

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

Warszawa, dnia 25 października 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

|                 |                    |
|-----------------|--------------------|
| Przewodnicząca: | Adriana Urbanik    |
|                 | Anna Wojciechowska |
|                 | Marek Bienias      |

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 26 września 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: Województwo Podkarpackie od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 września 2024 r., (znak: KU/74/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

dostawę taboru kolejowego do wykonywania przewozów pasażerskich na terenie Województwa Podkarpackiego – III etap

wyraża opinię:

zastrzeżenia zamawiającego Województwa Podkarpackiego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 września 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie.

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP”, „Instytucja kontrolująca” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 137 ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w terminie wcześniejszym, niż wynika to z treści wyżej wymienionego przepisu.

Kontrolujący uzasadniając swoje stanowisko podał, że z przedłożonej dokumentacji wynika, iż Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania, dokonał zmiany treści SWZ dotyczącej m.in. terminu składania oraz otwarcia ofert z 20 maja 2024 r. na 29 maja 2024 r., ogłoszenie zawierające powyższą zmianę zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną 17 maja 2024 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 maja 2024 r. pod nr 2024/S 97-294615, dodatkowo, 17 maja

2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiła zmiana terminów w postępowaniu (co zostało udokumentowane wiadomością e-mail z platformy e-Zamówienia). Kontrolujący zauważył, że jak wynika z dokumentacji, 20 maja 2024 r. Zamawiający skierował do zamieszczenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, informację o przedłużeniu składania ofert o następującej treści „Zamawiający, niniejszym informuje wykonawców, że termin składania ofert zostaje przedłużony do dnia 29.05.2024 r. do godz. 10:00”. Kontrolujący podniósł, że w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 12 sierpnia 2024 r. Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, w jaki sposób i kiedy poinformował wykonawców o powyżej zmianie SWZ, w tym zmianie terminu składania i otwarcia ofert z dnia 20 maja 2024 r. na dzień 29 maja 2024 r. i że w odpowiedzi na powyższe, Zamawiający wyjaśnił, iż „O zmianie terminu składania i otwarcia ofert Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 17 maja 2024 r. o godz. 7:12 a sposób zmiany terminu składania i otwarcia ofert z dnia 20.05.2024 r. na dzień 29.05.2024 r. był następujący: W dniu 17 maja 2024 r. (piątek) Zamawiający stwierdził rozbieżność w zapisach sposobu oceny ofert w kryterium Wu3 – usługa serwisowo-utrzymawczo-naprawcza umieszczonych w SWZ a umieszczonych w Formularzu ofertowym. W związku z tym w dniu 17.05.2024 r. (o godz. 7:04) Zamawiający wysłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (opublikowane w dniu 21.05.2024r. pod nr 2024/S97-294615) a następnie w tym samym dniu (o godz. 7:12) na platformie e-Zamówienia wyznaczył nowy termin składania ofert na 29.05.2024r. (Raport z postępowania str.28). Z ostrożności dnia 20.05.2024 r. (o godz. 9:57) zamieścił informację o przedłużeniu terminu składania ofert (Raport z postępowania str.25). W dniu 21.05.2024 r. (o godz. 9:03) Zamawiający zamieścił na stronie e-Zamówienia to ogłoszenie wraz ze zmianą SWZ (Raport z postępowania str.24)”. Kontrolujący wskazał, że Zamawiający przekazał powiadomienie z 17 maja 2024 r. otrzymane od Urzędu Publikacji Unii Europejskiej o publikacji ogłoszenia oraz powiadomienie z 21 maja 2024 r. o opublikowaniu ww. ogłoszenia. Powołał treść art. 137 ust. 4 ustawy Pzp - w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dalej Kontrolujący podniósł, że zgodnie z ust. 5 ww. przepisu, w przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia i wobec powyższego należy wskazać, że zamawiający zamieszczając na stronie internetowej prowadzonego postępowania (tj. platforma e-Zamówienia) zmianę treści SWZ dotyczącą zmiany terminu składania i otwarcia ofert przed publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej, dopuścił się naruszenia art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, a powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z 26 września 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 617 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający zakwestionował ustalenie i ocenę zawartą w wyniku kontroli w zakresie uznania, że Zamawiający naruszył art. 137 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”) poprzez dokonanie czynności udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w terminie wcześniejszym, niż wynika to z treści ww. przepisu. Wyjaśnił, że wyznaczenie nowego terminu składania ofert na portalu e-zamówienia dokonana przez Zamawiającego 17 maja 2024 r. była wynikiem informacji o terminie publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, który został określony na 21 maja 2024 r. (czyli po terminie składania ofert) w momencie wysyłania tego ogłoszenia tj. 17 maja 2024 r. o godz. 7:04 i potwierdzone przesłanym przez Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej emailiem z godz. 9:14. Mając świadomość, że ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostanie opublikowane po terminie składania ofert (20 maja 2024 r. godz. 10:00) Zamawiający nie mógł doprowadzić do upływu terminu składania ofert na portalu e-zamówienia i w tym samym dniu (o godz. 7:12) na platformie e-Zamówienia wyznaczył nowy termin składania ofert na 29 maja 2024r. Zamawiający wskazał na Raport z postępowania str. 28. Wyznaczenie nowego terminu składania ofert nie miało zdaniem Zamawiającego charakteru zmiany treści SWZ lecz było techniczną czynnością mającą na celu niedoprowadzenie do upływu terminu składania ofert przed terminem opublikowania przez Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia – była jedynie jego zapowiedzią w związku z brakiem innego zgodnego z ustawą Pzp przepisu, który pozwalałby Zamawiającemu na dokonanie zmiany SWZ np. na jeden dzień przed upływem terminu składania ofert albo w dniu w którym on upływa. Zamawiający powołał się na art. 286 ust. 5 ustawy Pzp, instytucję informowania wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert, która jest rozłącznie traktowana niż instytucja udostępniania zmiany SWZ w myśl art. 286 ust. 7. Zamawiający podał, że z braku innego rozwiązania w prawie, którego zastosowanie nie skutkowałoby unieważnieniem tego postępowania, Zamawiającemu pozostało dokonać czynności wyznaczenia nowego terminu składania ofert i poinformowania wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert, przez analogię do zapisów ustawy Pzp w zakresie trybu podstawowego (art. 286 ust. 5) czego dokonał między innymi z uwagi na ekonomikę prowadzonego postępowania i ryzyko utraty środków pochodzących z Unii Europejskiej. Zamawiający wskazał, że zmianę SWZ, która obejmowała swoim zakresem wyznaczenie nowego terminu składania ofert, Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania zgodnie z art. 137 ust. 5 ustawy Pzp po opublikowaniu przez Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia

nr 2024/S 97-294615 w dniu 21.05.2024 r, o godz. 9:03. Zamawiający wniósł o uwzględnienie wniesionych zastrzeżeń.

Pismem z 10 października 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 20 września 2024 r..

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu stwierdził, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko wnoszącego zastrzeżenia Zamawiającego, że zamieszczenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania (tj. platforma e-Zamówienia) w dniu 17 maja 2024 r. zmiany terminu składania oraz otwarcia ofert z dnia 20 maja 2024 r. na dzień 29 maja 2024 r. było jedynie czynnością o charakterze technicznym, a zarazem nie stanowiło zmiany treści SWZ. Prezes Urzędu wskazał, że jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w toku niniejszego postępowania dokonał modyfikacji treści SWZ poprzez jednoczesne przekazanie ogłoszenia zawierającego powyższą zmianę terminu składania oraz otwarcia ofert Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej „dalej UPUE” drogą elektroniczną w dniu 17 maja 2024 r., następnie wyżej wymienione ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2024 r. pod nr 2024/S 97-294615.

W ocenie Prezesa Urzędu, mając na uwadze powyższe, Zamawiający zrealizował dyspozycję art. 137 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu podkreślił, że zmiany treści SWZ, a w szczególności zmiany istotne dla sporządzenia oferty, m.in. zmiana terminu składania i otwarcia ofert, prowadzą do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i w związku z powyższym, zamawiający zobowiązany jest do dokonaniu zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a więc do przekazania UPUE ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tj. ogłoszenia w zakresie sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Prezes Urzędu zauważył przy tym, że zamawiający powinni mieć na uwadze, że w takim przypadku, zgodnie z normą prawną art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, opublikowanie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez UPUE otrzymania tego ogłoszenia. Prezes Urzędu stwierdził, że w art. 137 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazał konkretny moment, kiedy zamawiający będzie miał możliwość udostępnienia zmienionej treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w sytuacji, gdy modyfikacja zapisów SWZ prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a także że istnieje pewien wyjątek od wskazanej reguły, to jest zamawiający będzie mógł dokonać udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie prowadzonego postępowania po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez UPUE. Analizując powyższe, Prezes

Urzędu zauważył, że Zamawiający decydując się na zmianę zapisów SWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, która będzie powodowała konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a za taką należy również uznać zmianę terminu składania i otwarcia ofert, musi ją przewidzieć co najmniej 48 godzin przed terminem składania ofert. Prezes Urzędu odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że „W art. 286 ust. 5 ustawy PZP występuje instytucja informowania wykonawców o przedłużonym terminie składania ofert, która jest rozłącznie traktowana niż instytucja udostępniania zmiany SWZ w myśl art. 286 ust. 7 (...)”, stwierdził, że przywołane przez Zamawiającego przepisy prawne ustawy Pzp odnoszą się do postępowań krajowych, czyli postępowań, których wartość szacunkowa nie przekracza tzw. progów unijnych, a jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, Zamawiający przeprowadził je w trybie przetargu nieograniczonego i jego wartość szacunkowa była równa, bądź przekraczała progi unijne. Prezes Urzędu wskazał, że odmienne regulacje ustawy Pzp dotyczące publikacji zmiany SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania będą miały zastosowanie w odniesieniu do postępowań krajowych, a inne do postępowań o charakterze unijnym. Prezes Urzędu przywołał art. 286 ust. 9 ustawy Pzp, wskazując, że w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający jest uprawniony do zamieszczenia zmiany SWZ zmierzającej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania od razu po zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, natomiast, zgodnie z treścią art. 137 ust. 5 ustawy Pzp w postępowaniach o charakterze unijnym, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Opierając się na powyższym, Prezes Urzędu podał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający był zobowiązany do wykonania dyspozycji art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowa regulacja odnosi się czynności przeprowadzanych w ramach postępowań unijnych i podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 września 2024 r. naruszenie art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w terminie wcześniejszym, niż wynika to z treści wyżej wymienionego przepisu.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu, na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i stwierdziła:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 26 września 2024 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 września 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu, że zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 137 ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, w terminie wcześniejszym, niż wynika to z treści wyżej wymienionego przepisu.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu przedstawione Zamawiającemu tak w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, w związku z powyższym nie ma w ocenie izby uzasadnienia przytaczania go w niniejszej opinii izby. Izba nadto wskazuje, jak poniżej.

W pierwszej kolejności izba wskazuje, że zmiana terminu składania i otwarcia ofert jest zmianą specyfikacji warunków zamówienia, bowiem jak stanowi art. 134 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawy Pzp, SWZ zawiera co najmniej sposób oraz termin składania ofert, jak również termin otwarcia ofert. Skoro termin składania ofert, jak również termin otwarcia ofert stanowi wymagany element SWZ, to zmiana tego elementu jest zmianą SWZ.

W drugiej kolejności izba wskazuje, że termin składania ofert, jak również termin otwarcia ofert jest również elementem ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie art. 137 ust. 4 ustawy Pzp: „W przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1.” i dalej zgodnie z treścią ust. 5 przywołanego artykułu: „W przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.”.

Niezgodna zatem z wyżej przywołanymi przepisami była czynność ogłoszenia 17 maja 2024 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania zmiany treści SWZ dotyczącej m.in. terminu składania oraz otwarcia ofert z 20 maja 2024 r. na 29 maja 2024 r., skoro ogłoszenie zawierające powyższą zmianę zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną 17 maja 2024 r.

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.

Przewodnicząca: .....

.....

.....