KD 67/17)). Prezes Urzędu doszedł do wniosku, że właśnie ze względu na zakres informacji zawartych w treści ogłoszenia wykonawcy podejmują decyzję, czy w ogóle będą brać udział w danym postępowaniu a następnie dokonują kolejnych czynności takich jak zapoznanie się z treścią SIWZ, której zadaniem jest uszczegóławianie informacji zapisanych w ogłoszeniu.

Zamawiający w swoich zastrzeżeniach powołuje się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale z dnia 22 stycznia 2016 r. (sygn.. akt: KIO/KD 3/16).



Zgodnie z treścią ww. uchwały „zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje zmiany treści postanowień SIWZ, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występują w ogłoszeniu o zamówieniu. Do katalogu takich opisów występujących w obu dokumentach zaliczyć można określenie przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kwoty wadium, terminy składania ofert. ”

Zamawiający podkreśla, iż dokonał zmiany tylko w treści komentarza zawartego w nawiasie, jednakże „zmiana ta była zmianą nieistotną, gdyż zapis ten w pierwotnej treści i tak nie mógłby znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ jego treść odnosiła się do wielu zadań, a przedmiotowe postępowanie dotyczyło jednego zadania, a więc zmiana ta dotyczyła jedynie informacji uzupełniającej podanej przez Zamawiającego w nawiasie jako komentarz i nie powinna podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp.” Dalej zamawiający informuje, że „Dokonana zmiana SIWZ miała charakter tylko formalny, porządkujący, w żaden sposób nie wpływający na przebieg postępowania j na wybór wykonawcy. Nawet, gdyby zmiana w SIWZ nie została dokonana, to i tak - zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców było jasne, że w tym przypadku, gdy mamy do czynienia z jednym zadaniem — nie może być mowy o "ocenie oddzielnie dla każdego zadania" i o nie sumowaniu "minimalnych poziomów zdolności. ”

Prezes Urzędu nie zgodził się z powyższymi twierdzeniami zamawiającego. W pierwszej kolejności zauważył, że przywołana przez zamawiającego uchwała KIO z dnia 22 stycznia 2016 r. formułuje swoisty katalog przypadków, w których zmiana treści SIWZ implikuje zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu. Użyte przez Izbę słowo "w szczególności" oznacza, że nie jest to katalog zamknięty, toteż należy dojść do wniosku, że zamawiający co do zasady zobowiązany jest do zmiany treści ogłoszenia, jeżeli dokonuje zmiany SIWZ, która prowadzi do zmiany jego treści.

Zarówno SIWZ jaki ogłoszenie o zamówieniu zawierają informacje dotyczące opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zmieniony przez zamawiającego zapis SIWZ został przez zamawiającego umieszczony w rozdziale IX zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia”. Zamawiający podkreśla, iż „(...) zmiana ta dotyczyła jedynie informacji uzupełniającej podanej przez Zamawiającego w nawiasie jako komentarz i nie powinna podlegać obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp. oraz ) pkt 1 Rozdziału IX cz. I SIWZ jest jedynie wstępem i otwarciem katalogu wymogów dotyczących ubiegania się WYKONAWCÓW o udzielenie Zamówienia wraz z zawartym w nawiasie komentarzem uzupełniającym”. Jednakże, bez względu na powyższe, pozostaje bezspornym fakt, że ww. informacja

uzupełniająca została przez zamawiającego przyporządkowana do rozdziału IX SIWZ oraz jej treść dotyczy bezpośrednio opisu warunków udziału w postępowaniu.

Prezes podniósł, że art. 41 ustawy Pzp wskazuje na minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu. W doktrynie podkreśla się, że używając zwrotu "co najmniej", ustawodawca wyznaczył jedynie minimum informacyjne, jakie musi spełnić ogłoszenie (tzw. minimalna treść obligatoryjna), pozostawił natomiast zamawiającemu swobodę w odniesieniu do zamieszczania dodatkowych informacji, ograniczoną jedynie zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Ogłoszenie o zamówieniu może zatem zawierać więcej informacji niż wskazane w art. 41 ustawy Pzp minimum, niemniej jednak z uwagi na wymóg, wynikający z art. 42 ustawy Pzp, tj. zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP albo publikacji w Dz. Urz. UE, wydaje się to zbędne. SIWZ pełni bowiem, jak zostało już wcześniej wspomniane, funkcję uszczegółowienia wymagań zamawiającego określonych w ogłoszeniu. Można zatem założyć, zwłaszcza w kontekście stanu faktycznego oraz wskazanej powyżej funkcji SIWZ, że zamawiający ewidentnie uznał informację uzupełniającą umieszczoną w nawiasie za istotną dla prowadzonego postępowania, skoro zdecydował się umieścić jej treść w ogłoszeniu o zamówieniu. Z powyższego wynika zatem w sposób jednoznaczny, że jeżeli zamawiający zmienia postanowienia SIWZ, które znajdują się jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, to winien on obligatoryjnie zmienić to ogłoszenie.

Dla stwierdzenia naruszenia w omawianym zakresie nie ma znaczenia charakter dokonanej zmiany, tj. czy jest istotna, czy nie. Liczy się bowiem sam fakt, tj. doszło do zmiany SIWZ w zakresie objętym ogłoszeniem o zamówieniu, a zatem zamawiający powinien zmienić to ogłoszenie w tożsamym zakresie. Przepisy ustawy Pzp w kwestii zmiany ogłoszenia są bowiem jasne i precyzyjne — jeśli zmiana SIWZ prowadzi do zmiany ogłoszenia, to zamawiający modyfikuje jego treść. Tym samym zamawiający zobligowany jest dokonać zmiany ogłoszenia w każdym przypadku, jeżeli dokonuje zmiany SIWZ w zakresie tożsamym w obu dokumentach. To, że, jak wskazuje w swoim piśmie zamawiający, zmiana ma charakter jedynie formalny, porządkujący i nie ma wpływu na przebieg postępowania, nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia dla stwierdzenia naruszenia. Naruszeniem ustawy w tym zakresie jest każdy brak zmiany ogłoszenia, jeżeli zmiana SIWZ prowadzi do jego modyfikacji.

Po drugie, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że zmiana SIWZ będąca przedmiotem naruszenia została przez zamawiającego dokonana wskutek pytania zadanego zamawiającemu przez wykonawcę w trybie art. 38 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 110/15) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „rzeczą

zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia. SIWZ opracowana na użytek postępowania winna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości, co do brzmienia SIWZ. ” Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 13.05.2019 r. wykonawca GPEC SERWIS Sp. z o.o. zwrócił się do zamawiającego z następującym pytaniem:

*„W pkt. IX SIWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY ICH SPEŁNIENIA jest zapis, że: „Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oddzielnie dla każdego Zadania. Warunki wyrażone są jako minimalne poziomy zdolności i nie podlegają sumowaniu w przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedno Zadanie”. Prosimy o wyjaśnienie czy przedmiot Zamówienia podzielony jest na dodatkowe zadania, ponieważ nie wynika to z załączonej dokumentacji projektowej. ”*

Pismem z dnia 14.05.2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym na ww. pytanie wskazując następująco: *„Zamawiający informuje, że przedmiot Zamówienia dotyczy jednego zadania: Budowa sieci ciepłowniczej w obszarze ul. Wieruszowska w Poznaniu i nie jest podzielone na dodatkowe zadania”*.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób zgodzić się z tezą zamawiającego, że *„Nawet, gdyby zmiana w SIWZ nie została dokonana, to i tak - zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców było jasne, że w tym przypadku, gdy mamy do czynienia z jednym zadaniem - nie może być mowy o "ocenie oddzielnie dla każdego zadania" i o nie sumowaniu "minimalnych poziomów zdolności. ”* Ze wskazanej wyżej sytuacji wynika bowiem wyraźnie, że przynajmniej jeden z wykonawców powziął wątpliwości co do treści SIWZ i koniecznym stało się udzielenie wyjaśnień, a w konsekwencji dokonanie zmiany niejednoznacznych treści SIWZ. Pozostawienie niezmienionej treści w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. w dokumencie na podstawie którego wykonawcy najczęściej podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu wprowadzało de facto wykonawców w błąd. Zamawiający nie zapewnił jednolitości zapisów w obu dokumentach, uchybiając zachowaniu zasady tożsamości informacji przekazywanych wykonawcom.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych potrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego oraz podał, że zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem

ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, w tym Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, Izba stwierdziła, że w trakcie kontroli ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy prawidłowo. Zamawiający w przedstawionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie odnosił się do ustalonego stanu faktycznego w wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej.

Izba podziela i przyjmuje za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, przez brak zmiany treści ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej nie są zasadne i nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę. Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14).

Mając na uwadze, że stanowisko Izby wyrażone w uchwale dotyczy oceny zasadności przedstawionych przez Zamawiającego zastrzeżeń Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na Zamawiającego, jak również podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W zamian regulacje te są gwarantem jasnej i przejrzystej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, która w efekcie prowadzi do zawarcia umowy przez podmiot publiczny z wybranym w ramach

procedury wykonawcą. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – jednakże to odstępienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ.

Przepis art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy zobowiązuje Zamawiającego, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w przypadku gdy zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, do przekazania drogą elektroniczną Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej właściwego ogłoszenia. Zamawiający musi więc przekazać stosowane ogłoszenie i ustawa w tym zakresie nie przewiduje żadnych odstępstw. Takie stanowisko również szeroko prezentowane jest w doktrynie przedmiotu i tak w publikacji pt.: *Prawo zamówień publicznych Komentarz* autorstwa Jerzego Pieroga (2019 rok, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, str. 329) wskazano, że „jeżeli w przetargu nieograniczonym zmiana prowadzi do zmiany ogłoszenia, zamawiający musi zamieścić ogłoszenie o zmianie (...). Dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niekwestionowane, nie jest również sporne, że pierwotna treść, która uległa zmianie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, bowiem Zamawiający ma obowiązek dokonania takiej zmiany, której nie może rozpatrywać w kategoriach uprawnienia mogącego nie być realizowanym. Nie istnieją również żadne podstawy do oceny czy badania istotności czy nieistotności dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ewentualnego uzależnienia dokonania zmiany ogłoszenia od tej oceny – zmiana, która została wprowadzona przez zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia zawsze musi skutkować dokonaniem przez zamawiającego zmiany ogłoszenia o zamówieniu przez zamieszczenie stosownego ogłoszenia. Brak zamieszczenia zmiany ogłoszenia o zamówieniu w przypadku, gdy zmiana została wprowadzona przez zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia w orzecznictwie Wojewódzkich Sądów Administracyjnych czy Naczelnego Sadu Administracyjnego prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 października 2016 roku sygn. akt II GSK 1666/16 odniósł się do genezy przepisów, wskazując że: *Treść przepisów art. 38 ust. 4a i*

ust. 6, w brzmieniu obowiązującym w okresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiła konsekwencję zmian wprowadzonych ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Motywowana ona była - jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej - potrzebą uwzględnienia zastrzeżeń Komisji Europejskiej odnośnie do niezgodności przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych ze wspólnotowymi dyrektywami 2004/17/WE, 2004/18/WE, 89/665/EWG oraz Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską. Celem wprowadzanych zmian było zapewnienie zgodności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z ogłoszeniem o zamówieniu (art. 38 ust. 4a). Jak wskazano, w większości przypadków bowiem wykonawca uzyskuje informację o prowadzonym postępowaniu z ogłoszenia o zamówieniu, a dopiero później zapoznaje się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezgodność specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia może więc prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, decyduje się nie brać udziału w postępowaniu. Taka sytuacja może być zaś w ocenie Komisji Europejskiej uznana za przejaw naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dlatego też wprowadzono obowiązek zmiany ogłoszenia w każdym przypadku, gdy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy informacji ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu. Według projektodawcy, rozwiązanie to uwzględnia stanowisko Komisji Europejskiej, zgodnie z którym informacja o zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być opublikowana z zachowaniem takich samych standardów jak towarzyszące oryginalnej publikacji. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2018 roku sygn. akt II GSK 357/18 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że Zmiana warunku udziału w postępowaniu zawsze stanowi zmianę treści ogłoszenia. Warunki udziału w postępowaniu są bowiem niezbędnym elementem zarówno ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 7 p.z.p.), jak też koniecznym elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p.). Z art. 38 ust. 4a pkt 1 p.z.p. wynika, że w każdym przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia, prowadzący postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do ogłoszenia tej zmiany w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli zamówienie nie przekracza progów wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., a w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeśli te progi przekracza. Zatem zmiana SIWZ, będąca jednocześnie zmianą treści ogłoszenia, rodzi po stronie zamawiającego obowiązek publikacji na zasadach określonych w art. 38 ust. 4a pkt 1 p.z.p. (tak m.in. NSA w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r, sygn. akt II OSK 1926/13).

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

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....