

Sygn. akt: KIO/KU 5/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 lutego 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 stycznia 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej NR 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk” z dnia 12 stycznia 2018 r., znak: UZP/DKZP/KU/76/17

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrozny

Członkowie: Barbara Bettman

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 19 stycznia 2018 r. do pkt 2 ppkt 3 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 stycznia 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej NR 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk”” (zwanego dalej także: „Postępowaniem”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

1) naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., WYG International Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp mimo złożenia przez wskazanego wykonawcę ww. oświadczenia po zamieszczeniu przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej,

2) naruszenie art. 85 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jeden dzień przed upływem terminu związania ofertą,

3) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o prawie opcji, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ.

Uzasadniając stwierdzenie ww. naruszeń Prezes UZP stwierdził w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż:

Ad.1. Analiza dokumentacji przekazanej do kontroli wykazała, że konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., WYG International Sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, po zamieszczeniu przez zamawiającego na stronie internetowej w dniu 13.03.2017 r. informacji z otwarcia ofert, przekazał zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, przy piśmie z dnia 14.03.2017 r. Wskazane oświadczenie złożone zostało przez wszystkich członków ww. konsorcjum firm. Konsorcjant Torprojekt Sp. z o.o. dwukrotnie złożył ww. oświadczenie wskazując, iż: należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp

(dokument z dnia 09.03.2017 r.) a następnie oświadczając, iż nie należy do grupy kapitałowej (dokument z dnia 13.03.2017 r.) Pismem z dnia 28.04.2017 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., WYG International Sp. z o.o., w zakresie części I zamówienia, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9.7 i 9.8 IDW, tj. m.in. dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 10 *Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie” - oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Dokument należało złożyć w terminie do dnia 09.05.2017 r. Wykonawca przekazał dokumenty w wymaganym przez zamawiającego terminie ponownie przedkładając ww. oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej przez każdego z członków ww. konsorcjum firm. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji; spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego; brak podstaw wykluczenia. A zatem, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Według stanowiska Prezesa UZP, W świetle powyższych przepisów, ze względu na przedłożenie przez konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., WYG International Sp. z o.o., oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp przy piśmie z dnia 14.03.2017 r., zamawiający nie miał podstaw do wzywania ww. wykonawcy do ponownego złożenia ww. dokumentu wskazanego w § 5 pkt 10 rozporządzenia. Dokonując powyższej czynności zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP stwierdził także, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 2. Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji ustalono, że zamawiający wskazał w pkt 16 SIWZ, iż wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13.12.2016 r. pod nr 2016/S 240-437997 ustalono, jako minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą, dwa miesiące od ustalonej daty składania ofert. W wyniku zmian ogłoszenia o zamówieniu opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16.02.2017 r. pod nr 2017/S 033-060228 w sekcji: IV.2.6 „Minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą” określony na dwa miesiące zmieniono na datę: „01.05.2017”. Następnie w sprostowaniu opublikowanym w dniu 21.02.2017 r. pod nr 2017/S 036-065680 termin związania ofertą wydłużono do dnia 04.05.2017 a w sprostowaniu opublikowanym w dniu 25.02.2017 r. pod nr 2017/S 040-073570 wskazany termin ostatecznie określono do dnia 06.05.2017 r. Pismem z dnia 05.05.2017 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o 60 dni. Zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W świetle powyższego, jak stwierdził Prezes UZP zwracając się do wykonawców w dniu 05.05.2017 r. z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji, gdy termin związania ofertą upływa w dniu 06.05.2017 r., tj. jeden dzień przed upływem terminu związania ofertą, stanowi naruszenie art. 85 ust. 2a ustawy Pzp.

Prezes UZP stwierdził także, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad. 3. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu w sekcji II pkt 11.2) 11 zamawiający wskazał, że nie będzie korzystał z prawa opcji.

W wyniku modyfikacji treści SIWZ zamawiający przewidział prawo opcji i wskazał możliwe terminy przedłużenia czasu realizacji nadzoru autorskiego w ramach prawa opcji oraz sposób dokonywania płatności w przypadku każdego z przewidzianych terminów. W związku z tym zobowiązał wykonawców do określenia ceny z uwzględnieniem wszystkich wymagań SIWZ w sposób określony w Formularzu Ofertowym oraz w załączniku zawierającym Harmonogram rzeczowo - finansowy. Pozycja 10 RCO dotyczyła prawa opcji. W odpowiedzi udzielonej w piśmie z dnia 05.01.2018 r. zamawiający wyjaśnił m.in.: „Zamawiający zakładał, że prawo opcji będzie stanowiło nie więcej niż 10% globalnej

wartości zamówienia podstawowego. Prawo opcji zakładało pełnienie usługi nadzoru autorskiego w przypadku wydłużenia okresu trwania robót budowlanych o zakres wymieniony w RCO. Prawo opcji zostało określone de facto we wszystkich zmianach do treści SIWZ w szczególności - Tom II SIWZ (Warunki Umowy, między innymi w zapisach paragrafu 6), Tom III OPZ, Tom I (IDW) oraz w odpowiedziach na pytania Wykonawców. Prawo opcji zostało określone wraz ze zmianami treści SIWZ - od zmiany z dnia 07.02.2017 r. (Wprowadzono m.in. treść jednolitą Tomu II WU (...).” Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ 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 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o prawie opcji, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Prezes UZP stwierdził także, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 19 stycznia 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 171a ustawy Pzp zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający uzasadniając swoje zastrzeżenia, wskazał, iż:

Ad. 1. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp „*poprzez wezwanie konsorcjum firm: EGIS Poland Sp. z o. o. , Torprojekt Sp. z o. o. , Wyg International Sp. z o. o. do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (...) mimo złożenia przez wskazanego Wykonawcę ww. oświadczenia po zamieszczeniu przez Zamawiającego informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej*” jest w pełni niezasadny, gdyż Zamawiający nie wzywał do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w wezwaniu z dnia 28.04.2017 r. W przedmiotowym piśmie pouczone, że - „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy.” Adresat wezwania (Wykonawca) wiedział jakie dokumenty w przedmiotowym postępowaniu zostały już przez niego złożone i jakie są w posiadaniu Zamawiającego.

Ad. 3. Zamawiający wskazał, iż art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp należy zdaniem Zamawiającego, interpretować ściśle z art. 41 ustawy Pzp, który określa jaki zakres winno zawierać ogłoszenie o zamówieniu. Informacja czy Zamawiający przewiduje prawo opcji nie jest obowiązkowym elementem ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający stoi na stanowisku, że w sprostowaniach ogłoszeń o zamówieniu - dokonywać zmian należy tylko i wyłącznie o elementy/ informacje, które Ustawa nakazuje podania po raz pierwszy. Sama w sobie informacja czy Zamawiający przewiduje prawo opcji czy nie - jest informacją nieobligatoryjną. Ustawa w art. 41 ust. 4 nakazuje w Ogłoszeniu o zamówieniu określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych. Jak wynika z wyjaśnień udzielanych w trakcie przedmiotowej kontroli - zakres objęty prawem opcji był pierwotnie podany w ogłoszeniu o zamówieniu, a dopiero później w wyniku zmian w dokumentacji przetargowej został wyłączony z pierwotnego zakresu. Uznać należy zadaniem Zamawiającego, że Wykonawcy znali zakres zamówienia już od samego początku postępowania. Podane w Ogłoszeniu o zamówieniu dane jak: „Wartość szacunkowa”, czy też Termin (określony zdarzeniem - zakończenia pełnienia usługi nadzoru autorskiego robót toczonych w oparciu o dokumentację) nie uległy zmianie. Prawo opcji pojawiło się wraz z zmianą treści SIWZ - w dniu 07.02.2017 r. Tego samego dnia zostało przekazane do publikacji Sprostowanie ogłoszenia - gdzie pouczono w specjalnej rubryce „informacjach dodatkowych”, że zmiany wynikają z zmiany treści SIWZ (IDW, OPZ, WU) oraz odpowiedzi na pytania Wykonawców, cała dokumentacja jest zawarta na stronie Zamawiającego. Dodatkowo tego samego dnia w tym samym ogłoszeniu zmieniono termin składania ofert.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszenia wyszczególnionego w pkt. 2 powyżej.

Pismem z dnia 2 lutego 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że podtrzymuję stanowisko wyrażone w pkt 3) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 12 stycznia 2018 r., odnośnie naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp oraz uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące pkt 1) ww. Informacji o wyniku kontroli odnośnie naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, Prezes UZP stwierdził w piśmie z dnia 2 lutego 2018 r., iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu uzupełnił pole w Sekcji II pkt 11.2.11) „Informacje o opcjach”, wskazując: „Opcje: nie”. Należy zauważyć, że SIWZ, w której Zamawiający przewidział i określił prawo opcji pełni funkcję doszczegółowienia wymagań Zamawiającego, w szczególności dotyczących przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, a zatem informacje wynikające z treści SIWZ i

ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie wspólnych elementów zawartych w obu dokumentach nie mogą być ze sobą sprzeczne. W tym miejscu należy podkreślić, iż bez znaczenia w niniejszym stanie faktycznym jest argumentacja Zamawiającego, iż informacja o prawie opcji nie jest obligatoryjnym elementem ogłoszenia o zamówieniu. Można by próbować rozważyć takie podejście w sytuacji, gdyby Zamawiający nie uzupełnił wskazanej sekcji ogłoszenia, pozostawiając puste pole, a w wyniku modyfikacji SIWZ określiłby prawo opcji. W takiej hipotetycznej sytuacji można byłoby ewentualnie rozważyć, czy występuje niespójność obu dokumentów czy nie. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym jest jednak inaczej, bowiem Zamawiający w Sekcji II pkt 11.2.11 ogłoszenia o zamówieniu, tj.: „Informacje o opcjach”, wskazał: „Opcje: nie”. Tym samym Zamawiający *per facta concludentia* podkreślił zapis „opcji” w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający, dokonując w dniu 07.02.2017 r. zmiany SIWZ poprzez określenie prawa opcji w niniejszym postępowaniu, zobowiązany był do modyfikacji treści ogłoszenia w powyższym zakresie, poprzez wskazanie „Informacje o opcjach” „Opcje: tak”. Prezes UZP stwierdził, iż stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w stosunku do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Zmiana specyfikacji prowadząca do zmiany ogłoszenia ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu SIWZ, który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje także w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający wyjaśnił w złożonych zastrzeżeniach, że *„zakres objęty prawem opcji był pierwotnie podany w ogłoszeniu o zamówieniu, a dopiero później w wyniku zmian w dokumentacji przetargowej został wyłączony z pierwotnego zakresu”*. Należy jednak zauważyć, że zakres zamówienia objęty prawem opcji ujęty był w szacowanej wartości zamówienia podstawowego, co wynika z wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 15.12.2017 r., a nie bezpośrednio w sekcji ogłoszenia dotyczącej prawa opcji. W konsekwencji, w wyniku dokonania zmiany treści SIWZ we wskazanym zakresie, w ogłoszeniu pozostały zapisy w wersji pierwotnej, niezgodnej z dokonanymi zmianami i intencjami Zamawiającego. Istotna jest treść samej modyfikacji ogłoszenia, która powinna być dokonana w sposób pozwalający na identyfikację zamiaru Zamawiającego. Powyższe potwierdza również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 22 stycznia 2016 r. (Sygn. akt: KIO 3/16) stwierdziła m.in., że *„Zmiana specyfikacji prowadząca do zmiany ogłoszenia każdorazowo ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający dokonuje zmiany postanowienia SIWZ, który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje również w ogłoszeniu o zamówieniu”*. W omawianym przypadku trudno zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż wykonawcy znali zakres zamówienia już od samego początku postępowania, bowiem jak wynika z dokumentacji postępowania i wyjaśnień Zamawiającego wartość prawa opcji uwzględniono jedynie w wartości szacunkowej zamówienia, natomiast w dokumentacji postępowania została przewidziana dopiero w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 07.02.2017 r. Odnosząc się

do tego argumentu Zamawiającego podkreślił, że uwzględnienie przez Zamawiającego w wartości szacunkowej zamówienia wartości prawa opcji w żaden sposób nie wynika (nie zostało to odzwierciedlone) w treści ogłoszenia o zamówieniu. Treść ogłoszenia wyraźnie wskazuje na fakt, że Zamawiający nie będzie korzystał z prawa opcji, w sytuacji gdy ta okoliczność w trakcie trwania postępowania (po publikacji ogłoszenia o zamówieniu) uległa zmianie. Prawo opcji ma istotne znaczenie dla zakresu przedmiotu zamówienia i informacja o powyższym może mieć znaczenie dla wykonawców z punktu widzenia zainteresowania się konkretnym ogłoszeniem o zamówieniu. Prezes UZP stwierdził także, że ustawa Pzp dopuszcza możliwość zmiany postanowień SIWZ przed upływem terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). Jednakże w sytuacji, gdy zmiana postanowień SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, Zamawiający musi wypełnić obowiązki określone przepisami ustawy Pzp, w tym m.in. wynikające z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. W stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, zmiany SIWZ dotyczyły informacji zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem powinny prowadzić do zmiany treści ogłoszenia. W świetle powyższego należy uznać, że brak zmiany treści ogłoszenia, zgodnie ze zmianą postanowień SIWZ, stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp – poprzez niezamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o prawie opcji, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ.

Niewątpliwie treść ogłoszenia powinna odpowiadać stanowi faktycznemu i powinna być zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie słusznie wskazywał, iż skoro informacje dotyczące prawa opcji nie stanowią zgodnie z ustawą Pzp obligatoryjnego elementu ogłoszenia, to tych informacji nie powinno się prostować poprzez zmiany ogłoszenia. Pogląd ten prowadziłby do kuriozalnego stanu, w którym treść ogłoszenia mogłaby wprowadzać wykonawców w błąd.

Ogłoszenie o zamówieniu ma na celu przyciągnięcie jak największej rzeszy wykonawców do złożenia oferty w danym postępowaniu. Zakres treści ogłoszeń jest w dużej mierze uregulowany przepisami prawa. Przy czym zamawiający są uprawnieni do podania w treści ogłoszeń także informacji fakultatywnych bądź innych informacji. Publikacja ogłoszeń stanowi obligatoryjny i jeden z najważniejszych elementów procedury zamówieniowej.

Niezależnie od faktu czy dana informacja stanowi obligatoryjną czy fakultatywną treść ogłoszenia, zamawiający publikując daną informację biorą za nią odpowiedzialność. Ustawa Pzp w zasadzie nie przesądza, czy istotniejszym elementem postępowania jest ogłoszenie o zamówieniu czy specyfikacja. Niemniej jednak z treści przepisów ustawy Pzp niewątpliwie wynika, iż treść tych dokumentów powinna być ze sobą zgodna. Oba te dokumenty stanowią najistotniejsze elementy procedury zamówieniowej i zamawiający do określania ich treści powinni przywiązywać należyłą staranność. Zgodnie z 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. Przepis ten nie różnicuje swojego zakresu stosowania od faktu czy dana informacja stanowi element obligatoryjny ogłoszenia czy też nie. W przepisie tym jest mowa o każdej zmianie ogłoszenia bez względu na jej charakter. A zatem, także w przypadku zmiany informacji fakultatywnej a opublikowanej w ogłoszeniu, zamawiający są zobligowani do dokonania zmiany ogłoszenia.

Nie można podzielić także argumentacji Zamawiającego, iż nie popełnił on naruszenia gdyż wykonawcy znali cały zakres zamówienia od samego początku gdyż „Wartość szacunkowa”, czy też „Termin” nie uległy zmianie. Zamawiający argumentował także, iż dokonując sprostowania ogłoszenia pouczył w specjalnej rubryce „informacje dodatkowe”, że *„zmiany wynikają z zmiany treści SIWZ (IDW, OPZ, WU) oraz odpowiedzi na pytania Wykonawców, cała dokumentacja jest zawarta na stronie Zamawiającego”*. Zdaniem Izby, nie można dopuścić do zalegalizowania stanu występowania sprzeczności pomiędzy ogłoszeniem a specyfikacją, sytuacja takie prowadziłyby do konfliktów pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami. W przedmiotowej sprawie Zamawiający powinien był dokonując zmiany specyfikacji, dokonać także odpowiedniej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a jego zaniechanie stanowiło naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Izba podziela także pogląd Prezesa UZP, iż charakter i skala ww. naruszenia wskazuje, iż naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, niemniej jednak wszystkie popełnione i stwierdzone naruszenia powinny zostać wskazane w informacji o wyniku kontroli.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia przepisu art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....