

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11.10. 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 16 września 2016 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Instytut Patologii i Fizjologii Słuchu ul. M. Mochnackiego 10, 02 - 042 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 09 września 2016 roku znak nr *UZP/DKD/PWKZ/421/64(13)/15/MJ KND/35/15/DKD* w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia na „zagospodarowanie terenu zadrzewionego na park leśny na terenie Światowego Centrum Badania i Leczenia Częściowej Głuchoty w Kajetanach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Ewa Kisiel

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej są niezasadne i tym samym nie mogły zostać uwzględnione

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Instytut Patologii i Fizjologii Słuchu ul. M. Mochnackiego 10, 02 - 042 Warszawa prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie terenu zadrzewionego na park leśny na terenie Światowego Centrum Badania i Leczenia Częściowej Głuchoty w Kajetanach znak- IFPS/19/12.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 26 marca 2012 r. Zgodnie z pkt 2 druku ZP – PN wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na podstawie analizy cen rynkowych w dniu 12 marca 2012 r. na kwotę 750 000,00 zł, co stanowiło równowartość 186 585,73 euro.

Na wstępie wskazać należy iż zakres przedmiotowej kontroli obejmował 8 zagadnień tematycznych, jednakże zamawiający w wniesionych w dniu 16 września 2016 zastrzeżeniach zakwestionował tylko ustalenia kontroli ujęte w pkt 1;2 i 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, a tym samym ustalenia kontroli nie wymienione w ww. punktach stały się bezsporne i wiążące dla zamawiającego i nie zostały objęte przedmiotową Uchwałą.

W ww. pkt 1; 2 i 5 zostały ujęte ustalenia kontroli dotyczące naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie zmian Umowy dotyczących wydłużenia terminu realizacji zamówienia oraz sposobu rozliczenia realizacji zamówienia polegającego na wprowadzeniu płatności częściowych

2. art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione rozszerzenie zakresu przedmiotowego zamówienia (pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*),

3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania wykonawców do wyjaśnień treści złożonych dokumentów w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (*pkt 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej*).

W zakresie stwierdzonego naruszenia z ww. pkt 1, Prezes UZP uznał iż niedopuszczalnym było wydłużenie w trakcie wykonywania zamówienia, terminu jego realizacji. Strony Aneksem nr 1 do umowy z dnia 27 kwietnia 2012 r. (nr 65A/IFPS/2012), dokonały zmiany treści postanowienia §4 umowy, zastępując ustalony w umowie termin wykonania zamówienia z dnia 20 maja 2012 roku na nowy termin upływający w dniu 30 sierpnia 2012 roku. Tym samym pierwotny termin realizacji zamówienia uległ wydłużeniu z ustalonych w umowie 23 dni na 125 dni. Podkreślić należy iż powyższa zmiana została dokonana na 3 dni przed upływem pierwotnego terminu wykonania zamówienia i w sytuacji kiedy zamawiający w §6 umowy o wykonanie zamówienia, zawarł postanowienie iż *zastrzega sobie prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 0,2% wartości umowy za każdy dzień zwłoki za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia*. Na skutek wprowadzonej do Umowy modyfikacji, termin realizacji zamówienia wydłużył się o 102 dni, a więc niemal 4,5 krotnie w stosunku do pierwotnego okresu w jakim Zamawiający oczekiwał wykonania Umowy.

Równocześnie postanowieniem tegoż Aneksu do umowy wprowadzono zmianę terminu zapłaty za wykonanie zamówienia. Otóż w umowie przyjęto jednorazową płatność wykonawcy po wykonaniu zamówienia, natomiast w Aneksie wprowadzono płatność w formie zaliczek na poczet wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do tych kwestii w złożonych zastrzeżeniach wskazał iż przedłużenie terminu realizacji zadania objętego umową, wynikało między innymi z przekładania terminu otwarcia Światowego Centrum Słuchu, co z kolei miało wpływ na brak możliwości realizacji części świadczenia z uwagi na wymogi wynikające z fizjologii roślin

przeznaczonych do nasadzenia. Natomiast w zakresie zmiany zasad płatności podał, że wprowadzone zmiany w harmonogramie doprowadziłyby do sytuacji, że wykonawca otrzymałby wynagrodzenie w terminie znacznie późniejszym, niż to mógł zakładać w oparciu o treść dokumentacji przetargowej, a to doprowadziłby do *istotnego pokrzywdzenia* wykonawcy, który umową był zobowiązany zrealizować większość robót w bardzo krótkim czasie.

W drugim kwestionowanym przez zamawiającego ustaleniu protokołu kontroli Prezes UZP zakwestionował prawidłowość dokonanej przez zamawiającego zmiany przedmiotu umowy w stosunku do zakresu podanego w opisie przedmiotu zamówienia.

W ustaleniach kontroli wskazano iż w dniu 7 maja 2012 roku strony podpisały protokół konieczności nr 1. Z treści tego dokumentu wynika, że zamawiający dokonał zmiany zakresu zamówienia i sposobu jego realizacji. Zamawiający zrezygnował z części prac i dostaw, tj.:

- a) zmniejszył ilość ławek ze 100 szt. do 36 szt.,
- b) zmniejszył ilość koszy na śmieci z 30 szt. do 20 szt.,
- c) zmniejszył ilość lamp oświetleniowych z 50 do 30 szt.,
- d) zmniejszył powierzchnię placu centralnego ze 120 m² do 29,5 m²,
- e) zmniejszył powierzchnię z łupka tatrzańskiego z 200 m² do 99 m².

Równocześnie, w miejsce prac i dostaw ilościowo pomniejszonych przewidziano wykonanie następujących prac nie ujętych w Szczegółowym Opisie Zamówienia, który stanowił załącznik nr 5 do SIWZ, tj.:

- a) dostawę elementów dekoracyjnych, w tym dekoracyjnego elementu wodnego – 1 szt.,
- b) wykonanie osłon elementów infrastruktury technicznej dekoracyjnymi matami ze słomy o łącznej dł. 26,5 m,
- c) wykonanie opaski wysypanej żwirem o pow. 60,75 m²,
- d) wykonanie nasadzeń roślin na stropie pomieszczeń podziemnych wentylatorni – 1200 szt.,
- e) wywóz gruzu – 425,75 m³,
- f) dowóz dodatkowej ziemi urodzajnej – 425,75 m³.

Uzasadniając wprowadzone prace zamienne w ww. protokole konieczności zamawiający wskazał, że:

- a) dostawa elementów dekoracyjnych małej architektury, w tym dostawa i montaż dekoracyjnego elementu wodnego ma na celu podniesienie estetyki i nadanie Parkowi indywidualnych cech nawiązujących do zakresu leczenia i rehabilitacji prowadzonych w Światowym Centrum;
- b) instalacja z osłon z dekoracyjnej maty słomianej miała dodatkowo zabezpieczyć oraz poprawić estetykę istniejących elementów infrastruktury technicznej (agregat chłodu, przepompownia ścieków);

c) ze względu na deficyt miejsc parkingowych zamawiający przeznaczył powierzchnię terenu pomiędzy garażem a Parkiem, pierwotnie przewidzianą na teren wypoczynkowy, na dodatkowe, rezerwowe miejsca parkingowe. Aby jednak zachować jak najwięcej zieleni należało wykonać opaskę z dwóch stron garażu wielopoziomowego i obsadzić ją roślinami tworzącymi żywopłot;

d) w celu odgradzenia naturalną barierą roślinną gabinetów diagnostycznych od drogi wjazdowo/wyjazdowej z garażu wielopoziomowego, podjęto decyzję o nasadzeniu na stropie piwnicy roślinności tworzącej zielony ogród, który wkomponowałby się w całość terenów zielonych i tworzyłby jednolitą „oazę” niskiej zieleni wokół budynków;

e) w trakcie prowadzenia prac ziemnych pod trawniki i nasadzenia roślin przy alei głównej natrafiono na gruz pobudowlany przysypany piaskiem i warstwą ziemi. Inwestor podjął decyzję o konieczności wybrania i wywiezienia gruzu z terenu parku;

f) w wyniku dokonania wywozu gruzu należało dowieźć dodatkowe ilości ziemi urodzajnej.

W ocenie Prezesa UZP, zamawiający w opisanych okolicznościach faktycznych, w trakcie realizacji zamówienia, dokonał zmiany oraz rozszerzenia przedmiotu zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzono iż prace takie jak: wykonanie opaski żwirowej z dwóch stron garażu z obrzeżem betonowym i obsadzeniem, wykonanie osłon elementów infrastruktury technicznej dekoracyjnymi matami słomianymi, dostawa i montaż elementów dekoracyjnych małej architektury, w tym dostawa i montaż dekoracyjnego elementu wodnego, wywóz gruzu z terenu parku, wybranie i wywóz pozostałej zanieczyszczonej ziemi po usunięciu gruzu oraz dowóz dodatkowej ilości ziemi urodzajnej w ilości 425,75 m³, a także wykonanie nasadzeń roślin na stropie wraz z obsypaniem korą, nie były na etapie wyboru wykonawcy ujęte w Szczegółowym Opisie Zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do powyższych ustaleń kontroli wskazał, że rezygnacja z części zadania polegała wyłącznie na zmniejszeniu ilościowym, a nie doszło do całkowitej rezygnacji z jakiegokolwiek elementu przedmiotu zamówienia, a takie postępowanie nie mogło mieć wpływu na zwiększenie kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych realizacją tego zamówienia. Natomiast w zamówieniu pojawiły się dodatkowe zupełnie nowe, nieprzewidywane wcześniej elementy przedmiotowe. Tym samym nieuzasadnione jest stanowisko kontrolującego, że gdyby obowiązek realizacji robót zamiennych byłby znany na etapie formułowania dokumentacji przetargowej, do postępowania przystąpiłyby ewentualnie inne podmioty, względnie zastosowałyby inną wycenę zamówienia. Podkreślił, że wprowadzone zmiany byłyby tożsame niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą.

Kolejnym kwestionowanym przez zamawiającego ustaleniem kontroli było przyjęcie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z powodu zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień treści złożonych dokumentów w zakresie warunku

udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie Kontrolujący ustalił, że postawionym warunkiem udziału w tym postępowaniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, było *wykazanie się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat minimum 2 usług obejmujących zakresem zagospodarowanie terenów zadrzewionych, w tym wycinkę drzew lub krzewów o wartości zamówienia co najmniej 50 000,00 zł dla każdego z tych zamówień*. Z treści wykazów usług, a także dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania ww. usług, według kontrolującego nie wynikało, że wskazane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez:

1. Wykonawcę GARDEN ART Projektowanie i urządzenie ogrodów P. Sz. usługi na:
 - „zagospodarowanie terenu zieleni wokół budynku Starostwa Powiatowego w Legionowie” o wartość 53 264,00 zł,
 - „Zagospodarowanie terenu zieleni zgodnie z opracowaniem projektowym” dla BUDIMEX o wartość 410 153,22 zł oraz
2. Wykonawcę AGAdendron Sp.j. A. Sz. B. Sz. usługi na:
 - „odnowę wsi w miejscowości Planta” – wartość 608 756,75 zł,- czy obejmowały swoim zakresem wycinkę drzew lub krzewów.

Według Prezesa UZP zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których zalicza się także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości dotyczące złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia pojawią się wątpliwości co do spełnienia przez któregokolwiek z wykonawców warunku udziału w postępowaniu, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Uzyskanie wyjaśnień pozwoli bowiem zamawiającemu poznać stanowisko wykonawcy co do przesłanek, które zdecydowały o posłużeniu się w wykazie usługą, co do której powzięto wątpliwości, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odnosząc się do powyższego, wskazał, że zaniechanie wezwania ww. Wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, tj. czy przedmiot ww. zamówień obejmował również wycinkę drzew lub krzewów, stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, *nie mające jednak wpływu na wynik przedmiotowego postępowania*.

Zamawiający odnosząc się do powyższych ustaleń zakwestionował ich prawidłowość stwierdzając, że Prezes UZP przyjął bezzasadnie, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do przedstawionych przez dwoje z wykonawców, GARDEN ART P. Sz. oraz AGAdendron sp.j. A. Sz. B. Sz., wykazów usług i złożonych jednocześnie dokumentów potwierdzających prawidłową realizację usług.

Podniósł, że ani złożone wykazy usług, ani przedłożone na potwierdzenie prawidłowej realizacji wskazanych w wykazie usług tzw. referencje nie wzbudziły jakichkolwiek wątpliwości członków komisji przetargowej co do wymaganych przez Zamawiającego: wartości zamówienia oraz potwierdzenia, czy usługi wykazane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmowały *„zagospodarowanie terenów zadrzewionych”* oraz wycinkę *„drzew lub krzewów*. Oceniając powyższe dokumenty zamawiający nie stwierdził podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż nie posiadał jakichkolwiek informacji podważających wiarygodność przedłożonych dokumentów oraz ich treści.

Dla uzasadnienie swojego stanowiska w tej kwestii zwrócił uwagę, iż jedna ze wskazanych przez wykonawcę GARDEN ART P.Sz. usług, została zrealizowana na rzecz Budimex S.A. i była wykonana na terenie należącym do Zamawiającego. W związku z powyższym prawidłowość oświadczenia i złożonej dokumentacji w tym zakresie *potwierdzały po pierwsze własne obserwacje członków Komisji Przetargowej, po drugie zaś odbywane z przedstawicielami Budimex S.A. (generalnym wykonawcą począwszy od III Etapu budowy Światowego Centrum Słuchu) spotkania i cykliczne narady konsultacyjne*. Natomiast w stosunku do drugiej ze wskazanych usług podał iż *można z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że dokonano dodatkowej telefonicznej weryfikacji jakości zrealizowanej usługi, które to rozwiązanie było stosowane u Zamawiającego w okresie, gdy nie obowiązywał odpowiednik § 1 ust 6 aktualnie obowiązującego rozporządzenia wydanego na podstawie art 25 ust 1 Pzp*.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia kontroli oraz stanowisko zamawiającego zawarte w złożonych zastrzeżeniach Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa UZP i uznała, że zgłoszone zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie zawarł żadnego merytorycznego odniesienia się do ustaleń kontrolnych Prezesa UZP. Nie można uznać za przekonujące argumenty zawartych w zastrzeżeniach sugestii iż na przebieg postępowania – w szczególności co do potrzeby zmiany terminu jego realizacji oraz zmiany pierwotnego jego zakresu, miały zasadniczy wpływ, cyt. *„ustalenia narzucane przez czynniki zewnętrzne wobec Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu - to jest Sejm i Senat RP, Rada Ministrów oraz organy Unii Europejskiej”*. Zamawiający jako dysponent środków publicznych jest odpowiedzialny, za prawidłowe ich wydatkowanie zarówno co do efektywności i gospodarności, oraz za zachowanie procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości

postępowania. Za niedopuszczalne należy uznać także prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady pisemności postępowania, uznając za wystarczające, dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w miejsce dokumentów, cyt. *„obserwacje członków Komisji Przetargowej, (...)spotkania odbywane z przedstawicielami Budimex S.A. i cykliczne narady konsultacyjne”*, a także wywodzące się z *„telefonicznej weryfikacji jakości zrealizowanej usługi”*.

Takie postępowanie zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp i tym samym czyni wydatkowanie środków finansowych na wykonanie tego zamówienia nieprawidłowym.

Izba odnosząc się do ustaleń kontroli Prezesa UZP uznaje je za prawidłowe i zasadne i tym samym czyni je w znacznej mierze podstawą do własnej oceny zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Podniesione przez zamawiającego zastrzeżenia dotyczą w zakresie pkt 1 i 2 kwestii dopuszczalności zmiany zawartej umowy. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, stanowi o zakazie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Z powyższego przepisu wynika generalna zasada, jaką jest *zakaz istotnych zmian* postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Zmiany inne niż istotne są dopuszczalne i można je wprowadzać do umów zawieranych na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 365¹ Kodeksu cywilnego. To czy dana zmiana umowy ma charakter istotny należy rozpatrywać w każdym przypadku indywidualnie, brak jest definicji legalnej, kiedy zmiana umowy ma charakter istotny. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie ugruntowany został pogląd, że dla oceny czy dana zmiana umowy o zamówienie publiczne ma charakter **istotny**, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu, a w szczególności na potencjalną zmianę kręgu podmiotów (wykonawców), którzy gdyby wiedzieli o możliwości takiej zmiany umowy byłiby zdolni bądź zainteresowani ubieganiem się o udzielenie tego zamówienia.

Taką właśnie wykładnię art. 144 ust. 1 Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund), APA - OTS Originaltext - Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, w którym ETS wskazał, iż *zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w*

ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie do postępowania innych oferentów niż ci, którzy brali w nim udział, lub zmiany te modyfikują na tyle wymagania zamawiającego iż inni wykonawcy byłiby zdolni sprostać wymaganiom w zakresie przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu niespornym jest fakt, iż został wydłużony ponad czterokrotnie termin wykonania zamówienia określony w SIWZ. Ponadto zmieniono ustalenia co do płatności za wykonanie zamówienia z płatności jednorazowej po wykonaniu zamówienia, na płatności częściowe - zaliczkowe. Nadto, krótki 23 dniowy termin wykonania zamówienia był obwarowany naliczaniem kar umownych w wysokości 0,2% wartości umowy za każdy dzień zwłoki w wykonaniu zamówienia.

Powyższe zmiany umowy zdaniem Izby, nie przewidziane w umowie są niewątpliwie zmianami istotnymi. Zmiana umowy polegająca na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia o 102 dni, jak i wprowadzenie przez zamawiającego zaliczek na poczet realizacji zamówienia, prowadziły do zmiany równowagi ekonomicznej stron umowy na korzyść wykonawcy. Takie zmiany mogłyby wpływać na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie innej ocenie przez wykonawców podlegałaby sytuacja, gdyby od początku było wiadomym iż termin realizacji zamówienia zostanie wydłużony czterokrotnie, co także *de facto* eliminowało niebezpieczeństwo zapłaty kar umownych. Ponadto wprowadzenie zaliczkowych płatności za wykonywane zamówienie umożliwiałoby wzięcie udziału wykonawcom, którzy dla jego wykonanie praktycznie nie musieliby angażować własnych środków finansowych, czy też realizować zamówienie w oparciu z zaciągnięty kredyt bankowy.

Dlatego też Izba uznaje za prawidłowe ustalenia kontrolującego, iż zmiany umowy dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia oraz sposobu jego rozliczenia, poprzez wprowadzenie płatności częściowych, stanowiły istotną zmianę umowy. W zaistniałym stanie faktycznym przedmiotowego postępowania zmiany te nie wypełniały przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nastąpiły z naruszeniem tego przepisu. Niewątpliwym jest także iż takie podejście zamawiającego było nieuzasadnionym sprzyjaniem wykonawcy wraz z pozbawieniem się możliwości uzyskania kwot z tytułu kar umownych, co niewątpliwie wynikało z faktu iż zmiana terminu wykonania zamówienia miała miejsce na trzy dni przed upływem umownego terminu jego realizacji zamówienia.

W zakresie drugiego ustalenia Kontroli dotyczącego naruszenia art. 144 ust.1 ustawy Pzp, z powodu zmiany zakresu zamówienia i sposobu jego realizacji Izba uznaje niedopuszczalność takich zmian i to nie tylko w zakresie istotności tej zmiany powodującej możliwość wzięcia udziału w postępowaniu innych wykonawców, ale także co do prawnej możliwości wprowadzenia takich zmian w już prowadzonym postępowaniu.

Konkretyzacja przedmiotu zamówienia następuje w jego opisie zawartym w SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia w szczególności co do zakresu prac przewidzianych do realizacji ma bezpośredni wpływ na cenę podaną w ofercie. Cena ta co do zasady podlega weryfikacji rynkowej w oparciu o konkurencyjne oferty innych wykonawców.

W tym przypadku zamawiający wraz z wykonawcą podpisali w dniu 7 maja 2012 roku protokół konieczności dokonując zmianę zakresu zamówienia i sposobu jego realizacji. Cena za wykonanie zwiększonych robót nie przewidzianych pierwotnie w SIWZ została ustalona, jak wynika z protokołu konieczności w oparciu o dane podane przez wykonawcę, cyt. *” komisja po zapoznaniu się z przedstawionym przez wykonawcę szczegółowym bilansem wyżej wymienionych prac i dostaw ilościowo zmniejszonych oraz prac zamiennych do nich po dokonaniu szczegółowego porównania co do zakresu i nakładów pracy niezbędnych do ich wykonania, stwierdza iż bilans tych robót został zrównoważony”*.

Biorąc pod uwagę fakt, iż powyższe bilansowanie zostało dokonane przed ich wykonaniem to ustalone ilości przeznaczonych do wykonania robót ziemnych (zakrytych z dokładnością do setnych części m³) oraz ich cen jednostkowych niewątpliwie zostało przyjęte w oparciu o hipotetyczne założenia.

Tym samym powyższa zmiana umowy jako nieprzewidziana w SIWZ oraz sposób wprowadzenia tych zmian należy uznać za nieprawidłowy. Zauważyć także należy iż ewentualna potrzeba wykonania szeregu prac zwiększających przedmiot zamówienia była możliwa do przewidzenia już na etapie wszczynania tego postępowania, co w sposób bezpośredni wynika z pkt a – d protokołu konieczności.

Tym samym Izba stwierdza, że zamawiający dokonując nieprzewidzianych w SIWZ zmian umowy powodujących ponad czterokrotne wydłużenie terminu realizacji zamówienia, zmianę zasad płatności, oraz zakresu i sposobu jego realizacji dopuścił się naruszenia przepisu art. 144 ust.1 Pzp.

W zakresie zastrzeżeń zamawiającego co do zaniechania wezwania wykonawców w trybie art. 26 ust 4 Pzp do wyjaśnienia treści dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 5 Informacji o wyniku kontroli doraźnej Izba w całości popiera zaprezentowane w tym zakresie stanowisko Prezesa UZP i przyjmuje je jako własne bez potrzeby ponownego jego powielania.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....