

Sygn. akt: KIO/KU 15/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 sierpnia 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 lipca 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 16 lipca 2021 r., znak sprawy KU/96/21 w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie opracowania projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E75 na odcinku Białystok - Suwałki - Traszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok - Elk”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

uchwały z dnia 16 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO/KU 15/21

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „kontrolujący”) w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego opracowania projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E75 na odcinku Białystok - Suwałki - Traszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok - Elk” stwierdził naruszenie przez zamawiającego (pisownia oryginalna): art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy ust. 1 Pzp, poprzez wezwanie przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą jedynie wykonawcy Budimex S.A.

Kontrolujący ustalił, że zamawiający w dniu 1 czerwca 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie. Następnie pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 p.z.p. zwrócił się do wybranego wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o przedłużenie okresu ważności wadium o 60 dni. Pismem z dnia 7 czerwca 2021 r. wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 9 sierpnia 2021 r. oraz przedłożył aneks gwarancji bankowej, przedłużający okres ważności wadium również do tej daty.

W dniu 13 lipca 2021 r. kontrolujący wystosował do zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia, czy zamawiający zwrócił się do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o przedłużenie terminu związania ofertą. Pismem z dnia 14 lipca 2021 r. jednostka zamawiająca wyjaśniła, iż „Zamawiający nie zwrócił się do wszystkich Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż w dniu 01.06.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, wypełniając dyspozycję art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) w dniu 02.06.2021 r., tj. niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zwrócił wadium wszystkim Wykonawcom, z wyjątkiem Wykonawcy BUDIMEX S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”.

Kontrolujący wskazał na treść art. 85 ust. 2 i 4 p.z.p. i stwierdził, że brzmienie dyspozycji art. 85 ust. 2 p.z.p. nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Jednakże, co znajduje odzwierciedlenie w doktrynie, nie można zapominać o fakcie, że wykładnia tego przepisu powiązana jest z innymi normami zawartymi w ustawie, w tym m.in. z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Znaczenie tej zasady przejawia poprzez zapewnienie wszystkim wykonawcom jednakowego dostępu do przekazywanych

dokumentów i informacji. Przestrzeganie omawianej zasady polega na stosowaniu takiej samej miary do wszystkich wykonawców i na jednakowym traktowaniu podmiotów znajdujących się w takiej samej lub zbliżonej sytuacji. Obowiązkiem zamawiającego w tym zakresie jest nie tylko dostarczenie wykonawcom jednakowych informacji, wiedzy oraz dokumentacji na temat udzielanego zamówienia, ale także przekazanie ich równocześnie, w jednakowym terminie. Co więcej, zdaniem kontrolującego zastosowanie samej wykładni literalnej dyspozycji przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p. prowadzi do konkluzji, iż zamawiający może „zwrócić się do wykonawców (...)”, a nie zaś jedynie do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W sytuacji, w której zamawiający zdecydował się skorzystać ze swojego uprawnienia do wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, należy jasno stwierdzić, iż winien był to uczynić w odniesieniu do wszystkich wykonawców, nie zaś jedynie w stosunku do wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie. Zgodnie z art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy p.z.p. ogólną zasadą jest, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jednakże w zdaniu drugim przywołanego przepisu uregulowano sytuację szczególną - gdy przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej - wskazując, że wówczas „obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”.

Powyższe według kontrolującego oznacza, iż w opisanej sytuacji obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Budimex S.A. w Warszawie, natomiast pozostali wykonawcy winni zostać przez zamawiającego wezwani do przedłużenia terminu związania ofertą - bez konieczności wnoszenia nowego wadium lub jego przedłużania, czego zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. Wezwanie przez zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą jedynie wykonawcy, którego ofertę wybrano w przetargu stanowi naruszenie art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 16 lipca 2021 r. znajdującym się w aktach sprawy zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej, zaś pismem z dnia 5 sierpnia 2021 r. kontrolujący poinformował zamawiającego, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, co spowodowało przekazanie zastrzeżeń jednostki zamawiającej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją kontroli, w tym w szczególności z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E75 na odcinku Białystok - Suwałki - Traszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok - Elk”, które zostało wszczęte 2 grudnia 2020 r., o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 235-581085 (dalej zwane jako "postępowanie"), stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, mającej zastosowanie w związku z datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna czynności zamawiającego, który w dniu 2 czerwca 2021 r. – czyli po wyborze oferty najkorzystniejszej, którego dokonano w dniu 1 czerwca 2021 r. – zwrócił się do wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie o przedłużenie terminu związania ofertą, nie kierując wezwania do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli skład wyrażający opinię podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do zaistniałego stanu faktycznego.

Na wstępie należy także zaznaczyć, że na uznanie Izby zasługuje stanowisko, że nawet upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, jest ona nadal ważna, z tą różnicą, że działania zgodne z jej treścią – zawarcie umowy na warunkach w ofercie oznaczonych – zależne jest wyłącznie od decyzji wykonawcy, który nie może być już po terminie związania ofertą do zawarcia umowy skutecznie przymuszony (por. wyroki Sądów Okręgowych: w Łodzi z 21.09.2012 r. sygn. akt: XIII Ga 379/12, w Lublinie z 17.01.2014 r. sygn. akt: IX Ga 392/13, w Warszawie z 16.07.2014 r. sygn. akt: XXIII Ga 924/14, z 19.06.2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 729/15 oraz postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2010 r. sygn. akt: SK 22/08). Jednakże argumentacja ta nie ma żadnego wpływu na uchybienie, które zaistniało w postępowaniu.

Uzupełniając do stanowiska kontrolującego Izba wskazuje, że skoro zamawiający zdecydował się skorzystać ze swojego uprawnienia z art. 85 ust. 2 p.z.p. – zgodnie z którym może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu

o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni – i wezwać do przedłużenia terminu związania ofertą, to czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje, że wzywa się jedynie wykonawcę wybranego w przetargu. W omawianej normie ustawodawca posłużył się liczbą mnogą, wskazując zwrócenie się o wyrażanie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie do wykonawcy, a do wykonawców. Nie rozróżniono zatem czynności wezwania od faktu, czy danego wykonawcę wybrano w przetargu, czy nie, wręcz nakazując jednostce zamawiającej wystosowanie wezwania do wszystkich przedsiębiorców.

Dalej Izba zauważa, że ustawodawca wyraźnie w art. 85 ust. 4 p.z.p. wskazał, że jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem nie oznacza to, że zamawiający nie wzywa pozostałych wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a jedynie, iż tacy wykonawcy nie wnoszą wadium – które po rozstrzygnięciu przetargu jest im zwracane zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 1 p.z.p. W omawianej normie uregulowano działanie po wyborze oferty najkorzystniejszej, rozróżniając jedynie sytuację wykonawców co do zabezpieczenia oferty wadium, ale nie rozróżniono postępowania zamawiającego w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w stosunku do sytuacji pozostałych wykonawców. Jeżeli więc wolą ustawodawcy byłoby przyznanie zamawiającemu uprawnienia do wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą tylko wykonawcy wybranego, to omawiane normy zostałyby zredagowane inaczej. Natomiast w postępowaniu zamawiający wybrał wykonawcę, do którego wystosuje wezwanie, kiedy ustawa nie przyznaje mu takiego uprawnienia.

W konsekwencji powyższego w ocenie składu wydającego opinię w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 2 w zw. z art. 85 ust. 4 p.z.p.

Mając zaś na uwadze zasady naczelne p.z.p. określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którymi nie można uprzywilejowywać żadnego wykonawcy Izba zauważa, że zamawiający działając w ramach ustawy p.z.p. – czy przy wykonywaniu obowiązków nałożonych na niego przez ustawodawcę, czy przy korzystaniu z uprawnień mu przyznanych – powinien uwzględnić obowiązek działania w taki sposób, aby zapewnić równe traktowanie wykonawców. Zatem nie tylko z powodu brzmienia art. 85 ust. 2 i 4 p.z.p., ale dodatkowo ze względu na treść art. 7 ust. 1 p.z.p. jednostka zamawiająca nie ma uprawnienia, aby sama różnicować sytuację poszczególnych wykonawców, skoro ustawodawca jej nie różnicuje.

Rekapitulując, zastrzeżenia zamawiającego nie mogły zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, przy czym stwierdzone naruszenie ustawy nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....