

Sygn. akt: KIO/KD 25/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 kwietnia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 marca 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Urząd Miasta Rawa Mazowiecka
Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 5,
96-200 Rawa Mazowiecka,

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia z dnia 4 marca 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ2/421/36(13)18/SM KND/35/18/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Rewaloryzacja zabytkowego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Małgorzata Matecka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 14 marca 2019 r. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 4 marca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), kontrolę doraźną (znak: UZP/DKZP/KND/35/18) udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego – Urząd Miasta Rawa Mazowiecka w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rewaloryzacja zabytkowego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej”. O wyniku kontroli Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 4 marca 2019 r. (znak: znak: UZP/DKZP/WKZ2/421/36(13)18/SM KND/35/18/DKZP) – Informacja o wyniku kontroli doraźnej. W wyniku kontroli stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3 w z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na wezwanie wykonawcy EDEN Projektowanie Urządzenie Terenów Zielonych do uzupełnienia dokumentów świadczących, iż oferowane przez niego urządzenia spełniają określone wymagania w zakresie równoważności, po upływie terminu składania ofert, pomimo, iż zgodnie z zapisami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ powinny one zostać wyspecyfikowane w samej ofercie, w wyniku czego nastąpiła nieuprawniona zmiana treści złożonej oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EDEN Projektowanie Urządzenie Terenów Zielonych, której treść w terminie składania ofert nie odpowiadała postanowieniom SIWZ dotyczącym sposobu przedstawienia oświadczenia woli zawartego w ofercie w zakresie równoważności, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
2. art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo, że dokonano istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Ad. 1

Przedmiotem zamówienia udzielonego w ramach niniejszego postępowania była rewaloryzacja zabytkowego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej. Szczegółowy opis

przedmiotu zamówienia został zawarty w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych — załącznik nr 7, przedmiarze robót/kosztorysy ofertowe — załącznik nr 6 oraz w dokumentacji projektowej — załącznik nr 7. W zakres zadania wchodziła m. in. przebudowa istniejącego placu zabaw, dla której opis przedmiotu zamówienia został określony w Części III Projekt zagospodarowania terenu Tom 3: Projekt budowlano - wykonawczy placu zabaw. Projekt ten w pkt 5.3 wymienia 21 elementów wyposażenia placu zabaw.

Na podstawie wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w toku prowadzonej kontroli ustalono, że jednostka projektowa, przygotowując ww. projekt, opierała się na urządzeniach firmy Educarium Sp. z o.o. oraz firmy Percussion Play. Dokumentacja przetargowa nie zawierała znaków towarowych, numerów katalogowych ani innych oznaczeń pozwalających na identyfikację urządzeń ww. firm, opierała się natomiast w większości przypadków (20) na rysunkach technicznych z konkretnymi wymiarami.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w rozdz. III pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne do opisywanych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarze robót/kosztorysów ofertowych, dokumentacji projektowej — w zakresie wskazanych norm/aprobat/specyfikacji technicznych/systemów odniesienia, pod warunkiem spełniania tych samych lub lepszych właściwości technicznych.

W rozdz. III pkt. 3.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wskazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymogi określone przez Zamawiającego. W tym celu wykonawca miał wyspecyfikować w ofercie równoważne rozwiązania i załączyć dane techniczne, atesty, dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie. Dopuszczalne parametry równoważności, do których winien odnieść się wykonawca określała tabela stanowiąca załącznik nr 8 do SIWZ. Zgodnie z ww. załącznikiem, dla elementów wyposażenia placu zabaw Zamawiający dopuścił tolerancję parametrów wielkościowych (długość, szerokość, wysokość) wynoszącą +/- 10 %. Zamawiający jednocześnie w rozdz. X pkt 1 SIWZ dotyczącym opisu sposobu przygotowywania ofert wskazał, że do oferty oprócz wypełnionego formularza ofertowego sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ należy załączyć m.in. wypełnione kosztorysy ofertowe z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 13 marca 2017 r., oferty złożyło 5 wykonawców, tj.:

1. Lider Konsorcjum: Park-M Poland Sp. z o.o., Partner konsorcjum: Park-M Sp. z o.o - cena: 5.419.780,25 zł brutto;

2. M. D. Garden Designers — cena: 5.129.182,75 zł brutto;
3. Ziel-Bud W. R. — cena: 5.903.344,99 zł brutto;
4. EDEN Projektowanie, Urządzanie Terenów Zielonych — cena: 4.761.917,00 zł brutto;
5. KTU-ZIELEŃ sp. z o.o.- cena: 5.103.729,28 zł brutto.

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, najwyżej oceniona została oferta wykonawcy EDEN Projektowanie, Urządzanie Terenów Zielonych. Wykonawca ten, zgodnie z rozdz. X pkt 1 SIWZ, przedłożył w ramach oferty: wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, dokumenty i oświadczenia wskazane w rozdziale VI SIWZ, zobowiązanie do udostępnienia zasobów — załącznik do SIWZ nr 1a, dowód wniesienia wadium, wypełnione kosztorysy ofertowe z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2017 r. wezwał wykonawcę EDEN Projektowanie Urządzanie Terenów Zielonych do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie pismem z dnia 23 marca 2017 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, ze szczególnym uwzględnieniem urządzeń zabawowych zawartych w 21 pozycjach kosztorysu pn. montaż wyposażenia placu zabaw.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca EDEN w piśmie z dnia 28 marca 2017 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał m. in., że ceny zakupu, dostawy i montażu wyposażenia placu zabaw skalkulował na podstawie oferty producenta BUGLO Sp. z o.o. Wykonawca podkreślił, że z firmą BUGLO Sp. z o.o. współpracuje od kilku lat i jako jej stały kontrahent kupuje produkty z około dwudziestoprocentowym rabatem w stosunku do ceny regularnej urządzeń. Dodatkowo ww. wykonawca wyjaśnił, iż zdecydował się na zaoferowanie produktów firmy BUGLO Sp. z o.o. mając na względzie wysoką jakość, techniczne możliwości realizacji projektów indywidualnych, tj. wykonania sprzętów dostosowanych do wymagań SIWZ oraz pozytywne rekomendacje Urzędów Ochrony Zabytków dot. wizualnych aspektów produktów firmy BUGLO Sp. z o.o. W dalszej części wyjaśnień wykonawca EDEN oświadczył, iż jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za zaoferowaną cenę. Jako załącznik przedstawił ofertę firmy BUGLO Sp. z o.o. z dnia 10 marca 2017 r. na dostawę i montaż wyposażenia placu zabaw zawierającą wycenę 17 elementów wyposażenia oraz koszty dostawy. Załączona oferta zawiera oświadczenie producenta informujące, iż urządzenia z powyższej tabeli zastaną dostosowane do wymiarów określonych

w specyfikacji i dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą Rewaloryzacja zabytkowego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej.

W dniu 29 marca 2017 r. wykonawca EDEN w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dostarczył wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty.

Następnie, Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 31 marca 2017 r. zwrócił się do wykonawcy EDEN z pytaniem, czy urządzenia placu zabaw zaoferowane przez ww. wykonawcę oraz wycenione w kosztorysie ofertowym (21 pozycji) „są urządzeniami tożsamymi (referencyjnymi) z urządzeniami przedstawionymi w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ. Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający zaznaczył, że jeśli zaoferowane urządzenia są urządzeniami równoważnymi do urządzeń referencyjnych wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, to działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę EDEN do złożenia dokumentów świadczących, iż oferowane urządzenia spełniają wymogi określone przez Zamawiającego, zgodnie z zapisami rozdziału III pkt 3.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że tabela zawierająca parametry równoważności, do których winien odnieść się wykonawca, stanowi załącznik nr 8 do SIWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca EDEN złożył wyjaśnienia (pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r.), wskazując 18 elementów wyposażenia placu zabaw zaoferowanych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które są równoważne oraz 3 urządzenia (urządzenie sportowe rower treningowy, urządzenie sportowe maszta wspinaczkowy, urządzenie zabawowe stoły do gry w szachy) które są tożsame z przedmiotem zamówienia.

W dalszej części przesłanych wyjaśnień wykonawca EDEN wskazał, iż „urządzenia zaoferowane jako urządzenia równoważne do urządzeń referencyjnych, wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia spełniają parametr równoważności, określony w tabeli równoważności, stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ, tj. tolerancję wymiarów +/- 10%. Niniejszym oświadczam, że wszystkie urządzenia będą certyfikowane przez niezależną jednostkę certyfikującą, zgodnie z normami:

- Z grupy PN-EN 1176 odnoszące się do wyposażenia publicznych placów zabaw oraz określające wymogi dla bezpiecznej nawierzchni na placach zabaw;
- PN-EN 16630:2015 (outdoor fitness i street workout)

Dla zaoferowanych urządzeń załączono stosowne atesty, deklaracje zgodności oraz dokumenty materiałowe dopuszczające do stosowania w budownictwie".

Pismem z dnia 26 kwietnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy EDEN Projektowanie Urządzenie Terenów Zielonych.

W związku z otrzymaniem pisma od jednego z uczestników postępowania z dnia 2 maja 2017 r., zgłaszającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nieprawidłowości przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2017 r. poinformował o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert.

Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w kolejnych dwóch pismach z dnia 17 maja 2017 r. oraz w piśmie z dnia 18 maja 2017 r. wezwał wykonawcę EDEN do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wykonawca EDEN, pismem z dnia 19 maja 2017 r., które oznaczył klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” odniósł się do wszystkich 3 wystosowanych przez Zamawiającego pism. Wykonawca ten wskazał m. in., że produkty przedstawione jako równoważne w wyjaśnieniu z dnia 5.04.2017 r. są tymi samymi urządzeniami, z wykazanymi w wyjaśnieniu z dnia 29.03.2017 (...) W wyjaśnieniu dot. rażąco niskiej ceny/kosztu, złożonym dnia 29.03.2017 na stronie pierwszej ujęto wszystkie elementy wyposażenia placu zabaw od poz. 19 d.3 do 39 d.3 (21 pozycji). Załączona tabela ofertowa firmy Buglo Sp. z o.o. obejmuje urządzenia równoważne oraz elementy z oferty firmy Buglo Sp. z o.o. o tożsamej funkcjonalności i zbliżonych gabarytach, których cena była podstawą dla sporządzenia wyceny elementów wyposażenia placu zabaw— ceną rynkową. Elementy tożsame zostaną wykonane na potrzeby zadania pod nazwą „Rewaloryzacja Zabytkowego Parku Miejskiego w Rawie Mazowieckiej” we własnym zakresie przez firmę EDEN. Urządzenia tożsame zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu skalkulowano w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych, realne zużycie materiałów oraz rynkowe ceny tych materiałów.

Pismem z dnia 26 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił ponownie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EDEN Projektowanie Urządzenie Terenów Zielonych.

W wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu Zamawiający wskazał m. in., iż „w przedstawionym stanie faktycznym zasadne było przeprowadzenie procedury wynikającej z art. 87 ust. 1 p.z.p. Zamawiający ma bowiem prawo w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności, co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie

zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (...) W kontekście wzywania firmy EDEN (...) do złożenia wyjaśnień należy zauważyć, że postępowanie takie jest zgodne z art. 26 ust. 3 (...) Powyższe działanie zamawiającego pozwoliło na właściwe oraz pełne zbadanie czy produkty zaoferowane przez ww. wykonawcę spełniają parametry określone w dokumentacji projektowej. Należy zauważyć, że w załączniku nr 8 — Tabela zawierająca parametry równoważności zamawiający w odniesieniu do urządzeń placu zabaw odniósł się jedynie co do wymiarów poszczególnych elementów. Zamawiający w toku badania oferty EDEN (.. .) oraz na podstawie złożonych wyjaśnień stwierdził ponad wszelką wątpliwość, że zaoferowane urządzenia zabawowe spełniają wymagania określone w SIWZ. Została zachowana funkcja oraz kształt urządzeń. Stwierdzono spełnienie wymogów materiałowych poszczególnych urządzeń (wykonawca przedstawił karty katalogowe produktów oraz atesty na proponowane urządzenia). Wymiary urządzeń mieszczą się w przyjętej dopuszczalnej tolerancji +/- 10%".

Zamawiający odnosząc się do ww. wskazanego stanu faktycznego wyjaśnił także, że „w zakresie rozwiązań równoważnych w ofercie firmy EDEN, po złożeniu wyjaśnień i uzupełnieniu brakujących dokumentów (...) nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty. Wykonawca zgodnie z pkt 3.2. SIWZ wskazał, który z zaoferowanych sprzętów jest tożsamy ze sprzętem referencyjnym (wskazany w opisie przedmiotu zamówienia), a który sprzęt jest równoważnym. W zakresie sprzętu równoważnego wykonawca wskazał na właściwe parametry, które pozwalają zamawiającemu na zweryfikowanie spełniania przez ów sprzęt parametrów równoważności (...)".

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, w oparciu wyjaśnienia Zamawiającego i dokumentację przesłaną przez Zamawiającego, iż wykonawca EDEN w terminie składania ofert nie złożył wraz z ofertą dokumentów świadczących o zastosowaniu rozwiązań równoważnych, co pozwalało przyjąć, że wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem rozwiązań wskazanych w SIWZ.

W treści wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca EDEN potwierdził wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i dokumentacji projektowej. W ponownych wyjaśnieniach, do jakich został wezwany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca ten oświadczył, iż wśród zaoferowanych przez niego w postępowaniu elementów wyposażenia placu zabaw są urządzenia równoważne, tj. mieszczące się w tolerancji rozmiarów +1- 10% w stosunku do wymogów SIWZ. Na tym etapie złożył również stosowne atesty, deklaracje i certyfikaty, na potwierdzenie jakości zaoferowanego wyposażenia (zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystosowanym w tym samym piśmie), podczas gdy Zamawiający w SIWZ (rozdz. III pkt 3.2

SIWZ) wyraźnie zaznaczył, że dane te miały zostać wyspecyfikowane już w samej ofercie. Należy przy tym zauważyć, że żaden z wykonawców ubiegający się o udzielnie niniejszego zamówienia nie kwestionował w toku niniejszego postępowania zasadności, czy też prawidłowości tak sformułowanego przez Zamawiającego zapisu SIWZ.

W gruncie rzeczy, dopiero wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę EDEN na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie oferowanych rozwiązań dowiodły, iż zamiarem tego wykonawcy było w istocie zaoferowanie rozwiązań równoważnych do tych wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Należy w związku z tym zauważyć, że niewyrażona w treści oferty, hipotetyczna intencja wykonawcy zaoferowania urządzeń równoważnych w niniejszym postępowaniu po upływie terminu składania ofert, nie mogła być uwzględniana przy interpretacji treści już złożonej oferty.

Zamawiający wzywając wykonawcę EDEN na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów świadczących o oferowaniu rozwiązań równoważnych zgodnie z zapisami rodz. II pkt 3.2 SIWZ, niejako przy okazji wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, doprowadził do zmiany treści oferty przez wykonawcę EDEN w zakresie sposobu wykonania zamówienia, bowiem Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia oświadczeń, czy też dostarczenia odpowiednich dokumentów, których w pierwotnej ofercie nie złożono, i które nie podlegały uzupełnieniu na powyższym etapie postępowania. Jest to zmiana istotna, niedopuszczalna w świetle ustawy Pzp.

Kontrolujący podkreślił, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wyjaśnienia zatem nie mogą doprowadzić do sytuacji, w której oferta wykonawcy uległaby zmianie, do czego doszło na gruncie analizowanego stanu faktycznego.

W rozpoznawanym przypadku Zamawiający, dokonując badania oferty wykonawcy EDEN, powziął wątpliwość w zakresie części zamówienia, co do sposobu jego wykonania, w związku z czym zasadnie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Rezultatem powyższych wyjaśnień, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, była zmiana treści już złożonej oferty, poprzez uzupełnienie jej o istotne elementy oświadczenia woli, które wykonawca był zobowiązany zawrzeć wraz z ofertą w terminie składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą

wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W tym też kontekście należy zwrócić uwagę na charakter dokumentów, które zostały przez wykonawcę EDEN uzupełnione na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty te w istocie miały na celu wykazanie równoważności, stanowiły element oferty opisujący oferowany przedmiot zamówienia, a zatem nie mogły być przedmiotem uzupełnienia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też wezwanie wykonawcy EDEN na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów świadczących o równoważności oferowanych urządzeń po upływie terminu składania ofert należy uznać za nieuprawnione.

Kontrolujący zauważył, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny złożonych przez wykonawcę EDEN wyjaśnień. W wyjaśnieniach wykonawca nie tyle dokonał wykładni treści złożonego oświadczenia woli (oferty) ile złożył nowe oświadczenie woli. Specyfikacja była bowiem skonstruowana w ten sposób, że to złożenie wraz z ofertą dokumentów dotyczących rozwiązań równoważnych było równoznaczne ze złożeniem oświadczenia woli o zastosowaniu rozwiązań równoważnych. Nie składając takich dokumentów wykonawca oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że oświadczenie woli wykonawcy EDEN złożone w pierwotnej ofercie było jednocześnie niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ w rozdz. III pkt 3.2. Powyższa niezgodność polegała na braku wyspecyfikowania przez wykonawcę w ofercie proponowanych rozwiązań równoważnych w zakresie elementów wyposażenia placu zabaw.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Innymi słowy Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z kolei w myśl art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

W tym stanie faktycznym Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy EDEN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zawartość merytoryczna złożonej oferty nie odpowiadała ukształtowanym przez

Zamawiającego w SIWZ wymaganiom (rozdz. III pkt 3.2 SIWZ), ponieważ nie wskazywała, że wykonawca ten w niniejszym postępowaniu zamierza zaoferować rozwiązania równoważne do opisanych przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie, stwierdzona niezgodność nie mogła zostać przez Zamawiającego w żaden sposób skorygowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał, że zasadą jest, że z samej oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak, aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Dopuszczenie, aby wykonawca określał oferowany przedmiot zamówienia w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, podczas ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność, co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt. KIO 265/17).

Ponadto, w myśl art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Powyższe wskazuje, że to na wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności dotyczącej równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego w treści złożonej oferty. Wykonawca powinien jednoznacznie oznaczyć w ofercie, iż oferowane urządzenie proponuje jako równoważne. Wykonawca EDEN nie sprostął powyższemu obowiązkowi: nie złożył takiego oświadczenia w ofercie, a wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w toku niniejszego postępowania w zakresie oferowanych urządzeń nie dowodziły, co właściwie zamierza zaoferować. Wyjaśnienia te były nieprecyzyjne, niejednoznaczne, co ilustrują wyjaśnienia wykonawcy udzielone w piśmie z dnia 19 maja 2017 r.

W ww. piśmie wykonawca EDEN oświadczył, iż: „Elementy tożsame zostaną wykonane na potrzeby zadania pod nazwą "Rewaloryzacja Zabytkowego Parku Miejskiego w Rawie Mazowieckiej" we własnym zakresie przez firmę EDEN". W tym miejscu Kontrolujący nadmienił, że powyższe stwierdzenie stoi w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy złożonym w piśmie z dnia 4 kwietnia 2017 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w którym wskazał on, iż trzy spośród oferowanych przez niego urządzeń są tożsame (referencyjne). Powyższe wskazuje, biorąc za przykład jedno z ww. urządzeń, tj. maszt wspinaczkowy, że wykonawca ten zaoferował de

facto nie urządzenie tożsame (referencyjne) tylko rozwiązanie równoważne, w zakresie, którego nie przedstawił żadnych dokumentów świadczących, iż urządzenie to spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, zgodnie z zapisami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ. Zatem należy uznać, że wykonawca EDEN także po upływie terminu składania ofert nie wykazał, że oferowane przez niego rozwiązania spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien ustalone w SIWZ warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, w jaki został przewidziany. Weryfikacji ofert może on dokonywać jedynie w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążące również samego Zamawiającego, który nie jest uprawniony, aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych wykonawców. Zatem dokonując wyboru oferty Zamawiający może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, które z natury rzeczy jako określające treść zaoferowanego świadczenia nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań, a w szczególności odnoszących się do treści oferty. Zezwolenie na wskazanie jednemu z wykonawców właściwego przedmiotu oferty, po upływie terminu składania ofert jest rażąco sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co w istocie miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Podsumowując powyższe, a także zważywszy na fakt, że Wykonawca EDEN po upływie terminu składania ofert wbrew zapisom rozdz. III pkt 3.2 SIWZ dostarczył Zamawiającemu dokument wskazujący na zamiar zaoferowania rozwiązań równoważnych do tych opisanych w SIWZ, stwierdzić należy, iż w toku niniejszego postępowania nastąpiło naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 w zw. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nieuprawne dokonanie zmiany treści złożonej oferty.

Jednocześnie, w toku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustalono, że treść oferty wykonawcy EDEN nie odpowiadała treści SIWZ. Oświadczenie woli ww. wykonawcy zawarte w pierwotnym brzmieniu złożonej przez niego oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia było niezgodne z oświadczeniem złożonym przez tego samego wykonawcę po terminie składania ofert w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co świadczy o tym, że pierwotna treść oferty nie spełniała wymagań Zamawiającego określonych w pkt 3.2 SIWZ z zakresie równoważności. Mając na uwadze powyższe rozbieżności Zamawiający zobligowany był

odrzuć ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp.

Powyższe naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

Ad. 2

Jak wynika z dokumentacji postępowania, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2017 r. pod nr 32121 - 2017 oraz jednocześnie - na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 24 lutego 2017 r. do 26 kwietnia 2017 r. oraz w jego siedzibie. Zgodnie z treścią ww. ogłoszenia termin składania ofert upływał w dniu 13 marca 2017 r. Zamawiający pismem z dnia 6 marca 2016 r., działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie rozdz. V. 1.2. — warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z dotychczasowym zapisem SIWZ:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony wówczas, gdy Wykonawca:

1. Wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum 1 robotę budowlaną, której przedmiotem były roboty obejmujące przestrzeń publiczną lub/i parkową, to jest:

c) jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni kamiennej (z kostki granitowej lub bazaltowej) o powierzchni 2.000 m² lub o wartości minimum 300.000,00 zł brutto.”

W wyniku zmiany SIWZ zapis ten otrzymał następujące brzmienie:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony wówczas, gdy Wykonawca:

1. Wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum 1 robotę budowlaną, której przedmiotem były roboty obejmujące przestrzeń publiczną lub/i parkową, to jest:

c) jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni kamiennej z kostki kamiennej nieregularnej o powierzchni minimum 2.000 m² lub o wartości minimum 300.000, 00 zł brutto.”

Powyższa zmiana implikowała dokonanie także zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w zakresie sekcji III pkt 1.3) zdolność techniczna lub zawodowa, o takim samym brzmieniu. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o

zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2017 r. pod nr 38690-2017.

W sekcji 6 pkt 8 protokołu niniejszego postępowania (Druk ZP-PN) Zamawiający wskazał, iż w związku ze zmianą treści ogłoszenia nie przedłużono terminu składania ofert.

Kontrolujący wskazał, 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 ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Zgodnie z ust. 2 przywołanego wyżej przepisu, jeżeli powyższa zmiana jest istotna, a więc 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, z tym, że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej — w trybie przetargu nieograniczonego; 2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej — w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Brzmienie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp wskazuje zatem na obowiązek przedłużenia terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub terminu składania ofert w sytuacji gdy zamawiający dokonuje istotnej zmiany treści ogłoszenia. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2011 r. KIO/KU 109/11: przepis art. 12a ust. 2 ZamPub/U przesądza, iż do zmian istotnych ogłoszenia, powodujących konieczność stosownego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zmiana sposobu opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy polega na „zaostrzeniu” czy też „złagodzeniu” wymagań formułowanych pod adresem wykonawców.

Na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego z Biuletynie Zamówień Publicznych odnośnie zapisów stanowiących opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dlatego też należy uznać, że powyższa zmiana miała charakter istotny.

W związku z powyższym, na mocy ust. 2 art. 12a ustawy Pzp Zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie w nich niezbędnych zmian.

Tym samym Prezes UZP stwierdził, że w toku niniejszego postępowania nastąpiło naruszenie przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Pismem z dnia 13 marca 2019 r. (znak: RPI.271.11.2019) Zamawiający, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej z dnia 4 marca 2019 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewaloryzacja zabytkowego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej”. Zamawiający podniósł następujące zastrzeżenia:

Zastrzeżenia Zamawiającego dot. Zarzutu nr 1.

Powołując się na wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r., Zamawiający wskazał, że nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Wyjaśnił, że w toku badania oferty wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca w dniu 29.03.2017r. złożył wymagane wyjaśnienia, które dotyczyły kwestii ogólnych dotyczących kalkulacji ceny oferty oraz szczegółowych - odnoszących się wprost do 17 urządzeń zabawowych (opartych o ofertę firmy Buglo). Z uwagi na fakt, iż wezwanie zamawiającego dotyczyło m.in. 21 elementów placu zabaw (20 urządzeń zabawowych i 1 tablicy informacyjnej), Zamawiający nie miał pewności co do wyjaśnień dotyczących pozostałych 3 urządzeń zabawowych. Wątpliwości tych nie rozwiąły także wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 05.04.2017r., stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 31.03.2017r., w której wykonawca EDEN wyjaśnił, że pozostałe 3 elementy, o których mowa powyżej są urządzeniami tożsamymi z urządzeniami przewidzianymi w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ.

W związku z zaistniałą niejasną sytuacją co do złożonych wyjaśnień Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie powyższej kwestii. W odpowiedzi wykonawca stwierdził, że część ogólna złożonych wyjaśnień dotyczyła całości (21 elementów) wyposażenia placu zabaw. Załączona do wyjaśnień oferta firmy Buglo Sp. z o.o. obejmuje jedynie urządzenia równoważne. Ponadto, wykonawca wyjaśnił przyczyny obniżenia kosztów

wytworzenia pozostałych urządzeń (3 sztuk) względem kosztorysu inwestorskiego oraz innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca EDEN w trybie przewidzianym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sposób wystarczający odniósł się do kwestii rażąco niskiej ceny i wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wyposażenia placu zabaw złożone przez wykonawcę uznać należy za dopuszczalne i wystarczające, w konsekwencji czego nie wystąpiła konieczność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

W zakresie rozwiązań równoważnych w ofercie Firmy EDEN, po złożeniu wyjaśnień i uzupełnieniu brakujących dokumentów, również nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty. Wykonawca, zgodnie z pkt 3.2 SIWZ, wskazał, który z zaoferowanych sprzętów jest tożsamy ze sprzętem referencyjnym (wskazany w opisie przedmiotu zamówienia), a który sprzęt jest równoważny. W zakresie sprzętu równoważnego wykonawca wskazał na właściwe parametry, które pozwalały Zamawiającemu na zweryfikowanie spełniania przez ów sprzęt parametrów równoważności.

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dot. przedmiotowej kwestii jest właściwym działaniem Zamawiającego, co ma swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 40/17 na okoliczność wezwania do wyjaśnień w przypadku powzięcia wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający wskazał, że całkowita wartość oferty EDEN była niższa zaledwie o 13 % od wartości zamówienia oraz o 10% od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Nie wystąpiły zatem przesłanki by sądzić, że kwota całej oferty nosiła znamiona rażąco niskiej ceny. Elementy, o które pytał Zamawiający ostatecznie zostały wyjaśnione, co wg zamawiającego gwarantowało należyte wykonanie zamówienia, przy czym zamówienie rozliczane było wynagrodzeniem ryczałtowym, co oznacza, że wykonawca był rozliczany za całość wykonanych prac, niezależnie od cen pozycji kosztorysowych. Zamawiający nie nadał kosztorysowi ofertowemu wysokiej rangi. Zamawiający przywołał postanowienia rozdziału XII pkt 2 SIWZ.

Zastrzeżenia Zamawiającego dot. Zarzutu nr 2.

Zamawiający podniósł, że w dniu 07.03.2017 r. dokonał modyfikacji polegającej na zmianie zapisu:

„V. 1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

V. 1.2 zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna warunek za spełniony wówczas, gdy Wykonawca:

1. Wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum 1 robotę budowlaną, której przedmiotem były roboty obejmujące przestrzeń publiczną lub/i parkową, to jest:

c) jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni kamiennej (z kostki granitowej lub bazaltowej) o powierzchni minimum 2.000 m² lub o wartości minimum 300.000,00 zł brutto,”

na zapis:

„V. 1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące.

V. 1.2 zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna warunek za spełniony wówczas, gdy Wykonawca:

1. Wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył minimum 1 robotę budowlaną, której przedmiotem były roboty obejmujące przestrzeń publiczną lub/i parkową, to jest:

c) jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej nieregularnej o powierzchni minimum 2.000 m² lub o wartości minimum 300.000,00 zł brutto”

W ten sposób Zamawiający uprościł zapis, przez co ułatwił proces weryfikacji otrzymanych dokumentów na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy. Nie dokonał zmiany ilościowej, kwotowej czy też materiałowej, wprowadził jedynie uproszczony zapis dotyczący kostki kamiennej (obejmującej zarówno granit jak i bazalt).

Zamawiający w dniu 07.03.2017 r. dokonał także modyfikacji polegającej na uzupełnieniu załącznika nr 7 do SIWZ- Dokumentacja Projektowa o Specyfikację Techniczną wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branży drogowej. Zmiana ta nie nosiła znamion zmiany przedmiotu zamówienia (rozszerzenia czy też ograniczenia). Zostały doprecyzowane parametry techniczne oraz rozwiązania poprzez powołanie norm oraz zasad wiedzy technicznej ogólnie obowiązujących na terenie Polski oraz Unii Europejskiej. Przedmiot zamówienia (materiałowo, rodzajowo, ilościowo) został w sposób zupełny opisany za pomocą dokumentacji projektowej. Należy zauważyć, że przedmiotowa zmiana SIWZ nie pociągnęła za sobą konieczności zmiany ogłoszenia zamówienia czym nie została spełniona przesłanka zmiany terminu wynikająca z art. 12a ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający przytoczył brzmienie art. 12a ustawy Pzp „(...) 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, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej- w trybie przetargu nieograniczonego;” wskazując, że z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia nie jest równa ani nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 nie ma wymogu by termin na złożenie oferty wynosił minimum 15 dni. Ustawodawca wskazał, że zamawiający przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. Nie wskazano zatem minimalnego czasu, jaki przysługuje wykonawcy na złożenie oferty od momentu wprowadzenia zmiany.

Zamawiający zauważył, że zmiana ogłoszenia była jedynie kosmetyczna nie wprowadzająca nowych okoliczności co do warunku udziału w postępowaniu. Czas pozostały od wprowadzenia zmiany (07.04.2017 r.) do dnia otwarcia ofert (13.04.2017 r.) był wystarczający i umożliwił wprowadzenie ewentualnych zmian w ofertach. Zdaniem Zamawiającego, termin „czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach” jest na tyle nieostry, że dopuszcza zmianę terminu, np. o 1 dzień. Z formalnego punktu widzenia zmiana taka spełniałaby zapis art.12a, ale merytorycznie byłaby bez znaczenia dla wykonawców, gdyż (jak wskazano powyżej) pozostały 6 dniowy czas do otwarcia ofert był wystarczający na wprowadzenie ewentualnych zmian w ofertach. Zmiana taka mogłaby za to wprowadzić chaos i doprowadzić do zaburzenia uczciwej konkurencji, przynosząc efekt odwrotny do zamierzonego.

Ponadto Zamawiający zauważył, że wykonawcy mieli możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej na stwierdzone nieprawidłowości, co w tym postępowaniu nie miało miejsca, a jednocześnie ilość ofert złożonych w postępowaniu świadczyła o tym, że postępowanie było konkurencyjne.

Podsumowując, Zamawiający podniósł, że w dniu 16.11.2018 r. doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego dla przedmiotowego zadania. Tego dnia potwierdzono, że całość prac objętych dokumentacją techniczną została wykonana należycie oraz bez usterek. Otrzymano w ten sposób wykonany przedmiot zamówienia, zgodny z wymaganiami przetargu oraz ww. dokumentacją projektową. Fakt ten został potwierdzony przez uprawnionych do tego inspektorów nadzoru w branżach: drogowej, konstrukcyjnej, elektrycznej, teletechnicznej, wodno- kanalizacyjnej oraz pielęgnacji zieleni (w załączeniu przedmiotowy protokół). W dniu 19.11.2018 r. inwestycja została odebrana przez przedstawiciela Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Łodzi. W protokole z przedmiotowego odbioru stwierdzono, iż powyższe prace wykonane zostały zgodnie z pozwoleniem znak: WUOZ-SA-A.5146.169.2016.BS z dnia 31.08.2016 r. zmienionym decyzją znak WUOZ.SK.A.5146.261.2016.BS z dnia 16.11.2016r.

wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i konserwatorską. Nie ujawniono zatem jakichkolwiek odstępstw od dokumentacji projektowej, uprzednio podlegającej uzgodnieniu, na które wydano pozwolenie na prowadzenie prac.

Cztery miesiące, które upłynęły od momentu oddania zrewaloryzowanego parku miejskiego w Rawie Mazowieckiej jednoznacznie pokazały, że inwestycja ta spełnia wszelkie wymogi Zamawiającego oraz społeczności mieszkańców miasta Rawa Mazowiecka. W wyniku realizacji przedsięwzięcia otrzymano przedmiot zamówienia dokładnie taki, jaki szczegółowo opisano za pomocą dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym oraz ustawą o finansach publicznych gospodarność w wydatkowaniu środków publicznych to jedna z najbardziej fundamentalnych zasad w funkcjonowaniu jednostek samorządu terytorialnego. Dbałość o racjonalne wydatkowanie pieniędzy, efektywność podejmowanych działań i optymalizacja procesu inwestycyjnego ma niebagatelne znaczenie dla sprawnego, transparentnego oraz zgodnego z udzielonymi kompetencjami funkcjonowania każdej jednostki sektora finansów publicznych. Realizacja tych założeń jest podwaliną dla prawidłowej realizacji celów istnienia instytucji samorządowych.

W wyniku przeprowadzonej procedury wybrano ofertę w rzeczywisty sposób najkorzystniejszą. Działanie Zamawiającego pozwoliło na zakontraktowanie wykonawcy, którego oferta opiewała na kwotę 4.761.917,00 zł brutto czyli pozwoliło na uzyskanie oszczędności w wysokości 341.812,28 zł brutto (w odniesieniu do oferty firmy KTU-ZIELEŃ Sp. z o.o. z Łodzi) lub 367.265,75 zł brutto (w odniesieniu do oferty firmy M. D. Garden Designers z Lublina). W ten sposób dochowano zasad gospodarności oraz rozsądnego gospodarowania funduszami publicznymi.

W związku z argumentami przedstawionymi w przedmiotowym piśmie Zamawiający wniósł o korektę „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 04.03.2019 r. oraz uwzględnienie uwag, wyjaśnień i argumentacji Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 marca 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnił zastrzeżeń zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 13 marca 2019 r. przekazanym Prezesowi UZP drogą elektroniczną w dniu 14 marca 2019 r. Prezes Urzędu tym samym podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 marca 2019 r. w zakresie stwierdzonych naruszeń, wobec których Zamawiający wniósł zastrzeżenia.

Uzasadniając swoje stanowisko wobec zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, Prezes Urzędu wskazał w szczególności, co następuje:

Zarzut 1

Prezes Urzędu w pierwszej kolejności wyjaśnił, że w toku przedmiotowej kontroli doraźnej nie stwierdzono, aby nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Stanowisko Zamawiającego przedstawione w tym zakresie nie ma zatem związku z wynikiem przeprowadzonej kontroli.

Prezes Urzędu nie zgodził ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby w zakresie rozwiązań równoważnych w ofercie wykonawcy EDEN po złożeniu wyjaśnień i uzupełnieniu brakujących dokumentów, nie zachodziły przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazał na postanowienia rozdz. III pkt 3 i pkt 3.2 SIWZ oraz tabelę parametrów równoważności stanowiącą załącznik nr 8 do SIWZ, które zobowiązywały wykonawcę do spełnienia tych samych lub lepszych właściwości technicznych przez oferowany sprzęt równoważny oraz wskazania w ofercie rozwiązań równoważnych i załączenia danych technicznych, atestów, dokumentów dopuszczających do stosowania w budownictwie. Postanowienia SIWZ wskazują jednoznacznie na moment w którym wykonawca zobowiązany był wskazać, iż zamierza zaoferować rozwiązanie równoważne w ramach niniejszego postępowania.

Wykonawca EDEN w piśmie z dnia 4 kwietnia 2017 r. wskazał, który z zaoferowanych sprzętów należy uznać za tożsamy, a który za równoważny, jednakże oświadczenie w tym przedmiocie zostało złożone przez wykonawcę dopiero po otwarciu ofert, wbrew zapisom rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, a ponadto było wynikiem nieuprawnionego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 31 marca 2017 r. Można więc przyjąć, że czynności podjęte przez wykonawcę celem wykazania zaoferowania sprzętu równoważnego były dalece spóźnione.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę EDEN, bowiem wykonawca ten w wyjaśnieniach złożył de facto nowe oświadczenie woli. Specyfikacja była skonstruowana w ten sposób, że złożenie wraz z ofertą dokumentów dotyczących rozwiązań równoważnych było równoznaczne ze złożeniem oświadczenia woli o zaoferowaniu rozwiązań równoważnych. Nie składając takich dokumentów wykonawca oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, oświadczenie woli złożone przez wykonawcę EDEN w ofercie było też niezgodne z wymaganiami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ – wykonawca nie wskazał

w ofercie oferowanych rozwiązań równoważnych. Zatem Zamawiający był zobowiązany w okolicznościach tej sprawy do odrzucenia oferty wykonawcy EDEN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiadała wymaganiom SIWZ, ponieważ nie wskazywała, że wykonawca EDEN zamierza zaoferować rozwiązania równoważne do tych opisanych w SIWZ. Jednocześnie wskazana niezgodność nie mogła zostać skorygowana przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zasadności powtórnego wezwania wykonawcy EDEN do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanych rozwiązań, Prezes Urzędy wyjaśnił, iż czynność ta nie była kwestionowana w Informacji o wyniku kontroli. W gruncie rzeczy, to właśnie wyjaśnienia wykonawcy złożone w odpowiedzi na wezwanie dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dowiodły, że zamiarem tego wykonawcy było w istocie zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

Zamawiający, wzywając wykonawcę EDEN na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów świadczących o zaoferowaniu rozwiązań równoważnych, zgodnie z rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, niejako przy okazji wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, doprowadził do zmiany treści oferty przez wykonawcę EDEN w zakresie sposobu wykonania zamówienia, bowiem Zamawiający wymagał złożenia oświadczeń, czy też dostarczenia dokumentów, których w pierwotnej ofercie nie złożono, a które nie podlegały uzupełnieniu. Jest to zmiana istotna treści oferty, niedopuszczalna w świetle ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż w zakresie sprzętu równoważnego wykonawca EDEN wskazał właściwe parametry, które pozwoliły mu na zweryfikowanie spełniania przez ów sprzęt parametrów równoważności, Prezes Urzędu wskazał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z 19 maja 2017 r. w zakresie oferowanych urządzeń były nieprecyzyjne, niejednoznaczne, a tym samym nie dowodziły, co zamierza on zaoferować. Wykonawca wskazał m.in., że „Elementy tożsame zostaną wykonane na potrzeby zadania pod nazwą Rewaloryzacja Zabytkowego Parku Miejskiego w Rawie Mazowieckiej we własnym zakresie przez firmę EDEN”, co jest sprzeczne z oświadczeniem wykonawcy złożonym w piśmie z dnia 4 kwietnia 2017 r., w którym wykonawca wskazał, że trzy spośród oferowanych urządzeń są tożsame (referencyjne). W rzeczywistości wykonawca zaoferował w tym zakresie rozwiązania równoważne, dla których nie przedstawił w ofercie żadnych dokumentów, świadczących o spełnieniu wymogów Zamawiającego, zgodnie z zapisami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ. Zatem należy uznać, że wykonawca EDEN także po upływie terminu składania ofert nie wykazał, że oferowane przez niego rozwiązania spełniają wymagania SIWZ.

Zarzut 2

Prezes Urzędu zwrócił uwagę na wstępie na charakter zmiany treści SIWZ w zakresie rozdz. V pkt 1.2 – warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 6 marca 2016 r. na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Dotyczyła ona kwestii zawartych jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem implikowała konieczność dokonania także zmiany treści ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w sekcji III pkt 1.3) zdolność techniczna lub zawodowa.

Dokonując tego rodzaju zmian w treści SIWZ Zamawiający ma obowiązek mieć na względzie art. 12a ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie brzmienie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek przedłużania terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub terminu składania ofert w sytuacji gdy zamawiający dokonuje istotnej zmiany treści ogłoszenia, przy czym za zmiany istotne należy uznać zmiany dotyczące przede wszystkim określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Aby uznać zatem zmianę dokonaną w treści ogłoszenia za istotną wystarczy, aby dotyczyła ona zapisów związanych z warunkami udziału w postępowaniu. Na gruncie niniejszej sprawy dokonana przez Zamawiającego zmiana treści ogłoszenia miała charakter istotny.

Mając powyższe na uwadze, zgodnie z art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający miał obowiązek przedłużyć termin składania ofert o czas, który w jego ocenie byłby niezbędny na wprowadzenia zmian w ofertach. Ponieważ Ustawodawca nie określił czasu minimalnego, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, to należy przyjąć, że kwestia ta leży w gestii samego Zamawiającego.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie, i w konsekwencji podtrzymał stanowisko odnośnie stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1.

Nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 4 marca 2019 r. naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy EDEN do uzupełnienia dokumentów świadczących, iż oferowane przez tego wykonawcę urządzenia spełniają określone wymagania w zakresie równoważności, po upływie terminu składania ofert, pomimo iż zgodnie z zapisami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ powinny one zostać wyspecyfikowane w ofercie, w wyniku czego nastąpiła nieuprawniona zmiana treści złożonej oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EDEN, której treść w terminie składania ofert nie odpowiadała postanowieniom SIWZ dotyczącym sposobu przedstawienia oświadczenia woli zawartego w ofercie w zakresie równoważności, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego w zakresie tego zarzutu w znacznej części dotyczyły czynności wezwania wykonawcy EDEN do wyjaśnienia wątpliwości i podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie podniesione przez Zamawiającego okoliczności nie mają związku ze stwierdzonym naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ zasadność czynności wezwania do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i sposób jej dokonania przez Zamawiającego nie były kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli. Odnoszenie się do tych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego w ramach zastrzeżeń należało uznać za bezprzedmiotowe. W tym zakresie Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP wyrażone w odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia.

Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie odniósł do zarzutu nieuprawnionego wezwania wykonawcy EDEN do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż oferowane przez tego wykonawcę urządzenia spełniają określone wymagania w zakresie równoważności do przedmiotu zamówienia, po upływie terminu składania ofert na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, podkreślić należy, że Zamawiający w regulacji zawartej w rozdz. III pkt 3.2 SIWZ wymagał, aby oświadczenie wykonawcy co do zaoferowania rozwiązań równoważnych zostało przedstawione w ofercie, poprzez złożenie stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków równoważności określonych w tabeli stanowiącej element dokumentacji SIWZ. Jako, że

oferowane rozwiązania równoważne stanowią przedmiot oferty, ich określenie stanowi istotną treść oferty, która nie może ulec zmianie po upływie terminu składania ofert. Jakikolwiek zmiany w ofercie w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia są niedopuszczalne po terminie składania ofert.

Sformułowana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w powyższym zakresie nie budzi żadnych wątpliwości. Ponieważ wykonawca EDEN dopiero w wyniku wyjaśnienia i uzupełnienia ww. dokumentów na wezwanie Zamawiającego określił rzeczywiście oferowany przedmiot zamówienia, co nie wynikało z treści oferty złożonej w terminie składania ofert, należy uznać, że treść oferty złożonej przez wykonawcę EDEN (aktualna w terminie składania ofert) została następnie zmieniona w wyniku złożonych przez wykonawcę EDEN dokumentów i wyjaśnień. Tym samym, po terminie składania ofert nastąpiła nieuprawniona zmiana treści złożonej oferty.

Zauważyć przy tym należy, że sam Zamawiający przyznał, że dopiero w wyniku złożonych wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów, wykonawca EDEN wskazał, który z zaoferowanych sprzętów jest tożsamy ze sprzętem referencyjnym (wskazany w opisie przedmiotu zamówienia), a który sprzęt jest równoważnym. Jednocześnie nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nastąpiło to zgodnie z rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, gdyż w świetle tego postanowienia wykonawca powinien złożyć określone dokumenty w ofercie w terminie składania ofert, czego nie uczynił.

Zauważyć również należy, że twierdzenie Zamawiającego, iż zamówienie rozliczane było wynagrodzeniem ryczałtowym, a Zamawiający nie nadał kosztorysowi ofertowemu wysokiej rangi w postępowaniu, nie ma żadnego znaczenia w kontekście zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących zakaz dokonywania zmian treści złożonej oferty w wyniku wyjaśnień składanych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy też w wyniku uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia Zamawiającego nie odnoszą się także do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawca EDEN złożył ofertę, której treść była niezgodna z wymaganiami rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, gdyż pomimo zaoferowania rozwiązań równoważnych, wbrew temu wymaganiu SIWZ, wykonawca EDEN nie wskazał w ofercie oferowanych rozwiązań równoważnych, co zostało ujawnione na etapie badania tej oferty w wyniku wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. Wobec ustalenia tego faktu w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy EDEN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść złożonej oferty nie wskazywała, stosownie do postanowień rozdz. III pkt 3.2 SIWZ, że

wykonawca EDEN oferuje rozwiązania równoważne, co nie wynikało z treści pierwotnie złożonej oferty.

Zarzut nr 2

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego odnośnie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 4 marca 2019 r. naruszenia przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo, iż dokonano istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zarówno sam fakt, jak i zakres zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2017 r. pod nr 32121 - 2017 wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 7 marca 2017 r. w pkt V.1.2 ppkt 1.c w opisie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej nie był sporny w niniejszym postępowaniu i nie budził wątpliwości. Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły jedynie oceny danego stanu faktycznego.

Zamawiający podniósł w zgłoszonych zastrzeżeniach, że dokonana zmiana treści ogłoszenia stanowiła uproszczenie dotychczasowego zapisu, co ułatwiało proces weryfikacji otrzymanych dokumentów na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że w treści opisu warunków nie dokonał on żadnej zmiany ilościowej, kwotowej czy też materiałowej, a wprowadził jedynie uproszczony zapis dotyczący kostki kamiennej (obejmującej zarówno granit jak i bazalt).

Wskazać należy, 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.

Natomiast w ustępie 2 tego przepisu Ustawodawca wskazał, 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, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania:

1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu nieograniczonego;

2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.”

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podniesione przez Zamawiającego zastrzeżenie, że „Z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia nie jest równa ani nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 nie ma wymogu by termin na złożenie oferty wynosił minimum 15 dni.” nie ma żadnego związku z uzasadnieniem faktycznym i prawnym stanowiącym podstawę do stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 12a ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku przeprowadzonej kontroli nie stwierdzono bowiem naruszenia przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp w zakresie, w którym przepis ten dotyczy postępowań, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przepis art. 12a ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie kwalifikuje zmiany ogłoszenia dotyczące treści warunków udziału w postępowaniu jako zmiany istotne, niezależnie od tego czy są to zmiany zaostrzające czy też upraszczające opis warunku. Jakkolwiek zmiana opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu musi być zatem traktowana jako istotna, która powoduje tym samym obowiązek przedłużenia przez Zamawiającego terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. Przepis nie wskazuje konkretnego okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert ani też nie wskazuje „minimalnego czasu jaki przysługuje Wykonawcy na złożenie oferty od momentu wprowadzenia zmiany” co podnosił Zamawiający. Wobec powyższego, ocena o jaki czas wydłużyć należy ten termin, spoczywa na Zamawiającym, który jest „gospodarzem” danego postępowania.

Skoro zatem, od dnia wprowadzenia zmiany w treści warunku (07.04.2017 r.) do terminu składania ofert (13.04.2017r.) pozostało 6 dni, to należało ten czas odpowiednio wydłużyć, aby termin składania ofert uwzględniał po wprowadzeniu zmiany - czas konieczny na przeanalizowanie ofert i wprowadzenie ewentualnych zmian w ofertach. Niewydłużenie terminu w danym stanie faktycznym stanowi naruszenie przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, który ma charakter bezwzględnie obowiązujący, pozostawiając jedynie do uznania Zamawiającego kwestię określenia długości „czasu niezbędnego” na wprowadzenie zmian w ofertach. W żadnym razie nie można przyjąć, że w ramach tej decyzji zamawiający może uznać, że przedłużenie terminu składania ofert nie jest w ogóle uzasadnione. Nie sposób też zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że „Zmiana taka mogłaby za to wprowadzić

chaos i doprowadzić do zaburzenia uczciwej konkurencji, przynosząc efekt odwrotny do zamierzonego.” Powyższe twierdzenie, w świetle obowiązujących regulacji ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawne i nieuprawnione.

Podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, iż w dniu 07.03.2017r. dokonana została także modyfikacja SIWZ polegająca na uzupełnieniu załącznika nr 7 do SIWZ- Dokumentacja Projektowa o Specyfikację Techniczną wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branży drogowej jest irrelevantna w kontekście Informacji o wyniku kontroli i stwierdzonego naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowa czynność nie była kwestionowana przez Kontrolującego w przedmiotowym postępowaniu.

W podsumowaniu zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego zostały podniesione okoliczności, iż w dniu 16.11.2018 r. doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego dla przedmiotowego zadania, w którym potwierdzono, że całość prac objętych dokumentacją techniczną została wykonana należycie oraz bez usterek, co oznacza, że otrzymano w ten sposób wykonany przedmiot zamówienia, zgodny z wymaganiami przetargu oraz dokumentacją projektową, a w dniu 19.11.2018 r. inwestycja została odebrana przez przedstawiciela Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Łodzi, w którym stwierdzono, że prace wykonane zostały zgodnie ze sztuką budowlaną i konserwatorską.

Niezależnie od przywołanych przez Zamawiającego ww. protokołów odbiorów inwestycji na etapie realizacji zamówienia, nie sposób jest podzielić stanowisko Zamawiającego, że w wyniku przeprowadzonej procedury „wybrano ofertę w rzeczywisty sposób najkorzystniejszą” oraz „w ten sposób dochowano zasad gospodarności oraz rozsądnego gospodarowania funduszami publicznymi”. Przedmiotowa inwestycja powinna być bowiem zrealizowana zgodnie z procedurą obowiązującą dla zamówień publicznych, określoną w przepisach ustawy Pzp, co w danym stanie faktycznym, wobec stwierdzonych w toku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, naruszeń przepisów tej ustawy, nie potwierdziło się. Podkreślić należy, że nie można uznać za najkorzystniejszą takiej oferty, która została przyjęta przez Zamawiającego wbrew postanowieniom SIWZ obowiązującym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań i reguł na etapie badania i oceny ofert, gdyż prowadzi to wprost do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie

Izba podzieliła w całości stanowisko Prezesa Urzędu, że stwierdzone naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp miały wpływ na wynik postępowania, natomiast naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....