

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 27 lutego 2015 roku.

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

Dolnośląski Urząd Wojewódzki

Pl. Powstańców Warszawy 1

50-153 Wrocław

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

wymianę stolarki okiennej w budynku Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu w ramach termomodernizacji – etap II,III,IV

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący :	Ewa Sikorska
Członkowie :	Magdalena Rams
	Robert Skrzyszewski

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 4 lutego 2015 roku, wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2015 roku, od wyników kontroli z dnia 28 stycznia 2015 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w budynku Dolnośląskiego we Wrocławiu w ramach termomodernizacji – etap II, III, IV.

Z informacji o wyniku kontroli z 28 stycznia 2015 roku wynika, iż zamawiający w punkcie 4.3.1.1 Rozdziału III SIWZ zobowiązał wykonawców do przyjęcia „do wyceny ofertowej i realizacji robót wykonanie okien z drewna liściastego twardego gatunku (okna wykonane w I etapie mahoń)”. Ponadto w Rozdziale XV punkt 3.1 SIWZ zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku: wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy skutkujących niemożliwością dotrzymania terminu określonego w § 2 Umowy; wystąpienia robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a wykonanie zamówienia dodatkowego uniemożliwia wykonanie zamówienia podstawowego w terminie umownym; konieczności wykonania przez zamawiającego projektu zamiennego dla wprowadzenia zmian rozwiązań technicznych lub usunięcia wad w dostarczonej dokumentacji projektowej; nieprzekazania przez zamawiającego terenu budowy w terminie określonym w umowie; opóźnień zamawiającego w przekazaniu wykonawcy dokumentów budowy; wstrzymania przez zamawiającego wykonania robót. Ponadto w ww. rozdziale zamawiający opisał również warunki zmiany umowy w zakresie zmiany kierownika budowy, zmiany podwykonawców, zmiany ustawowej wysokości podatku VAT oraz zmiany w zakresie zmniejszenia rzeczowego zamówienia.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający w dniu 13 czerwca 2013 r. zawarł z wykonawcą X aneks do umowy z dnia 6 czerwca 2013 r. na *wymianę stolarki okiennej w budynku Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu w ramach termomodernizacji – etap II, III, IV*. Powyższy aneks wprowadził zmianę terminu realizacji zamówienia oraz zmianę materiału wskazanego pierwotnie w dokumentacji projektowej z którego zrealizowany miał zostać przedmiot zamówienia.

Kantówkę z drewna liściastego, użytą w pierwszym etapie wymiany okien, zastąpiono kantówką sosnową DJ 68 w klasie I, ponadto zmieniono szerokość przekroju profilu

okiennego i pakiet szybowy z 4-16-4 na 3.3.1-16-4. Jako uzasadnienie dokonanej zmiany wskazano, podpisanie umowy o dofinansowanie przedmiotowego postępowania z NFOŚiGW, która wymagała od Zamawiającego zmiany terminów realizacji ww. przedmiotu zamówienia. Ponadto z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający powołał biegłego z zakresu budownictwa lądowo-ogólnego w celu sporządzenia opinii technicznej dotyczącej wymiany stolarki okiennej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego wykonanej w ramach etapu I. Jak wynika z opinii biegłego z dnia 7 czerwca 2013 r., okna wykonane w pierwszym etapie inwestycji wykonane były z dwóch gatunków drewna – kantówka meranti i sosna (oba w klasie II), co nie dawało gwarancji w zakresie trwałości i właściwości użytkowych. Biegły wskazał, iż wykonane w etapie I okna „różnią się pod względem materiałowym i jakościowym od wymogów dokumentacji projektowej. Wykonane okna nie dawały gwarancji właściwego użytkowania w zakresie trwałości i właściwości jakościowych ponieważ zastosowano dwa odmienne gatunki drewna”. Biegły wskazał, iż „przy tak dużym zamówieniu mahoń meranti nie zabezpieczy jednolitości materiału ponieważ pochodzi z różnych źródeł dostaw”. Wobec powyższego, zdaniem biegłego, niezbędnym było stworzenie projektu zamiennego i przyjęcie do wykonania kantówki sosnowej DJ 68 w I klasie.

Kontrolujący stwierdził, iż przepisy ustawy Pzp dotyczące umów zawieranych w sprawach zamówień publicznych ograniczają swobodę umów wynikającą z art. 353¹ k.c., co wyraża się m.in. w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy, generalną zasadą jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Od powyższej zasady przewidziano możliwość odstępstwa tylko w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty. Po drugie, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Powyższego zapisu jako wyjątku od ogólnej zasady, nie można interpretować rozszerzająco. Uzasadnienie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy stanowi dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania.

Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać

istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym ETS wskazał, iż *„zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.”*

W ocenie kontrolującego ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców.

Naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy będzie zatem każda istotna zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, w zakresie, który nie został określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Sankcją zmiany umowy dokonanej z naruszeniem ww. przepisu jest jej unieważnialność (art. 144 ust. 2 ustawy).

Kontrolujący wskazał, iż zmiana materiału, z którego miały być wykonane okna będące przedmiotem zamówienia była zmianą istotną, mogącą mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę. Stolarka z drewna liściastego, które miało być pierwotnie użyte,

posiada odmienne cechy użytkowe od stolarki z drewna sosnowego, jak również oba produkty różnią się ceną i dostępnością. Ponadto, z opinii technicznej dotyczącej wymiany stolarki okiennej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego wykonanej w ramach etapu I przez biegłego wynika, iż w przeciwieństwie do kantówki sosnowej, pierwotnie wskazana w SIWZ kantówka z drewna liściastego określona przez biegłego nazwą „mahoń meranti” nie jest produktem powszechnie dostępnym w skali jakiej dotyczyło przedmiotowe zamówienie.

Zatem wprowadzona przez Zamawiającego zmiana stanowiła istotną zmianę w stosunku do dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę sporządzenia ofert w postępowaniu. Bez wpływu na ocenę możliwości jej dokonania pozostaje fakt, iż wykonawca I etapu zrealizował zamówienie niezgodnie z projektem, samowolnie zmieniając rodzaj materiału. Wskazane prace zostały bowiem odebrane przez zamawiającego w dniu 10 października 2011 r., tj. przed wszczęciem przedmiotowego postępowania. Zamawiający miał zatem możliwość zweryfikowania jakości wykonania okien w I etapie i ich zgodności z umową, a tym samym podjęcie decyzji odnośnie wcześniejszego wprowadzenia zmian w opisie przedmiotu zamówienia udzielanego w kolejnym okresie. Zaniechanie oceny poprawności wykonania zamówienia we wcześniejszym etapie nie może uzasadniać wprowadzenia zmian do umowy w etapach kolejnych.

Ponadto, Zamawiający określając warunki zmiany terminu realizacji umowy ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ nie przewidział możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z powodu ewentualnych rygorów wynikających z umowy o dofinansowanie zawartej z NFOŚiGW. Jednocześnie, jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający nie przewidział również możliwości zmiany umowy w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie materiału z jakiego miała zostać wykonana stolarka okienna.

Kontrolujący uznał, iż ww. działanie zamawiającego, polegające na zawarciu aneksu z dnia 13 czerwca 2013 r., stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto kontrolujący podniósł, iż Zamawiający zaniechał wskazania w punkcie 2 ppkt 3 protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji o dacie w jakiej określona została wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż nastąpiło w I kwartale 2013 r.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania

o udzielenie zamówienia, zawierający między innymi informacje o dacie w jakiej została ustalona szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia. Protokół jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób spójny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w art. 96 ust. 1 określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458).

Zgodnie ze wzorem protokołu postępowania stanowiącym załącznik do ww. rozporządzenia w punkcie 3 protokołu postępowania należy podać oprócz wartości szacunkowej postępowania oraz sposobu jej wyliczenia także datę w jakiej czynność ta była dokonana.

Ponadto, w punkcie 15 protokołu postępowania, zamawiający wskazał, iż zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane w dniu 24 kwietnia 2013 r. Natomiast z dokumentu pod nazwą „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” wynika, że był on sporządzony i wysłany faxem do wykonawców w dniu 14 maja 2013 r.

W ocenie kontrolującego Zamawiający, nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 9 lutego 2015 roku wniósł zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł, że wymianę stolarki okiennej w siedzibie Wojewódzkiego we Wrocławiu przeprowadził w dwóch etapach.

Etap I rozpoczął postępowaniem w dniu 6 lipca 2011 roku. Umowę podpisano dnia 22 sierpnia 2011 roku z Wykonawcą Y. Odbioru robót, w zakresie zgodnym z umową dokonano dnia 10 października 2011 roku.

Informację o możliwości powstania nieprawidłowości podczas realizacji przedmiotowego zamówienia oraz czynności odbioru robót budowlanych Zamawiający

pozyskał w dniu 07.06.2013r. tj. dzień po podpisaniu umowy z Wykonawcą II, III oraz IV etapu robót i wszczął niezwłocznie postępowanie wyjaśniające. Celem ustalenia zasadności otrzymanej informacji zlecono wykonanie przez niezależnego biegłego sądowego analizy wykonanych w I etapie robót budowlanych. W wyniku pozyskania opinii technicznej inż.– biegłego sądowego - w zakresie jakości wykonanej stolarki okiennej, stwierdzono jakość odbiegającą od wymaganej dokumentacją projektową po wezwaniu Wykonawca ~ Y - usunął ujawnione wady poprzez dostarczenie i wymianę wadliwych okien wykonanych z dwóch odmiennych gatunków drewna na taką samą ilość okien wolnych od tejże wady.

W ocenie zamawiającego nie może więc być mowy o zgodzie zamawiającego na zmianę warunków umowy w stosunku do treści oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W owym okresie zamawiający miał bowiem do czynienia z nieprawidłowością zidentyfikowaną i potwierdzoną przez Zamawiającego, z jednoczesnym podjęciem kroków faktycznych i prawnych służących realizacji umowy zgodnie z określonymi warunkami postępowania.

Zamawiający nie posiada wystarczającej wiedzy technicznej w zakresie materiałowym oraz technicznym dlatego na czas realizacji zamówienia zatrudnił Inspektora Nadzoru, który w zakresie swoich obowiązków odpowiadał za właściwą realizację zadania. Wykazał zatem że działa w dobrej wierze i nie mógł przewidzieć konsekwencji zaniedbań ww. Inspektora, które zostały ujawnione już po wyborze wykonawcy kolejnego etapu przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie OA.OD.272.5/13/ZP/PN (etap II, III i IV) zostało wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lutego 2013 roku, nr ogłoszenia 27277-2013. Umowę podpisano dnia 6 czerwca 2013 roku z Wykonawcą X. Termin realizacji przyjęty w umowie, zgodnie z ogłoszeniem, wynosił 7 miesięcy od daty jej podpisania. Zamawiający nie zgadza się, że powinien zapisać w warunkach dotyczących dopuszczalności zmianę terminu umowy, możliwość jej skrócenia z powodu ewentualnych rygorów wynikających z umowy o dofinansowanie zawartej z NFOŚ, ponieważ wiedza, którą dysponował Zamawiający nie wskazywała na konieczność sformułowania takiego zapisu. Zgodnie z ustaleniami umowa z NFOŚ miała być podpisana w kwietniu 2013r.

Jednak już w trakcie prowadzonego postępowania zaistniała sytuacja, która zmusiła Zamawiającego do zmiany terminu wykonania robót budowlanych.

Ta sytuacja, to procedura związana z uzyskaniem środków finansowych z Funduszu Ochrony Środowiska na dofinansowanie przedmiotowego zadania. Negocjacje warunków umowy o dofinansowanie trwały od marca 2013 r. Zamawiający miał zapewnienie, że umowa zostanie podpisana na początku kwietnia 2013 r. i w założeniu pierwotnym terminem

wykonania całości przedmiotu umowy był rok 2013. Warunkiem ustalonym w trakcie negocjacji, było podpisanie umowy z Wykonawcą w kwietniu 2013r. - termin ten został określony w porozumieniu z NFOŚ. W trakcie negocjacji w sprawie warunków umowy Fundusz Ochrony Środowiska otrzymał informację dotyczącą złożonych ofert na wykonanie stolarki okiennej. Oferta będąca najkorzystniejszą spełniała wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego i wartość tej oferty stała się wartością wpisaną w dniu 12 czerwca 2013 r. do umowy z Funduszem Ochrony Środowiska. Jednak ostateczna treść umowy o dofinansowanie dyktowała konieczność rozliczenia wykorzystanych środków do dnia 30 listopada 2013 r. Zamawiający, mając na względzie określony w ogłoszeniu o zamówieniu termin realizacji robót, występował do Funduszu Ochrony Środowiska z zapytaniem o możliwość sporządzenia aneksu do umowy z Funduszem, który umożliwiłby rozliczenie zadania w 2Q14 r. Jednak z powodu wiążących Fundusz procedur było to niemożliwe. Na umowę z Funduszem, jej treść, także w zakresie terminów, nie miał wpływu tak Zamawiający, jak i Wykonawca robót. Natomiast wiedza Zamawiającego, pozyskaną po terminie składania ofert, dotycząca zmiany (skrócenia) terminu wykonania, zamówienia w stosunku do terminu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, nie dawała podstaw do unieważnienia postępowania i odstąpienia od podpisania umowy.

Zamawiający podniósł, że w robotach budowlanych, bez względu na stopień złożoności, celem jest uzyskanie efektu przedmiotu zamówienia, a nie utrzymanie za wszelką cenę terminu realizacji. Ponadto w przedmiotowym przypadku należało znacznie skrócić termin realizacji z „... do dnia 7 stycznia 2014 roku ... na „... do dnia 30 listopada 2013 roku ...”. Zmiana taka dotyczyłaby każdego Wykonawcy, który złożyłby najkorzystniejszą ofertę. Termin wykonania w robotach budowlanych nie jest elementem nadrzędnym nad wskaźnikiem produktu, rezultatu lub oddziaływania i nie bez znaczenia jest zaangażowanie środków finansowych, których wydatkowanie należy dokonywać w sposób racjonalny.

Z tego właśnie powodu, mając na względzie powyższe, a także złożoność inżynierii finansowej prowadzonych robót budowlanych, przyjęto, że Wykonawcy, który zaoferuje najkorzystniejszą ofertę, przedstawiona będzie propozycja zmiany warunków, jednak bez zmiany istotnej określonej art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w świetle przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w dwóch przypadkach:

- zmiana umowy ma charakter nieistotny w stosunku do treści oferty;

- zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W ocenie zamawiającego zmiana terminu oraz konsekwencje takiej zmiany poprzez przyjęcie, zgodnie z kosztorysem inwestorskim, zamiennego rozwiązania, nie naruszało podstawowych zasad udzielania zamówień, a przyczyna tej zmiany odnosiłaby się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu i wynikała z okoliczności niezależnych od wykonawcy, któremu udzielono zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego w świetle powyższych wyjaśnień zmiany, które wprowadził w sytuacji, która była mu nieznana i niemożliwa do przewidzenia przed wszczęciem postępowania nie naruszyły tożsamości zrealizowanych robót wynikających z art 140 ust.1 ustawy Pzp. gdyż zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 Pzp. objęte są tylko i wyłącznie takie zmiany, które istotnie odbiegają od zobowiązania zawartego w ofercie.

Kontrola doraźna została dokonana literalnie co do treści Ustawy nie biorąc pod uwagę zdarzeń i okoliczności, które pojawiły się w trakcie procedowania. Zamierzeniem Zamawiającego było osiągnięcie efektów cieplarnianych, czyli konkretnych oszczędności. Ponadto stolarka okienna wymagała bezzwłocznej wymiany z uwagi na jej bardzo zły stan techniczny zagrażający pracownikom przebywającym w pomieszczeniach biurowych, a zamierzony cel został osiągnięty. Zamawiający w trakcie procedowania dołożył należytej staranności. Był zdeterminowany, gdyż miał świadomość, że w przypadku braku realizacji zadania lub niewywiązania się z terminu jego zakończenia określonego w umowie z NFOŚ będzie musiał zwrócić pozyskane środki wraz z należnymi karami wynikającymi z treści ww. umowy.

Zamawiający stwierdził, że zaniechał wskazania w punkcie 2 ppkt. 3 protokołu postępowania informacji o dacie, w jakiej określona została wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż nastąpiło to w I kwartale 2013 r. Zgodnie z art. 35. 1. ustawy pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zamawiający rozumie, przez to, że istotną datą szacowania wartości jest upływ terminu 6 miesięcy. W opisanym przypadku ustalenie wartości nastąpiło w lutym 2013r., a więc w miesiącu, w którym Zamawiający dokonał

czynności rozpoczynających postępowanie (19 luty 2013r.) w związku z czym oparł się na aktualnej wycenie zamierzenia przetargowego.

Protokół postępowania prowadzony był na bieżąco zgodnie z podejmowanymi czynnościami, przez co, w związku z przedłużającymi się czynnościami proceduralnymi prowadzonymi pomiędzy Dolnośląskim Urzędem Wojewódzkim a Funduszem Ochrony Środowiska, kilkakrotnie zmieniano datę przekazania Wykonawcom zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, co z kolei spowodowało rozbieżność pomiędzy datą określoną w protokole, a rzeczywistą datą wysłania zawiadomienia.

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

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej należy uznać za zasadne.

Stosownie do postanowień art. 144 ust. 1 zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W świetle postanowień przywołanego przepisu ustawa uzależnia możliwość dokonania istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określiła warunki takiej zmiany.

Przepis art. 144 ust. 1 nie wskazuje, jakie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako istotne. W uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI kadencji) wskazuje się, że należy rozumieć, iż wiedza o wprowadzeniu zmian nieistotnych do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa TSUE. Trybunał kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027, z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-

496/99 P *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, s. I-03801, oraz z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 TSUE wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach udzielonego zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 TSUE stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Zgodzić się należy zatem z kontrolującym, iż zmiana materiału, z którego miały być wykonane okna, jest zmianą istotną, mającą wpływ na sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę.

Konieczność wykonania okien z drewna liściastego zawarta była w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać tu należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Z powyższego wynika, iż zakres zobowiązania wykonawcy określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i skonkretyzowany w ofercie, a następnie w umowie,

przesądza o jego istotności i jego zmiana jest możliwa wyłącznie w sytuacjach, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, określając warunki zmiany terminu realizacji umowy,, ani w ogłoszeniu, ani w siwz nie przewidział możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z powodu ewentualnych rygorów wynikających z umowy o dofinansowanie zawartej z NFOŚiGW. Nie przewidział również możliwości zmiany umowy w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie materiału, z jakiego miała zostać wykonana stolarka okienna.

Izba nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego w zakresie wskazanych naruszeń dotyczących braku wskazania w pkt. 2 ppkt 3 protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji o dacie, w jakiej określona została wartość szacunkowa przedmiotowego postępowania i ograniczeniu się do stwierdzenia, że nastąpiło to w I kwartale 2013 roku oraz dotyczących wskazania, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane w dniu 24 kwietnia 2013 roku, podczas gdy było ono wysłane w dniu 14 maja 2013 roku.

Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został wskazany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zgodnie ze wzorem protokołu postępowania, stanowiącym załącznik do ww. rozporządzenia, w pkt. 3 protokołu postępowania należy podać, oprócz wartości szacunkowej postępowania oraz sposobu jej wyliczenia, także datę, w jakiej ta czynność była dokonana.

Należy zgodzić się z kontrolującym, że zamawiający, nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił przepisowi art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 8 ust. 1 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:

.....

.....