

**KIO-KU 13/20**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 03 marca 2020 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 03 lutego 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest

**Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Łosie**  
**Łosie 39, 38-312 Ropa**

w którego imieniu i na rzecz którego działa:

**Dyrektor Generalny Centralnego Instytutu Analiz Polityczno- Prawnych z siedzibą w**  
**m.st. Warszawa ul. Cynamonowa 2/8, 02-777 Warszawa**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 27 stycznia 2020 roku, znak UZP/DKZP/ KU/174/19 w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie robót budowlanych, pn. *Przebudowa obiektów „Małej retencji” w Nadleśnictwie Łosie.*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
	<b>Ernest Klauziński</b>

Wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Łosie, Łosie 39, 38-312 Ropa w którego imieniu i na rzecz którego działa Dyrektor Generalny Centralnego Instytutu Analiz Polityczno- Prawnych z siedzibą w m.st. Warszawa ul. Cynamonowa 2/8, 02-777 Warszawa (dalej „zamawiający”) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości całego zamówienia powyżej progów unijnych. Wartość zamówienia wynosiła 2.791.536,48 zł (647.432,91 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6: 930.512,16 zł (215.810,97 euro). Łączna wartość całego projektu wynosi 206.652.000,00 zł (49.498.670,63 euro)

Postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte w dniu 6 sierpnia 2019 roku. W trakcie prowadzonej procedury zamawiający dokonywał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 18.09.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.09.2019 r. pod nr 2019/S 183-444979.

Zamówienie jest finansowane ze środków UE - 2014-2020- Projekt „*Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu - mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach górskich*”. Przedmiot zamówienia obejmował przebudowę obiektów „Małej retencji” w Nadleśnictwie Łosie. Zakres inwestycji obejmował przebudowę wybranych i wskazanych obiektów (4 sztuk brodo-przejazdów i 6 sztuk przepustów) małej retencji górskiej zgodnie z projektem budowlanym, STWIORB, przedmiarami, oraz umową.

Zamawiający w pkt 5.2 SIWZ przewidział udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Również zamawiający przewidział ich udzielenie w okresie trzech lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, o wartości do 50% wartości zamówienia podstawowego. Zamówienia te polegać będą na powtórzeniu robót budowlanych podobnych do robót stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia oraz będą udzielane po przeprowadzeniu odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jednakże zamawiający nie zamieścił powyższej informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu. W SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający przewidział zastosowanie w postępowaniu art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, tj. tzw. procedury odwróconej.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził:

- 1) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie, niezwłocznie po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako oferta najkorzystniejsza;
- 2) naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp poprzez brak określenia czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy;
- 3) naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak opublikowania dokonanej zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego;
- 4) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w treści zmodyfikowanego ogłoszenia o zamówieniu zapisów niezgodnych z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i niedokonanie stosownej zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą.

Protokół kontroli uprzedniej został przesłany zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2020 roku, wraz z pouczeniem, że stosownie do treści art. 171 a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji.

W dniu 5 lutego do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło pismo zatytułowane jako „Odwołanie” o treści *„Zamawiający w załączeniu przekazuje skan dokumentu, z którego wynika, iż na stronie internetowej zamawiający zamieścił wzmiankę „Uwaga, data składania ofert została zmieniona po opublikowaniu przetargu” Wyjaśnienie:*

*Cytowana wzmianka „Uwaga, data składania ofert została zmieniona po opublikowaniu przetargu” generuje się automatycznie w momencie zmiany na stronie internetowej Zamawiającego terminu składania ofert. Cytowana wzmianka nie jest potwierdzeniem terminu dokonania zmian jedynie stanowi informację że takowa zmiana terminu została dokonana. Potwierdzenie daty dokonania zmian (np. treści, załącznika, itp.) na stronie internetowej Zamawiającego każdorazowo odnotowywane jest w dolnej części wydruku strony po modyfikacji ogłoszenia. Tak też było w przypadku uznanym jako naruszenie w powołanym w pkt.3 wyników kontroli. Dlatego zamawiający jest przekonany że nie naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp..*

W związku z powyższym niezależnie od przedstawionych w dalszej części Uchwały uwag co do kwestii oceny tego pisma i możliwości uznania iż zawiera ono zastrzeżenia do wyniku kontroli, wskazać należy, że w takiej sytuacji zasadnym jest przedstawienie tylko stanowiska Prezesa UZP(Kontrolujący) co do ustaleń pkt 3 stwierdzonych powyżej naruszeń tj. naruszenia art 38 ust.4 Pzp.

W uzasadnieniu dokonanych ustaleń w tym zakresie wskazano, że w trakcie prowadzenia kontroli Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie,

czy w trakcie prowadzonej procedury zamawiający dokonywał modyfikacji treści SIWZ. Z przesłanej przez zamawiającego przy piśmie z dnia 11.12.2019 r. dokumentacji wynika, że zmienione zostały zapisy SIWZ odnośnie terminu składania i otwarcia ofert, o czym zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 18.09.2019 r. Termin składania i otwarcia ofert przesunięty został z dnia 20.09.2019 r. na dzień 07.10.2019 r. W związku z powyższym, pismem z dnia 20.12.2019 r. ponownie zwrócono się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy ww. zmiana SIWZ została również opublikowana na stronie internetowej zamawiającego. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o wskazanie dokładnej daty publikacji oraz załączenie stosownych dokumentów potwierdzających dokonanie ww. czynności.

W odpowiedzi na powyższe pismo w dniu 13.01.2020 r., Zamawiający w załączeniu przekazał skan dokumentu, z którego wynika, iż na stronie internetowej zamawiający zamieścił wzmiankę *„Uwaga, data składania ofert została zmieniona po opublikowaniu przetargu”*. Art. 38 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio. Zamawiający ma prawo dokonywania zmian w treści SIWZ w pełnym zakresie, bez żadnych ograniczeń, pod warunkiem jedynie, że konieczność dokonania zmian w SIWZ wynika z uzasadnionych okoliczności. Ponieważ przepisy nie stawiają żadnych barier w tym zakresie, można przyjąć, że praktycznie każda potrzeba zmiany SIWZ będzie uzasadniona i trudno będzie czynność jej zmiany podważyć, twierdząc, że nie zachodził uzasadniony przypadek. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 7 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 898/13), *zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonać zmiany SIWZ. Sformułowanie "w uzasadnionych przypadkach" oznacza, iż może dokonywać zmian zawsze, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania.*

Kontrolujący podkreślił, że zmiana treści SIWZ powoduje konieczność poinformowania o tym wykonawców. Następuje to poprzez przekazanie treści zmian (a nie całej zmienionej SIWZ) wykonawcom uczestniczącym w odpowiednim etapie postępowania. Odbywa się to poprzez upublicznienie tej zmiany na stronie internetowej, analogicznie do sposobu upublicznienia SIWZ. Jedynie w sytuacji, gdy zamawiający, ze względów, o których mowa w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, nie może udostępnić SIWZ na stronie internetowej, nie ma wtedy również obowiązku publikacji na stronie internetowej zmiany SIWZ, ale przekazuje tę zmianę wykonawcom w taki sam sposób w jaki przekazał im SIWZ. Ponadto, jeżeli w przetargu nieograniczonym zmiana prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, zamawiający musi

zamieścić ogłoszenie o zmianie - zależnie od wartości zamówienia - w BZP albo w Dz.Urz. UE.

Kontrolujący podał, że niezrealizowanie obowiązku udostępnienia SIWZ na stronie internetowej, podobnie jak w przypadku ogłoszenia, godzi w zasadę jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślenia przy tym wymaga, że jak wskazano wyżej, obowiązek udostępnienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ na stronie internetowej wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie ma możliwości odstąpienia od realizacji tego obowiązku, czy też zrealizowania go w jakiś inny sposób.

W wyniku złożonego przez zamawiającego ww. „odwołania” Prezes UZP na wstępie wskazał, że zamawiający nie zgodził się z wynikiem kontroli, wnosząc zastrzeżenia dotyczące przeprowadzonej kontroli. Podkreślił, iż zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń jest jedynym środkiem przysługującym kontrolowanemu mającym na celu uchylenie negatywnych skutków kontroli dla zamawiającego, gdyż zgodnie z treścią przepisu art 167 ust.4 Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej zawarta w Uchwale, jest wiążąca dla Prezesa Urzędu. W wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu stwierdził cztery naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak opublikowania dokonanej zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego, co do którego, jak należy uznać, Zamawiający wniósł zastrzeżenia. Jednakże ich analiza prowadzi do wniosku, iż zastrzeżenia podnoszone przez Zamawiającego w głównej mierze dotyczą wzmianki *„Uwaga, data składania ofert została zmieniona po opublikowaniu przetargu”*, która to, zdaniem Zamawiającego, generuje się automatycznie na stronie internetowej w momencie zmiany terminu składania i otwarcia ofert. W treści swoich zastrzeżeń pełnomocnik zamawiającego skupia się zatem niemalże całkowicie na wspomnianej wyżej wzmiance podkreślając, że w momencie dokonania zmiany terminu składania i otwarcia ofert została ona wygenerowana automatycznie na stronie internetowej oraz tłumacząc, iż: *„Cytowana wzmianka nie jest potwierdzeniem terminu dokonania zmian, jedynie stanowi informację że takowa zmiana terminu została dokonana”*. Równocześnie Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanego w informacji o wyniku kontroli.

Istotą naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp jest bowiem okoliczność braku upublicznienia zmiany SIWZ w zakresie przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert na stronie internetowej, analogicznie do sposobu upublicznienia SIWZ, co godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także jawności postępowania. Podkreślił, że poprzez brak upublicznienia ww. zmiany SIWZ na stronie internetowej zamawiający nie

zrealizował ciążącego na nim obowiązku informacyjnego, który, jak zostało *expressis verbis* wskazane w informacji o wyniku kontroli z dnia 27 stycznia 2020 r., wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie ma możliwości odstąpienia od realizacji tego obowiązku, czy też zrealizowania go w inny sposób. Nadto w swoich zastrzeżeniach zamawiający nie przedstawia żadnej argumentacji, która stanowiłaby polemikę wobec stwierdzonej przez Prezesa Urzędu istoty naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w tym wobec ustaleń faktycznych dokonanych w trakcie przeprowadzonej kontroli.

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

Rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do ustaleń faktycznych i stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie podkreślić należy, że z czterech wskazanych w protokole kontroli naruszeń można w sposób pośredni wywieść, że zamawiający zakwestionował tylko naruszenie wskazane w pkt 3 wyniku kontroli, dotyczące naruszenia art. 38 ust.4 Pzp. Tym samym zdaniem Izby należy uznać, że wskazane w Informacji o wyniku kontroli naruszenia podane w pkt 1; 2 i 4 nie budziły wątpliwości zamawiającego i tym samym ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie nie są kwestionowane i nie podlegają ocenie przez Izbę.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisem art. 171a ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń. Izba stoi na stanowisku, iż zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie wymagań formalnych należy porównywać z wymogami ustawy Pzp co do stawianych zarzutów w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Tym samym zastrzeżenia winny zawierać wskazanie nieprawidłowości w ustaleniach kontroli z podaniem uzasadnienia w tym zakresie, a także wskazanie podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających podjęcie przez zamawiającego określonych (kwestionowanych w protokole kontroli) czynności w postępowaniu. Tylko tak sformułowane zastrzeżenia stanowią podstawę do wydania przez Izbę opinii co do zasadności przyjętego przez Prezesa UZP stanowiska.

Izba nie może domniemywać jakie zastrzeżenia do wyniku kontroli zamierzał podnieść zamawiający, lecz dokonuje ich oceny biorąc pod uwagę ich literalne brzmienie. Zauważyć należy, że ustawodawca nie precyzuje w ustawie Pzp wprost, wymagań formalnych, jakie winny zawierać „umotywowane zastrzeżenia”, jednakże z ich istoty i charakteru wynika, że jako środek odwoławczy winny być sprecyzowane i zawierać analizę czynności

zamawiającego uzasadniających przyczyny nie zgadzania się z wynikami zawartymi w informacji pokontrolnej Prezesa UZP. Zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli materializuje się przez podanie stanowiska zamawiającego bezpośrednio powiązanego z wykazanymi przez Prezesa UZP naruszeniami.

Przenosząc powyższe ustalenia i rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia za prawidłowe i przyjmuje przedstawione ustalenia i wnioski jako własne.

Podkreślenia wymaga fakt, że z treści pisma zamawiającego z dnia 3 lutego 2020 r. wynika, że zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych zawartych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Również brak jest treści, które stanowiłaby polemikę wobec stwierdzonej przez Prezesa Urzędu istoty naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w tym wobec ustaleń faktycznych dokonanych w trakcie przeprowadzonej kontroli. Zawarte w piśmie zamawiającego zatytułowanym „odwołanie” treści, są tylko wyjaśnieniem w jaki sposób wzmianka o zmianie terminu składania ofert znalazła się na stronie internetowej zamawiającego. Powyższe odwołanie nie koresponduje z ustaleniami Prezesa UZP ustalonymi w protokole kontroli oraz ze stwierdzonym naruszeniem.

Podkreślić należy, że w zaistniałym stanie faktycznym na swojej stronie internetowej zamawiający zamieścił wzmiankę *„Uwaga, data składania ofert została zmieniona po opublikowaniu przetargu”*. Jednakże powyższy zapis jest zbyt lakoniczny i zbyt ogólnikowy, aby można było go uznać za zrealizowanie ciężącego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego.

Nie ma znaczenia dla przedmiotowej oceny również ta okoliczność, że zamawiający poinformował wykonawców o zmianie SIWZ pismem z dnia 18.09.2019 r., ponieważ, jak zostało już wspomniane wyżej, brak upublicznienia tej zmiany na stronie internetowej, analogicznie do sposobu upublicznienia SIWZ, godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także jawności postępowania, o których mowa w art. 7 ust. 1 oraz 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zamieszczając treści dokonanych zmian SIWZ naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługiwały na uwzględnienie.

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

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....