

Sygn. akt: KIO/KD 28/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 maja 2015 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 25 maja 2015 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** dotyczących wyniku kontroli uprzedniej doraźnej w zakresie prawidłowości zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych wszczętej dnia 27 lutego 2015 roku, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, dotyczącym **Zaprojektowania technologii wraz z dostawą i montażem linii technologicznej do segregacji odpadów dla instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k/Białegostoku**, wskazujących na naruszenie przez zamawiającego art. 169 ust. 1 i ust. 2, art. 170 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

W dniu 27 lutego 2015 roku, działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Pzp wszczęte zostało postępowanie wyjaśniające w sprawie przeprowadzonego postępowania prowadzonego w trybie przetargu

ograniczonego, dotyczącego **Zaprojektowania technologii wraz z dostawą i montażem linii technologicznej do segregacji odpadów dla instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k/Białegostoku.**

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie technologii wraz z dostawą i montażem linii technologicznej do segregacji odpadów dla instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k/Białegostoku, spełniającej wymagania Najlepszej Dostępnej Techniki (BAT) oraz przepisów prawa w tym zakresie. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności zaprojektowanie, dostawę i montaż i uruchomienie kompletnej linii technologicznej do odzysku odpadów w procesie segregacji odpadów o zdolności przerobowej 40 000 Mg/rok odpadów selektywnie zebranych oraz 120 000 Mg/rok zmieszanych odpadów komunalnych, z wykorzystaniem separatorów oraz prasowaniem i belowaniem odzyskiwanych surowców wtórnych.

Pismem z dnia 27.09.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Stadler Anlagenbau GmbH.

Pismem z dnia 16.10.2014 r. Zamawiający zaprosił do złożenia oferty wykonawcę Sutco – Polska Sp. z o.o., przekazując mu SIWZ, w której określił:

- termin realizacji zamówienia: 31.08.2016 r. przy czym: opracowanie dokumentacji technicznej do dnia 28.05.2015 r., rozpoczęcie dostaw/montaż kompletnego wyposażenia technologicznego najpóźniej od 1.10.2015 r. po przekazaniu frontu robót przez wykonawcę robót budowlanych, nadzór autorski w okresie realizacji zamówienia;
- kryteria oceny ofert: najniższa cena – 100%;
- wadium w wysokości: 300.000,00 zł
- termin związania ofertą - 60 dni;
- zabezpieczenie należytego wykonania umowy - 8 % ceny całkowitej podanej w ofercie,
- termin składania i otwarcia ofert – 27.11.2014 r. r. (tj. 42 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert), ostatecznie wyznaczony na dzień 12.12.2014 r.
- waluta oferty oraz waluta, w jakiej dokonywane będą rozliczenia – PLN;
- forma wynagrodzenia – ryczałt.

Pismem z dnia 3.02.2015 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Sutco – Polska Sp. z o.o. o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 6.02.2015 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium o 16 dni, tj. do dnia 27.02.2015 r.

W toku kontroli ustalono, że w dniu 27.02.2015 r. Zamawiający przekazał dokumentację wymienionego postępowania do Urzędu Zamówień Publicznych. Pismem z dnia 27.03.2015 r. Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu o zawarciu w dniu 24.02.2015 r., tj. przed przekazaniem dokumentacji do Urzędu Zamówień Publicznych, umowy z wykonawcą w sprawie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że powodem zawarcia umowy był fakt krótkiego terminu realizacji dostawy oraz współfinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej, gdzie warunkiem objęcia dotacją jest zrealizowanie części dostawy do końca 2015 r. Dla wyniku kontroli istotne są ustalenia, że wartość zamówienia wynosi 42.888.000,00 zł (10.669.718,37 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 7.148.000,00 zł (1.778.286,40 euro).

W dniu 24 kwietnia 2015 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli. W ramach tej informacji powiadomił Zamawiającego, że stwierdził następujące naruszenia ustawy art. 169 ust. 1 i ust. 2, art. 170 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

W protokole z kontroli zauważono, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralny organ administracji rządowej jest uprawniony, na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Pzp do przeprowadzania kontroli udzielania zamówień publicznych. Zgodnie art. 169 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przeprowadza kontrole udzielanego zamówienia przed zawarciem umowy (kontrole uprzednie), jeżeli wartość zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro dla robót budowlanych i 10.000.000 euro dla dostaw lub usług.

Powyższe oznacza, iż beneficjenci środków unijnych, w przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, przed zawarciem umowy, są zobowiązani przekazać do Urzędu Zamówień Publicznych, potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego kopie dokumentacji postępowania, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej (art. 170 ust. 1 ustawy Pzp).

Stwierdzono zatem, że Zamawiający, zawierając umowę z wykonawcą przed przekazaniem dokumentacji postępowania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w celu

przeprowadzenia kontroli uprzedniej naruszył art. 170 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego naruszenia stwierdzono, że przedmiotowym Zamawiający w sekcji 11.3) ogłoszenia o zamówieniu wskazał „czas trwania lub termin realizacji: okres w dniach 679 (od udzielenia zamówienia)”. W sekcji VI.3 ppkt 7 pt. „Informacje dodatkowe”, uzupełnił postanowienia sekcji 11.3), podając: „Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia wskazany w sekcji 11.3 jest terminem planowanym. Rozpoczęcie dostaw i ich montaż nastąpi po wykonaniu niezbędnych prac budowlano instalacyjnych realizowanych przez wykonawcę wybranego w ramach odrębnego postępowania o zamówienie publiczne, po wcześniejszym wspólnym uzgodnieniu z Zamawiającym i Wykonawcą robót budowlano instalacyjnych harmonogramu realizacji dostaw i montażu poszczególnych elementów linii technologicznej. Termin realizacji zamówienia nie przekroczy 31.12.2015 r. z zastrzeżeniem możliwości zmian na zasadach określonych w umowie”.

Natomiast w pkt 7 SIWZ zamawiający zawarł zapis:

Termin wykonania zamówienia: do 31.08.2016r. (ok. 580 dni), przy czym:

- opracowanie dokumentacji technologicznej do 28 maja 2015 r.,
- rozpoczęcie dostaw/montaż kompletnego wyposażenia technologicznego najpóźniej od 01.10.2015 r. po przekazaniu frontu robót przez wykonawcę robót budowlanych,
- nadzór autorski w okresie realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach przekazanych do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 3.04.2015 r. Zamawiający wskazał, iż „konieczność rozszerzenia informacji dotyczącej terminu, zawartej w sekcji 11.3) opisu terminu wykonania zamówienia wynika z faktu, że Zamawiający realizował inwestycję polegającą na przebudowie instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k. Białegostoku poprzez zlecenie dwóch zadań: budowy hali (przetarg nieograniczony na „Zaprojektowanie i przebudowę Instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k/Białegostoku, w zakresie budynku sortowni odpadów z częścią administracyjno - socjalną i obsługi technicznej wraz z niezbędną infrastrukturą” dalej: "budowa hali"), oraz dostawy linii technologicznej, w której linia ma być umiejscowione(...). Zamawiający przekazał SIWZ 16 października 2014 r. Przygotowując ten dokument i planując termin jego przekazania oraz termin składania ofert, w postanowieniach specyfikacji, zamawiający kierując się zasadą należytej staranności uwzględnił czas niezbędny wykonawcom na należyte wykonanie zamówienia. W oparciu o przepisy obowiązujące w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego właściwe dla zamówień powyżej progów unijnych (art. 52 ust.

2 ustawy Pzp) Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 grudnia 2014 r. Czas szacowany przez Zamawiającego na rozstrzygnięcie przetargu i zawarcie umowy to 1,5 miesiąca (ok. 45 dni). Z przyjętych założeń wynikało, że rozstrzygnięcie postępowania nastąpi w drugiej dekadzie stycznia 2015 r. Oznaczałoby to - bez zmiany ostatecznego terminu - że w stosunku do pierwotnie planowanego czasu na wykonanie zamówienia (planowano 679 dni) nastąpiłoby drastyczne skrócenie czasu na wykonanie zamówienia prawie równo o połowę (ok. 340 dni)".

W opinii Zamawiającego „nie może być spornym, co literalnie wynika z treści postanowienia sekcji VI.3 ppkt 7 ogłoszenia, iż Zamawiający przewidział i poinformował w ogłoszeniu o zamówieniu o możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia. Zmiany mogły dotyczyć zarówno trudnego do przewidzenia terminu rozpoczęcia wykonywania zamówienia (ze względu na konieczność skorelowania terminu wykonywania przedmiotowego zamówienia z budową hali, w której linia technologiczna miała być umiejscowiona) jak i terminu końcowego. Termin zakończenia zadania nie mógł być terminem sztywnym zarówno z uwagi na nieprzewidywalność daty rozpoczęcia prac jak i z faktu, że w chwili wszczynania postępowania na dostawę linii technologicznej Zamawiający nie miał zagwarantowanych środków pochodzących z dofinansowania ze środków UE. Nie było też możliwe do przewidzenia, kiedy środki te będą zamawiającemu przyznane, bądź kiedy otrzyma ostateczną decyzję odmowną co skutkowałoby unieważnieniem postępowania. Te okoliczności implikowały konieczność wskazania możliwości zmiany terminu na zasadach określonych w umowie, co dokonane zostało zastrzeżeniem zawartym w treści ogłoszenia”.

Biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego, Kontrolujący uznał, że zgodnie z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Powyższy przepis zakazuje zmian w SIWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia, to tym bardziej nieuprawnione jest zamieszczanie odmiennych postanowień w SIWZ w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu od początku, tj. od jej przekazania wykonawcom. Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż zmiana ta była zgodna z przepisami ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający przewidział i poinformował w ogłoszeniu o zamówieniu o możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia na zasadach określonych w umowie. Po

pierwsze, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego umowa została zawarta dopiero w lutym 2015 r., zatem niemożliwe jest stosowanie klauzul zawartych w jej treści w odniesieniu do dokonywania zmian terminu realizacji zamówienia na etapie ogłoszenia i SIWZ. Zamawiający dokonał modyfikacji terminu realizacji zamówienia na dzień 13.08.2016 r. nie na skutek zawarcia umowy o zamówienie i konieczności zastosowania przewidzianych tam klauzul, ale już na etapie przekazania specyfikacji. Dokonana zmiana nie miała więc nic wspólnego z zastrzeżeniem możliwej zmiany terminu na zasadach określonych w umowie. Po drugie, przedmiotowe postępowanie było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, zatem wykonawcy zapoznając się z ogłoszeniem nie mieli dostępu do klauzul zawartych w projekcie umowy, który został im przekazany dopiero wraz z zaproszeniem do składania ofert. Tym samym dokonując oceny możliwości wykonania zamówienia opierali się na danych zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. termin: 679 dni oraz maksymalny termin 31.12.2015 r. Jednakże w SIWZ informacje te zostały następnie zmienione. Niezależnie od tego, że dokonanie zmiany umowy w tym zakresie po jej zawarciu skutkowałoby taką samą zmianą terminu realizacji, należy zauważyć, że przepis ustawy – art. 38 ust. 4b – jest jednoznaczny.

Tym samym, Zamawiający zamieszczając w treści SIWZ zapisy dotyczące terminu wykonania zamówienia niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu naruszył art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Stwierdzono również, że z treści pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności finansowej wymagał od wykonawców złożenia „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek (...), tj. dokumentu określonego w treści § 1 ust. 1 pkt 9 nieobowiązującego na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W konsekwencji powyższe stanowiło naruszenie §1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie zasługują na uwzględnienie.

W dniu 30 kwietnia 2015 roku Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zauważył, że przyjmuje stwierdzenie naruszenia dotyczącego zawarcia umowy przetargowej przed przekazaniem dokumentacji postępowania do obligatoryjnej kontroli uprzedniej. Przyczyny zaistnienia tego faktu wskazano w uprzednio przekazanych wyjaśnieniach. Naruszenie to było także skutkiem działania spowodowanego przeświadczeniem osób przygotowujących podpisanie umowy, że skoro wartość udzielanego zamówienia nie przekracza 10 mln € kontrola uprzednia nie jest konieczna. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp, przewidując możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego (art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy), określił wartość szacunkową na łączną kwotę 42.888.000 PLN, z czego wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosiła 37.740.000 PLN, a przewidywana wartość zamówień uzupełniających 7.148.000 PLN.

Odnosząc się do obowiązującego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, obowiązującego na dzień szacowania wartości zamówienia, wartości wskazanych zamówień wynosiły: wartość udzielanego zamówienia - **8.891.431,98 €**, wartość przewidywanych, możliwych do udzielenia zamówień uzupełniających - **1.778,286,40 €**. Przepis art. 169 ust. 2 stanowi, iż:

Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia), jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:

- 1) robót budowlanych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20,000.000 euro;*
- 2) dostaw lub usług - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10,000.000 euro.*

Zgodnie z zasadami udzielania zamówień, wartość szacunkowa określona zgodnie z przepisami art. 32, rozstrzyga o procedurze, jaką zobowiązany jest zachować Zamawiający, korespondując z przepisem art. 11 ust. 8. Przy wartości szacunkowej zamówienia równej lub przekraczającej kwoty progowe, wskazane przepisem art. 11 ust. 8 ustawy, postępowanie prowadzone jest w pełnej procedurze.

Przy czym, co jest niezwykle istotne dla oceny zaistniałej sytuacji, przepisy ustawy bardzo wyraźnie wskazują, że o ile przy dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych lub udzielaniu zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (art. 32 ust. 4), o tyle przy przewidywaniu zamówień uzupełniających ustawodawca wskazał tylko, iż przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

Przepisy dotyczące kontroli uprzedniej dotyczą kontroli czynności na okres po wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując iż jest ona dokonywana „przed zawarciem umów”. Mając na uwadze te dwie okoliczności logicznym staje się ~ przy braku innych jednoznacznych regulacji prawnych - iż w przypadku gdy Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, kontroli uprzedniej podlegają tylko postępowania zakończone wyborem oferty najkorzystniejszej, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000,000 euro,

Taka ocena uzasadniona jest również tym, iż przyjmując celowościową (teleologiczną) wykładnię tego przepisu, kontrola uprzednia ma na celu sprawdzenie zgodności z prawem i poprawności przeprowadzonego postępowania, zakończonego wyborem oferty najkorzystniejszej. Nie jest spornym, iż przeprowadzając kontrolę, Urząd bada i ocenia wszelkie czynności zamawiających w ścisłym związku z wartością zamówienia, w sprawie którego ma zostać zawarta umowa.

Zamawiający zauważył dodatkowo, że odniesienie się ustawodawcy w treści przepisu art. 169 ust. 2 ustawy Pzp do okoliczności zaistniałych po wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie przed zawarciem umowy wprost koresponduje z przepisem art. 2 pkt 13 stanowiącym, iż zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą. A więc odnosi się do wartości udzielanego zamówienia, a nie do wartości szacunkowej, obejmującej również potencjalne, możliwe do udzielenia odrębne zamówienia, jakimi są zamówienia uzupełniające.

Przyjęcie poglądu, który stał się podstawą do postawienia zarzutu naruszenia postanowień art. 169 ust. 2, musi w konsekwencji prowadzić do tego, iż również przy udzieleniu zamówienia uzupełniającego o jakiegokolwiek wartości - nawet znacznie niższej od kwot progowych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - zawarcie umowy musi być poprzedzone przeprowadzeniem kontroli uprzedniej.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosil o powtórne, wnikliwe rozpatrzenie tej kwestii.

Zamawiający podkreślił także, że naruszenie art. 170 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 ustawy Pzp, jest formalne i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Co do treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, Zamawiający zwrócił uwagę, że w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszeniu o zamówieniu, do kwestii terminu wykonania zamówienia Zamawiający odniósł się w dwóch pozycjach:

1. w Sekcji II Pole II.3 „**Czas trwania zamówienia lub termin realizacji**” - „*w dniach: 679 (od udzielenia zamówienia)*”;

2. w Sekcji VI Pole VI.3. „**Informacje dodatkowe**” pkt 7 - „*Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia wskazany w sekcji 11.3 jest terminem planowanym. Rozpoczęcie dostaw i ich montaż nastąpi po wykonaniu niezbędnych prac budowlano instalacyjnych realizowanych przez Wykonawcę wybranego w ramach odrębnego postępowania o zamówienie publiczne, po wcześniejszym wspólnym uzgodnieniu z Zamawiającym i Wykonawcą robót budowlano-instalacyjnych harmonogramu realizacji dostaw i montażu poszczególnych elementów linii technologicznej. Termin realizacji zamówienia nie przekroczy 31.12.2015 r., z zastrzeżeniem możliwości zmian na zasadach określonych w umowie*”.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż kształtując treść ogłoszenia, z uwagi na standaryzację jego formy i treści Zamawiający w polu 11.3 Sekcji II nie ma możliwości wskazania terminu wykonania inaczej, aniżeli wynika to z układu formularza ogłoszenia, Układ formularza ogłoszenia dopuszcza tylko dwa sposoby określenia terminu:

- i. albo poprzez wskazanie okresu [w miesiącach lub w dniach]
- ii. albo poprzez wskazanie konkretną datą dnia rozpoczęcia i zakończenia realizacji, a to oznacza, że wypełniając powyższe pole w sposób wymagany układem ogłoszenia, podana informacja wskazuje na wiążącą treść zawartych informacji.

W postępowaniach poprzedzanych etapem składania przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zawsze jest możliwe, na etapie wszczęcia postępowania, tak dokładne określenie wymaganego terminu wykonania zamówienia. Takie też okoliczności zaistniały w kontrolowanym postępowaniu.

Dlatego też, koniecznym było odniesienie się do informacji ujętych w polu 11.3 oraz jej uzupełnienie już w treści ogłoszenia o zamówieniu, w takim zakresie, aby wykonawcy:

- po pierwsze - mogli podjąć decyzję o zainteresowaniu realizacją zamówienia i złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- po drugie - mieli wiedzę o możliwych planowanych (przewidywanych) zmianach w tym zakresie.

Dlatego też Zamawiający poszerzył informację dotyczącą terminu wykonania poprzez dodatkowy zakres informacji wskazując, iż termin rozpoczęcia realizacji zamówienia wskazany w sekcji II. 3 jest **terminem planowanym**. Rozpoczęcie dostaw i ich montaż nastąpi po wykonaniu niezbędnych prac budowlano instalacyjnych realizowanych przez Wykonawcę wybranego w ramach odrębnego postępowania o zamówienie publiczne, po wcześniejszym wspólnym uzgodnieniu z Zamawiającym i Wykonawcą robót budowlano instalacyjnych

harmonogramu realizacji dostaw i montażu poszczególnych elementów linii technologicznej. Termin realizacji zamówienia nie przekroczy 31.12.2015 r. **z zastrzeżeniem możliwości zmian** na zasadach określonych w umowie.

Z powyższych informacji dodatkowych, przekazanych potencjalnym wykonawcom już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia było wiadomym, że:

i. wskazany okres realizacji jest terminem planowanym (przewidywanym) i może w tym zakresie nastąpić zmiana okresu czasu, w jakim wykonawca będzie zobowiązany zrealizować zamówienia. A to oznacza, że decydując się na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca musiał liczyć się z tym, iż powyższy okres czasu może być krótszy niż wskazano w ogłoszeniu;

ii. rozpoczęcie realizacji zamówienia w zakresie dostaw i montażu może nastąpić, co jest zupełnie oczywiste, dopiero po zakończeniu realizacji robót budowlanych (wykonania obiektu, w którym zamawiana linia technologiczna będzie instalowana). A ta informacja bezspornie oznacza, że czas na realizację zamówienia może ulec zmianie;

iii. przebieg realizacji zamówienia w zakresie dostaw i montażu - harmonogram prac - zostanie uzgodniony z wybranym wykonawcą;

iv. mając na uwadze fakty, że inwestycja jest współfinansowana ze środków europejskich (perspektywa finansowa 2007-2013), istotnym ograniczeniem będzie determinant czasowy związany z nieprzekraczalnym rozliczeniem pozyskanych środków z funduszy europejskich⁷;

Wykonawcy, dokonując oceny możliwości wykonania zamówienia w odniesieniu do terminu wykonania, opierali się na danych orientacyjnych (planowanych, przewidywanych) na co jednoznacznie wskazywały informacje dodatkowe, z pełną świadomością, że prawdopodobna jest ich zmiana. A biorąc pod uwagę procedurę udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego nie mogli mieć wątpliwości, że taka ewentualna zmiana w odniesieniu do terminów zostanie doprecyzowana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podobnie przecież wykonawcy dokonując oceny możliwości wykonania zamówienia i decydując się na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mieli ograniczoną wiedzę co do innych istotnych elementów przedmiotowego zamówienia, jak np. szczegółowych elementów przedmiotu zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu w pkt 11.1.5. zawiera tylko „Krótki opis zamówienia lub zakupu” uniemożliwiający rzetelne sporządzenie oferty. Ogłoszenie nie obejmuje wymaganych warunków realizacji zamówienia, szczegółowych postanowień umowy itp., a jednak zarówno ustawodawca krajowy jak i europejski uznali, iż zakres informacji obejmowany ogłoszeniem jest wystarczający dla wykonawcy do podjęcia decyzji o złożeniu wniosku.

Ostateczną decyzję o ubieganiu się o uzyskanie zamówienia wykonawcy podejmują w oparciu o szczegółowe wymagania określone postanowieniami SIWZ.

Składający zastrzeżenia zwrócił uwagę, że Zamawiający wszczynając postępowanie (publikacja ogłoszenia o zamówieniu - 26 lipca 2013 r.) nie posiadał jeszcze ostatecznej decyzji o sfinansowaniu zamówienia ze środków UE a obowiązujące zasady rozliczeń środków wskazywały jako ostateczny termin dzień 31 grudnia 2015 r. Bezwzględnie po podpisaniu umowy na dofinansowanie projektu (10 październik 2014 r.) Zamawiający przesłał zaproszenie do składania ofert (16 październik 2014 r.) wskazując - możliwe do jednoznacznego określenia - terminy realizacji zamówienia, wskazane w treści ogłoszenia jako planowane. Ustalając szczegółowo terminy (daty i okres realizacji zamówienia) Zamawiający wziął pod uwagę zmiany, jakie nastąpiły już po ocenie wniosków, w tym przede wszystkim: „Zalecenia dotyczące zamknięcia Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013” wydane w październiku 2014 r., przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju.

. W postanowieniach SIWZ Zamawiający termin wykonania zamówienia określił w sposób wiążący następująco:

„ 7) Termin wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia: **do 31.08.2016r.**, przy czym:

- *opracowanie dokumentacji technologicznej **do 28 maja 2015r.**,*
- *rozpoczęcie dostaw/montaż kompletnego wyposażenia technologicznego najpóźniej **od 01.10.2015r.**, po przekazaniu frontu robót przez Wykonawcę robót budowlanych, nadzór autorski w okresie realizacji zamówienia."*

Taki sposób określenia terminu wykonania - wskazanie okresu czasu na jego realizację z określoną datą terminu nieprzekraczalnego - jest powszechnie stosowaną praktyką w postępowaniach o udzielenie zamówienia, akceptowaną przez organy kontrolujące.

Decyzje i czynności Zamawiającego podjęte zostały w następujących okolicznościach:

1. od terminu wszczęcia postępowania (lipiec 2013 r.) do terminu zaproszenia wykonawców do złożenia ofert (październik 2014 r.) zmienił się w istotny sposób stan prawny dotyczący rozliczeń środków europejskich na sfinansowanie zamówienia;
2. Zamawiający w treści ogłoszenia wskazał (poinformował wykonawców) o możliwości zmiany planowanych terminów;
3. wskazane w postanowieniach SIWZ wiążące terminy są zgodne ze wskazanymi w treści ogłoszenia - okres realizacji nie jest dłuższy niż wskazany w ogłoszeniu (w ogłoszeniu - 679 dni, termin liczony od daty przekazania wykonawcy SIWZ - 652 dni), termin zakończenia realizacji zamówienia (rozliczenia projektu) nie jest dłuższy niż wynikający z obowiązujących

w tym zakresie przepisów prawa (na etapie ogłoszenia 31.12.2015 r.; podany w SIWZ-31.08.2016 r.) nie powinny być oceniane i kwalifikowane jako naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 b ustawy.

Odnosząc się do kolejnego z naruszeń Zamawiający wskazał, że omyłkowo posłużył się opisem dokumentu, obowiązującym w procedurach zamówień publicznych przez blisko 9 lat - od kwietnia 2004 r. aż do 20 lutego 2013r. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że stwierdzona w tym zakresie niezgodność z obowiązującymi przepisami nie stanowi istotnego naruszenia, gdyż nie ograniczyła w żaden sposób możliwości ubiegania się wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a co za tym idzie - pozostawała bez wpływu na wynik postępowania.

Reasumując, wnoszono o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uwag do wyników kontroli.

W dniu 13 maja 2015 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiedział na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania i wskazał, że nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń w związku z powyższym na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stwierdzono, iż przede wszystkim z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż wartość zamówienia podstawowego wynosi 37.740.000 PLN, a przewidywana wartość zamówień uzupełniających 7.148.000 PLN, co łącznie daje kwotę 44.888.000,00 PLN, a nie 42.888.000,00 PLN jak podano w protokole postępowania. A zatem jest to równowartość 11.167.280,32 euro.

Zgodnie z art. 169 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przeprowadza kontrole udzielanych zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia), jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla dostaw lub usług - jest równa lub przekracza wyrażona w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro.

Pojęcie wartości zamówienia zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w treści art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Dodatkowo zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. Jak więc wynika z literalnego brzmienia przepisów wartość

zamówienia obligująca zamawiającego do przekazania dokumentacji postępowania to wartość szacunkowa zamówienia, ustalana przed wszczęciem postępowania i uwzględniająca wartość zamówień uzupełniających. Należy także zauważyć, że w każdym przypadku gdy w ustawie Pzp mowa jest o innej wartości zamówienia niż wartość szacunkowa określona zgodnie z art. 32 ust. 1 i 3, ustawodawca wyraźnie to podkreśla, jak np. w art. 67 ust. 1pkt 5, gdzie mowa jest o wartości realizowanego zamówienia, czy też w art. 98 ust. 4 regulującym treść sprawozdania o udzielonych zamówieniach, w którym uwzględnia się wartość udzielonych zamówień. W każdym innym przypadku wartość zamówienia oznacza wartość szacunkową uwzględniającą zamówienia uzupełniające.

Skoro więc wartość zamówienia wynosiła ponad 11 mln euro, to obligowało Zamawiającego do przekazania dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej po ostatecznym wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy. W konsekwencji należy uznać, że zaniechanie przekazania dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej przed zawarciem umowy stanowi naruszenie art. 170 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 ustawy Pzp.

W stosunku do naruszenia art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp ponownie podkreślono, że regulacja powyższego przepisu ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie można dokonywać zmiany treści SIWZ, w wyniku której konieczna byłaby zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym treść ogłoszenia o zamówieniu powinna być zgodna z treścią SIWZ. Jeżeli natomiast ustawa Pzp zakazuje dokonywania zmiany SIWZ po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to należy przyjąć, że tym bardziej zakazuje niezgodności pomiędzy ogłoszeniem i SIWZ od początku upublicznienia tych dokumentów.

Wykonawcy zapoznając się z ogłoszeniem o zamówieniu nie mieli dostępu do klauzul zawartych w projekcie umowy, który został im przekazany dopiero wraz z zaproszeniem do składania ofert. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie znają szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Znają natomiast określenie przedmiotu zamówienia i jego ogólny opis, i jeżeli na etapie SIWZ zamawiający wprowadziłby zmiany w tym zakresie tj. zmiany SIWZ prowadziłyby do zmiany ogłoszenia o zamówieniu - to także taka zmiana byłaby niedopuszczalna w świetle art. 38 ust. 4b.

Możliwość dokonywania zmian terminu realizacji inwestycji w trybie art. 144 ustawy Pzp jest dopuszczalna, jeżeli spełnia przesłanki tego przepisu i znajduje uzasadnienie w stanie

faktycznym sprawę. Zmiany terminu dokonywane w tym trybie nie stanowią naruszenia art. 38 ust. 4b ustawy Pzp. Należy w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z zapisami umowy Zamawiający miał możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia już po zawarciu umowy z wykonawcą w przypadku nieterminowego przekazania Terenu Budowy, zgodnie z Klauzulą 13.1 umowy, nie narażając się na zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp.

Określenie w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia bez wyznaczenia daty granicznej lub też dokonanie zmiany zawartej umowy w zakresie terminu realizacji, umożliwiłoby jego przesunięcie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Natomiast określenie różnych dat realizacji w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4 b ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w kwestii naruszenia § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, Kontrolujący podkreślił, że Prezes Urzędu nie wskazał w Informacji o wyniku kontroli, iż naruszenie to miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Niemniej jak obowiązkiem Prezesa Urzędu jest zwrócenie uwagi Zamawiającego na powstałe naruszenie choćby ze względu na to, by w przyszłych postępowaniach Zamawiający tego typu uchybień mógł uniknąć. Jednocześnie zauważono, że z powyższym naruszeniem Prezes Urzędu nie wiąże doniosłych skutków prawnych, o czym świadczy choćby brak wydanych zaleceń z tym związanych, co nie zmienia faktu o obowiązku wskazania takiego naruszenia w „Informacji o wyniku kontroli”.

W podsumowaniu stwierdzono, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie i podtrzymano stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli.

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

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że

W zakresie naruszenia art. 169 ust. 1 i art. 170 ustawy Pzp w pełni podzielić należy stanowisko Kontrolującego. Przeprowadzenie kontroli uprzedniej jest obowiązkowe, gdy wartość

zamówienia albo umowy ramowej dla dostaw lub usług - jest równa lub przekracza wyrażona w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, pojęcie wartości zamówienia zostało w sposób wyraźny zdefiniowane przez ustawodawcę w treści art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą regulacją podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Dodatkowo zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. W każdym przypadku gdy w ustawie Pzp mowa jest o innej wartości zamówienia niż wartość szacunkowa określona zgodnie z art. 32 ust. 1 i 3, ustawodawca wyraźnie to podkreśla. Zatem w postępowaniu objętym kontrolą Prezesa UZP wartością zamówienia było ustalone przez Zamawiającego z należytą starannością całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług oraz wartość zamówień uzupełniających, których udzielenie Zamawiający przewidywał. Suma tych wartości równała się kwocie 44.888.000,00 PLN, a zatem równowartości kwoty 11.167.280,32 euro. Tym samym wysokość wartości zamówienia obligowała Zamawiającego do przekazania dokumentacji postępowania przed podpisaniem umowy do Prezesa UZP celem przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej.

Także w odniesieniu do naruszenia art. 38 ust. 4b ustawy Pzp należy podzielić w pełni stanowisko wyrażone w Informacji pokontrolnej.

Co do zasady Zamawiający może dokonać zmiany treści SIWZ w dowolnym momencie przed upływem terminu składania ofert. Odstępstwo od tej reguły zostało wyrażone właśnie w treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści SIWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższa regulacja ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tych trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymaga, że informacje podane w SIWZ co do terminu realizacji zamówienia nie odpowiadają informacjom ujętym w ogłoszeniu o zamówieniu. Faktu tego nie zmienia okoliczność, że w ogłoszeniu o zamówieniu w rubryce „Informacje dodatkowe” Zamawiający doprecyzował dane dotyczące możliwości zmian w zakresie terminu realizacji zamówienia. Słusznie w tym zakresie zauważył Kontrolujący, że zmianę terminu realizacji z ogłoszenia o zamówieniu powiązano ze zmianami umowy, której treści i zakresu przewidywanych zmian (np. kiedy termin realizacji może zostać przekroczony i jakie okoliczności będą usprawiedliwiały przedłużenie tego terminu) wykonawcy składając wnioski o dopuszczenie nie znali.

W zakresie stwierdzonego naruszenia, Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 22 listopada 2010 roku, sygn. akt KIO/KU 83/10, podjętej na tle identycznego stanu faktycznego oraz stanowisko wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 871/13, KIO 875/13.

Odnosnie naruszenia § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów zauważyć należy, iż Zamawiający nie zanegował ustaleń faktycznych poczynionych w toku kontroli i składając zastrzeżenia pokontrolne przyznał, że nieprawidłowo zastosował normę prawną rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i choć słusznie stwierdził Zamawiający, że nie naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to zalecenie powyższe ma doniosłe znaczenie na przyszłość dla Zamawiającego, iż powinien on wnikliwie analizować jakie przepisy prawa znajdują zastosowanie wszczynając każde nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający nie wykazał, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 28/15 nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....