

Sygn. akt: KIO/KU 23/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 czerwca 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 25 maja 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni ul. Niepodległości 8, 61-875 Poznań)

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 19 maja 2017 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę podkładów strunobetonowych dla zadania Wykonanie robót wyprzedzających na odcinku Słonice – – Szczecin Dąbie od km 128,680 do 195,170 w ramach projektu Prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny-Szczecin Dąbie”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Katarzyna Prowadzisz
Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni) do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 28 kwietnia do 19 maja 2017 r. prowadził kontrolę prowadzonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni) zamówienia publicznego na „dostawę podkładów strunobetonowych dla zadania Wykonanie robót wyprzedzających na odcinku Słonice –

– Szczecin Dąbie od km 128,680 do 195,170 w ramach projektu Prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny-Szczecin Dąbie”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 grudnia 2016 r. pod numerem 2016/S 249-459013.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał na następujące naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie mają wpływu na wynik postępowania:

1. brak żądania dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 8 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), tj. oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od 27 grudnia 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2016 r., co stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. wezwanie wykonawcy Wytwórnia Podkładów Strunobetonowych S. A. do złożenia dokumentów wskazanych w § 5 pkt 4 oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które wykonawca załączył do oferty lub uzupełnił w trakcie prowadzonej procedury, co narusza art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z §10 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w punkcie 1. i 3. zostały uwzględnione przez Prezesa UZP, wobec powyższego przedmiot sporu pomiędzy Zamawiającym a Prezesem UZP, którego dotyczy niniejsza uchwała, sprowadza się do naruszenia, o którym mowa w punkcie 2.

W ramach tego naruszenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdził, iż ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 249-459013 w dniu 24 grudnia 2016 r., zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie <http://www.zamowienia.plk-sa.pl> od 27 grudnia 2016 r. do 24 lutego 2017 r. Tymczasem, zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, specyfikację istotnych warunków zamówienia 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. Udostępnienie

specyfikacji istotnych warunków zamówienia od 27 grudnia 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r., stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia.

Zamawiający przyznał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2016 r., natomiast sam Zamawiający, stosownie do treści art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie <http://www.zamowienia.plk-sa.pl> od 27 grudnia 2016 r. do dnia 24 lutego 2017 r. Jednakże, jak wskazał Zamawiający, 24 grudnia 2016 r. przypadał w sobotę, a dwa kolejne dni były dniami wolnymi od pracy zgodnie z ustawą z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (odpowiednio art. 1 pkt 1 lit. l) i m) oraz pkt 2), zatem termin, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przypadał w dniu 27 grudnia 2016 r. Ocena ta wynika z zastosowania art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Zatem działanie Zamawiającego było zgodne z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Zdaniem Prezesa UZP konstrukcja art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym zwłaszcza sposób określenia terminu na dokonanie czynności prawnej, jaką jest udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej powoduje, że w niniejszej sytuacji art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje zastosowania. W przywołanym przepisie mowa bowiem o końcu terminu do wykonania czynności, co oznacza, że dotyczy terminu rozumianego jako okres (odcinek czasu) określony pewną liczbą jednostek czasu. Ww. przepis ma zatem zastosowanie do terminów, które zakreślają ramy czasowe wykonania jakiejś czynności. Analogiczny przepis znajduje się w art. 115 ustawy Kodeks cywilny, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei w art. 110 Kodeksu cywilnego wskazano, że jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu

państwowego albo czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe, w tym m.in. art. 115 Kodeksu cywilnego.

Art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując termin będący konkretnym punktem czasowym, tj. stanowiąc, że specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wprost określa, że specyfikacja powinna być udostępniona na stronie internetowej w tym samym dniu, w którym opublikowano ogłoszenie o zamówieniu. Należy zatem uznać, że w powyższym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych oznaczono ww. termin i określono sposób jego obliczania.

Na marginesie należy wskazać, że wprowadzenie powyższego wymogu do materii ustawowej ma na celu umożliwienie wykonawcom uzyskanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez konieczności występowania do zamawiającego, na równych zasadach, bez zbędnych opóźnień, a tym samym w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w określonym w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych terminie może utrudniać wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Każdy dzień zwłoki w publikacji specyfikacji na stronie internetowej w praktyce może wpływać na złożenie oferty, gdyż skraca czas, np. na kalkulację ofertową czy konsultacje z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami. Ponadto, brak publikacji specyfikacji w określonym ustawowo terminie ma wpływ również na ograniczenie czasu przeznaczanego dla wykonawców na składanie wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Aby zapobiec ograniczeniu konkurencji w powyższy sposób ustawodawca w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych precyzyjnie wyznaczył termin na dokonanie czynności udostępnienia specyfikacji na stronie internetowej. Powyższy termin został bezpośrednio powiązany z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu i w przypadku procedur „unijnych” wyznaczony został „od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z przytoczonych powyżej stanowisk Prezesa UZP i zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., przedmiotem sporu jest pogląd, czy w zaistniałym stanie

faktycznym Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zamieszczając specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej 27 grudnia, a nie 24 grudnia 2016 r.

Art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż specyfikację istotnych warunków zamówienia 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.

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. Istnienie takiego obowiązku zamawiającego nie było też sporne pomiędzy Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych a Zamawiającym.

Realizacja tego obowiązku napotyka jednak trudności praktyczne, gdy ogłoszenie o zamówieniu zostanie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dzień nie będący dniem roboczym zamawiającego – najczęściej to sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy.

O ile bowiem zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych następuje bezpośrednio przez zamawiającego, zatem może on dzień owej publikacji dowolnie wybrać, o tyle dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest ustalany przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej (art. 11 ust. 1 pkt 2 i ust. 7a ustawy Prawo zamówień publicznych). Z praktyki wynika, że kolejne numery Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej wydawane są również w soboty oraz w dzień ustawowo wolny od pracy w Polsce, nie będący równocześnie dniem wolnym od pracy w kraju siedziby Urzędu Publikacji Unii Europejskiej.

W opinii Zamawiającego w takim wypadku ma zastosowanie art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, z którym to stanowiskiem nie zgadza się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie terminu rozumianego jako okres (odcinek czasu) określony pewną liczbą jednostek czasu, ma zatem zastosowanie do terminów, które zakreślają ramy czasowe wykonania jakiejś czynności.

Tak też, w ocenie Izby, jest w przypadku terminu wskazanego w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – określono w nim bowiem okres (odcinek czasu), przypisując mu

daną liczbę jednostek czasu zakreślających ramy czasowe dokonania czynności zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Jest to dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Cechą specyficzną tego okresu jest to, że obejmuje on wyłącznie jeden dzień – jednak termin ten ma swój początek i koniec (początek i koniec dnia kalendarzowego).

Nie ma zatem przeszkód prawnych, by do art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stosować regułę wskazaną w art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jeśli koniec terminu (dnia) na udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin na zamieszczenie specyfikacji upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Należy też zwrócić uwagę, iż niezależnie od istnienia regulacji art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (przed nowelizacją z 2016 r. takiego przepisu nie było, jednak specyfikacje istotnych warunków zamówienia zamieszczane były przez zamawiających na podobnej zasadzie – pierwszego dnia roboczego i praktyka ta nie była ogólnie kwestionowana), jest to jedyne pragmatyczne (w znaczeniu: „oparte na logicznym związku rzeczy, na przyczynowych związkach wydarzeń”) rozwiązanie.

Każdy bowiem przepis, nawet literalnie jasny, należy odczytywać i interpretować z uwzględnieniem zasad racjonalności i życiowego doświadczenia, a także celu i możliwości spełnienia wskazanego w nim obowiązku. W ramach zamówień publicznych dodatkowo też przez pryzmat naczelných zasad, które są realizowane przez pozostałe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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. Zasady mają jednak to do siebie, że istnieją od nich wyjątki i takim wyjątkiem jest sytuacja, w której publikacja ogłoszenia następuje w dniu, który nie jest dniem roboczym zamawiającego (a najczęściej też i wykonawców). Zresztą art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych można uznać tu za zasadę uzupełniającą zasadę wyrażoną w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być zamieszczona w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ale w przypadku, gdy dzień udostępnienia

specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Jak wynika z dotychczasowego doświadczenia Izby, jest to zasada powszechnie akceptowana na rynku zamówień publicznych nawet przed wejściem w życie art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, z racjonalnego punktu widzenia bowiem (niezależnie nawet od zakazów wynikających z prawa pracy), nadmiernym obciążeniem zamawiających byłoby żądanie od nich, by wymagali od swoich pracowników stawiania się w pracy w soboty lub dni ustawowo wolne od pracy w celu zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Najczęściej są to dni wolne od pracy również u wykonawców, zatem w większości nie wyszukują oni ogłoszeń ani nie rozpoczynają sporządzania ofert już w tym dniu.

Dodatkowo w przedmiotowym stanie faktycznym dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przypadał na 24 grudnia 2016 r., czyli Wigilię, zatem w dzień, w którym w szczególności trudno wymagać od pracowników świadczenia pracy, która nie wymaga natychmiastowego wykonania. Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż Prezes UZP w swoim stanowisku wskazał jedynie na zaniechanie Zamawiającego co do zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale nie na sposób rozwiązania problemu, który powstał w wyniku publikacji ogłoszenia w dniu 24 grudnia.

W opinii Izby działaniu, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczana jest dnia następnego po dniu/dniach wolnych od pracy, następujących po publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie można również zarzucić naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania – wszyscy wykonawcy otrzymali możliwość zapoznania się ze specyfikacją w tym samym momencie i na równych zasadach dostępności, mieli również odpowiedni czas na przygotowanie oferty (od 27 grudnia 2016 r. do 24 lutego 2017 r. – termin składania ofert).

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....