

Sygn. akt: KIO/KD 11/18

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 kwietnia 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 marca 2018 r. (data wpływu do Urzędu Zamówień Publicznych - 15 marca 2018 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Gminę Grodzisko Dolne z siedzibą w Grodzisku Dolnym pod nr 125A (37-306 Grodzisko Dolne) dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 marca 2018 r. (znak: KD/6/17/DKUE) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi powiatowej nr 1274R w miejscowościach Chodaczów i Laszczyzny wraz z jej rozbudową w miejscowości Chodaczów, w tym rozbudowę drogi powiatowej nr 1274 R poprzez budowę chodnika w km 3+197 — 5+030; przebudowę drogi powiatowej nr 1274R w miejscowości Chodaczów i Laszczyzny w km 3+735 — 7+355

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska – Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO/KD 11/18

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Gminę Grodzisko Dolne, którego przedmiotem była przebudowa drogi powiatowej nr 1274R w miejscowościach Chodaczów i Laszczyzny wraz z jej rozbudową w miejscowości Chodaczów, w tym rozbudowa drogi powiatowej nr 1274 R poprzez budowę chodnika w km 3+197 — 5+030; przebudowa drogi powiatowej nr 1274R w miejscowości Chodaczów i Laszczyzny w km 3+735 — 7+355, stwierdził naruszenia następujących przepisów:

1. art. 12a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 19 poz. 177 ze zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp” poprzez zaniechanie przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian, jakich dokonał zamawiający w kontrolowanym postępowaniu, które miały charakter istotny w rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp;
2. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie w ramach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej zwanej: „SIWZ” zmiany mającej na celu wyeliminowanie rozbieżności w zakresie opisanego warunku dotyczącego doświadczenia oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez nie doprecyzowanie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli doraźnej Kontrolujący wskazał, co następuje.

Ad. 1

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji Kontrolujący ustalił, że zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 16 września 2016 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej zwanym: „BZP”) pod nr 309347—2016, na własnej stronie internetowej - www.grodziskodolne.pl oraz na tablicy ogłoszeń. W tym samym dniu na stronie internetowej została zamieszczona SIWZ. Na podstawie zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w ich brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania Kontrolujący ustalił m.in., iż zamawiający:

- wyznaczył termin składania ofert na dzień 7 października 2016 r. (tj. 21 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP);
- określił następujące kryteria oceny ofert: cena (waga 80%), okres gwarancji (waga 10%), termin płatności za wykonane roboty (waga 10%);
- nie przewidział wykluczenia na podstawie przesłanek fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

W toku postępowania zamawiający dokonywał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, tj. w szczególności:

1) pismem z dnia 22 września 2016 r. „na podstawie art. 38 ust. 4 oraz art. 12a ust. 1 ustawy Pzp” dokonał zmian w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie, że kryteriami oceny ofert są: cena (waga 60%), okres gwarancji (waga 30%), termin płatności za wykonane roboty (waga 10%). W treści ww. pisma znajduje się zapis: „W związku z powyższym odpowiedniej zmianie ulegają wszystkie zapisy siwz i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania i otwarcia ofert”, jednakże z dokumentacji nie wynika, aby ww. zmiany zostały dokonane.

Ww. zmiany zostały zamieszczone w dniu 22 września 2016 r. w BZP pod nr 311951-2016.

2) pismem z dnia 27 września 2016 r. „na podstawie art. 38 ust. 4 oraz art. 12a ust. 1 ustawy Pzp” dokonał zmian w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Ww. zmiany zostały zamieszczone w dniu 30 września 2016 r. w BZP pod nr 316020-2016.

3) pismem z dnia 5 października 2016 r. „na podstawie art. 38 ust. 4 oraz art. 12a ust. 1 ustawy Pzp” zamawiający ponownie przekazał wykonawcom zmiany w zakresie kryteriów oceny ofert będące powtórzeniem ww. pisma z dnia 22 września 2016 r., lecz bez wskazania, że: „W związku z powyższym odpowiedniej zmianie ulegają wszystkie zapisy siwz i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania i otwarcia ofert”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie zmienił terminu składania i otwarcia ofert wyznaczonego na dzień 7 października 2016 r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jednocześnie, z

dyspozycji ust. 2 ww. artykułu wynika, że jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. W dalszej części przywołanego przepisu ustawodawca wskazał minimalne terminy, o jakie należy przedłużyć składanie ofert/wniosków w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto kontrolujący wskazał, że z brzmienia przywołanego przepisu wynika, iż ustawodawca dokonał podziału na zmiany istotne i nieistotne. W przypadku zmian istotnych, dotyczących w szczególności: określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian, przy czym:

- w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ww. terminy ustala w sposób uznaniowy zamawiający;
- w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania ofert/wniosków nie może być krótszy niż wynikający z przepisu.

Wprowadzone przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu wyszczególnione powyżej zmiany zgodnie z twierdzeniem Kontrolującego miały charakter istotny w rozumieniu ww. przepisu, zatem zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian.

Niemniej ostatecznie stwierdził, że zaniechanie w powyższym zakresie stanowiło naruszenie dyspozycji art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, które nie miało wpływu na wynik postępowaniu zwłaszcza wobec faktu, iż w postępowaniu złożono 5 ofert.

Ad. 2

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji w ramach przedmiotowego naruszenia Kontrolujący ustalił, że zamawiający opisując warunek doświadczenia w pkt 6.3 SIWZ wskazał, że wykonawca musi wykazać, że „posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie, nadbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż: 2.500.000,00 zł brutto (jedna robota budowlana) lub

dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł każda wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.”

W pkt 7.1.II SIWZ zamawiający wskazał, że „wykonawca wykaże wykonanie co najmniej jednej roboty polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie (brak wskazania: „nadbudowie budynku” — dop. wł. Kontrolującego) o wartości nie mniejszej niż: 2.500.000,00 zł brutto (jedna robota budowlana) lub dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł każda.”

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.1.3.b) oraz pkt III.5.1) również zamawiający wskazał: „wykonawca wykaże wykonanie co najmniej jednej roboty polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie o wartości nie mniejszej niż: 2.500.000,00 zł brutto (jedna robota budowlana) lub dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł każda.” Kontrolujący stwierdził, brak wskazania w opisie warunku w ogłoszeniu oraz pkt 7.1.II SIWZ sformułowania „nadbudowie budynku” oznacza, iż wprowadzenie powyższego w pkt 6.3 SIWZ było wynikiem niestaranności zamawiającego i powodowało rozbieżność w opisie ww. warunku w ramach samej SIWZ.

Zauważył w związku z tym, iż zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ. Dokonaną zmianę treści SIWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zobligowany był do usunięcia opisanych powyżej rozbieżności występujących w ramach treści SIWZ. Jak stwierdzono wyżej, brzmienie warunku doświadczenia z pkt 6.3 SIWZ odbiegało od opisu ww. warunku sformułowanego w pkt 7.1.II SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie wskazanie w pkt 6.3 SIWZ, że niezbędne jest doświadczenie wykonawców w m.in. nadbudowie budynku jest sprzeczne z koniecznością określania warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp) w sytuacji, gdy przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej, a nie budynku.

W związku z powyższym Kontrolujący uznał, że w celu określenia spójnych warunków udziału w postępowaniu, na zamawiającym ciążył obowiązek ujednoczenia postanowień SIWZ.

Wyjaśnił, że zamawiający nie dokonując zmiany w ramach treści samego SIWZ mającej na celu wyeliminowanie opisanych powyżej rozbieżności, naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Niemniej podobnie jak w przypadku naruszenia opisanego w pkt. 1 Kontrolujący

skonstatował, że wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto, mając na uwadze wyżej opisany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ warunek w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. konieczność wykazania, iż wykonawca „posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie o wartości (...)”, zwrócił uwagę, iż przedmiotem kontrolowanego zamówienia była przebudowa drogi powiatowej nr 1274R w miejscowościach Chodaczów i Laszczyń wraz z jej rozbudową w miejscowości Chodaczów w tym: - rozbudowa drogi powiatowej nr 1274 R poprzez budowę chodnika w km 3+197 — 5+030 - przebudowa drogi powiatowej nr 1274 R w miejscowości Chodaczów i Laszczyń w km 3+735 — 7+355.

W związku z powyższym wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp mają charakter ogólny i abstrakcyjny. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, zamawiający zobowiązany był doprecyzować przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu poprzez wskazanie, iż wykonawca winien się wykazać doświadczeniem w realizacji roboty polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie drogi (a nie jakiegokolwiek roboty budowlanej), tj. poprzez jego opisanie w taki sposób, aby z jednej strony wykluczyć z postępowania wykonawców nie będących w stanie zrealizować zamówienia, a z drugiej strony umożliwić wzięcie w nim udziału wszystkim tym, którzy obiektywnie są zdolni wykonać przedmiot zamówienia (drogę). Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne do zweryfikowania wykonawców pod kątem prawidłowego wykonania przez nich udzielanego (konkretnego) zamówienia.

W związku z powyższym ustalił, że zamawiający poprzez nie doprecyzowanie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, naruszył treść art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazał, iż zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż każdy z 5 wykonawców którzy złożyli ofertę w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykazał się realizacją robót budowlanych, polegających m.in. na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi.

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. (sygn. SE.1710.5.2018), które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł zastrzeżenia do ww. wyników kontroli doraźnej w zakresie naruszenia wskazanego w

pkt 1 tj. dotyczącego art. 12a ust. 2 ustawy Pzp. W zakresie naruszenia opisanego w pkt. 2 powyżej zamawiający nie wniósł zastrzeżeń. Zamawiający wskazał jak niżej.

Wskazał, że przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zarówno w ogłoszeniu o przetargu zamieszczonym w BIP w dniu 16 września 2016r, a także w SIWZ określił, że kryteriami oceny ofert są: cena (waga 80%), okres gwarancji (waga 10%) oraz termin płatności za wykonane roboty (waga 10%).

Wyjaśnił, że w piśmie z dnia 22 września 2016 r. nie dokonał zmiany kryteriów oceny ofert przez ich zwiększenie np. o jeszcze jedną „wagę”, czy też poprzez pomniejszenie ich ilości np. do dwóch, a także nie wprowadził zmiany polegającej na tym, że w miejsce prostego sumowania kosztów, wprowadza wzór matematyczny ważący poszczególne ceny jednostkowe.

Wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej „wagi” kryterium. Waga kryterium oznacza, jaką maksymalną ocenę/punktację w danym kryterium może otrzymać wykonawca i waga kryterium wskazuje znaczenie danego kryterium. Obowiązek określenia tych wag spoczywa na zamawiającym.

Podał, że przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jednym z obowiązków zamawiającego jest określenie, a następnie opisanie kryteriów, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Ustawa Pzp daje wytyczne, jakie powinny być te kryteria (cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia), natomiast nie daje zamawiającemu wytycznych w określeniu znaczenia wybranych kryteriów i sposobu oceny ofert w tych kryteriach. Znaczenie kryteriów inaczej waga, oznacza, jaką maksymalną ocenę/punktację w danym kryterium może otrzymać wykonawca za swoją ofertę. Wagę kryterium najczęściej podaje się w procentach (od 0,1% do 100%), które wskazują znaczenie danego kryterium, jego wielkość w stosunku do pozostałych wybranych przez zamawiającego kryterium, a dla wykonawców stanowi wskazówkę, jakie kryteria mają decydujące znaczenie dla oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wagę kryterium także można określić w punktach. Zgodnie z jego twierdzeniem najczęściej jest tak, że zamawiający podając wagę w procentach, jednocześnie w SIWZ wskazuje ilość punktów, które odpowiadają wadze procentowej (np. 1% to 1 pkt). Niemniej w tym zakresie zamawiający ma swobodę określenia kryteriów oceny ofert oraz swobodę określenia ich wagi (znaczenia), jednakże wagi przypisane poszczególnym kryteriom muszą służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej i nie mogą w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji.

Następnie zamawiający podkreślił, że Kontrolujący w informacji pokontrolnej przyznał i potwierdził, że przeprowadzone przez niego postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w jakikolwiek sposób nie ograniczyło konkurencji.

Dalej wyjaśnił, że w postępowaniu nie dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, gdyż te kryteria cały czas były takie same, a mianowicie cena, okres gwarancji i termin płatności za wykonane roboty, a dokonane zostały jedynie zmiany w zakresie wagi poszczególnych wymienionych w ogłoszeniu oraz w SIWZ kryteriów oceny ofert. Podał, że w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert dokonał zmiany wagi tych kryteriów w dniu 22 września 2016r, zaś termin składania ofert upływał w dniu 7 października 2016r, stąd w świetle cytowanego wyżej art. 12a ust. 1 ustawy Pzp zmiana wagi przypisanej niezmiennym kryteriom oceny ofert powodowałaby konieczność zmiany terminu składania ofert, w sytuacji, gdyby było to konieczne. Ponieważ termin składania ofert upływał dopiero za 16 dni, stąd zmiana terminu w jego ocenie nie była konieczna.

Jednocześnie zaznaczył, że wbrew twierdzeniom organu kontrolującego zmiana wagi oceny poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest objęta dyspozycją art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, a więc nie można mówić tak jak, to uczynił Kontrolujący, że ma to charakter istotny. Według niego charakter istotny w świetle cytowanej wyżej normy prawnej mają tylko zmiany kryteriów oceny ofert, czego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było, gdyż zamawiający nie zwiększał czy też nie zmniejszał liczby pierwotnie ustalonych kryteriów oceny ofert, którymi od początku do końca cały czas były cena, okres gwarancji i termin płatności za wykonane roboty. Z kolei, w świetle art. 12a ust. 1 ustawy Pzp nie było konieczności ze strony zamawiającego wydłużenia terminu składania ofert, gdyż zmiany na kilkanaście dni przed terminem składania ofert uległy wagi zawarte w poszczególnych kryteriach oceny ofert, a nie uległy zmianie kryteria oceny ofert, które cały były niezmiennie.

W związku z powyższym posumował, że Kontrolujący dokonał niewłaściwego zastosowania ww. normy prawnej poprzez przypisanie zamawiającemu, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszył on dyspozycję art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, stąd wniosek o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń poprzez uchYLENIE naruszenia wskazanego powyżej w pkt 1 jest uzasadniony i winien być uwzględniony.

Pismem z dnia 30 marca 2018 r. (sygn. UZP/DKUE/W2/421/6(8)/17/PF) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że nie uwzględnił jego zastrzeżeń złożonych od wyniku przedmiotowej kontroli i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 marca 2018 r.

W uzasadnieniu stanowiska Kontrolujący przytoczył ponownie stan faktyczny sprawy i wskazał jak niżej.

W pierwszej kolejności zauważył, iż ustalony w wyniku kontroli stan faktyczny jest niesporny, tj. zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez zmiany:

- wag kryteriów oceny ofert oraz
- dodanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp,

przy czym nie przedłużył terminu składania ofert określonego na dzień 7 października 2016 r.

Jednocześnie wskazał, iż zamawiający nie odniósł się do zmiany, jakiej dokonał w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez dodanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Z kolei modyfikacja SIWZ, jakiej dokonał zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie, że kryteriami oceny ofert są: cena (waga 60%), okres gwarancji (waga 30%) oraz termin płatności za wykonane roboty (waga 10%), pierwotnie określone na poziomie — odpowiednio: 80%, 10% i 10%, wbrew twierdzeniu zamawiającego przedstawionym w zastrzeżeniach do kontroli, miała charakter istotny w rozumieniu przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe oraz stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego w zastrzeżeniach do kontroli, ponownie wskazał na dyspozycję art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. W dalszej części przywołanego przepisu ustawodawca wskazał minimalne terminy, o jakie należy przedłużyć składanie ofert/wniosków w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z jego stanowiskiem z brzmienia przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca dokonał podziału zmian, jakich dokonuje zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ na zmiany istotne i nieistotne. W przypadku zmian istotnych, dotyczących w szczególności określenia: przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian.

Dalej wyjaśnił, że co do zasady zmianami istotnymi, a więc implikującymi konieczność przesunięcia terminu składania wniosków lub ofert, będą wszystkie zmiany wpływające na krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Zmiany istotne to bez wątpienia zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców czy kryteriów oceny ofert. Przywołany powyżej

przepis nie dotyczy wszystkich zmian wprowadzanych w SIWZ, a jedynie tych, które wiążą się z obligatoryjną zmianą ogłoszenia.

Następnie mając na uwadze stanowisko zamawiającego zaprezentowane w zastrzeżeniach do kontroli, dotyczące zmiany określenia kryteriów oceny ofert wskazał, iż kryteria oceny ofert są jednym z najistotniejszych elementów zarówno SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Kryteria oceny ofert służą do przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, której celem jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający może posługiwać się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że specyfikacja zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. W zależności od zastosowanego trybu kryteria oceny ofert zawarte w SIWZ oraz określone w niej ich znaczenie są uszczegółowieniem informacji zamieszczanej w ogłoszeniu lub zaproszeniu, przy czym należy wskazać, że zgodnie z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp zawiera co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Z powyższego zdaniem Kontrolującego wynika, że waga (znaczenie) kryteriów oceny ofert jest co do zasady obowiązkowym elementem ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a ich modyfikacja w SIWZ skutkuje koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Ponadto wyjaśnił, że modyfikacja SIWZ dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert. W przypadku dokonania modyfikacji, która wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz gdy powstaje konieczność wprowadzenia zmian do treści ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści SIWZ. Termin, w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustala zamawiający samodzielnie, oceniając zakres zmian w SIWZ i ich wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa Pzp pozostawia względną swobodę zamawiającemu co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert. Należy zatem uznać, że okres ten zamawiający powinien wyznaczyć z uwzględnieniem ilości dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla przygotowania ofert.

Jak dalej zaznaczył Kontrolujący w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zmienił treść SIWZ poprzez zmianę wag dla dwóch z trzech określonych kryteriów oceny ofert oraz dokonał zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Należy uznać, iż były to

zmiany istotne, co winno było wiązać się z przedłużeniem terminu składania ofert, gdyż każdy wykonawca przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu dokonywał kalkulacji oferty pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert i ich wag. Waga poszczególnych kryteriów z pewnością była przez wykonawców brana pod uwagę przy sporządzaniu ofert, skoro można było za nie otrzymać określoną ilość punktów. Tym samym uznał, iż zmiana wag dla poszczególnych kryteriów nakładała na wykonawców obowiązek ponownej kalkulacji ceny oferty. W przypadku zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp wyjaśnił, iż wykonawcy niekoniecznie na dzień, w którym zamawiający dokonał ww. zmiany, dysponowali odpowiednimi dokumentami w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, co wiązało się z koniecznością ich pozyskania z odpowiednich instytucji. Tym samym, zmianę tę również uznał za istotną i wymagającą przedłużenia terminu składania ofert.

Zgodnie z twierdzeniem kontrolującego z powyższego wynika, że dyspozycją art. 12a ust. 2 ustawy Pzp objęta jest modyfikacja w zakresie nie tylko samych kryteriów oceny ofert (tj. np. ich ustalenia, opisu), ale także wag tych kryteriów, gdyż ma ona wpływ na krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Tym samym, nie uznał stanowiska przedstawionego w treści zastrzeżeń do wyniku kontroli, iż zmiany w powyższym zakresie były nieistotne, gdyż dotyczyły jedynie wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert, a nie dotyczyły samej zmiany kryteriów oceny ofert.

Reasumując wskazał, że zmiany dotyczące kryteriów oceny ofert oraz przesłanek wykluczenia są dopuszczalne w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz są one kwalifikowane jako istotna zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a tym samym, stosownie do treści art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, wymagają przedłużenia terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia zmian. W konsekwencji podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego art. 12a ust. 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem przedłużenia terminu składania i otwarcia ofert w kontrolowanym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszenia art. 12a ust 2 ustawy Pzp wykazanego w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

W pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Kontrolujący wskazał, iż zamawiający poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian, dotyczących kryteriów

oceny ofert oraz zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wymóg, aby wykonawcy wykazali, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, które to zmiany miały charakter istotny, dokonał naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy Pzp. W związku ze stwierdzonym naruszeniem zamawiający w trybie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zgłosił zastrzeżenia do Prezesa Urzędu Zamówień. Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie naruszenia art. 38 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, wskazanego w punkcie 2.2. Informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w pkt. 2.1 Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. W związku z tym zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotowe zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą

Izby stwierdziła, że zastrzeżenia złożone przez zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Zaznaczyć należy również, iż poczynione przez Kontrolującego ustalenia stanu faktycznego nie były kwestionowane przez zamawiającego, zatem nie stanowiły one elementu sporu.

Zamawiający w swoich zastrzeżeniach w zakresie stwierzonego naruszenia skupił się wyłącznie na modyfikacji SIWZ, jakiej dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie, że kryteriami oceny ofert są: cena (waga 60%), okres gwarancji (waga 30%) oraz termin płatności za wykonane roboty (waga 10%), pierwotnie określone na poziomie — odpowiednio: 80%, 10% i 10%. Natomiast zupełnie pominął w swoim uzasadnieniu zmianę, jakiej dokonał w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez dodanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Jak wynika z analizy uzasadnienia podanego w Informacji o wynikach kontroli, Kontrolujący obie ww. zmiany potraktował jako podstawę do stwierdzenia naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy Pzp zatem uwzględnienie zastrzeżeń odnośnie tego naruszenia mogło nastąpić w sytuacji gdy zamawiający umotywowałby swoje zastrzeżenia dla obu zmian stanowiących jego podstawę. Natomiast zamawiający ograniczył się tylko do jednej z nich tj. dotyczącej kryteriów oceny ofert, całkowicie lekceważąc drugą tj. dotyczącą przesłanek wykluczenia z postępowania. W ocenie Izby już ta okoliczność powoduje, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. Niemniej Izba uznała, że podane przez zamawiającego uzasadnienie w związku ze stwierdzonym naruszeniem nie zasługuje na uwzględnienie, a stanowisko Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia przyjęła jako własne.

Zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1 tego artykułu, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach.

Nie może podlegać żadnym wątpliwościom, że kryteria oceny ofert są jednym z najistotniejszych elementów zarówno SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu. Kryteria oceny ofert służą do przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, której celem jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający może posługiwać się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że SIWZ zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. W zależności od zastosowanego trybu kryteria oceny ofert zawarte w SIWZ oraz określone w niej ich znaczenie są uszczegółowieniem informacji zamieszczanej w ogłoszeniu lub zaproszeniu, przy czym należy wskazać, że zgodnie z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp zawiera co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie. W związku z tym Izba stwierdziła, że waga (znaczenie) kryteriów oceny ofert jest co do zasady obowiązkowym elementem ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a ich modyfikacja w SIWZ skutkuje koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W przypadku dokonania modyfikacji, która wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz gdy powstaje konieczność wprowadzenia zmian do treści ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści SIWZ. Termin, w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustala zamawiający samodzielnie, oceniając zakres zmian w SIWZ i ich wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa Pzp pozostawia względną swobodę zamawiającemu co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert. Należy zatem uznać, że okres ten zamawiający powinien wyznaczyć z uwzględnieniem ilości dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla przygotowania ofert. Jednakowoż zlekceważenie tego obowiązku skutkuje naruszeniem normy prawnej zawartej w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....