

Sygn. akt: KIO/KD 22/18

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 czerwca 2018 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 maja 2018 r. (data wpływu do Urzędu Zamówień Publicznych - 16 maja 2018 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Gmina Grodzisko Dolne z siedzibą w Grodzisku Dolnym nr 125A (37-306 Grodzisko Dolne) dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 maja 2018 r. (znak: KD/5/17/DKUE) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1270R (Żołyńia) Gr. Pow. – Grodzisko Dolne poprzez budowę chodnika w m. Opaleniska, Zmysłówka km 2+675,00 – 4+338,00”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do pkt. 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Gminę Grodzisko Dolne (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa drogi powiatowej Nr 1270R (Żołyńia) Gr. Pow. – Grodzisko Dolne poprzez budowę chodnika w m. Opaleniska, Zmysłówka km 2+675,00 – 4+338,00”, w wyniku której stwierdził naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2654, ze zm.), (dalej „Pzp”):

1. art. 12a ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian, jakich dokonał zamawiający w kontrolowanym postępowaniu, które miały charakter istotny w rozumieniu art. 12a ust. 2 Pzp;
2. art. 22 ust. 1a Pzp poprzez nie doprecyzowanie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

Zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w punkcie 2 zostały uwzględnione przez Prezesa UZP, wobec powyższego przedmiot sporu pomiędzy zamawiającym a Prezesem UZP, którego dotyczy niniejsza uchwała, sprowadza się do naruszenia, o którym mowa w punkcie 1.

W ramach tego naruszenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazał, co następuje.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji Kontrolujący ustalił, że zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 20 września 2016 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej „BZP”) pod nr 310656—2016, na własnej stronie internetowej - www.grodziskodolne.pl oraz na tablicy ogłoszeń. W tym samym dniu na stronie internetowej została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Na podstawie postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w ich brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania Kontrolujący ustalił m.in., iż zamawiający:

- wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 października 2016 r. (tj. 22 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP);
- określił następujące kryteria oceny ofert: cena (waga 80%), okres gwarancji (waga 10%), termin płatności za wykonane roboty (waga 10%);
- nie przewidział wykluczenia na podstawie przesłanek fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 Pzp.

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

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

Ww. zmiany zostały zamieszczone w dniu 22 września 2016 r. w BZP pod nr 312001-2016.

2) pismem z dnia 28 września 2016 r. „na podstawie art. 38 ust. 4 oraz art. 12a ust. 1 ustawy Pzp” dokonał zmian w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

Ww. zmiany zostały zamieszczone w dniu 30 września 2016 r. w BZP pod nr 316081-2016.

3) pismem z dnia 5 października 2016 r. „na podstawie art. 38 ust. 4 oraz art. 12a ust. 1 ustawy Pzp” dokonał zmiany w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności finansowej, poprzez wykazanie posiadania zdolności finansowej lub zdolności kredytowej w wysokości 500 000 zł (zgodnie z warunkiem opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu).

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie zmienił terminu składania i otwarcia ofert wyznaczonego na dzień 12 października 2016 r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 12a ust. 1 Pzp, w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jednocześnie, z dyspozycji ust. 2 ww.

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

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

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

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

Niemniej ostatecznie stwierdził, że zaniechanie w powyższym zakresie stanowiło naruszenie dyspozycji art. 12a ust. 2 Pzp, które nie miało wpływu na wynik postępowania zwłaszcza wobec faktu, iż w postępowaniu złożono 8 ofert.

Zamawiający, pismem z dnia 15 maja 2018 r. (znak: SE.1710.8.2018) złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się m.in. ww. naruszenia.

Wskazał, że przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zarówno w ogłoszeniu o przetargu zamieszczonym w BIP w dniu 20 września 2016r, a także w SIWZ określił, że kryteriami oceny

ofert są: cena (waga 80%), okres gwarancji (waga 10%) oraz termin płatności za wykonane roboty (waga 10%).

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

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

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

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

Dalej wyjaśnił, że w postępowaniu nie dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, gdyż te kryteria cały czas były takie same, a mianowicie cena, okres gwarancji i termin płatności za wykonane roboty, a dokonane zostały jedynie zmiany w zakresie wagi poszczególnych wymienionych w ogłoszeniu oraz w SIWZ kryteriów oceny ofert. Podał, że w ramach

poszczególnych kryteriów oceny ofert dokonał zmiany wagi tych kryteriów w dniu 22 września 2016 r., zaś termin składania ofert upływał w dniu 12 października 2016 r., stąd w świetle cytowanego wyżej art. 12a ust. 1 Pzp zmiana wagi przypisanej niezmiennym kryteriom oceny ofert powodowałaby konieczność zmiany terminu składania ofert, w sytuacji, gdyby było to konieczne. Ponieważ termin składania ofert upływał dopiero za 20 dni, stąd zmiana terminu w jego ocenie nie była konieczna.

Jednocześnie zaznaczył, że wbrew twierdzeniom organu kontrolującego zmiana wagi oceny poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest objęta dyspozycją art. 12a ust. 2 Pzp, a więc nie można mówić tak jak, to uczynił Kontrolujący, że ma to charakter istotny. Według niego charakter istotny w świetle cytowanej wyżej normy prawnej mają tylko zmiany kryteriów oceny ofert, czego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było, gdyż zamawiający nie zwiększał czy też nie zmniejszał liczby pierwotnie ustalonych kryteriów oceny ofert, którymi od początku do końca cały czas były cena, okres gwarancji i termin płatności za wykonane roboty. Z kolei, w świetle art. 12a ust. 1 Pzp nie było konieczności ze strony zamawiającego wydłużenia terminu składania ofert, gdyż zmianie na 20 dni przed terminem składania ofert uległy wagi zawarte w poszczególnych kryteriach oceny ofert, a nie uległy zmianie kryteria oceny ofert, które cały czas były niezmiennie.

Odnosnie dokonanej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, wskazał, że rozszerzył jedynie oświadczenie składane przez wykonawców w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania o podstawę wynikającą z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, co nie wiązało się z koniecznością pozyskania dokumentu potwierdzającego tą sytuację z jakiegokolwiek instytucji, co czyni tę zmianę zmianą nieistotną.

W związku z powyższym podsumował, że Kontrolujący dokonał niewłaściwego zastosowania ww. normy prawnej poprzez przypisanie zamawiającemu, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszył on dyspozycję art. 12a ust. 2 Pzp, w sytuacji, gdy dokonane przez niego zmiany nie miały najmniejszego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd wniosek o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń poprzez uchylenie naruszenia wskazanego powyżej w pkt 1 jest uzasadniony i winien być uwzględniony.

Pismem z dnia 29 maja 2018 r. (sygn. UZP/DKUE/W2/421/6(8)/17/PF) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8 maja 2018 r., odnosnie

naruszenia wskazanego w pkt nr 2.1. ww. Informacji. Jednocześnie poinformował o uwzględnieniu zastrzeżeń w zakresie naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp, wskazanego w punkcie 2.2. ww. Informacji.

Uzasadniając podtrzymanie stanowiska wyrażonego w Informacji o kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia art. 12a ust. 2 Pzp Kontrolujący, opierając się na bezspornym stanie faktycznym, wskazał, na dyspozycję tegoż artykułu, zgodnie z którym, jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. W dalszej części przywołanego przepisu ustawodawca wskazał minimalne terminy, o jakie należy przedłużyć składanie ofert/wniosków w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

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

Dalej wyjaśnił, że co do zasady zmianami istotnymi, a więc implikującymi konieczność przesunięcia terminu składania wniosków lub ofert, będą wszystkie zmiany wpływające na krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Zmiany istotne to bez wątpienia zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców czy kryteriów oceny ofert. Przywołany powyżej przepis nie dotyczy wszystkich zmian wprowadzanych w SIWZ, a jedynie tych, które wiążą się z obligatoryjną zmianą ogłoszenia.

Następnie mając na uwadze stanowisko zamawiającego zaprezentowane w zastrzeżeniach do kontroli, dotyczące zmiany określenia kryteriów oceny ofert wskazał, iż kryteria oceny ofert są jednym z najistotniejszych elementów zarówno SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Kryteria oceny ofert służą do przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, której celem jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający może posługiwać się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp. Wskazany przepis stanowi, że specyfikacja zawiera co

najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. W zależności od zastosowanego trybu kryteria oceny ofert zawarte w SIWZ oraz określone w niej ich znaczenie są uszczegółowieniem informacji zamieszczanej w ogłoszeniu lub zaproszeniu, przy czym należy wskazać, że zgodnie z art. 41 pkt 9 Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pzp zawiera co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Z powyższego zdaniem Kontrolującego wynika, że waga (znaczenie) kryteriów oceny ofert jest co do zasady obowiązkowym elementem ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a ich modyfikacja w SIWZ skutkuje koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

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

Jak dalej zaznaczył Kontrolujący w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zmienił treść SIWZ poprzez zmianę wag dla dwóch z trzech określonych kryteriów oceny ofert oraz dokonał zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Należy uznać, iż były to zmiany istotne, co winno było wiązać się z przedłużeniem terminu składania ofert, gdyż każdy wykonawca przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu dokonywał kalkulacji oferty pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert i ich wag. Waga poszczególnych kryteriów z pewnością była przez wykonawców brana pod uwagę przy sporządzaniu ofert, skoro można było za nie otrzymać określoną ilość punktów. Tym samym uznał, iż zmiana wag dla poszczególnych kryteriów nakładała na wykonawców obowiązek ponownej kalkulacji ceny oferty. W przypadku zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp wyjaśnił, iż wykonawcy niekoniecznie na dzień, w którym zamawiający dokonał ww. zmiany, dysponowali odpowiednimi dokumentami w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w

postępowaniu na podstawie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, co wiązało się z koniecznością ich pozyskania z odpowiednich instytucji. Tym samym, zmianę tę również uznał za istotną i wymagającą przedłużenia terminu składania ofert.

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

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

Izba zważyła co następuje.

W pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania Kontrolujący wskazał, iż zamawiający poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian, dotyczących kryteriów oceny ofert oraz zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wymóg, aby wykonawcy wykazali, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, które to zmiany miały charakter istotny, dokonał naruszenia art. 12a ust. 2 Pzp. W związku ze stwierdzonym naruszeniem zamawiający w trybie art. 167 ust. 1 Pzp zgłosił zastrzeżenia do Prezesa Urzędu Zamówień. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w pkt. 2.1 Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. W związku z tym zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Pzp przedmiotowe zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zachodziły podstawy do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 12a ust. 2 Pzp – skutek nie dokonania zmiany

terminu składania ofert w sytuacji dokonania istotnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP.

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

Ustalony w toku postępowania kontrolnego stan faktyczny był bezsporny pomiędzy stronami.

Zamawiający, argumentację przedstawioną w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej następczej, zasadniczo oparł na tezie, iż dokonanym zmianom wag kryteriów oraz zmianie przesłanek wykluczenia z postępowania nie można przypisać waloru istotności, i jako takie nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 12a ust. 2 Pzp. Dlatego też dokonane zmiany powinny być oceniane przez Kontrolującego w kontekście art. 12a ust. 1 Pzp, który stanowi, że w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych (...), zamawiający przedłuża termin składania (...) ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. W ocenie zamawiającego, w związku z tym, że termin składania ofert upływał 20 dni po dokonanych zmianach w zakresie wag kryteriów, zmiana terminu składania ofert nie była konieczna. Zamawiający, za zmianę nieistotną uznał również zmianę, w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania, poprzez dodanie do katalogu przesłanek wykluczenia, fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Wniosek ten zamawiający wywiódł, z faktu, iż w jego ocenie rozszerzenie przesłanek wykluczenia wiązało się jedynie z szerszym zakresem oświadczenia składanego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie wiązało się z koniecznością pozyskania dokumentu potwierdzającego tę okoliczność z jakiegokolwiek instytucji.

Izba uznała, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie w związku ze stwierdzonym naruszeniem nie zasługuje na uwzględnienie, a stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia przyjęła jako własne.

Art. 12a ust. 2 Pzp, stanowi, że jeżeli zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Jednocześnie ustawodawca w stosunku do postępowań, których wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp nie określił terminów tego przedłużenia, pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającemu. Swoboda ta jednak, w tym przypadku, została ograniczona do ustalenia o jaki okres czasu należy przedłużyć termin

składania ofert. W zakresie uznania zamawiającego nie pozostaje kwestia, czy przedłużenie jest konieczne, gdyż tę kwestię przesądził ustawodawca konstruując ww. przepis i przyjmując, iż takie przedłużenie musi nastąpić.

Bezpornie kryteria oceny ofert są jednym z najistotniejszych elementów ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, mającym bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 Pzp). Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp SIWZ zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Natomiast art. 41 pkt 9 Pzp określając elementy ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, że zawiera ono co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Oba dokumenty muszą być spójne, z tym, że informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu są ogólniejsze. Niemniej waga (znaczenie) kryteriów oceny ofert jest co do zasady obowiązkowym elementem ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a ich zmiana skutkuje koniecznością zmiany obu dokumentów. Waga kryterium jest istotnym dopełnieniem opisu kryterium, które to elementy łącznie wpływają na konstrukcję ofert sporządzanych przez Wykonawców. Dlatego też nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że zmiana wag przypisanych poszczególnym kryteriom oceny ofert nie stanowi zmiany istotnej. W niniejszym przypadku zamawiający dokonał kilkudziesięcioprocentowego przesunięcia wag pomiędzy poszczególnymi kryteriami (kryterium: cena waga z 80% na 60%, kryterium okres gwarancji waga z 10% na 30 %) co mogło powodować konieczność ponownej analizy założeń przyjętych początkowo do kalkulacji oferty, a w efekcie ponownej kalkulacji ceny oferty, jak wskazał Kontrolujący.

Za zmianę istotną należy uznać również rozszerzenie katalogu przesłanek wykluczenia o przesłankę fakultatywną określoną w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Zbyt uproszczona jest argumentacja zamawiającego, wskazująca, że przedmiotowa zmiana nie mogła powodować komplikacji po stronie wykonawców, gdyż wiązała się tylko z rozszerzeniem składanego przez nich oświadczenia. Każdy rzetelny wykonawca, przygotowujący ofertę z należytą starannością, zobowiązany był co najmniej ustalić, czy wobec niego nie zachodzą przesłanki skutkujące wykluczeniem na podstawie przywołanego powyżej przepisu, czego mógł dokonać m.in. poprzez pozyskanie stosownych dokumentów urzędowych.

Tak jak Izba wskazała powyżej, w przypadku dokonania przez zamawiającego istotnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu, a z takimi mamy do czynienia w niniejszej sprawie, konieczne było przedłużenie terminu składania ofert. Niewypełnienie tego obowiązku skutkuje naruszeniem normy prawnej zawartej w art. 12a ust. 2 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....