

Sygn. akt: KIO/KU 28/17

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 3 lipca 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 12 czerwca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum realizacji Inwestycji Region Zachodni w Poznaniu

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 5 czerwca 2017 r.,  
(znak **UZP/DKZP/WKZ5/420/25(9)/17/TD**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**dostawę szyn o profilu 60E1 ze stali R260 dla zadania pn. Wykonanie robót wyprzedzających na odc. 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: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Piotr Kozłowski**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 12 czerwca 2017 r. do pkt 3 informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 czerwca 2017 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę szyn o profilu 60E1 ze stali R260 dla zadania pn. wykonanie robót wyprzedzających na odc. Słonice–Szczecin Dąbie od km 128,680 do 195,170 w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny -Szczecin Dąbie”.

W dniu 5 czerwca 2017 r. Prezes UZP w pkt 1 informacji o wyniku kontroli wskazał, że jak wynika z kopii dokumentacji ww. postępowania wykonawca Moris sp. z .o.o., którego oferta w ramach przedmiotowej procedury została najwyżej oceniona a następnie wybrana jako najkorzystniejsza, złożył wraz z ofertą oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej sporządzone na załączniku nr 3 do formularza ofertowego. Niniejsze oświadczenie sporządzone zostało w dniu 31.01.2017 r. W opisywanym oświadczeniu wykonawca wskazał: *„Oświadczamy, że na dzień składania ofert nie należymy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp”*. Zważywszy, iż oferta Moris Sp. z .o.o. nie była jedyną ofertą złożoną w ramach niniejszego postępowania, zamawiający pismem z dnia 22.05.2017 r. poproszony został o wyjaśnienie, czy działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywał ww. wykonawcę do uzupełnienia tego oświadczenia po dniu otwarcia ofert (t.j. po 06.03.2017 r.). Pismem z dnia 24.05.2017 r. zamawiający wyjaśnił, że *„... taka czynność w postępowaniu nie została wykonana z uwagi na prawidłowość tego samego oświadczenia, lecz złożonego wraz z ofertą. Zwrócić należy uwagę, że w piśmiennictwie uznaje się za skuteczne złożenie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej wraz z ofertą. Podkreślenia wymaga, że takie rozwiązanie jest znacznie wygodniejsze dla podmiotów niemających żadnych powiązań kapitałowych. Składając oświadczenie wraz z ofertą, nie muszą one wtedy pamiętać o zachowaniu terminu na złożenie oświadczenia. Tak złożone oświadczenie powinno być jednocześnie respektowane przez zamawiających. (Tak: Stempel, Marek. Składanie oświadczeń przynależności do grupy kapitałowej [Online]. Publikacje Elektroniczne ABC, 2017-04-12 17:53 [dostęp: 2017-05-23 11:22]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/Dublikacja/470070828>). Podobne stanowisko wynika również z odpowiedzi udzielonej na Pytanie: Czy można złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, wraz z ofertą, w sytuacji gdy wykonawca nie należy do żadnej grupy kapitałowej? - zamieszczone na stronie UZP (Pytania i odpowiedzi UZP (link: [2](https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-</a></i></p></div><div data-bbox=)*

*podmiotowa- wykonawców), zgodnie z którą oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej złożone wraz z ofertą, niezależnie od ilości ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również potwierdza brak podstawy do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy jednak w tym przypadku pamiętać, że jakakolwiek zmiana sytuacji wykonawcy w toku postępowania (włączenie do grupy kapitałowej) będzie powodowała obowiązek aktualizacji takiego oświadczenia po stronie wykonawcy. Z oświadczeń złożonych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu wprost wynikało, iż żaden z nich nie należy do grupy kapitałowej z Moris Sp. z o.o., co tylko wzmacnia zasadność sposobu działania przyjętego przez Zamawiającego wobec braku jakichkolwiek powiązań pomiędzy podmiotami biorącymi udział w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe brak było podstaw do kierowania wobec wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie złożenia dokumentu nie powodującego jakichkolwiek wątpliwości co do prawdziwości zawartego w nim oświadczenia. Posiadanie przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego jednoznacznie brak podstaw do wykluczenia, wyłączyło obowiązek jakichkolwiek dodatkowych wezwań w tym zakresie. Odnosząc się również do daty sporządzenia dokumentu (tj. 31 stycznia 2017 roku), należy wskazać, iż nie ma ona znaczenia dla jego ważności czy też prawidłowości. Podkreślić trzeba, że ma ona wyłącznie deklaratoryjny charakter, nie determinując, iż w okresie pomiędzy tą datą a terminem składania ofert nastąpiły jakiegokolwiek zmiany w zakresie powiązań kapitałowych danego wykonawcy. Przyjąć należy domniemanie aktualności takiego oświadczenia, które zostało złożone następnie wraz z ofertą.”*

Odnosząc się do powyższej argumentacji zamawiającego Prezes UZP podniósł, iż w świetle dyspozycji art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek przekazać zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23) w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Prezes UZP wywiódł, że składane ono jest w celu wykazania, czy nie zachodzą określone powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami rzeczywiście konkurującymi o dane zamówienie. Składane jest ono zatem dopiero w chwili, gdy składający oświadczenie wie, którzy wykonawcy już złożyli swoje oferty w tym samym postępowaniu (art. 86 ust. 5 ustawy Pzp). Załączone do oferty wykonawcy Moris Sp. z o.o. oświadczenie sporządzone zostało w dniu 31.01.2017 r., zatem przed terminem składania ofert i otwarcia ofert wyznaczonym na dzień 06.03.2017 r., gdy krąg wykonawców którzy złożyli swoje oferty nie mógł być jeszcze znany. Mając na uwadze powyższe po pierwsze

Prezes UZP podniósł, iż przedmiotowe oświadczenie nie zostało przekazane zamawiającemu zgodnie z ustawowym wymogiem, tj. po zamieszczeniu informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, gdy krąg wykonawców którzy złożyli swoje oferty był znany. Ponadto podnosił, iż w opisywanym oświadczeniu wykonawca wskazał: „*Oświadczamy, że na dzień składania ofert nie należymy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp*”. Tym samym przedmiotowe oświadczenie złożone zostało w kontekście konkretnej procedury prowadzonej przez zamawiającego i nie może być utożsamiane z ogólnym oświadczeniem o braku przynależności do grupy kapitałowej, o którym mowa w przytoczonym przez zamawiającego piśmiennictwie.

Prezes UZP odniósł się także do twierdzeń zamawiającego, iż z treści oświadczeń złożonych przez pozostałych wykonawców wynika, iż żaden z nich nie należy do grupy kapitałowej z Moris Sp. z o.o., co wyklucza występowanie jakichkolwiek powiązań pomiędzy podmiotami biorącymi udział w postępowaniu. Wywiódł, iż stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, to na wykonawcy ciąży obowiązek przekazania zamawiającemu oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, które wykonawca przedkłada w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Argumentował, że zawsze zatem w przypadku, gdy złożone przez wykonawcę oświadczenie nie spełnia wymogów określonych w ustawie, zamawiający winien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia, nie zaś polegać na oświadczeniach przedłożonych przez innych wykonawców. Podkreślał, iż w ramach prowadzonego postępowania zamawiający stosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszej procedurze zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zatem w niniejszej procedurze, oświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia złożone przez pozostałych wykonawców, nie podlegają badaniu przez zamawiającego.

Prezes UZP wskazał także, iż przepis art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wskazuje termin o charakterze instrukcyjnym, po upływie którego zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia ww. oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym,

chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający stosuje zatem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca m.in. nie złożył prawidłowego oświadczenia lub dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, zamawiający nie wzywając wykonawcy Moris sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia o przynależności bądź braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, sporządzonego po dniu otwarcia ofert.

W pkt 2 informacji Prezes UZP podniósł, że pismem z dnia 13.03.2017 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ArcelorMittal Poland S.A. do „ponownego złożenia oświadczenia, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.” Jak wynika z kopii dokumentacji przedmiotowego postępowania, niniejszy wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie z dnia 20.02.2017 r., iż przynależy do grupy kapitałowej, w skład której wchodzi podmioty, które wymienione zostały w załączniku do ww. oświadczenia. Mając na uwadze powyższe Prezes UZP wskazał, iż w ramach przedmiotowego postępowania zamawiający, zgodnie z pkt 19.1 SIWZ, stosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Argumentował, że procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała

się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Prezes UZP argumentował, iż oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej składane jest w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, zaś w procedurze odwróconej zamawiający bada, czy podstawy wykluczenia nie dotyczą jedynie wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, żądanie przedłożenia ww. oświadczenia przez pozostałych wykonawców uznać należy za zbędne. W tym zakresie nie jest to bowiem oświadczenie niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Wobec powyższego, zdaniem Prezesa UZP zamawiający żądając od ArcelorMittal Poland S.A., tj. wykonawcy którego oferta nie została oceniona jako najkorzystniejsza, uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 23 ustawy Pzp dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

W pkt 3 informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wskazał, że ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 2016/S 249-459004 w dniu 24.12.2016 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie <http://www.zamowienia.plk-sa.pl> od dnia 27.12.2016 r. do dnia 06.03.2017 r. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy 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. Wywiódł, że udostępnienie SIWZ od dnia 27.12.2016 r. mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2016 r. stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał ponadto, że naruszenie powyższego przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania.

## II.

W dniu 12 czerwca 2017 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do pkt 2 i 3 informacji o wyniku kontroli. Nie wniósł zastrzeżeń do pkt 1 informacji o wyniku kontroli.

Co do pkt 2 informacji o wyniku kontroli nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że wezwał wykonawcę ArcelorMittal Poland S. A., którego oferta nie została oceniona jako najkorzystniejsza, do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do

wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, gdyż obowiązek złożenia takiego oświadczenia wynika z treści art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, zgodnie z którym Wykonawca, w terminie 3 dni (...) od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23 (...). Argumentował, że zastosował wprawdzie w przedmiotowym postępowaniu art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu*, jednakże z treści art. 24 ust. 11 ustawy Pzp nie wynika w ocenie zamawiającego, by obowiązek złożenia wskazanego w nim oświadczenia dotyczył wyłącznie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Zamawiający wywiódł, że na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.(...). Podkreślał jednak, że na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dokumentów i oświadczeń, do złożenia których Wykonawca nie jest zobowiązany na wcześniejszym etapie postępowania. Obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, wynika natomiast z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, który określa konkretny termin, w którym wykonawca zobowiązany jest takie oświadczenie złożyć i z treści ww. przepisu nie wynika, że jego stosowanie doznaje ograniczenia w przypadku zastosowania przez zamawiającego art. 24aa ust. 1 ustawy.

Zamawiający argumentował, że wskazany w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp termin 3 dni liczony od zamieszczenia przez zamawiającego na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5, do zamieszczenia której zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie po otwarciu ofert, potwierdza w ocenie zamawiającego, iż wymóg złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy dotyczy wszystkich wykonawców, a nie wyłącznie wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Wykonawca ArcelorMittal Poland S. A. złożył wraz z ofertą

oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, do którego załączył wykaz podmiotów należących do grupy kapitałowej, przy czym żaden z podmiotów (poza wykonawcą) ujętych w wykazie nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu. Złożone przez wykonawcę oświadczenie nie dotyczyło zatem grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, a zatem było niezgodne z treścią SIWZ oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający, w celu potwierdzenia przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy ArcelorMittal Poland S. A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia oświadczenia zgodnego z treścią art. 24 ust. 1 pkt 23 oraz treścią SIWZ, do złożenia którego wykonawca był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

*Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (...).*

W ocenie zamawiającego w związku ze złożeniem przez wykonawcę ArcelorMittal Poland S. A. błędnego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, które to oświadczenie składane jest na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3, i do złożenia którego wykonawca był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 11 i w terminie w nim określonym, zamawiający był nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia, zaś czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia nie stanowiła naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 11 ustawy, a wręcz wypełniała dyspozycję zawartą w obu ww. przepisach.

Co do pkt 3 informacji o wyniku kontroli nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r. (nr 2016/S 249-459004). Natomiast zamawiający stosownie do treści art. 42 ust. 1 ustawy Pzp udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie <http://www.zamowienia.plk-sa.pl> od dnia 27.12.2016 r. do dnia 06.03.2017 r. W ocenie zamawiającego, mając na uwadze okoliczność, iż dzień 24 grudnia 2016



r. przypadał w sobotę, a nadto dwa kolejne dni są 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) termin, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Pzp przypadał w dniu 27 grudnia 2016 r. Ocena ta wynika z zastosowania art. 14 ust. 2 ustawy Pzp, 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. W świetle powyższego zamawiający podnosił, że jego działanie było zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 ww. ustawy.

W przypadku uznania jednak, że art. 42 ust. 1 ustawy Pzp wskazując termin będący konkretnym punktem czasowym, tj. stanowiąc, że SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu, wprost określa, że SIWZ powinna być udostępniona na stronie internetowej w tym samym dniu, w którym opublikowano ogłoszenia o zamówieniu, a zatem w powyższym zakresie w ustawie Pzp oznaczono ww. termin i określono sposób jego obliczania, zwracał uwagę na treść art. 43 ust. 2 ustawy Pzp oraz terminy publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia o zamówieniu publikowane są w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w terminie do 5 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zaś zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp *jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.*

Zdaniem zamawiającego z powyższego wynika, że ustawodawca wziął pod uwagę, iż czas jaki wykonawcy będą mieli na zapoznanie się z treścią SIWZ może ulec skróceniu do 35 dni, w przypadku opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w 5 dniu od przekazania ogłoszenia do publikacji. W niniejszym postępowaniu SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 27.12.2016r., a zatem nie został przekroczony, uwzględniony przez ustawodawcę, 5-dniowy termin, jaki może upłynąć pomiędzy przekazaniem ogłoszenia do publikacji a jego faktycznym opublikowaniem i tym samym udostępnieniem SIWZ. Pierwotnie wyznaczony termin składania ofert przypadał na dzień 02.02.2017r., tj. w 37 dniu po zamieszczeniu SIWZ przez zamawiającego na stronie internetowej, a zatem wykonawcy od początku mieli na zapoznanie się z treścią SIWZ oraz złożenie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ więcej dni, niż uwzględnione w ustawie minimum.

Argumentował, że z uwagi na to, iż wprowadzenie do ustawy Pzp wymogu zamieszczenia na stronie internetowej SIWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu ma na celu umożliwienie wykonawcom uzyskanie SIWZ bez konieczności występowania do zamawiającego, na równych zasadach, bez zbędnych opóźnień, a tym samym w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji, podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie występował do zamawiającego o udostępnienie SIWZ, od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej była ona dostępna wszystkim wykonawcom w tym samym czasie i na równych zasadach, zaś publikację SIWZ w dniu 27.12.2016 r. trudno zakwalifikować jako szczególne opóźnienie. Wskazany w art. 42 ust. 1 ustawy Pzp termin na zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej zamawiającego ma na celu umożliwienie wykonawcom niezwłocznego przystąpienia do sporządzania ofert, przygotowanie kalkulacji cenowej czy konsultacji z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami oraz zachowanie minimalnego terminu przeznaczonego dla wykonawców na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. W niniejszym postępowaniu przy ocenie, czy zamawiający utrudnił realizację celu, któremu przyświeca konstrukcja art. 42 ust. 1 ustawy Pzp przez zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej zamawiającego w dniu 27.12.2016 r., podczas gdy ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24.12.2016 r., należy wziąć po uwagę to, iż w dniach pomiędzy publikacją ogłoszenia a zamieszczeniem SIWZ na stronie internetowej przypadały Święta Bożego Narodzenia. Wątpliwym pozostaje zatem, by we wspomnianym okresie wykonawcy korzystali z przysługującego im prawa do udostępnienia SIWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu i podejmowali w tym czasie czynności związane z zapoznaniem się z treścią SIWZ, składaniem wniosków o wyjaśnienie jej treści, sporządzaniem ofert, przygotowaniem kalkulacji cenowej, czy prowadzili konsultacje z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami.

### III.

W dniu 27 czerwca 2017 r. Prezes UZP, uwzględnił zastrzeżenia zamawiającego do naruszenia wskazanego w pkt 2 informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Podtrzymał natomiast stanowisko przedstawione w pkt 3 informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy 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. Argumentował, że konstrukcja powyższego przepisu, w tym zwłaszcza sposób

określenia terminu na dokonanie czynności prawnej jaką jest udostępnienie SIWZ na stronie internetowej powoduje, że w niniejszej sytuacji art. 14 ust. 2 ustawy Pzp 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 z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 poz. 459 j.t.), 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.”*

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP wskazywał, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *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 Pzp wskazując termin będący konkretnym punktem czasowym, tj. stanowiąc, że SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wprost określa, że SIWZ 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 Pzp oznaczono ww. termin i określono sposób jego obliczania. Na marginesie wskazywał, że wprowadzenie powyższego wymogu do materii ustawowej ma na celu umożliwienie wykonawcom uzyskanie SIWZ bez konieczności występowania do zamawiającego, na równych zasadach, bez zbędnych opóźnień, a tym samym w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Prezes UZP wywiódł, że uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia SIWZ w określonym w art. 42 ust. 1 ustawy Pzp terminie może utrudniać wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Każdy dzień zwłoki w publikacji SIWZ 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 SIWZ w określonym ustawowo terminie ma wpływ również na ograniczenie czasu przeznaczanego dla wykonawców na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Aby zapobiec ograniczeniu konkurencji w powyższy sposób,

ustawodawca w art. 42 ust. 1 ustawy Pzp precyzyjnie wyznaczył termin na dokonanie czynności udostępnienia SIWZ 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”. Konieczność upowszechnienia SIWZ na stronie internetowej, zważając na doniosłość tej czynności w procesie udzielania zamówienia, wypełnia wskazaną przesłankę (tak: K. Różowicz, Termin udostępnienia SIWZ, M.Zam.Pub. 2015/5/41-43, LEX). Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2017 r. (sygn. akt KIO/KU 22/17) podjętej w analogicznym stanie faktycznym. W tym kontekście Prezes UZP za bezprzedmiotowe uznał rozważania zamawiającego dotyczące treści art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Dyspozycja powyższego przepisu dotyczy bowiem ustalenia przez zamawiającego terminu składania ofert, który powiązany został z czynnością przekazania ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Nie dotyczy natomiast czynności zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, dla dokonania której termin precyzyjnie wyznacza dyspozycja art. 42 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosił ponadto, że w toku kontroli przedmiotowego postępowania nie stwierdzono naruszenia dyspozycji art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym Prezes UZP podtrzymał stanowisko, iż zamawiający udostępniając SIWZ od dnia 27 grudnia 2016 r. mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r. naruszył art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **IV.**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do pkt 3 informacji o wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **V.**

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do pkt 3 informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w pkt 3 informacji o wyniku kontroli uprzedniej i odpowiedzi na zastrzeżenia do ww. pkt informacji Izba podziela i uznaje za własną.

Ustalenia faktyczne poczynione informacji o wyniku kontroli okazały się niesporne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r. (nr 2016/S 249-459004). Natomiast zamawiający stosownie do treści art. 42 ust. 1 ustawy Pzp udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej <http://www.zamowienia.plk-sa.pl> od dnia 27.12.2016 r. do dnia 06.03.2017 r.

Dostrzec należy, że w świetle art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, *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*. Przepis ten w sposób jednoznaczny wyznacza początkowy termin, w jakim należy udostępnić wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej precyzując, że – w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych – jest to dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W analizowanej sprawie zamawiający nie opublikował specyfikacji na swojej stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (24 grudnia 2016 r.), ale dopiero trzy dni później (27 grudnia 2016 r.). Za chybioną należało uznać argumentację zamawiającego, jakoby przy wyznaczaniu znajdował zastosowanie przepis art. 14 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *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*. Dostrzeżenia wymaga, że w przepisie przywoływanym przez zamawiającego jest mowa o sytuacji, w której „koniec” określonego terminu przypada w określone dni. Przepis dotyczy zatem terminu rozumianego jako pewien okres, którego końcową datę wyznacza sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy. Charakter terminu zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego jest jednak zupełnie inny, gdyż ustawodawca w art. 42 ust. 1 ustawy Pzp zdecydował się określić ten termin wskazując go konkretną, sztywną datą. Nie bez znaczenia jest również fakt, że przepis art. 42 ust. 1 Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisów 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* a także art. 73 ust. 1 *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE*. Oba przepisy prawa unijnego stanowią, że podmioty zamawiające zapewniają za pomocą środków elektronicznych nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów

zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania.

Natomiast bez znaczenia dla rozumienia terminu publikacji SIWZ na stronie internetowej zamawiającego pozostaje natomiast drugi z przywoływanych przez zamawiającego przepisów, a mianowicie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż *jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej*. Jak wynika z literalnej wykładni tego przepisu reguluje on kwestię innego terminu, a mianowicie minimalnego terminu składania ofert, którego początek rzeczywiście powiązано z datą przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a nie z datą publikacji ogłoszenia w tym publikatorze. Jest to jednak zupełnie inny termin, aniżeli ten, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy naruszył art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie Izby, kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w pkt 3 informacji o wyniku kontroli.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do pkt 3 informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym podzielono także analogiczne stanowisko wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2017 r. (sygn. akt KIO/KU 22/17).

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....