

Sygn. akt: KIO/KU 11/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 14 marca 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 lutego 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 lutego 2022 r.,

KU/144/21/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory – Tarnowskie Góry – Karsznice – Inowrocław – Bydgoszcz – Maksymilianowo” dla zadań inwestycyjnych pn.:

a) „LOT C – Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) – Rusiec Łódzki (km 137,500)”,

b) „LOT D – Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) – Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Członkowie: Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 18 lutego 2022 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „organem kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory – Tarnowskie Góry – Karsznice – Inowrocław – Bydgoszcz – Maksymilianowo” dla zadań inwestycyjnych pn.:

a) „LOT C – Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) – Rusiec Łódzki (km 137,500)”,

b) „LOT D – Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) – Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)”

prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski (zwane dalej „zamawiającym”).

Postępowanie to było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp z 2004 r.”.

W dniu 11 lutego 2022 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. poprzez

brak przedłużenia terminu składania ofert w następstwie dokonania istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności dotyczącej wielkości i zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r. poprzez brak dokonania zmiany punktu 9.7.1.

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) w zakresie zapisów dotyczących dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Prezes UZP wskazał w informacji, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 02.02.2018 r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu. Pierwotnie termin składania i otwarcia ofert wyznaczony został na dzień 14.03.2018 r., tj. 44 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W toku postępowania zamawiający wielokrotnie zmieniał treść ogłoszenia o zamówieniu, w tym m.in. w dniu 20.09.2019 r. zamieścił

na stronie internetowej informację o zmianach ostatecznie ustalając termin składania i otwarcia ofert na dzień 31.10.2019 r.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w dniu 11.10.2019 r. zamieścił na stronie internetowej kolejną informację o dokonanych zmianach treści ogłoszenia o zamówieniu (ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 11.10.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16.10.2019 r. pod nr 2019/S 200-487339). Zamawiający dokonał modyfikacji m.in. w ramach wielkości i zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu. Równocześnie zamawiający, w konsekwencji dokonanych zmian, nie przedłużył terminu składania ofert w postępowaniu. Ww. zmianą zamawiający zawęził przedmiot zamówienia, tj. pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi dla 4 zadań inwestycyjnych ograniczył do pełnienia nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi dla 2 zadań inwestycyjnych. Ponadto zamawiający dokonał zmian dotyczących warunków udziału w postępowaniu w ramach wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie okresu wykazywanych przez wykonawców usług z 3 do 5 lat przed upływem terminu składania ofert oraz dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia poprzez znaczne ograniczenie wymaganego zasobu osobowego. Podnieść przy tym należy, iż zamawiający nie dopuszczał wskazywania przez wykonawców tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko, ani na to samo stanowisko na więcej niż jednym kontrakcie. Dodatkowo zamawiający zmodyfikował postanowienia ogłoszenia o zamówieniu m.in. dotyczące wag kryteriów oceny ofert.

Prezes UZP podniósł, że w toku prowadzonej kontroli, zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w piśmie z dnia 28.12.2021 r., odnosząc się do okoliczności przesądzających o tym, że dokonując zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, nie zdecydował się na jednoczesne wydłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, w szczególności w kontekście art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., wskazał, że „Zamawiający dokonując wykładni art. 12a ust. 2 ustawy Pzp oparł się przede wszystkim na wykładni celowościowej, a następnie posiłkował się wykładnią literalną. Celem przepisu jest zapewnienie odpowiedniego okresu czasu na wprowadzenie zmian zdefiniowanych jako istotne tj. dotyczących m.in. określenia przedmiotu zamówienia, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia.

W tym wypadku zmiany te polegały na:

- zmniejszeniu zakresu zamówienia na Pełnienie nadzoru z czterech zadań

inwestycyjnych na dwa zadania inwestycyjne LOT C i LOT D,

- dysponowanie osobami wchodzącymi w skład Stałego Inżyniera z czterech Zespołów Kontraktu zostało zmniejszone do Zespołu Kontraktu 1 i Zespołu Kontraktu 2,
- zapisy dotyczące kryterium 2 — Doświadczenie personelu Wykonawcy zostało zmniejszone z czterech do dwóch podkryterium.

Przedmiotowe zmiany nie mogły mieć wpływu na ograniczenie konkurencyjności, ani nie wiązały się z koniecznością spełnienia dodatkowych wymogów przez Wykonawców, wręcz przeciwnie stanowiły ułatwienie w wykazaniu się osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Z tego względu Zamawiający nie przedłużał terminu składania ofert zwłaszcza, iż czas niezbędny na ich przygotowanie w rozumieniu art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż zmiana terminu otwarcia ofert prawdopodobnie stanowiłaby jedynie utrudnienie, ze względu na konieczność zmiany okresu obowiązywania gwarancji wadialnych.

Dodatkowo wskazuję, iż okres 15 dniowy jest najkrótszym przewidzianym w Ustawie Pzp terminem na składanie ofert, a zatem stosując wykładnię a maiori ad minus, skoro 15 dniowy termin jest wystarczający na złożenie oferty, to tym bardziej jest odpowiedni na wprowadzenie zmian do oferty. Jednocześnie wskazuję, iż sama wykładnia gramatyczna przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek przedłużenia terminu o czas niezbędny. W analizowanym wypadku taka niezbędność nie zachodziła, a zatem pozostanie przy 15 dniowym terminie na dokonanie zmiany w ofertach było zasadne i adekwatne do zaistniałych okoliczności faktycznych”.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 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. Niemniej jeżeli powyższa zmiana jest istotna, o czym mowa w ust. 2 przywołanego przepisu, a więc w

szczegółności 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, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza

kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp z 2004 r., termin składania:

- 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego;
- 2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Prezes UZP wskazał, że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, ustawa przewiduje minimalny czas, jaki zamawiający musi zapewnić wykonawcom w celu przygotowania ofert lub wniosków przy uwzględnieniu dokonanych przez zamawiającego zmian. Zauważyć przy tym warto, że powyższy przepis został tak sformułowany, że powoduje konieczność przedłużenia terminu nawet wtedy, gdy do czasu złożenia ofert lub wniosków pozostało więcej dni, niż wymagają tego przepisy art. 12a ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z 2004 r.

Zdaniem Prezesa UZP brzmienie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. wskazuje więc na obowiązek przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert w sytuacji gdy zamawiający dokonuje istotnej zmiany treści ogłoszenia. Zgodnie natomiast z zamysłem ustawodawcy, za zmiany istotne należy uznać zmiany dotyczące przede wszystkim: określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Tym samym, należy uznać, że dokonując zmiany treści opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zapisów dotyczących wielkości i zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający doprowadził do zmiany treści ogłoszenia, która niewątpliwie miała charakter zmiany istotnej. Według Prezesa UZP należy przyjąć, iż zamawiający po dokonaniu istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zobligowany był do przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu.

Prezes UZP podkreślał, że zamawiający dokonał zmiany wielkości i zakresu zamówienia a także, w konsekwencji, warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania potencjałem osobowym jak i warunków dotyczących okresu wykazywanych przez wykonawców usług, co mogło mieć bezpośrednie przełożenie na zainteresowanie większej grupy wykonawców realizacją przedmiotowego zamówienia, a tym samym warunkować decyzję o przystąpieniu tych wykonawców do postępowania przetargowego.

Zdaniem Prezesa UZP należy się również odwołać do zasad ogólnych systemu zamówień publicznych określonych m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasady te dotyczą wszystkich podmiotów, które chcą i mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okoliczność, czy dany podmiot może wziąć udział w postępowaniu zależy między innymi od tego, w jaki sposób zamawiający sprecyzuje warunki udziału w postępowaniu. Możliwość poszerzenia grona podmiotów przystępujących do przetargu czyni koniecznym zapewnienie tym podmiotom czasu na sporządzenie wniosków czy też ofert w nowych warunkach określonych przez zamawiającego, które, przy uwzględnieniu dokonanych przez zamawiającego zmian, nie mają już dla tych podmiotów charakteru wykluczającego ze zbioru potencjalnych wykonawców. Taki jest m.in. cel regulacji zawartej w przepisie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., odczytywanej systemowo w świetle zasad sformułowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r..

Zdaniem Prezesa UZP, należy mieć również na względzie, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 02.02.2018 r., a ostateczny termin składania ofert upływał w dniu 31.10.2019 r. W dniu 11.10.2019 r., tj. po ponad 20 miesiącach prowadzenia postępowania, zamawiający poinformował o wprowadzeniu znacznie mniej rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu niż w pierwotnie opublikowanym ogłoszeniu dając niespełna trzytygodniowy czas na przygotowanie ofert potencjalnym wykonawcom.

Zdaniem Prezesa UZP dokonana przez zamawiającego zmiana treści ogłoszenia o zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała charakter istotny, i na zamawiającym ciążył obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas konieczny dla zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Według Prezesa UZP zaniechanie powyższego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.

W dalszej części informacji o wyniku kontroli Prezes UZP podniósł, że zgodnie z punktem 9.7.1. siwz zamawiający, na potwierdzenie na spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądał m.in. przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do IDW). Jednocześnie, jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymagał złożenia wykazu usług

wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

Prezes UZP podniósł, że w odpowiedzi na jego wezwanie zamawiający, w piśmie z dnia 28.12.2021 r., podniósł, iż „(...) w dniu 11.10.2019 r. zamieścił ujednolicony SIWZ oraz dokonał zmiany ogłoszenia.

Zmiana SIWZ (Zmiana XXIII) została dokonana w zakresie m.in. pkt 8.6.1. IDW. Zamawiający wymagał złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

W punkcie 9.7.1 na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu omyłkowo nie został poprawiony okres 3 lat na okres 5 lat.

Należy podkreślić, że wykonawcy którzy byli wzywani do przedłożenia Załącznika nr 6 do IDW - Wykazu usług prawidłowo złożyli dokumenty z okresu ostatnich 5 lat.

Jednocześnie zgodnie z ogłoszeniem zmian lub dodatkowych informacji wysłanych w dniu 10.11.2019 r. do DZ.U.U.E i opublikowanych w dniu 16.10.2019 r. Zamawiający wymagał złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.”

Prezes UZP podniósł, że w myśl art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r. w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Argumentował, że wskazany przepis umożliwia zamawiającemu dokonanie zmian treści siwz, a jednocześnie obliuguje do ich dokonania w sytuacji, gdy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania. Taki wniosek należy sformułować w szczególności w oparciu o ogólne zasady udzielania zamówień, przede wszystkim zasadę przejrzystości postępowania. Zdaniem Prezesa UZP brak dokonania zmiany punktu 9.7.1. siwz w zakresie ww. zapisów dotyczących dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu usług, stanowił naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

II.

W dniu 18 lutego 2022 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do pkt 1 informacji o wyniku kontroli. W zakresie naruszenia opisanego w pkt. 2 powyżej zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Zamawiający podniósł, że 20 września 2019 r. wprowadził zmianę treści SIWZ, ustalając termin składania i otwarcia ofert na dzień 31 października 2019 r. (był to ostateczny termin składania ofert w postępowaniu, nie podlegał on późniejszym zmianom). Następnie w dniu 11 października 2019 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej kolejną zmianę treści SIWZ. Zamawiający dokonał wówczas następujących zmian:

- 1) Ograniczono wielkość i zakres zamówienia. Pierwotnie postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczyło pełnienia nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi dla czterech zadań inwestycyjnych, tj.: a) LOT A — prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) — Nakło Śląskie (km 29,000), b) LOT B — prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) — Kalina (km 66,800), c) LOT C — prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500), d) LOT D prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) — Zduńska Wola Karszenice (km 170,212). W wyniku zmian przeprowadzonych przez Zamawiającego, postępowanie dotyczy wyłącznie nadzoru nad zadaniami inwestycyjnymi pn. LOT C oraz LOT D (z postępowania wyeliminowano nadzór nad zadaniami LOT A. LOT B).
- 2) Skrócono okres realizacji zamówienia. Pierwotnie SIWZ przewidywało świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi (etap 2 usługi) w okresie maksymalnie 68 miesięcy, po zmianie okres ten uległ skróceniu do 59 miesięcy.
- 3) Złagodzone warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Po pierwsze, Zamawiający w ramach warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej postanowił, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą legitymować się wykonaniem co najmniej dwóch usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (SIWZ w pierwotnym brzmieniu stanowił, że miał to być okres trzech lat przed upływem terminu składania ofert). Po drugie, Zamawiający znacznie ograniczył liczbę specjalistów wchodzących w skład Stałego Zespołu Inżyniera — pierwotnie Zamawiający wymagał dysponowania dwudziestoma ekspertami różnych specjalizacji, natomiast po zmianie Zamawiający wymagał dysponowania dwunastoma ekspertami (wyłączono konieczność dysponowania dwoma

inżynierami rezydentami, czterema inspektorami nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej oraz dwoma inspektorami nadzoru w specjalności inżynierskiej mostowej). Po trzecie, w przypadku składania oferty przez konsorcjum, Zamawiający zrezygnował z konieczności wykazania przez każdego członka konsorcjum należytego wykonania co najmniej dwóch usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi. Zamiast tego Zamawiający postanowił, że „warunki szczegółowe [tj. udziału w postępowaniu] określone w punkcie 8.6 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną”.

- 4) Złagodzone kryteria oceny ofert. Zamawiający ustanowił pierwotnie następujące kryteria oceny ofert: cena — waga 40%, doświadczenie personelu wykonawcy — 30%, metodologia — 30%. Po zmianach przeprowadzonych

w dniu 11 października 2019 r. kryteria przyjęły następującą wagę: cena — 65%, doświadczenie personelu wykonawcy — 20%, metodologia — 15%. W przypadku kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy” Zamawiający ocenił przed zmianą doświadczenie zdobyte przez czterech inżynierów rezydentów (wchodzących w skład Stałego Zespołu Inżyniera), natomiast po zmianach SIWZ Zamawiający ostatecznie ocenił doświadczenie dwóch inżynierów rezydentów. W przypadku kryterium „metodologia” Zamawiający uprościł procedurę oceny ofert w ten sposób, że zrezygnował z przeprowadzenia oceny rozmowy z inżynierem projektu i poprzestał wyłącznie na przeprowadzeniu oceny pisemnego opracowania zawierającego identyfikację ryzyk związanych ze sprawowanym przez wykonawcę nadzorem inwestorskim (w pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający ocenił zarówno pisemne opracowanie dot. ryzyk projektu, jak i ustną rozmowę z inżynierem projektu).

5) Złagodzone zasady korzystania z podwykonawców. Zamawiający postawił pierwotnie w SIWZ warunek, zgodnie z którym „brak wskazania części zamówienia, które Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom będzie rozumiany przez Zamawiającego jako zgoda Wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez powierzenia części zamówienia podwykonawcom”. Po modyfikacji SIWZ powyższe postanowienie usunęło, wymagając jednocześnie uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie podwykonawcom realizacji części lub całości zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w świetle przywołanych powyżej zmian wprowadzonych przez niego w życie 11 października 2019 r. stwierdzić należy, że ich zasadniczym powodem było ograniczenie zakresu zamówienia i związane z nim złagodzenie szeroko rozumianych wymogów Zamawiającego postawionych w postępowaniu — co do terminu realizacji, brzmienia warunków

udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert itd. Zamawiający argumentował, że zmiany wprowadzone przez niego nie ograniczyły dostępu do uzyskania i realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców będących w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. Przeciwnie, złagodzenie warunków przetargowych mogło ewentualnie doprowadzić do potencjalnego zwiększenia konkurencji wśród wykonawców i dopuszczenia do udziału większej liczby wykonawców. Zamawiający zaznaczył, że zmiany nie utrudniły uczestnictwa zainteresowanym — ci z wykonawców, którzy byli gotowi złożyć mu ofertę przed dniem wprowadzenia zmian przez niego (tj. dysponowali zasobami pozwalającymi na wykazanie spełniania warunków udziału, a jednocześnie nie zachodziły wobec nich podstawy wykluczenia) w dalszym ciągu mogli złożyć mu ofertę. Ewentualna konieczność dostosowania treści ofert wskutek wprowadzonych zmian dotyczyła np. ceny czy osób skierowanych do realizacji zamówienia, co miało wymiar stricte czynności technicznej.

Zdaniem zamawiającego zmiany wprowadzone przez niego bez wydłużenia terminu składania ofert zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. nie doprowadziły do wyeliminowania potencjalnych nowych wykonawców z możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Po pierwsze, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający otrzymywał w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp z 2004r. wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. Do kręgu podmiotów zwracających się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia należą wykonawcy: ECM Group Polska S.A., Multiconsult Polska sp. z o.o., SAFEGE Oddział w Polsce, Kolmen sp. z o.o., Egis – Poland sp. z o.o., Koltech Inwestor sp. z o.o., Sweco Consulting sp. z o.o. (...).

Zamawiający wskazał, że jak wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 31 października 2019 r., w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: konsorcjum w składzie MGPP S.A. oraz Egis Poland sp. z o.o., SAFEGE S.A.S., konsorcjum w składzie INKO Consulting sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A., Multiconsult Polska sp. z o.o., ECM Group Polska S.A. Powyższe oznacza, że większość wykonawców (czterech z siedmiu) składających wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ (tym samym będących potencjalnie zainteresowanych uzyskaniem zamówienia na etapie przed wprowadzeniem zmiany), zdecydowało się ostatecznie na złożenie oferty pomimo zmian, a także, że niemal każdy z wykonawców (czterech z pięciu), którzy złożyli oferty w postępowaniu, był zaangażowany w postępowanie na etapie poprzedzającym złożenie oferty. W ocenie Zamawiającego powyższa okoliczność świadczy o tym, że zmiany przeprowadzone w postępowaniu w dniu 11 października 2019 r. były irrelewantne z punktu widzenia kręgu wykonawców chcących wziąć udział w postępowaniu i mających zamiar uzyskać

i zrealizować zamówienie. Tym samym zamawiający uznał, że jego działania nie naruszyły zasady nakazującej zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.

Następnie zamawiający podniósł, iż liczba ofert, jaką otrzymał w kontrolowanym postępowaniu nie odbiega od średniej liczby ofert, jakie otrzymywał w analogicznych postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w latach 2020 – 2021 r., a krąg wykonawców biorących udział w tych postępowaniach był zbliżony do kręgu wykonawców, którzy zdecydowali się przedstawić mu ofertę w ramach zamówienia dot. linii kolejowej C-E 65. Zamawiający argumentował, że z analizy tych informacji wynika, że w postępowaniach obejmujących zamówienia na usługę nadzoru nad robotami budowlanymi otrzymywał średnio 6,5 oferty, z kolei w postępowaniu objętym kontrolą wpłynęło 5 ofert. To oznacza, że zmiany wprowadzone przez niego nie doprowadziły do zaburzenia prawidłowego toku postępowania i ograniczenia konkurencji.

Finalnie, Zamawiający podniósł, że na skutek zmiany SIWZ dokonanej w dniu 11 października 2019 r. nie otrzymał od jakiegokolwiek wykonawcy żadnego wniosku o wydłużenie terminu składania ofert, a sama zmiana nie została zaskarżona do Krajowej Izby Odwoławczej. Oznacza to, że złagodzenie wymogów postępowania nie doprowadziło do sytuacji, w której jakiś wykonawca, na skutek wprowadzenia zmian specyfikacji, mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale zostałby pozbawiony możliwości złożenia oferty (np. z uwagi na zbyt krótki czas na przygotowanie oferty). Powyższe przeczy tezie sformułowanej na gruncie wyników kontroli, że zmiany mogły mieć bezpośrednie przełożenie na zainteresowanie większej grupy wykonawców realizacją przedmiotowego zamówienia, tym bardziej, że krąg potencjalnych wykonawców posiadających zdolność do realizacji nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie

budowy linii kolejowych jest znacznie ograniczony. Wykonawcy w tym obszarze na bieżąco śledzą rynek zamówień publicznych i gdyby zakwestionowane zmiany miałyby w rzeczywistości doprowadzić do sytuacji, w której większa liczba podmiotów byłaby zainteresowana uzyskaniem zamówienia, Zamawiający z całą pewnością spotkałby się z reakcją tych wykonawców (polegającą np. na zgłoszeniu Zamawiającemu wniosku o wydłużenie terminu składania ofert).

Zamawiający argumentował, że naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. nie stanowiło o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. Jak podnosi się w piśmiennictwie, celem art. 12a

ustawy Pzp z 2004 r. jest to, aby Zamawiający uwzględniał czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów na ich złożenie. Gdy zamawiający zmienia w sposób istotny warunki postępowania, musi przedłużyć czas dla wykonawców już zainteresowanych danym postępowaniem, jak i dać czas wykonawcom, którzy dopiero po zmianie mogli się nim zainteresować. Za istotne ustawodawca uznał określenie przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, określenie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Istotną zmianą będzie również zmiana podstaw wykluczenia, które będzie badał zamawiający, a także decyzja o badaniu podwykonawców, decyzja o wymaganiu wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zmiany terminów wykonania zamówienia lub terminów wyznaczonych na złożenie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro — jak wykazano powyżej — zmiany SIWZ doprowadziły do sytuacji w której:

- 1) złagodzone wymogi realizacji zamówienia,
- 2) krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia przed dniem wprowadzenia zakwestionowanych zmian nie różnił się od kręgu wykonawców, którzy ostatecznie złożyli oferty,
- 3) wykonawcy nie byli zmuszeni do przeprowadzenia istotnych zmian w treści ofert,
- 4) Zamawiający otrzymał podobną liczbę ofert jak w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego,
- 5) Zamawiający nie otrzymał żadnych wniosków o wydłużenie terminu składania ofert

- uznać należy, że brak przedłużenia terminu składania ofert nie miało znaczenia z punktu widzenia wykonawców już zainteresowanych kontrolowanym postępowaniem, jak i tymi, którzy hipotetycznie mogli tym postępowaniem zainteresować się po wprowadzeniu zmian SIWZ.

W efekcie zamawiający stwierdzał, że ewentualne naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. nie miało wpływu na wynik postępowania. To z kolei oznacza, że nie zachodzi opisana w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. podstawa prawna do wystąpienia do sądu o unieważnienie postępowania z uwagi na dokonanie przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jak również nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r.

Zamawiający podniósł, że formułując powyższą ocenę działa także na podstawie ukształtowanej dotychczas praktyki i ocen prawnych wyrażonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający podlegał dotychczas kontroli uprzedniej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu POLiS 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory – Tarnowskie Góry – Karsznice Inowrocław – Bydgoszcz – Maksymilianowo” dla zadania pn. LOT B – Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) – Kalina (km 66,800) oraz na zaprojektowanie podstawy trakcyjnych i infrastruktury kolejowej na linii kolejowej nr 131 i 144”. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 sierpnia 2021 r., znak KU/99/21/DKZP stwierdzono, że w ramach w/w postępowania Zamawiający naruszył art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, w sytuacji, kiedy doszło do istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (zmiana dotyczyła warunków udziału w postępowaniu). Zaznaczono jednocześnie, że stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Zamawiający – kierując się zasadą nakazującą dokonywania analogicznych ocen prawnych w analogicznych stanach faktycznych – stoi na stanowisku, że ewentualne uchybienia również pozostają bez wpływu na wynik postępowania objętego niniejszą kontrolą uprzednią.

Ponadto, zamawiający wskazał, że w praktyce kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie sposób jest nie dostrzec, że ocena wpływu na wynik postępowania jest w znacznej mierze uzależniona od zainteresowania wykonawców danym postępowaniem:

- 1) w uchwale KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. KIO/KD 11/18 kontrolujący stwierdził naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. (zamawiający dokonał istotnych zmian SIWZ bez jednoczesnej zmiany terminu składania ofert), jednakże wobec faktu, że w postępowaniu złożono 5 ofert, kontrolujący stwierdził, że uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania;
- 2) w uchwale KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KD 22/18 kontrolujący stwierdził naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., jednakże wobec faktu, że w postępowaniu złożono 8 ofert, kontrolujący stwierdził, że uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zdaniem zamawiającego, fakt wpływu 5 ofert w postępowaniu objętym niniejszą kontrolą powinien przyczyniać się do dokonania analogicznej oceny prawnej jak te wyrażone w orzeczeniach przytoczonych powyżej. W związku z powyższy

Zamawiający wniósł o

uwzględnienie zastrzeżeń i uchylenie zalecenia unieważnienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r.

III.

W dniu 28 lutego 2022 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli.

Prezes UZP argumentował, iż zamawiający wnosząc zastrzeżenia w znacznej części powtórzył argumentację, na którą powoływał się w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu w toku kontroli, które zostały przeanalizowane, a wnioski wynikające z przeprowadzonego badania zostały zawarte w Informacji o wyniku kontroli, co w konsekwencji skutkowało wykazaniem naruszenia przepisów art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.

Prezes UZP zauważył, że zmiany dokonane przez zamawiającego w dniu 11.10.2019 r. dotyczące wielkości i zakresu zamówienia a także, w konsekwencji, warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania potencjałem osobowym jak i warunków dotyczących okresu wykazywanych przez wykonawców usług, miały charakter zmian istotnych w rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. i mogły mieć bezpośredni wpływ na zainteresowanie większej grupy wykonawców realizacją przedmiotowego zamówienia, a tym samym warunkować decyzję o przystąpieniu tych wykonawców do postępowania przetargowego.

Prezes UZP podniósł, że z brzmienia przepisu art. 12a ustawy Pzp z 2004 r. wynika, że ustawodawca dokonał podziału zmian, jakich dokonuje zamawiający w ramach modyfikacji ogłoszenia 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. Wskazywał, że co do zasady zmianami istotnymi, a więc implikującymi konieczność przesunięcia terminu składania wniosków lub ofert, będą wszystkie zmiany wpływające na krąg potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Nie można bowiem wykluczyć, że potencjalny wykonawca, który zapoznał się z pierwotnymi warunkami

zamówienia, zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż nie mógł ich wypełnić ze względów obiektywnych, natomiast w przypadku późniejszego złagodzenia warunków, przy jednoczesnym braku zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie oferty, nie mógł wziąć udziału w postępowaniu. Zdaniem Prezesa UZP nie można również wykluczyć, że oferta takiego wykonawcy mogłaby być najkorzystniejsza. Prezes UZP wskazał, że powyższe zostało potwierdzone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach w wyroku z dnia 08.11.2018 r. (sygn. akt: I SA/Ke 344/18).

Prezes UZP zgodził się z zamawiającym, że złagodzenie warunków przetargowych mogło ewentualnie doprowadzić do potencjalnego zwiększenia konkurencji i dopuszczenia do udziału większej liczby wykonawców. Zauważył, iż brak wydłużenia terminu na składanie ofert mógł skutecznie uniemożliwić złożenie oferty wcześniej niezainteresowanym wykonawcom, ze względu na rygorystyczne warunki lub złożenie oferty wykonawcy samodzielnie bez konieczności występowania w postępowaniu w konsorcjum. Argumentacja zamawiającego dotycząca braku wpływu wprowadzonych zmian, przy jednoczesnym nieprzedłużeniu terminu składania ofert, na ewentualne wyeliminowanie potencjalnych nowych wykonawców z możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podnosił m.in., że krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia przed dniem wprowadzenia zakwestionowanych zmian nie różnił się od kręgu wykonawców, którzy ostatecznie złożyli oferty. Zdaniem Prezesa UZP powyższe może tylko potwierdzać, że zamawiający nie zapewnił potencjalnym wykonawcom odpowiedniego czasu na sporządzenie ofert, co skutkowało brakiem zainteresowania dodatkowych podmiotów uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Prezes UZP argumentował, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 02.02.2018 r., a pierwotnie termin składania i otwarcia ofert wyznaczony został na dzień 14.03.2018 r., tj. 44 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W toku postępowania zamawiający wielokrotnie zmieniał treść ogłoszenia o zamówieniu, w tym m.in. w dniu 20.09.2019 r. zamieścił na stronie internetowej informację o zmianach ostatecznie ustalając termin składania i otwarcia ofert na dzień 31.10.2019 r. W dniu 11.10.2019 r., tj. po ponad 20 miesiącach prowadzenia postępowania, zamawiający poinformował o wprowadzeniu znacznie mniej rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu niż w pierwotnie opublikowanym ogłoszeniu dając niespełna trzytygodniowy czas na przygotowanie ofert potencjalnym wykonawcom. Zdaniem Prezesa UZP zaistniała możliwość poszerzenia grona podmiotów przystępujących do przetargu czyniła koniecznym zapewnienie tym podmiotom czasu na sporządzenie ofert w nowych warunkach

określonych przez zamawiającego, które przy uwzględnieniu dokonanych przez zamawiającego zmian, nie miały już dla tych podmiotów charakteru wykluczającego ze zbioru potencjalnych wykonawców. Prezes UZP argumentował, że taki jest m.in. cel regulacji zawartej w przepisie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., odczytywanej systemowo w świetle zasad sformułowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasady te dotyczą wszystkich podmiotów, które chcą i mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okoliczność, czy dany podmiot może wziąć udział w postępowaniu zależy między innymi od tego, w jaki sposób zamawiający sprecyzuje warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, sam brak otrzymania niewiążących zamawiającego wniosków o przedłużenie terminu składania ofert, czy brak wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, nie oznacza, wbrew twierdzeniu zamawiającego, że złagodzenie wymogów postępowania nie doprowadziło do sytuacji, w której potencjalny wykonawca, na skutek wprowadzenia zmian specyfikacji, mógłby

ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale zostałby pozbawiony możliwości złożenia oferty (np. z uwagi na zbyt krótki czas na przygotowanie oferty).

Prezes UZP podniósł, że dokonana przez zamawiającego zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała charakter istotny. Stwierdził, że na zamawiającym ciążył obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas konieczny dla zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Zaniechanie powyższego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r.. Z uwagi iż, po upływie terminu składania ofert, zamawiający nie jest uprawniony do konwalidowania zaniechanej czynności, a zatem wada postępowania ma charakter nieodwracalny, zamawiający winien unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał Izbie 28 lutego 2022 r. odpowiedź na zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli. Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą wraz z dokumentacją postępowania kontrolowanego zostały przekazane Izbie dopiero w dniu 2 marca 2022 r.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego z dnia 18 lutego 2022 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie. Jednocześnie jednak Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania.

Stan faktyczny okazał się niesporny.

Zamawiający 20 września 2019 r. wprowadził zmianę treści SIWZ, ustalając termin składania i otwarcia ofert na dzień 31 października 2019 r. (był to ostateczny termin składania ofert w postępowaniu, nie podlegał on późniejszym zmianom). Następnie w dniu 11 października 2019 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej kolejną zmianę treści SIWZ. Zamawiający dokonał wówczas następujących zmian:

- 1) Ograniczono wielkość i zakres zamówienia. Pierwotnie postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczyło pełnienia nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi dla czterech zadań inwestycyjnych, tj.: a) LOT A — prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) — Nakło Śląskie (km 29,000), b) LOT B — prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) — Kalina (km 66,800), c) LOT C — prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500), d) LOT D prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) — Zduńska Wola Karszenice (km 170,212). W wyniku zmian przeprowadzonych przez Zamawiającego, postępowanie dotyczyło wyłącznie nadzoru nad zadaniami inwestycyjnymi pn. LOT C oraz LOT D (z postępowania wyeliminowano nadzór nad zadaniami LOT A, LOT B).
- 2) Skrócono okres realizacji zamówienia. Pierwotnie SIWZ przewidywało świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi (etap 2 usługi) w okresie maksymalnie 68 miesięcy, po zmianie okres ten uległ skróceniu do 59 miesięcy.
- 3) Złagodzone warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Po pierwsze, Zamawiający w ramach warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej postanowił, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą legitymować się wykonaniem co najmniej dwóch usług polegających na zarządzaniu inwestycją i

sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (SIWZ w pierwotnym brzmieniu stanowił, że miał to być okres trzech lat przed upływem terminu składania ofert). Po drugie, Zamawiający znacznie ograniczył liczbę specjalistów wchodzących w skład Stałego Zespołu Inżyniera — pierwotnie Zamawiający wymagał dysponowania dwudziestoma ekspertami różnych specjalizacji, natomiast po zmianie Zamawiający wymagał dysponowania dwunastoma ekspertami (wyłączono konieczność dysponowania dwoma inżynierami rezydentami, czterema inspektorami nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej oraz dwoma inspektorami nadzoru w specjalności inżynierskiej mostowej). Po trzecie, w przypadku składania oferty przez konsorcjum, Zamawiający zrezygnował z konieczności wykazania przez każdego członka konsorcjum należytego wykonania co najmniej dwóch usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi. Zamiast tego Zamawiający postanowił, że „warunki szczegółowe [tj. udziału w postępowaniu] określone w punkcie 8.6 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną”.

- 4) Złagodzone kryteria oceny ofert. Zamawiający ustanowił pierwotnie następujące kryteria oceny ofert: cena — waga 40%, doświadczenie personelu wykonawcy — 30%, metodologia — 30%. Po zmianach przeprowadzonych w dniu 11 października 2019 r. kryteria przyjęły następującą wagę: cena — 65%, doświadczenie personelu wykonawcy — 20%, metodologia — 15%. W przypadku kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy” Zamawiający oceniał przed zmianą doświadczenie zdobyte przez czterech inżynierów rezydentów (wchodzących w skład Stałego Zespołu Inżyniera), natomiast po zmianach SIWZ Zamawiający ostatecznie ocenił doświadczenie dwóch inżynierów rezydentów. W przypadku kryterium „metodologia” Zamawiający uprościł procedurę oceny ofert

w ten sposób, że zrezygnował z przeprowadzenia oceny rozmowy z inżynierem projektu i poprzestał wyłącznie na przeprowadzeniu oceny pisemnego opracowania zawierającego identyfikację ryzyk związanych ze sprawowanym przez wykonawcę nadzorem inwestorskim (w pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający oceniał zarówno pisemne opracowanie dot. ryzyk projektu, jak i ustną rozmowę z inżynierem projektu).

5) Złagodzono zasady korzystania z podwykonawców. Zamawiający postawił pierwotnie w SIWZ warunek, zgodnie z którym „brak wskazania części zamówienia, które Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom będzie rozumiany przez Zamawiającego jako zgoda Wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez powierzenia części zamówienia podwykonawcom”. Po modyfikacji SIWZ powyższe postanowienie usunięto,

wymagając jednocześnie uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie podwykonawcom realizacji części lub całości zamówienia.

Nie było także sporne, że zamawiający pomimo dokonania ww. modyfikacji nie przedłużył terminu składania ofert.

Jak wynikało z art. 12a ustawy Pzp z 2004 r.:

1. W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 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.

2. 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, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania:

1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu nieograniczonego;

2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem

Nie ulegało wątpliwości, że zmiana ogłoszenia i SIWZ z dnia 20 września 2019 r. wypełniała dyspozycję art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. Zmiana ta dotyczyła bowiem warunków udziału w postępowaniu, wielkości zamówienia i kryteriów oceny ofert. W tej sytuacji, zgodnie z wyraźnym brzmieniem powołanego przepisu, obowiązkiem zamawiającego było przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach przez wykonawców. Nie było także sporne, że wartość kontrolowanego postępowania przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp z 2004 r. W

konsekwencji, zgodnie z art. 12 a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. zamawiający zobowiązany był przedłużyć termin składania ofert w ten sposób, aby zapewnić minimum 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zmianie do upływu terminu składania ofert.

Biorąc pod uwagę tak opisany stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zamawiający miał obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, gdyż zostały wypełnione wszystkie przesłanki z art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. Jednocześnie Izba stwierdziła, że brzmienie powołanego przepisu okazało się na tyle jednoznaczne („zamawiający przedłuża termin składania ofert”), że należało uznać, iż kreuje po stronie instytucji zamawiającej obowiązek działania, nie pozostawiając w tym zakresie swobody. W tej sytuacji nieprzedłużenie terminu składania ofert przez zamawiającego stanowiło o naruszeniu art. 12 a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r.

Izba po dokonaniu analizy kontrolowanego postępowania nie podzieliła jednak argumentacji Prezesa UZP co do wpływu lub możliwości wpływu omawianego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP odnosząc się do skutków naruszenia ograniczył się do stwierdzenia, że z uwagi iż, po upływie terminu składania ofert, zamawiający nie jest uprawniony do konwalidowania zaniechanej czynności, a zatem wada postępowania ma charakter nieodwracalny, zamawiający winien unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak wynikało z powyższego, organ kontrolujący uzasadnił zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. jedynie tym, że na obecnym etapie postępowania czynność zamawiającego jest już nieodwracalna. W myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powołanego przepisu, przesłanką unieważnienia postępowania z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. jest nie tylko niemożność usunięcia wady, ale także to, aby wada uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanki unieważnienia umowy zostały przez ustawodawcę opisane w art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. Żadna z przesłanek z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. nie miała miejsca w analizowanej sprawie. Zgodnie natomiast z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r., umowa może podlegać unieważnieniu w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które

miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że organ kontrolujący nie wykazał wpływu lub możliwości wpływu zarzucanego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r.

Po pierwsze, w analizowanej sprawie na uwagę zasługiwał kluczowy fakt, że mimo nieprzedłużenia terminu składania ofert zamawiający zapewnił wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach więcej niż minimalne 15 dni, o których mowa w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. Zmiana ogłoszenia i SIWZ miała miejsce 20 września 2019 r., zaś termin składania ofert upływał 31 października 2019 r. Organ kontrolujący nie wskazał, o jaki czas jego zdaniem należałoby wydłużyć termin składania ofert w sytuacji, gdy minimalny termin z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., mimo nieprzedłużenia, był zachowany. W braku argumentacji przeciwnej należało uznać, że zdaniem samego Prezesa UZP wystarczającym, dla wypełnienia dyspozycji art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., byłoby przedłużenie terminu o jeden dzień.

Po drugie, Prezes UZP nieprawidłowo ocenił dalsze okoliczności faktyczne tej sprawy. Za takie specyficzne okoliczności faktyczne towarzyszące sprawie należało uznać charakter zmian polegających na rozszerzeniu, a nie na ograniczeniu konkurencyjności postępowania. Na uwagę zasługiwał także brak wniosków wykonawców o wydłużenie terminu składania ofert, brak odwołań do Izby w tym zakresie, znaczna liczba złożonych ofert pochodzących od większości wykonawców, którzy wyrażali zainteresowanie postępowaniem przed terminem składania ofert, a także fakt, że liczba uzyskanych ofert nie odbiegała od średniej w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

Zdaniem Izby wszystkie rozpatrywane łącznie okoliczności faktyczne tej konkretnej sprawy nie wskazywały na to, aby zaistniałe naruszenie mogło lub miało wpływ na wynik postępowania, a przynajmniej Prezes UZP nie sprostął konieczności wykazania takiego choćby potencjalnego wpływu. Prezes UZP w tym zakresie ograniczył się do przedstawienia ogólnych i abstrakcyjnych rozważań o uniemożliwieniu udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniali pierwotnych wymogów postępowania i którzy gotowi byłiby złożyć ofertę, gdyby taki termin został wydłużony. Izba wzięła pod uwagę, że powyższa argumentacja organu kontrolującego nie została uprawdopodobniona. Izba stwierdziła, że „możliwość wpływu na wynik postępowania”, o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., nie powinna być oceniana abstrakcyjnie, ale z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy.

Jednocześnie Izba podkreśla, że organ kontrolujący niezasadnie zdawał się utożsamiać istotność zmiany w rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. z wpływem lub możliwością wpływu naruszenia na wynik postępowania, o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. Istotność zmiany warunków zamówienia, o której mowa w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., stanowi jedynie przesłankę obowiązku przedłużenia terminu składania ofert. Natomiast wpływ na wynik postępowania należy badać w odniesieniu do naruszenia takiego obowiązku. Tego wpływu lub możliwości wpływu organ kontrolujący nie zdołał uprawdopodobnić.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia nie zdołał wyjaśnić dlaczego odstąpił w analizowanej sprawie od ocen prawnych przedstawianych przez siebie na tle analogicznych stanów faktycznych podczas kontroli uprzedniej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu POLiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory – Tarnowskie Góry – Karsznice Inowrocław – Bydgoszcz – Maksymilianowo” dla zadania pn. LOT B – Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) – Kalina (km 66,800) oraz na zaprojektowanie podstawy trakcyjnych i infrastruktury kolejowej na linii kolejowej nr 131 i 144” jak również w postępowaniach kontrolnych, o których mowa w:

- 1) w uchwale KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. KIO/KD 11/18,
- 2) w uchwale KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KD 22/18.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: