

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

z dnia 20 lutego 2014 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

**Miasto Przasnysz**

**Ul. Jana Kilińskiego 2**

**06-300 Przasnysz**

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

**usuwanie wyrobów zawierających azbest**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący –

Ewa Sikorska

Członkowie :

Anna Packo

Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub kontrolujący) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usuwanie wyrobów zawierających azbest z terenu Miasta Przasnysz.

Z informacji o wyniku kontroli z dnia 24 stycznia 2014 roku wynika, że kontrolujący stwierdził następujące naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp:

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający w dniu 29 marca 2010 r. (tj. na 2 dni przed terminem składania ofert) zamieścił na swojej stronie internetowej zmodyfikowaną wersję Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zmiana zapisów SIWZ dotyczyła pkt XV. „Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej”. W pierwotnej wersji SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 22 marca 2010 r. w ramach kryterium cena ofertowa – 100% zamawiający wyszczególnił następujące podkryteria:

- cena jednostkowa brutto demontażu 1m<sup>2</sup> płyty azbestowej z budynku mieszkalnego x 50,
- cena jednostkowa demontażu 1m<sup>2</sup> płyty azbestowej z budynku gospodarczego x 10,
- cena jednostkowa brutto magazynowania, transportu i utylizacji 1 tony odpadów zawierających azbest x 40.

Obliczenia wartości punktowej kryterium cena zamawiający miał dokonać na podstawie następującego wzoru:

Cena jednostk. brutto demontażu 1m <sup>2</sup> płyty azbestowej z bud. mieszkalnego w ofercie najtańszej	Cena jednostk. brutto demontażu 1m <sup>2</sup> płyty azbestowej z bud. gospodarczego w ofercie najtańszej	Cena jednostk. brutto mag. transp. i utylizacji 1 t odpadów zawierających azbest w ofercie najtańszej
Ocena punktowa = _____ x 50 +	_____ x 10+	_____ x 40
Cena jednostk. brutto demontażu 1m <sup>2</sup> płyty azbestowej z bud. mieszkalnego w ofercie badanej	cena jednostk. brutto demontażu 1m <sup>2</sup> płyty azbestowej z bud gospodarczego w ofercie badanej	Cena jednostk. brutto mag. transp. i utylizacji 1 t odpadów zawieraj. azbest w ofercie badanej

Po zmianie zapisów SIWZ kryterium oceny ofert była nadal cena – 100%. Jednakże, zamawiający powyższy wzór zastąpił zapisem „*cena jednostkowa netto musi zawierać koszt demontażu, odbioru zdemontowanych odpadów azbestowych, ich transportu i utylizacji, w przeliczeniu na jeden metr kwadratowy płyty zawierającej azbest*”. Ponadto zamawiający dodał, że najkorzystniejszą zostanie wybrana oferta, która zgodnie z powyższym kryterium uzyska najwyższą liczbę punktów spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Jednocześnie zmianie uległ wzór formularza ofertowego. W pierwotnym wzorze formularza zamawiający wymagał podania cen jednostkowych (netto, podatku VAT oraz brutto) za 1m<sup>2</sup>:

- demontażu płyty azbestowej – budynek mieszkalny,
- demontażu płyty azbestowej - budynek gospodarczy oraz za 1 tonę utylizacji wyrobów zawierających azbest wraz z transportem.

W nowym wzorze formularza ofertowego wykonawca zobowiązany był do podania ceny wartości usługi demontażu płyt azbestowo – cementowych z dachów budynków znajdujących się na terenie Miasta Przasnysz, załadunku i transportu odpadów zawierających azbest z nieruchomości oraz ich utylizacji na przystosowanym do tego celu składowisku odpadów w ilości 8000 m<sup>2</sup>. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że jednostką obmiaru będzie 1 m<sup>2</sup>. Zamawiający wskazał, że do rozliczenia usługi stosowana będzie zaproponowana przez wykonawcę cena jednostkowa netto i rzeczywista ilość zdemontowanych płyt azbestowych.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że zmiana SIWZ dokonana została w związku z wątpliwościami zamawiającego, które pojawiły się po ponownym przeanalizowaniu jej zapisów, jak również z informacjami uzyskanymi od pracowników innych jednostek samorządu terytorialnego, którzy przeprowadzali podobne postępowania przetargowe i w których powyższy wzór służący obliczeniu wartości punktowej ofert nie gwarantował skutecznego wyboru wykonawcy. W opinii zamawiającego dokonana zmiana była ułatwieniem dla potencjalnych wykonawców w przygotowaniu oferty, bowiem nie zachodziła konieczność wydzielania z całości zamówienia części dotyczącej demontażu wyrobów zawierających azbest z budynków mieszkalnych, demontażu z budynków gospodarczych i określenia kosztów transportu i utylizacji ww. wyrobów, a tylko określenie ceny jednostkowej netto za demontaż płyt azbestowo – cementowych z dachów budynków znajdujących się na terenie Miasta Przasnysz wraz z załadunkiem i transportem odpadów zawierających azbest z nieruchomości oraz ich utylizacją na przystosowanym do tego celu składowisku odpadów.

Tym samym, zdaniem zamawiającego, zmiana treści SIWZ nie powodowała zmiany treści ogłoszenia, o której mowa w art. 12 a ustawy Pzp. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że wprowadzona korekta była nieistotną zmianą postanowień SIWZ, gdyż nie powodowała uciążliwości dla oferentów w przygotowaniu ofert, stąd też zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 8 ofert, z czego 4 oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że zostały złożone na nieobowiązujących formularzach, których wzór stanowił załącznik do SIWZ, zaś ich treść nie odpowiadała wymaganiom zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści SIWZ nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli SIWZ jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

Kontrolujący stwierdził, iż z powyższej regulacji wywieść należy, że jeżeli w wyniku zmiany treści SIWZ dokonanej przez zamawiającego, niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert, przy czym ustawodawca nie precyzuje minimalnego terminu w tym zakresie. Podkreślić zatem należy, że dodatkowy czas o jaki zamawiający musi wydłużyć wyznaczony pierwotnie termin, ma umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ na 2 dni przed upływem terminu składania ofert. Kontrolujący uznał, że wprowadzona w formularzu ofertowym zmiana była na tyle istotna, że powinna skutkować wydłużeniem terminu składania ofert w celu przygotowania przez wykonawców ofert zgodnie z wymogami zamawiającego. O powyższym świadczy fakt, iż 4 z 8 wykonawców złożyło oferty na nieaktualnym wzorze formularza ofertowego, w konsekwencji czego zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne pod względem ceny, co wykluczało możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania, która może być przyczyną jego

unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

Kontrolujący przywołał treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Mając na uwadze powyższe, wskazał, iż zamawiający publikując zmianę treści SIWZ na stronie internetowej bez uwzględnienia czasu niezbędnego na wprowadzenia przez wykonawców zmian w ofertach nie zapewnił zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. A zatem przedmiotowe postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący stwierdził, iż nieprzedłużenie przez zamawiającego terminu składania ofert w przypadku dokonania ww. modyfikacji SIWZ miało wpływ na przygotowanie oferty, w konsekwencji czego zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne pod względem ceny, co wykluczało możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 6 ustawy, co w konsekwencji powodowało konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 stycznia 2014 roku, wniesionym do Prezesa UZP w dniu 31 stycznia 2014 roku odwołujący złożył zastrzeżenia do wyników kontroli z dnia 24 stycznia 2014 roku.

Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z ogłoszeniem z dnia 23 marca 2010 roku i SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Faktem jest, że na 2 dni przed upływem terminu składania ofert zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ. Dotyczyła ona punktu „Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej”. Zmiana sposobu oceny ofert była konieczna z uwagi na niefortunne przypisanie ilości punktów poszczególnym składowym niniejszej usługi. Według pierwotnego wzoru zawartego w SIWZ mogło to spowodować przygotowanie oferty przez wykonawcę w taki sposób, że mogła ona otrzymać najwyższą liczbę punktów, a jednocześnie nie byłaby najtańszą.

Ponadto, według komisji przetargowej, dokonana zmiana zapisów w SIWZ nie powodowała uciążliwości, a wręcz służyła ułatwieniu w sporządzeniu ofert. Dlatego też termin składania ofert nie został wydłużony.

Innym istotnym argumentem jest fakt, że informacja o zmianie SIWZ była podana do publicznej wiadomości poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Każdy z wykonawców miał możliwość zapoznania się z jej treścią i sporządzić ofertę na właściwych formularzach. Zarówno nowa SIWZ, a także sposób przygotowania ofert i termin ich złożenia nie budził wątpliwości, gdyż żaden z wykonawców nie wniósł zastrzeżeń i wniosków o wydłużenie terminu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 8 ofert, z czego 4 oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zostały złożone na nieobowiązujących formularzach. Jedna z ofert została złożona w dniu dokonania zmiany SIWZ, a pozostałe 3 w dniach następnych. Wszystkie oferty złożone na właściwych formularzach są potwierdzeniem, że zmiana SIWZ i nie przedłużenie terminu na składanie ofert nie były trudnością dla wykonawców w złożeniu prawidłowej oferty. Zamawiający przeprowadził ocenę ofert i spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wybrał tę z najniższą ceną, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium. Dlatego też nie można analizować niniejszego postępowania w kategorii postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą, gdyż 4 oferty zostały porównane i ocenione.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP, zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej należy uznać za niezasadne.

Zgodnie z treścią art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści SIWZ nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli SIWZ jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

Modyfikacja specyfikacji dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert. W przypadku dokonania modyfikacji, która nie wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, ale pomimo to 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 ten ustala

zamawiający samodzielnie, oceniając zakres zmian w specyfikacji i ich wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa 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.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający zmienił treść SIWZ poprzez likwidację podkryteriów w jedynym kryterium ceny, której zamawiający przypisał wagę 100%. Jednocześnie zamawiający zmienił treść formularza oferty odpowiadający dokonanej zmianie w zakresie przyznawania punktów poszczególnym ofertom. Zmiany tej zamawiający dokonał na 2 dni przed wyznaczonym terminem składania ofert.

W ocenie Izby dokonana zmiana była zmianą istotną, co winno było wiązać się z przedłużeniem terminu składania ofert. Zważyć należy, że każdy wykonawca przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu dokonywał kalkulacji oferty pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert. Wyszczególnione podkryteria z pewnością były przez wykonawców brane pod uwagę, skoro można było za nie otrzymać określoną ilość punktów.

Likwidacja podkryteriów nakładała na wykonawców obowiązek ponownej kalkulacji ceny oferty. Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż dokonana zmiana była ułatwieniem dla wykonawców. Z całą pewnością sposób przyznawania punktów został uproszczony, ale nie było to równoznaczne z jakimikolwiek ułatwieniami dla wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie zapewnił wykonawcom wystarczającej ilości czasu na wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że 4 z 8 wykonawców złożyło oferty na nieaktualnym wzorze formularza ofertowego, w związku z czym zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne pod względem ceny. Zważyć również należy, że wykonawcy – oprócz czasu na dokonanie zmian - muszą mieć również czas na przesłanie oferty do zamawiającego. To, że 4 z 8 wykonawców złożyło na starych formularzach, świadczy, że zamawiający nie dał czasu odpowiedniego na przygotowanie ofert. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że naruszenie powyższych przepisów przez zamawiającego miało lub mogło mieć istotny wpływ na wyniki postępowania, postępowanie należało uznać za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....