

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 5 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:   Andrzej Niwicki  
                          Aneta Młacka  
                          Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 maja 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez od wyniku kontroli doraźne KND/111/23/DKZP DKZP.WKZ3.442.110.2023.MK w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Warszawa - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, w trybie podstawowym pn. „Renaturyzacja dna doliny Łupawy; koryta nizinnej i podgórskiej rzeki ze zbiorowiskami włosieniczników (3260-1), starorzeczy (3150-2) oraz łęgów jesionowo-olszowych (\*91E0)” ogłoszonego w dniu 19.09.2022 r. pod nr. GD.ROZ.2810.36.2022.ZP.LW.

wyraża opinię:

**zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 454 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) w związku z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez wyrażenie, w trakcie realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne, zgody na zmianę parametrów grodzic winylowych, stosowanych przy realizacji przedmiotowego zamówienia, na takie które nie spełniały wymogów wynikających ze Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej także: „Specyfikacja Techniczna”), stanowiącej załącznik nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej także: „OPZ”). Jak

stwierdził organ kontroli taką czynnością tj. wyrażeniem zgody Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

Po zapoznaniu się z zastrzeżeniami do wyniku kontroli, w których Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w złożonych wyjaśnieniach i nie zgadza się ze stwierdzeniem, że naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości Prezes Urzędu przypomniał, że przy realizacji ww. zamówienia publicznego Zamawiający wskazał, że zastosował grodzice, które mają charakter równoważny z wskazanymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i w dokumentacji projektowej. Wybór i akceptacja zastosowanego materiału była zgodna z zapisem punktu 2.2.3 SST 03.06 (cyt. „Dopuszcza się stosowanie innych rodzajów grodzic winylowych do planowanych prac, lecz o parametrach równych lub lepszych od przewidzianych materiałów”). Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania (na etapie składania wyjaśnień przed składaniem ofert) do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w dniu 12.10.2022 r. udzielił także dodatkowych wyjaśnień w zakresie ścianek szczelnych:

„Pytanie nr 4: Czy istnieje możliwość zmiany ścianek szczelnych z PCW na stalowe?  
Odpowiedź: Zamawiający informuje, że istnieje taka możliwość po uzyskaniu zgody Nadzoru Autorskiego i Inwestorskiego, pod warunkiem zachowania parametrów równoważności tzn.:

- minimalna grubość ścianki 9 mm
- minimalny dopuszczalny moment  $M \sim 23,7 \text{ kNm/m}$ ”

Udzielając wyżej cytowanej odpowiedzi - Zamawiający dopuścił możliwość zmiany ścianki szczelnej oraz jednoznacznie wskazał jakie istotne parametry dla grodzic, tj. minimalna grubość grodzicy oraz minimalny dopuszczalny moment mają być zastosowane. W związku z tym, że Zamawiający wskazał te dwa istotne parametry to z samego kontekstu udzielonej odpowiedzi wynika, że pozostałe właściwości fizyko-mechaniczne grodzic nie stanowiły istotnych parametrów. Zamawiający dopuszczając zastosowanie ścianek stalowych (w. cyt. odpowiedź), tym samym potwierdził, że żadne pozostałe parametry grodzic oprócz grubości, długości i momentu są nieistotne, ponieważ ścianki stalowe dostępne na rynku nie spełniają podanych parametrów określonych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i w dokumentacji projektowej. W związku z tym powyższa zmiana dopuszczalnych parametrów ścianek szczelnych była znana potencjalnym wykonawcom na etapie składanych wyjaśnień do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w dniu 12.10.2022 r., przed składaniem ofert. Zmiana ta o charakterze nieistotnym, wprowadzona na etapie postępowania nie wpłynęła na krąg zainteresowanych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Każdy z oferentów miał możliwość zapoznania się z pytaniami i odpowiedziami opublikowanymi na Platformie Zakupowej Wód Polskich i tym samym mógł przyjąć w swej ofercie ścianki szczelne równoważne z zachowaniem tych dwóch parametrów. W świetle powyższego Zamawiający jasno określił przedmiot zamówienia określając

szczegółowo istotne i zrozumiałe dla potencjalnych wykonawców tej branży parametry dla ścianek szczelnych. Na etapie postępowania potencjalni wykonawcy mieli jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. W opinii Zamawiającego udzielenie zgody na zmianę parametrów ścianek szczelnych nie spowodowało istotnej zmiany warunków umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania, ponieważ zastosowanie ścianek szczelnych w osi wału miało jedno zasadnicze zadanie tj. pełnić funkcję przeciwfiltracyjną na całej ich długości i głębokości. Przy wykonaniu ww. robót budowlanych istotnym było zachowanie minimalnej grubości ścianki i minimalnego dopuszczalnego momentu z uwagi na zachowanie parametrów przeciwfiltracyjnych. Zmiana umowy w powyższym zakresie miała charakter nieistotny również z uwagi na osiągnięty cel. Zastosowane ścianki szczelne pełnią funkcję przeciwfiltracyjną, są obsypane obustronnie gruntem, nie przenoszą żadnych obciążeń poziomych oraz pionowych. Zastosowana ścianka spełnia obydwa parametry ustalone na etapie składanych wyjaśnień: grubość ścianki - 9 mm oraz minimalny dopuszczalny moment -  $M 23,7 \text{ kNm/m}$ . Powyższe zmiany zostały udzielone w trybie Nadzoru Autorskiego i Nadzoru Inwestorskiego.

W opinii Zamawiającego zgoda na zmianę grodziec winylowych nie pozostawała w sprzeczności z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia i nie spowodowała zmiany istotnych warunków umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania i zmiana ta w naszej ocenie ma charakter nieistotny. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zmiana ta została również dopuszczona postanowieniami zawartej umowy. Zgodnie z § 13 ust 2 lit. d) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Umowy, o których mowa w art. 455 ust 1 pkt 1 Ustawy Pzp, które mogą dotyczyć w szczególności następujących sytuacji (...) zmiana technologii wykonania danego zakresu robót określonego w dokumentacji projektowej pod warunkiem, iż nie spowoduje ona obniżenia jakości wykonania zamówienia, obniżenia trwałości jego przedmiotu i wzrostu kosztów jego późniejszego utrzymania oraz pod warunkiem wyrażenia zgody przez Zamawiającego; zmiana taka musi zostać spowodowana uzasadniającymi je okolicznościami zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności (...). Zgodnie z brzemieniem zapisów umowy zmiana materiałowa została zaakceptowana uwzględniając warunki gruntowe, co Zamawiający ustalił na etapie realizacji umowy. Ponadto zamawiający opisał fakt, iż po rozpoczęciu prac stwierdzono, iż w wale, w którym miały zostać pograżone ścianki szczelne winylowe była bardzo duża ilość korzeni drzew, a przy doborze rozwiązań projektowych przewidywał zakorzenienie obszaru objętego przedmiotem zamówienia, jednak nie w taki zakresie jak się okazało w trakcie realizacji umowy. Mość korzeni występująca w wale była zdecydowanie większa niż zazwyczaj bywa to na taki terenie. Powód tego stanu rzeczy jest Zamawiającemu nieznanym i nie był możliwym do przewidzenia. W związku z powyższym zmiana materiałowa, a w szczególności kształt ścianki szczelnej z „U-kształtnej” na „Z-kształtną” dawał większe możliwości sposobu ich pograżania

jak również zachowania właściwości po pogrążeniu. Zmiana technologii tj. dopuszczenia innego rozwiązania materiałowego wpłynęła zatem na zwiększenie jakości wykonania zamówienia a tym samym na jego trwałość. Jak wiadomo ściana szczelna wykonana z PCV ma swoją ograniczoną wytrzymałość i przeznaczona jest do wbicia w grunt. W przypadku dużej ilości przeszkód mogłoby zaistnieć ryzyko zniszczenia materiału (tj. ścianki) nieodpornego na tak duży opór jaki stanowią korzenie. Powyższe nie byłoby możliwe do stwierdzenia na etapie wykonania robót a jedynie, gdy wał przestałby być już szczelny, co mogłoby doprowadzić do zagrożenia życia i mienia. Ponadto pogrążenie ścianki szczelnej w układzie zygzakowatym wpłynęło na szybsze tempo prac i mniejsze obciążenie wału podczas budowy.

Zgoda na zaproponowane rozwiązania miała zatem również wpływ na możliwość dochowania terminu realizacji, gdyż duża ilość przeszkód wpływa na tempo pogrążania ścianek szczelnych. Wniosek o powyższą zmianę zawarł w swym piśmie z dnia 29.05.2023 roku podwykonawca firma Viabet Sp. z o.o. (pismo, o którym mowa stanowi załącznik do wyjaśnień z dnia 25.01.2024 roku).

Odnosząc się do opisanych wyżej zastrzeżeń, Prezes Urzędu stwierdził wszczegółności: Nie sposób zgodzić się z przedstawioną przez Zamawiającego tezę, iż przy realizacji ww. zamówienia publicznego Zamawiający zastosował grodzice, które mają charakter równoważny z wskazanymi w Specyfikacji Technicznej i w dokumentacji projektowej, jak również ze stwierdzeniem, że wybór i akceptacja zastosowanego materiału była zgodna z zapisem punktu 2.2.3 Specyfikacji Technicznej, w świetle którego „Dopuszcza się stosowanie innych rodzajów grodzic winylowych do planowanych prac, lecz o parametrach równych lub lepszych od przewidzianych materiałów”. Należy zauważyć, iż w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 kwietnia 2024 r. (m.in. str. 4-5) Kontrolujący wskazał na konkretne parametry grodzic winylowych wskazane we wniosku złożonym przez Wykonawcę o akceptację materiału w postaci grodzic z polichlorku winylu (PVC) nr 1/2023 z dnia 13 maja 2023 r., które różniły się od parametrów przewidzianych w pkt 2.2.3. Specyfikacji Technicznej w zakresie: szerokości przekroju grodzicy - wymagano grodzic winylowych o szerokości min. 600 mm, zaś we wniosku materiałowym nr 1/2023 podano grodzice winylowe o szerokości 250 mm; wysokości (głębokości) przekroju grodzicy - wymagano, aby wysokość przekroju grodzicy wynosiła 230 mm, zaś we wniosku materiałowym nr 1/2023 podano grodzice winylowe o wysokości 210 mm; rozstawu zamków - wymagano rozstawu zamków w odstępie nie mniejszym niż 580 mm, zaś w zastosowanym przez Wykonawcę układzie pogrążania grodzicy rozstaw ten wyniósł ok. 350 mm.

Ww. parametry grodzic winylowych są niższe od przewidzianych w tabeli 2.2.3. Specyfikacji Technicznej, co daje podstawy do uznania, iż doszło w trakcie realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne do wyrażenia zgody na zmianę parametrów grodzic

winylowych, stosowanych przy realizacji przedmiotowego zamówienia, na takie które nie spełniały wymogów wynikających ze Specyfikacji Technicznej.

Jednocześnie nie uwzględniono argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do kwestii dodatkowych wyjaśnień Zamawiającego w odpowiedzi na pytania w dniu 12 października 2022 r., tj. „Pytanie nr 4: Czy istnieje możliwość zmiany ścianek szczelnych z PCW na stalowe? Odpowiedź: Zamawiający informuje, że istnieje taka możliwość po uzyskaniu zgody Nadzoru Autorskiego i Inwestorskiego, pod warunkiem zachowania parametrów równoważności tzn.: - minimalna grubość ścianki 9 mm, - minimalny dopuszczalny moment  $M \sim 23,7 \text{ kNm/m}$ ”.

Jak podnosi Zamawiający, „Udzielając wyżej cytowanej odpowiedzi - Zamawiający dopuścił możliwość zmiany ścianki szczelnej oraz jednoznacznie wskazał jakie istotne parametry dla grodzic, tj. minimalna grubość grodzicy oraz minimalny dopuszczalny moment mają być zastosowane. Zamawiający przyznał, iż „W związku z tym, że Zamawiający wskazał te dwa istotne parametry to z samego kontekstu udzielonej odpowiedzi wynika, że pozostałe właściwości fizyko-mechaniczne grodzic nie stanowiły istotnych parametrów. Zamawiający dopuszczając zastosowanie ścianek stalowych (w. cyt. odpowiedź), tym samym potwierdził, że żadne pozostałe parametry grodzic oprócz grubości, długości i momentu są nieistotne, ponieważ ścianki stalowe dostępne na rynku nie spełniają podanych parametrów określonych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i w dokumentacji projektowej.” Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż Zamawiający, wbrew postanowieniom Specyfikacji Technicznej, stopniował ważność parametrów grodzic winylowych, uznając za istotne tylko niektóre z nich. Jednocześnie Zamawiający, przyjmując dopuszczalność zastosowania ścianek stalowych o parametrach innych niż wymagane w Specyfikacji Technicznej, nie dokonał zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), zgodnie z art. 286 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał dodatkowo, że „powyższa zmiana dopuszczalnych parametrów ścianek szczelnych była znana potencjalnym wykonawcom na etapie składanych wyjaśnień do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w dniu 12.10.2022 r., przed składaniem ofert. Zmiana ta o charakterze nieistotnym, wprowadzona na etapie postępowania nie wpłynęła na krąg zainteresowanych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Każdy z oferentów miał możliwość zapoznania się z pytaniami i odpowiedziami opublikowanymi na Platformie Zakupowej Wód Polskich i tym samym mógł przyjąć w swej ofercie ścianki szczelne równoważne z zachowaniem tych dwóch parametrów.” Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że odpowiedź Zamawiającego dotyczyła wyłącznie ścianek stalowych nie zaś ścianek PCV. Tymczasem Zamawiający argumentuje, jakoby dopuszczenie obniżenia parametrów ścianek stalowych prowadziło jednocześnie do możliwości obniżenia parametrów ścianek PCV, co nie było przedmiotem pytania. Należy także zaznaczyć, iż Wykonawca do realizacji zamówienia wykorzystał ścianki PCV i to ich

parametry zostały obniżone. /.../ Brak jest także podstaw do uwzględnienia argumentacji Zamawiającego dotyczącej faktu, iż ww. zmiany zostały udzielone w trybie Nadzoru Autorskiego i Nadzoru Inwestorskiego.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego, iż ww. zmiana parametrów grodzic winylowych została również dopuszczona postanowieniami zawartej z wykonawcą MELBUD S.A. w dniu 31 marca 2023 r. umowy, tj. na podstawie § 13 ust. 2 lit. d) Umowy, w świetle którego: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Umowy, o których mowa w art. 455 ust 1 pkt 1 Ustawy Pzp, które mogą dotyczyć w szczególności następujących sytuacji: (...) d) zmiana technologii wykonania danego zakresu robót określonego w dokumentacji projektowej pod warunkiem, iż nie spowoduje ona obniżenia jakości wykonania zamówienia, obniżenia trwałości jego przedmiotu i wzrostu kosztów jego późniejszego utrzymania oraz pod warunkiem wyrażenia zgody przez Zamawiającego; zmiana taka musi zostać spowodowana uzasadniającymi je okolicznościami zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności (...)” Kontrolujący pragnie zwrócić uwagę na następujące.

Po pierwsze, należy zauważyć, iż Zamawiający w przedstawianych Prezesowi Urzędu wyjaśnieniach podczas prowadzenia kontroli przedmiotowego postępowanie nie informował, że podstawą prawną wprowadzenia zmian w zakresie parametrów grodzic winylowych były ww. postanowienia Umowy. Należy poddać pod wątpliwość możliwość powoływania się przez Zamawiającego na podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które nie zostały wprost wyartykułowane w dokumentach postępowania stanowiących podstawę do wyrażenia zgody na dokonanie zmian Umowy. /.../ odnosząc się do meritum, Kontrolujący pragnie zauważyć, iż Zamawiający jako przyczynę zastosowania ww. postanowienia umownego podał następujące okoliczności: „Zgodnie z brzmieniem zapisów umowy zmiana materiałowa została zaakceptowana uwzględniając warunki gruntowe, co Zamawiający ustalił na etapie realizacji umowy. Po rozpoczęciu prac stwierdzono, iż w wale, w którym miały zostać pograżone ścianki szczelne winylowe była bardzo duża ilość korzeni drzew. Zamawiający przy doborze rozwiązań projektowych przewidywał zakorzenienie obszaru objętego przedmiotem zamówienia jednak nie w taki zakresie jak się okazało w trakcie realizacji umowy. (...) Powód tego stanu rzeczy jest Zamawiającemu nieznanym i nie był możliwy do przewidzenia. W związku z powyższym zmiana materiałowa, a w szczególności kształt ścianki szczelnej z „U-kształtnej” na „Z-kształtną” dawał większe możliwości sposobu ich pograżania jak również zachowania właściwości po pograżeniu. Zmiana technologii tj. dopuszczenia innego rozwiązania materiałowego wpłynęła zatem na zwiększenie jakości wykonania zamówienia a tym samym na jego trwałość.” Zamawiający stwierdza, iż zaistnienie tych okoliczności opisano we wniosku Viabet sp. z o.o. z 29 maja 2023 r., jednak był to już drugi wniosek dotyczący zmiany w zakresie grodzic. Pierwszy wniosek został złożony przez MELBUD S.A. w dniu 13 maja 2023 r. Wniosek z dnia 13 maja 2023 r. nie zawierał opisu okoliczności faktycznych które uzasadniałyby zmianę

parametrów grodzie winylowych i nie prowadził do zmiany technologii, a jedynie do zmiany materiałów. Kontrolujący pragnie przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z § 13 ust. 6 Umowy: „W przypadku, gdy w ocenie Wykonawcy zaistnieją okoliczności uzasadniające zmianę Umowy, winien on przekazać Zamawiającemu pisemny wniosek dotyczący konkretnej zmiany wraz z opisem zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę do wystąpienia o jej dokonanie oraz niezbędnymi dokumentami, informacjami, danymi, materiałami, etc. potwierdzającymi zasadność wniosku.” Wniosek Viabet sp. z o.o. był skierowany wprost do Inspektora Nadzoru, nie zaś do Zamawiającego. Ponadto, zgodnie z § 13 ust. 5 Umowy: „Dokonanie jakiegokolwiek zmiany postanowień Umowy, wymaga każdorazowo zawarcia przez Strony aneksu sporządzonego w formie pisemnej (ewentualnie w formie elektronicznej – jeżeli Umowa została zawarta w takiej formie) pod rygorem nieważności. Zmiany Umowy nie mogą być dokonywane w trybie czynności jednostronnych Zamawiającego albo Wykonawcy.” Należy zauważyć, iż Zamawiający w ramach postępowania kontrolnego nie przedstawił aneksu do Umowy. W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający nie informuje o istnieniu aneksu do Umowy, który wprowadzałby dopuszczalne zmiany do Umowy. Powyższe wskazuje, iż zmiany wprowadzone nie były dokonane zgodnie z postanowieniami Umowy. Zmiany dokonane bez aneksu obarczone są wadą nieważności.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W ocenie składu opiniującego Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie. Izba nie podziela zatem stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Jak wynika z wyniku kontroli zamawiający miał naruszyć art. 454 ust. 1 i 2 ustawy pzp udzielając zgody na zmianę materiału na taki, który miał nie spełniać parametrów opisanych w swz. Wskazana podstawa naruszenia zasadniczo wymagała wykazania, iż zmiana ta miała mieć wpływ na potencjalny krąg podmiotów uczestniczących w zamówieniu – w tym zakresie stanowisko kontrolującego zawiera się w jednym zdaniu na ostatniej stronie ustaleń, gdzie stwierdzono, że zmiana była istotna, gdyż miała potencjalny wpływ na udział podmiotów w przetargu, co zdaniem składu opiniującego nie ma oparcia w ustaleniach kontroli. Wprawdzie podniesiono argumenty co do potrzeby jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, ale nie ma w istocie zarzutu kontrolującego, że opis taki był niejednoznaczny. Należy nadto zauważyć, że zmiana dotyczyła sposobu wykonania, nie zmieniała przedmiotu zamówienia, w umowie zaś została przewidziana klauzula, na podstawie której zmiany w sposobie wykonania były dopuszczalne. To, że na etapie realizacji okazało się, że wystąpiły okoliczności uzasadniające dopuszczenie zmiany w zakresie grodzi nie może w ocenie składu opiniującego prowadzić do konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie ma, przynajmniej w tej sprawie, takich okoliczności, które uzasadniałyby taki wniosek. Kontrolujący dokonał niejako agrawacji twierdząc, że zmiana miała charakter istotny, gdyż wpływałaby na krąg podmiotów zainteresowanych udziałem – nie ma w okolicznościach rozpatrywanej sprawy podstaw do wywodzenia takiego wniosku, skoro opis zamówienia był dla wszystkich znany i taki sam, a dopiero na etapie realizacji zamówienia wystąpiła potrzeba odstąpienia od rozwiązania wskazanego w swz. A dodatkowo nie przedstawiono racjonalnych przesłanek co do stwierdzenia, że tak ustalone potrzeba w toku realizacji zamówienia wymagała przeprowadzenia nowego postępowania.

W ustaleniach kontroli brak jest również dostatecznych informacji wskazujących na znaczenie tego elementu świadczenia dla treści oferty, a zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 1 zmiana istotna prowadzić miałyby do istotnej zmiany charakteru umowy. Jako taką zmianę przepis traktuje zmianę warunków, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Ponieważ w wyniku kontroli zasadniczo zmiana materiału na etapie realizacji umowy odnoszona jest do ustalenia, iż mogłoby to mieć wpływ na udział podmiotów w postępowaniu należy wskazać, iż w przepisach Ustawy Pzp określenie warunków odnoszone jest do warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia i odpowiedzi na pytania dotyczące możliwości zastosowania materiałów równoważnych nie miałyby żadnego znaczenia dla spełnienia warunków w postępowaniu i sam udział podmiotu. Zmiana wprowadzona w umowie, jako określająca sposób realizacji zamówienia wprost referuje do przedmiotu umowy i jego opisu, determinującego przedmiot świadczenia. Należałoby zatem rozważyć, czy i w jakim zakresie miałyby ona znaczenie dla treści ofert. W tym zakresie w wynikach kontroli nie ma żadnej analizy i ustaleń, które uzasadniałyby przyjęcie, że zmiana wprowadzona na etapie realizowanej umowy rzeczywiście miała taki wymiar i zakres, iż zmieniała treść oferty sensu stricto.

Izba stoi na stanowisku, że nie każda zmiany na etapie realizacji umowy jest istotna, bez konieczności wykazania, iż jej zakres rzeczywiście ma znaczenie takie, że uzasadnia wszczęcie nowego postępowania. W sprawie opiniowanej brakuje de facto przedstawienia znaczących podstaw do uznania, iż zmiana materiału na etapie realizacji miała znaczenie dla kręgu podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia na ten przedmiot. W ocenie opiniującego składu każdy, kto zajmuje się tego typu robotami ma świadomość, że rodzaj użytego materiału ma wtórne znaczenie, a zasadniczo jest zawsze pewną wypadkową warunków, jakie zaistnieją w trakcie realizowanej umowy. W sprawie rozpatrywanej, nie było sytuacji, w której wykonawca zaskoczony tą zmianą miałby stwierdzić, iż nie może wykonać umowy. W istocie wystąpiła jedynie potrzeba zmiany materiału, a taka zmiana była możliwa na gruncie znaczących i ustalonych zapisów umowy.



Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....