

Sygn. akt: KIO/KU 72/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 grudnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 12.11.2019 r. (znak: O.WR.D-3.2410.137.2019.52.md) /wpływ 14.11.2019 r./ zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad,
prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział we Wrocławiu
ul. Powstańców Śląskich 186
53-139 Wrocław**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 29.10.2019 r.
(znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/307(7)/19/RB dot. KU/145/19/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Kontynuacja inwestycji „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie III od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14,4 km tj. od km 33+300 do ok. km 47+678,08”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Monika Szymanowska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej

Uzasadnienie

W dniu 09.10.2019 r. Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław zwany dalej: „Zamawiającym” – na podstawie art. 170 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zwanemu dalej: „Prezes UZP” kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Kontynuacja inwestycji „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S-3 Nowa Sól - Legnica (A-4), zadanie III od węzła Kaźmierzów do węzła Lubin Północ, o długości ok. 14,4 km tj. od km 33+300 do ok. km 47+678,08”* w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - pismo z 29.10.2019 r. (informacja o wyniku kontroli uprzedniej znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/307(7)/19/RB dot. KU/145/19/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp, Prezes UZP na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 42 ust. 1 Pzp poprzez udostępnienie Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” na stronie internetowej dwa dni wcześniej niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.06.2019 r. pod numerem 2019/S 118-288754. SIWZ została udostępniona na stronie internetowej pod adresem www.gddkia.gov.pl od dnia 19.06.2019 r. do dnia 09.09.2019 r. (pkt 6.3 protokołu postępowania - druk ZP-PN). Zgodnie z art. 42 ust. 1 Pzp, SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Tym samym, udostępnienie SIWZ na stronie internetowej od dnia 19.06.2019 r., tj. dwa dni wcześniej niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (w dniu 21.06.2019 r.) stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Pzp. Naruszenie powyższego przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 12.11.2019 r. (znak: O.WR.D-3.2410.137.2019.52.md) /wpływ 14.11.2019 r./ do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje. Zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło przez Zamawiającego do naruszenia art. 42 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 42 ust. 1 Pzp SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Regulacja dotycząca terminu i sposobu zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu jest uregulowana w art. 11 Pzp, który stanowi, że ogłoszenia, o których mowa w ustawie: 1) zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych; 2) publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 11 ust. 7d Pzp zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

W odniesieniu do przytoczonego art. 11 ust. 7d Pzp wskazał, że ustawodawca przewidział dwa alternatywne terminy dopuszczające zamieszczenia ogłoszenia. Pierwszy, to data publikacji w DUUE. Drugi termin, to upływ 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urzędu Publikacji UE. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że żadnej z wyżej opisanych procedur dotyczącej terminów zamieszczenia ogłoszenia, ustawa nie nadaje pierwszeństwa. Ponadto, użyty w przywołanym przepisie spójnik „*albo*” jednoznacznie wskazuje przyjęcie zasady alternatywy wykluczającej (rozłącznej), która odpowiada wyrażeniu: "*albo ... albo ...*" i dotyczy wyboru między dwoma alternatywami.

Zamawiający działając zgodnie z procedurą wynikającą z art. 11 Pzp przesłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17.06.2019 r. Na potwierdzenie odebrania ogłoszenia Zamawiający uzyskał potwierdzenie o odbiorze w dniu 17.06.2019 r. o godzinie 14:18. W informacji dodatkowo wskazano, że odebrano ogłoszenie i nadano mu tymczasowy numer referencyjny 19-291170-001, ponadto, że zostanie ono opublikowane na stronie TED w ciągu 5.dni /jako dowód załączył: Identyfikator ogłoszenia z TED/.

W oparciu o powyżej uzyskaną informację, w oparciu o regulację art. 11 ust. 7d Pzp Zamawiający w dniu 19.06.2019 r. o godz. 14:21 przesłał do publikacji na stronie internetowej Zamawiającego treść ogłoszenia, które zostało zamieszczone na tejże stronie w dniu 19.06.2019 r. o godzinie 14:45 /jako dowód załączył: Informacje dotyczące

ogłoszenia/. Równocześnie z upublicznieniem treści ogłoszenia udostępniony został SIWZ. Ogłoszenie w DUUE zostało opublikowane dopiero w dniu 21.06.2019 r.

Zauważył, iż zarówno przepisy Pzp jak też przepisy dyrektywy klasycznej, regulujące sposób publikacji ogłoszenia o zamówieniu, mają na celu zapewnienie przestrzeganie zasady niedyskryminacji wykonawców, która mogłaby powstać z uwagi na dostępność informacji o zamówieniu na poziomie krajowym uprzednio w stosunku do publikacji na poziomie unijnym tj. w DZ.U.UE. Ogłoszenie o zamówieniu jest podstawowym, ustandaryzowanym (zharmonizowanym) na poziomie UE dokumentem zamówienia, na podstawie którego wykonawcy pozyskują informacje o zamówieniu. Pozostałe dokumenty takie jak siwz, są określone w dyrektywie jako „dokumenty zamówienia” i w stosunku do tych dokumentów przepisy art. 53 ust. 1 dyrektywy stanowią, że *„Instytucje zamawiające zapewniają za pomocą środków elektronicznych nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 51 lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania”*, Ratio legis powyższej regulacji wydaje się mieć zatem charakter gwarancyjny, mający na celu potwierdzenie, iż wykonawca otrzyma wszelkie niezbędne dla wzięcia udziału w postępowaniu informacje nie później niż w dniu publikacji ogłoszenia na poziomie UE. Za taką interpretacją przemawia również wewnątrzsystemowa wykładnia przepisów dyrektywy oraz Pzp, które najpierw regulują zasady publikacji informacji o zamówieniu, dostępnych w formie ogłoszenia, a następnie, potwierdzają, iż instytucje zamawiające są obowiązane na takich samych zasadach publikować pozostałe dokumenty zamówienia. Przy czym na takich samych zasadach oznacza, zgodnie z art. 11 ust. 7d (odpowiednio 52 ust. 1 dyrektywy). Odmienna, poprzestająca na ściśle literalnej wykładni art. 42 ust. 1 Pzp, interpretacja nie znajduje uzasadnienia w ratio legis ustawodawcy unijnego.

Dodatkowo podniósł, iż Zamawiający nie naruszył swoim postępowaniem naczelných zasad udzielania zamówień publicznych tj. w tym przypadku zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także zasady przejrzystości. Ustawodawca tak unijny jak i krajowy dopuścił możliwość opublikowania na stronie internetowej ogłoszenia o zamówieniu w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Oznacza to, iż na poziomie krajowym ogłoszenie o zamówieniu może być udostępnione na stronie internetowej wcześniej niż przed jego opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nawet o kilka dni (zgodnie z art. 51 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE ogłoszenia są publikowane nie wcześniej niż w terminie pięciu dni od daty ich wysłania), Skoro na poziomie unijnym dopuszczono taki sposób udostępniania ogłoszenia o zamówieniu to uznać należy, iż konstrukcja ta nie narusza zasady równego traktowania, uczciwości i przejrzystości i takim działaniem żadna grupa wykonawców nie jest faworyzowana (wykonawcy krajowi i zagraniczni traktowani są zgodnie z intencją

ustawodawcy unijnego). Skoro tak, to w przypadku udostępnienia pozostałych dokumentów zamówienia/SIWZ w analogiczny sposób co ogłoszenie o zamówieniu, to analogicznie należy uznać, że nie narusza to naczelnych zasad udzielania zamówień i jest zgodne z intencją ustawodawcy unijnego.

Prezes UZP w odpowiedzi z 26.11.2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/307(11)/19/RB dot. KU/145/19/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. W ślad za Informacją o wyniku kontroli uprzedniej należy ponownie wskazać na treść art. 42 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Przepis ten precyzyjnie wyznacza termin dokonywania czynności zamieszczenia przez zamawiającego specyfikacji na stronie internetowej precyzując, że - w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych - jest to dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Powyższy przepis jest odzwierciedleniem art. 53 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „*dyrektywa 2014/24/UE*”), który nakłada na podmioty zamawiające obowiązek zapewnienia za pomocą środków elektronicznych nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Ponadto, na uwagę zasługuje opinia wyrażona przez KIO w uchwale z 23.06.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 23/17: *„Brzmienie tego przepisu jest jasne i jednoznaczne i wynika z niego wprost, że dniem, w którym zamawiający powinien zamieścić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu), jest dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. (...) Art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również stanowi jedno z szeregu narzędzi mających zapewnić istnienie w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystość. Równocześnie określa on pewną zasadę - okres, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma być dostępna dla wykonawców - w ramach tej zasady specyfikacja powinna być zamieszczona w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.”* W analizowanej sprawie Zamawiający nie zamieścił siwz na swojej stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (21.06.2019 r.), ale dwa dni wcześniej (19.06.2019 r.),

tj. w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej, na podstawie uprawnienia wynikającego z art. 11 ust. 7d Pzp, tj. po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Przepis art. 11 ust. 7d Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 52 ust.1 dyrektywy 2014/24/UE umożliwiającego publikację na poziomie krajowym wyłącznie ogłoszeń wówczas, gdy instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, przy czym zgodnie z art. 51 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE ogłoszenia są publikowane nie później niż w terminie pięciu dni od daty ich wysłania. W ślad za ustawodawcą unijnym, przepis art. 11 ust. 7d Pzp dopuszcza możliwość zamieszczania przez Zamawiającego jedynie ogłoszeń, a nie pozostałych dokumentów zamówienia, na stronie internetowej przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak nie wcześniej niż po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ich przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Powyższe uprawnienie pozostaje natomiast bez znaczenia dla rozumienia terminu dokonywania czynności publikacji SIWZ na stronie internetowej przez Zamawiającego, dla dokonania której termin precyzyjnie wyznacza dyspozycja art. 42 ust. 1 Pzp. Obowiązek zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze służy zapewnieniu istnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystości, poprzez umożliwienie wszystkim wykonawcom zapoznanie się ze specyfikacją w tym samym momencie i dysponowanie jednakowym czasem na przygotowanie ofert, niezależnie od źródła i czasu pozyskania informacji o zamówieniu na podstawie ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej wcześniej niż opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z powyższych względów, Prezes UZP nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż ściśle literalna wykładana art. 42 ust. 1 Pzp nie znajduje uzasadnienia w ratio legis ustawodawcy unijnego.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 171 a Pzp w zw. z art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z ustaleniami udostępnienie przez Zamawiającego postanowień SIWZ nastąpiło na stronie internetowej od dnia 19.06.2019 r., tj. dwa dni wcześniej niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (w dniu 21.06.2019 r.).

Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, że w jej ocenie, zasadnie Prezes UZP wskazał w swojej odpowiedzi, że art. 11 ust. 7d Pzp dopuszcza możliwość zamieszczania przez Zamawiającego jedynie ogłoszeń, czyli dotyczy tylko nich, a nie pozostałych dokumentów zamówienia, na stronie internetowej przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak nie wcześniej niż po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ich przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Niniejszy przepis pozostaje bez znaczenia dla rozumienia terminu dokonywania czynności publikacji SIWZ na stronie internetowej przez Zamawiającego, dla dokonania której termin precyzyjnie wyznacza dyspozycja art. 42 ust. 1 Pzp. Przepis w tym zakresie jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Obowiązek zamieszczenia postanowień SIWZ na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze służy zapewnieniu w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystości, poprzez umożliwienie wszystkim wykonawcom zapoznanie się z postanowieniami SIWZ w tym samym momencie i dysponowanie jednakowym czasem na przygotowanie ofert.

Działanie Zamawiającego takie jakie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, czyli publikacja postanowień SIWZ przed publikacją ogłoszenia, narusza te zasady, to de facto preferowanie podmiotów krajowych kosztem podmiotów europejskich.

Z uwagi na powyższe, Izba nie uwzględniła zastrzeżeń.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....