

Sygn. akt: KIO/KU 1/18

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 22 stycznia 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli uprzedniej, zgłoszonych pismem z dnia 29 grudnia 2017 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Miejski Zarząd Dróg w Bielsku- Białej,**  
**ul. Michała Grażyńskiego 10,**  
**43-300 Bielsko - Biała**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 grudnia 2017 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **rozbudowę ul. Cieszyńskiej w Bielsku - Białej w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku - Białej”**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Członkowie: Przemysław Dzierzędzki**  
**Danuta Dziubińska**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

W wyniku kontroli uprzedniej postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę ul. Cieszyńskiej w Bielsku - Białej w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku - Białej”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadniony brak wezwania wykonawcy Konsorcjum: EUROVIA POLSKA S.A. (lider), EUROVIA CS, a.s. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie minimum 10.000.000 zł;
2. art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) zmian będących kontynuacją modyfikacji w treści siwz.

W zakresie naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, które jest kwestionowane w zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeniach, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w toku kontroli ustalił, co następuje:

Zamawiający w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu - sekcja VI.3 Informacje dodatkowe zamieścił m.in. następujące wymagania:

„(..) 2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą łącznie spełniać warunki udziału w postępowaniu, przy czym warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej określone w sekcji III.2.2) lit A) ppkt 2) i 3) musi spełniać ten lub ci spośród wspólnie ubiegających się wykonawców, który potwierdza spełnianie warunku określonego w sekcji III.2.2) lit. A) ppkt 1). Dane dotyczące wykonawców podlegają sumowaniu za wyjątkiem, liczby wykonanych zamówień oraz niepodlegających sumowaniu wskaźników finansowych, takich, jak płynność (...).

6. W przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (sekcja II.2.2) polegać będzie na zasobach innych podmiotów, Zamawiający żąda dodatkowo (poza dokumentami wymienionymi w pkt 4) przedłożenia wraz z ofertą zobowiązania tych podmiotów do ponoszenia wobec Zamawiającego solidarnej z Wykonawcą odpowiedzialności za wykonanie zamówienia. Zasady określone w pkt 2 dotyczą również podmiotów trzecich.

14. Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane w terminie do 28 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, stosownie do treści Subklauzuli 8.1 Szczególnych Warunków Kontraktu.

14.1.1. Zamawiający przewiduje, iż rozpoczęcie wykonywania Robót nastąpi od 11.2016r.

14.1.2 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zrealizował Etap I robót w terminie do 15 m-cy od Daty Rozpoczęcia”.

W wyniku modyfikacji SIWZ wprowadzonych w toku postępowania, Zamawiający zmienił:

- pkt 6.7.2 IDW (sekcja VI. 3) 2 ogłoszenia), który modyfikacją z dnia 2.11.2016r. otrzymał brzmienie „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą łącznie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Dane dotyczące wykonawców podlegają sumowaniu za wyjątkiem liczby wykonanych zamówień oraz niepodlegających sumowaniu wskaźników finansowych takich jak płynność bieżąca”

- pkt 7.3.5 IDW (sekcja VI. 3) 6 ogłoszenia), który został wykreślony modyfikacją IDW z dnia 02.11.2016r.

- pkt 5.2 i 5.3 IDW (sekcja VI.3) 14.1.1 i 2 ogłoszenia), które modyfikacją z dnia 2.12.2016r. otrzymały brzmienie: „Zamawiający przewiduje, iż rozpoczęcie wykonywania Robót nastąpi od czerwca 2017r. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zrealizował Etap I robót w terminie do 18 m-cy od Daty Rozpoczęcia”.

Zamawiający w „Ogłoszeniu dodatkowych informacji” z dnia 4.11.2016r. zamieścił zmianę dotyczącą zdolności ekonomicznej i finansowej oraz w „Innych dodatkowych informacjach” wskazał: „Informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji przetargowej. Więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej” Analogiczne zapisy Zamawiający wprowadził w „Innych dodatkowych informacjach” w „Ogłoszeniu dodatkowych informacji” z dnia 6.12.2016r.

W oparciu o powyższe, w toku kontroli stwierdzono, że Zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) ww. informacji, przy jednoczesnym dokonaniu opisanych wyżej zmian SIWZ naruszył art. 38 ust.4a pkt 2 ustawy Pzp. Za niewystarczające Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał wpisanie w treści ogłoszenia zapisu „Więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej”.

Pismem z dnia 29 grudnia 2017r. Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg w Bielsku - Białej, na podstawie art. 171a ustawy Pzp, wniósł umotywowane zastrzeżenia, nie zgadzając się z ze wskazanym w pkt 2 zarzutem naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp polegającym na nie zamieszczeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) zmian będących kontynuacją modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zauważył, że zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że w analizowanym przypadku przekazał, stosownie do wymagania tego przepisu ogłoszenie o zmianach, a zatem nie naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. Wykładnia dokonana przez kontrolującego jest w ocenie Zamawiającego błędna, gdyż to przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianach jest wypełnieniem obowiązku z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, co też miało miejsce. Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp, w tym art. 38 ust. 4 a ustawy Pzp i art. 12 ustawy Pzp nie wskazują wprost i jednoznacznie jak mają brzmieć informacje o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Pewnego rodzaju wskazówek dostarcza formularz ogłoszenia przeznaczony do publikacji zmian w treści ogłoszenia obowiązujący w dniu wszczęcia postępowania. Wynika z niego, że zmiana może polegać zarówno na zastąpieniu pewnej informacji inną lub dodaniu informacji, która nie znalazła się w pierwotnej wersji ogłoszenia o zamówieniu, ale też na skorzystaniu z pola - informacje dodatkowe. W przedmiotowym przypadku Zamawiający zastosował tę ostatnią technikę wyboru wypełniając pole „informacje dodatkowe” tj. zamieścił nie tylko informacje o treści „więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej” ale też zamieścił treść „informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji przetargowej”. Zamawiający odesłał więc w ogłoszenia o zmianach do dokumentacji przetargowej i poinformował jednocześnie o tym, że w dokumentacji przetargowej znajdują się informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji przetargowej. W ten sposób przekazał wykonawcom komplet informacji w wymaganym zakresie. SIWZ jako podstawowy dokument sporządzany w przetargu nieograniczonym, stosownie do wymagań ustawy Pzp była dostępna wszystkim zainteresowanym potencjalnym wykonawcom od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, a zatem dostęp do niej i dokonanych w niej zmianach był nieograniczony.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zgłoszonych zastrzeżeń, pismem z dnia 10 stycznia 2018r., poinformował, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 grudnia 2017r. odnośnie zakwestionowanego przez Zamawiającego naruszenia art. 38 ust.4a pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swego stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przytoczył ponownie stan faktyczny sprawy i wskazał, że Formularz przeznaczony do publikacji zmian w treści ogłoszenia obowiązujący w dniu wszczęcia postępowania nie wprowadza ograniczenia w postaci limitu znaków dla poszczególnych sekcji informacyjnych. Wskazał, że w Sekcji VI: Informacje uzupełniające ww. formularza w pkt VI.3 Informacje do poprawienia lub dodania należało określić miejsce, w którym tekst lub daty mają być zmienione lub dodane. Zmiany mogły dotyczyć ogłoszenia pierwotnego, odpowiedniej dokumentacji przetargowej lub obu tych przypadków, co następowało przez zaznaczenie odpowiedniego pola: „W ogłoszeniu pierwotnym”, „w odpowiedniej dokumentacji przetargowej (więcej informacji w odpowiedniej

dokumentacji przetargowej)” lub „w obu przypadkach (więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej). Natomiast miejscem do wprowadzenia zmian była Sekcja VI.3.3) „Tekst, który należy poprawić w pierwotnym ogłoszeniu (jeżeli dotyczy)”, gdzie znajdowały się rubryki: „miejsce, w którym znajduje się zmieniany tekst”, „zamiast”, „powinno być”. Miejscem do wprowadzenia tekstu, który należało dodać do pierwotnego ogłoszenia (jeżeli dotyczy) była Sekcja VI.3.6, gdzie znajdowały się rubryki: „miejsce, w którym należy dodać tekst” oraz „tekst do dodania”.

Zatem za niewystarczające dla modyfikacji ogłoszenia w powyższym zakresie należy uznać wskazanie przez Zamawiającego jedynie: „Informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji przetargowej. Więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej”. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, powyższe nie oznacza, że taka informacja była jednoznaczna z przekazaniem wykonawcom kompletu informacji w wymaganym zakresie.

Zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu SIWZ, który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje także w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto zgodnie z instrukcjami dotyczącymi korzystania ze standardowego formularza 14 „Sprostowanie” (F14) zamieszczonymi na stronie <https://simap.ted.europa.eu/pl/web/simap/standard-forms-for-public-procurement> pkt 3: „Formularza F14 nie należy wykorzystywać do wprowadzenia zmian w dokumentacji przetargowej (specyfikacji technicznej). Niemniej możliwe jest wykorzystanie punktu VII.2 Inne dodatkowe informacje WYŁĄCZNIE w celu powiadomienia o wprowadzeniu zmian w dokumentacji przetargowej”. Zatem, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w omawianym przypadku zmiana powinna polegać na zastąpieniu informacji znajdującej się w treści ogłoszenia na informację zmienioną, ewentualnie na poinformowaniu o wykreśleniu lub dodaniu określonych informacji. Skuteczne przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianach do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierające jedynie zasygnalizowanie, że Zamawiający dokonał zmian w „odpowiedniej dokumentacji postępowania” bądź też odesłanie „informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji postępowania” nie może zostać uznane za zmianę treść ogłoszenia w przedmiotowej sprawie. W konsekwencji tak dokonanej zmiany SIWZ w ogłoszeniu pozostały zapisy w wersji pierwotnej, niezgodnej z dokonanymi zmianami i intencjami Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Po analizie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją Zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

Izba podzieliła ustalenia faktyczne i ocenę prawną dokonane w toku kontroli przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie naruszenia art. 38 ust.4a pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał odpowiednio w dniach 2.11.2016r. i 2.12.2016r. modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*dalej SIWZ*) w zakresie:

1. pkt 6.7.2 IDW - opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
2. wykreślenia pkt 7.3.5 IDW - wymogu przedłożenia przez wykonawcę, który polega na zasobach innych podmiotów w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zobowiązania tych podmiotów do ponoszenia wobec Zamawiającego solidarniej z Wykonawcą odpowiedzialności za wykonanie zamówienia;
3. pkt 5.2 IDW - przesunięcia przewidywanego terminu rozpoczęcia robót z listopada 2016r. na czerwiec 2017r.
4. pkt 5.3 IDW – przedłużenia okresu realizacji Etapu I z 15 do 18 miesięcy.

Stosowne postanowienia dotyczące ww. kwestii były zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu nr 2016/S 074-128575 Sekcji VI. 3 „Informacje dodatkowe”.

Zamawiający, dokonując modyfikacji treści SIWZ w „Ogłoszeniu dodatkowych informacji” z dnia 4.11.2016r. oraz 6.12.2016r. w poz. „Inne dodatkowe informacje” wprowadził zapis o treści: *„Informacje do poprawienia lub dodania w odpowiedniej dokumentacji przetargowej. Więcej informacji w odpowiedniej dokumentacji przetargowej”*.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż użyte przez Zamawiającego sformułowanie o treści jak wyżej ma charakter ogólny i nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 38 ust.4a pkt 2 ustawy Pzp. Istotą przywołanego przepisu ustawy jest doprowadzenie do zgodności treści ogłoszenia z treścią zmodyfikowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych postanowień SIWZ. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający, modyfikując postanowienia SIWZ do takiej zgodności nie doprowadził. Sama formalna publikacja ogłoszenia o zmianie, jaka miała miejsce w tym przypadku, bez podania treści informacji, które uległy zmianie nie stanowi wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 38 ust.4a pkt 2 ustawy Pzp. Odmienne stanowisko Zamawiającego, wyrażone w tym zakresie w zgłoszonych zastrzeżeniach jest niezasadne.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na zastrzeżenia, iż zgodnie z instrukcjami dotyczącymi korzystania ze standardowego formularza 14 „Sprostowanie” pkt 3 Formularza F14 nie należy stosować do wprowadzania zmian w dokumentacji przetargowej, można go wykorzystać wyłącznie w celu powiadomienia o wprowadzeniu zmian w dokumentacji. Jednak podanie informacji o wprowadzeniu zmian w dokumentacji nie jest zmianą treści ogłoszenia i nie prowadzi do zgodności postanowień ogłoszenia ze zmienionymi postanowieniami SIWZ.

Przywołać należy także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2016r. KIO/KD 3/16, w której wskazano m.in. „zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje zmiany treści postanowień SIWZ, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występują w ogłoszeniu o zamówieniu. Do katalogu takich opisów występujących w obu dokumentach zaliczyć można określenie przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kwoty wadium, terminy składania ofert itd. Jeżeli zatem dokonanie zmiany nastąpi tylko w SIWZ, a w ogłoszeniu o zamówieniu pozostanie opis w wersji pierwotnej to występuje niezgodność z dokonaną przez zamawiającego zmianą. Zmiana treści SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu wymaga zawsze aktualizowania tego drugiego dokumentu celem zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Wskazać należy, że zakres wydanej opinii wynika ze zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń. W tym stanie rzeczy, wobec braku zgłoszenia zastrzeżeń co do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, opinia wydana przez Krajową Izbę Odwoławczą dotyczy wyłącznie naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....