

Sygn. akt: KIO/KU 31/17

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 17 lipca 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 czerwca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 14 czerwca 2017 r., (znak **UZP/DKUE/WKZ6/420/28(8)/17/KS**) dot. KU/72/17/DKUE

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu”**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Anna Chudzik**

**Dagmara Gałczewska-Romek**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 21 czerwca 2017 r. do pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2017 r. zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: <Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu>”.

W dniu 14 czerwca 2017 r. Prezes UZP w pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli wskazał, że jak wynika z dokumentacji postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało:

- przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 30.08.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.09.2016 r. pod numerem 2016/S 169-304351;
- zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego <https://zamowienia.plk-sa.pl> od dnia 30.08.2016 r. do dnia 12.10.2016 r.;
- zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego od dnia 30.08.2016 r. do dnia 12.10.2016 r.

Wskazał, że ponadto zamawiający dokonał następujących zmian ogłoszenia o zamówieniu:

1. Sprostowanie - ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 15.09.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17.09.2016 r. pod nr 2016/S 180-323249 .
2. Sprostowanie - ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 26.09.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29.09.2016 r. pod nr 2016/S 188-337357.

Ww. ogłoszenia o zmianie ogłoszenia zostały zamieszczone na stronie internetowej [www.zamowienia.plk-sa.pl](http://www.zamowienia.plk-sa.pl) oraz w siedzibie zamawiającego w dniu przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy 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. Natomiast stosownie do art. 11 ust. 7c ustawy Pzp zamawiający może dodatkowo zamieścić

ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Prezes UZP podniósł, że zamieszczając na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej zamawiający dopuścił się naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania

W pkt 2.2 informacji Prezes UZP podniósł, że jak wynika z dokumentacji postępowania, pismami z dnia 06.12.2016 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wystosował do wykonawców biorących udział w postępowaniu wnioski o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 06.02.2017 r. Wykonawca SOLID-RIAL S.C. nie udzielił odpowiedzi na pismo zamawiającego, tym samym nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawcy TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o., MGGP S.A. oraz konsorcjum Mosty Katowice Sp. z o.o. (lider) wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz złożyli stosowne aneksy do gwarancji wadium.

Wskazywał, że 21.04.2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o., ofertę złożoną przez wykonawcę MGGP S.A. oraz ofertę złożoną przez konsorcjum Mosty Katowice sp. z o.o. (lider) – wykonawcy nie przedłużyli terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Ponadto zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy SOLID-RIAL S.C. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Prezes UZP wywiódł, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie ww. terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Wywiódł, że z przepisu tego wynika, iż przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Argumentował, iż art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Cytowany przepis określa przesłanki

odrzućenia oferty wykonawcy, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą. Odniesienie w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że odrzucenie oferty jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek odrzucenia ofert wykonawców nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty, interpretować je ściśle.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że zamawiający odrzucając oferty wykonawców TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o., MGGP S.A. oraz konsorcjum Mosty Katowice sp. z o.o. (lider) z powodu nieprzedłużenia z własnej inicjatywy terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu oraz nie odrzucając oferty wykonawcy SOLID-RIAL S.C. w związku z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania (ww. oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, a podmioty, które złożyły te oferty nie skorzystały ze środków ochrony prawnej).

## II.

W dniu 21 czerwca 2017 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli.

Co do pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że w całości kwestionuje zarzut dotyczący naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie odnosi się do przywołanych przez UZP ogłoszeń zamieszczanych na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Wywiódł, że literalna wykładnia przedmiotowego przepisu wskazuje zakres jego zastosowania i dotyczy wyłącznie:

- a) zamieszczenia ogłoszeń w sposób, określony w art. 11 ust. 5 - tj.: zamawiający może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego zamieszczenie w Biuletynie ze względu na wartość zamówienia albo konkursu nie jest obowiązkowe,

b) ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 7c - tzn. ogłoszeń publikowanych w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Zamawiający zwracał uwagę, że przepis ten (ust. 7c) stanowi o nieobowiązkowych ogłoszeniach, bowiem ustawodawca użył zwrotu „Zamawiający może dodatkowo zamieścić”. Natomiast ogłoszenia, o których mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp są obowiązkowe, co więcej czynność ich zamieszczenia stanowi dopiero o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym brak jest uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że ogłoszenia wynikające z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, są fakultatywne i zamawiający może je dodatkowo zamieścić. Zgodnie z treścią ww. przepisu „Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w, swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.”. Tak więc przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek co do zamieszczenia ogłoszeń.

Zamawiający podniósł, że Sąd Najwyższy podkreślił, że „na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Metoda językowa dopuszcza odstępstwa od jej zastosowania wtedy, gdy prowadzi ona do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie ma w szczególności konieczności potrzeby sięgania po argumenty celowościowe wtedy, gdy już po zastosowaniu reguł znaczeniowych albo metody językowej i dyrektyw systemowych uda się osiągnąć właściwy wynik wykładni, to jest ustalić pozbawione cech nedorzecznosci znaczenie interpretowanej normy (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7- 8, poz. 95 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7). Innymi słowy odstępstwo od sensu brzmienia przepisu mogą uzasadniać tylko wyjątkowo szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne (uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, Nr 3, poz. 42 i uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, Nr 9, poz. 74). Choć wykładnia powinna więc uwzględniać takie odczytanie przepisu, które pozwoli na uznanie, że realizuje on społeczne oczekiwania i pozostaje w zgodności z Konstytucją, jednak w drodze interpretacji nie można nadać mu innego znaczenia niż to, na które wprost wskazuje jego treść, a za odmiennym rozumieniem nie przemawiają inne metody (uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2006 r., III /64/OS, OSNC 2006 nr 7-8, poz. 114). Zastosowanie wykładni odbiegającej od bezpośredniego znaczenia językowego

przepisu może być tylko wyjątkowo uzasadnione z tego względu, że adresaci norm prawnych mają prawo oczekiwać, iż ustawodawca wyraził w akcie normatywnym takie "powinne" ich zachowanie, jakie wynika z jego treści, a nie to co chciał uczynić, albo uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności. Odstępstwo od brzmienia przepisu z naruszeniem powszechnie akceptowanych reguł jest wykładnią prawotwórczą, a więc niedopuszczalną ze względu na zakaz tworzenia prawa przez sądy".

W związku z powyższym, zamawiający wywiódł, że dyspozycja normy zawarta w przepisie art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, nie obejmuje swym zakresem zamieszczanych przez zamawiającego ogłoszeń, o których mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu działania sprzecznego z tym przepisem.

Co do pkt 2.2 informacji o wyniku kontroli nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że oferta wykonawcy SOLID-RIAL S.C. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 z uwagi na fakt, iż zawierała rażąco niską cenę. Wykonawca o odrzuceniu oferty został poinformowany przez zamawiającego w formie elektronicznej (e-mail) pismem z dnia 9 grudnia 2016 r. W związku z powyższym zarzut wskazany w przedmiotowej Informacji o braku zastosowania wobec tego wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jest całkowicie niewłaściwy w świetle stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego.

W dalszej części zarzutu podniesiono, że zamawiający odrzucając oferty wykonawców TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., MGGP S.A. oraz konsorcjum Mosty Katowice Sp. z o.o. (lider) z powodu nieprzedłużenia z własnej inicjatywy terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie. Zdaniem zamawiającego powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów ustawy Pzp, jak również w szczególności dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazywał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a jest niejako odpowiednikiem poprzedniego, sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, który brzmiał: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust, 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą".

Zmawiający wywiódł, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. KIO 2206/16 „wybór oferty po upływie terminu związania ofertą stanowi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Umowa o wykonanie zamówienia zawarta w wyniku takiego wyboru, byłaby dotknięta wadą - nieważnością względną, uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o jej unieważnienie zgodnie z art. 146 ust. 6 p.z.p.". Wskazywał, że w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. 109/13 Izba słusznie podniosła, że sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją niezwiązaną, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie. O ile p.z.p. dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, nie jest możliwe.

Zamawiający podkreślał, że przyjmując za słuszną tezę zawartą w wynikach kontroli instytucja samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą sprowadzałyby się jedynie do roli oświadczenia o możliwości poddania się egzekucji z wniesionego przez wykonawcę wadium. Skoro bowiem, pozycja prawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, który jest związany ofertą oraz wykonawcy, który już nie jest związany ofertą jest - zdaniem UZP - identyczna, to jedyna różnica jaka zachodzi pomiędzy tymi podmiotami dotyczy możliwości zatrzymania jednemu z nich wadium. Wydaje się, że nie taka była intencja ustawodawcy, który wprowadzając instytucję samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą, odnosił ją jedynie do decyzji o dobrowolnym zdecydowaniu o możliwości zatrzymania lub nie wadium przez zamawiającego. Skoro zatem jest to jedyna różnica to żaden profesjonalny podmiot (wykonawca) nie złoży oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, mając bowiem świadomość, że jego oferta - pomimo braku terminu związania - powinna zostać wybrana przez zamawiającego. W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w wyroku 22 listopada 2016 r. KIO 2099/16 wskazując, że zamawiający może dokonać wyboru oferty wykonawcy w sytuacji, kiedy jest on związany złożoną przez siebie ofertą. Pomimo tego odwołanie wykonawcy, który nie jest związany swoją ofertą, nie powoduje obowiązku odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Nie można uznać za podmiot nieuprawniony wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne w danym postępowaniu, nie został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, ani też jego oferta nie została odrzucona przez

zamawiającego. W sytuacji, gdy termin związania ofertą upłynął, jego przywrócenie nie jest możliwe. Pogląd przeciwny prowadziłby do tego, że zamawiający byłby zdany na swobodną decyzję wykonawcy, czy zechce zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie, czy też nie. Zawarcie umowy nie byłoby w takim przypadku zabezpieczone przez wniesione wadium, gdyż zamawiający nie może zatrzymać wadium wykonawcy, który nie jest związany swoją ofertą. Wyrażenie przez wykonawcę zgody, który nie jest związany swoją ofertą, na zawarcie umowy z zamawiającym, nie jest udzieleniem zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, lecz *sui generis* negocjacjami, co w sformalizowanym postępowaniu przetargowym jest niedopuszczalne.

### III.

W dniu 11 lipca 2017 r. Prezes UZP, uwzględnił zastrzeżenia zamawiającego do naruszenia wskazanego w pkt 2.2 informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Podtrzymał natomiast stanowisko przedstawione w pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu w zakresie nieuwzględnionym wskazał w pierwszej kolejności na treść uchylonego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020) art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, przed zmianą ustawy Pzp, ogłoszenia o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób nie mogło zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadkach o których mowa w ust. 3, przed dniem jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Postanowienia tego artykułu jednoznacznie zatem wskazywały terminy, w których zamieszczenie i publikowanie ogłoszeń o zamówieniach w miejscach publicznie dostępnych w siedzibach zamawiających oraz na stronach internetowych jest dopuszczalne.

Prezes UZP wywiódł, że nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r. wprowadziła zmiany w treści przepisów dotyczących ogłoszeń o zamówieniach. W związku z uchyleniem treści art. 40 ust. 6 ustawy Pzp, zmianie uległy również dotychczasowe regulacje w tym



zakresie. Wskazywał, iż stosownie do treści art. 11 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W kontekście powyższego, jak również w związku z uchynieniem z dniem 22.06.2016 r. postanowień art. 40 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes UZP podnosił, iż podstawowymi sposobami zamieszczania ogłoszeń, o których mowa w znowelizowanej ustawie Pzp są sposoby ogłaszania zamówień poprzez ich zamieszczanie w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Każdy inny sposób zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, w tym zamieszczanie i publikowanie ogłoszeń o zamówieniach w miejscach publicznie dostępnych w siedzibach zamawiających oraz na stronach internetowych, należy zatem uznać za sposób inny niż określony w art. 11 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP wywiódł, że w znowelizowanej ustawie Pzp, do innych sposobów zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach zastosowanie znajduje art. 11 ust. 7c, który stanowi, iż zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Użycie w przywołanym powyżej przepisie przez prawodawcę, określenia „w szczególności” wskazuje, iż oprócz elementów określonych wprost występują też inne, a w związku z tym mamy w tym przypadku do czynienia z otwartym katalogiem obejmującym różne sposoby zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach. Katalog ten zatem obejmuje różne sposoby zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach, w tym również te, które zostały określone przez ustawę Pzp, a nie zostały wskazane wprost w art. 11 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, w odniesieniu do sposobu zamieszczania i publikowania ogłoszeń o zamówieniach w miejscach publicznie dostępnych w siedzibach zamawiających oraz na stronach internetowych zastosowanie będzie miał art. 11 ust. 7c ustawy Pzp.

Prezes UZP powołał się na argument racjonalnego ustawodawcy. Otóż ustawodawca nowelizacją z dnia 22.06.2016 r. z jednej strony uchylił dotychczasowy art. 40 ust. 6 ustawy Pzp, a z drugiej wprowadził nowe ust. 7c i 7d w art. 11 ustawy Pzp. Ustawodawca zgrupował w jednym rozdziale zatytułowanym „Ogłoszenie” regulacje odnoszące się do ogłoszeń. Tym samym ustawodawca w art. 11 ustawy Pzp uregulował kompleksowo kwestie techniczne związane z zamieszczaniem ogłoszeń. Przeciwnie rozumienie ww. regulacji z art. 11 ustawy Pzp prowadziłoby do niedopuszczalnej sytuacji, w której w zależności od miejsca zamieszczenia

ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający dokonywałby czynności takiego zamieszczenia w różnych terminach, bądź prowadziłyby to do konstatacji, że każdy zamawiający w zakresie zasad zamieszczania ogłoszeń na stronie www. i w siedzibie ma całkowitą dowolność interpretacyjną. Powyższe natomiast nie było celem racjonalnego ustawodawcy, gdy uchylał art. 40 ust. 6 ustawy Pzp i wprowadzał nowe regulacje art. 11 ust. 7c-d ustawy Pzp. W związku z powyższym Prezes UZP argumentował, że art. 11 ust. 7d wprowadzony nowelizacją z dnia 22.06.2016 r., zgodnie z którym 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, znajduje zastosowanie w odniesieniu do zamieszczania i publikowania ogłoszeń o zamówieniach w miejscach publicznie dostępnych w siedzibach zamawiających oraz na stronach internetowych. Te sposoby zamieszczania i publikowania ogłoszeń o zamówieniach, wskazane w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, należy bowiem traktować, jako inne sposoby zamieszczania ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c tego artykułu.

Prezes UZP wywiódł, że tym samym zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, w obecnym stanie prawnym, zgodnie z art. 11 ust. 7d ustawy Pzp nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Na marginesie, po dokonaniu analizy innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego, Prezes UZP wskazywał, iż dotychczasowa praktyka zamawiającego w zakresie sposobu publikowania ogłoszeń podlegających obowiązkowi Publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, po nowelizacji ustawy z dnia 22.06.2016 r. była zgodna z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy Pzp. Świadczyć o tym mogą m. in. nw. postępowania przeprowadzone przez PKP PLK S.A.:

1) „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie.” (ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 16.11.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.11.2016 r. pod numerem 2016/S 222-404845; zamieszczone na stronie internetowej

zamawiającego <https://zamowieniaz.plk-sa.pl> oraz w siedzibie zamawiającego od dnia 17.11.2016 r.),

2) „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule "projektuj i buduj" dla projektu POIiŚ 5.2-7 "Prace na linii kolejowej nr 289 na odcinku Legnica - Rudna Gwizdanów" wraz z certyfikacją w zakresie TSI i wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej" (ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 07.02.2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.02.2017 r. pod numerem 2017/S 028-050314; zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego <https://zamowieniaz.plk-sa.pl> oraz w siedzibie zamawiającego od dnia 09.02.2017 r.),

3) „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek – Runowo Pomorskie” (ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24.11.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.11.2016 r. pod numerem 2016/S 229-417814; zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego <https://zamowienia.plk-sa.pl> i w siedzibie zamawiającego od dnia 28.11.2016 r.),

4) „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POIiŚ 5.2 – 4 „Prace na linii kolejowej nr 146 na odcinku Wyczerpy – Chorzew Siemkowice” (ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 31.10.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.11.2016 r. pod numerem 2016/S 212-386480; zamieszczone na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego od dnia 03.11.2016 r.).

Prezes UZP podniósł, że uwzględniając powyższe, argumentacja zamawiającego w zakresie tego zarzutu jest argumentacją stworzoną na potrzeby obrony i zakwestionowania postawionego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzutu. Argumentacja ta nie znajduje w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oparcia w treści przywołanych wyżej przepisów. Mając na uwadze powyższe podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego art. 11 ust. 7d ustawy Pzp wskazanego w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

#### IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do pkt 2.1 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 2.1 informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne poczynione informacji o wyniku kontroli okazały się niesporne. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w swej siedzibie oraz na stronie internetowej już w dniu przekazania tych ogłoszeń do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 Pzp, *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.*

*W świetle art. 11 ust. 7c Pzp Zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.*

*Zgodnie zaś 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.*

Ponadto, w dziale II rozdziale 3 Pzp dotyczącym przetargu nieograniczonego odnajdujemy następujące przepisy:

*Art. 40. 1 Pzp - Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.*

Istota zastrzeżeń sprowadzała się do rozstrzygnięcia, czy literalna wykładnia art. 11 ust. 7d w zw. z art. 11 ust. 7c, art. 11 ust. 1 i art. 40 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do zamieszczenia ogłoszeń w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Innymi słowy wymagał rozstrzygnięcia problem, czy zakaz publikacji ogłoszeń, o którym mowa w art. 11 ust. 7d Pzp, odnosi się także do ogłoszeń, o których mowa w art. 40 ust. 1 Pzp.

W informacji o wyniku kontroli Prezes UZP, powołując się wyłącznie na literalną wykładnię ww. przepisów wywiódł, że dyspozycją art. 11 ust. 7c Pzp objęty jest każdy inny sposób zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu niż publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Argumentował ponadto, że słowo „w szczególności” wskazuje, iż oprócz elementów określonych wprost występują też inne, a w związku z tym mamy w tym przypadku do czynienia z otwartym katalogiem obejmującym różne sposoby zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach.

Zamawiający w zastrzeżeniach słusznie jednak dostrzegł, że literalna wykładnia art. 11 ust. 7d Pzp jednoznacznie wskazuje, że zakaz wcześniejszej publikacji ogłoszeń dotyczy jedynie ogłoszeń fakultatywnych, o których mowa w art. 11 ust. 5 i art. 11 ust. 7c Pzp. Prezes UZP w swej literalnej wykładni zdawał się nie dostrzegać, że art. 11 ust. 7c do którego odsyła art. 11 ust. 7d Pzp w swej początkowej treści „może dodatkowo zamieścić ogłoszenie” wyraźnie przesądza, że chodzi o ogłoszenia dobrowolne, na co wskazują użyte w tym przepisie słowa „dodatkowo może”. Językowa analiza prowadzi do wniosku, że użyte w przepisie art. 11 ust. 7c słowo „w szczególności” wyznacza katalog otwarty ogłoszeń, ale tylko i wyłącznie ogłoszeń o charakterze fakultatywnym, na co wskazuje początkowy fragment przepisu. Dostrzeżenia wymaga, że w przepisie art. 11 ust. 7d Pzp, w przeciwieństwie do uchylonego art. 40 ust. 6 pkt 1 Pzp, nie wymieniono ogłoszeń zamieszczanych w miejscu publicznie dostępnym ani na stronie internetowej.

Tymczasem podstawę prawną spornych ogłoszeń stanowi art. 40 ust. 1 Pzp, który reguluje kwestię obowiązkowych ogłoszeń w miejscu publicznie dostępnym i na stronie internetowej zamawiającego. Co więcej, przepis ten zdaje się łączyć z tymi obowiązkowymi ogłoszeniami moment wszczęcia postępowania. Słusznie zatem zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że skoro ogłoszenia wynikające z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, są obowiązkowe, to

zamawiający nie „może” ich „dodatkowo zamieścić”. Argumentację zamawiającego przedstawioną w zastrzeżeniach należało zatem ocenić jako trafną.

Jedynie ma marginesie zauważyć należy, że przepis art. 11 ust. 7d Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 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. Stanowi on, że *ogłoszeń, o których mowa w art. 67–70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7.*

Jak wskazano w wyroku TS UE w z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson), *sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy.* Z kolei z wyroku TS UE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 *Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 wynika, że *wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible).* Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (*por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*).

Brzmienie i cel przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie ale i tytuł przepisu „*publikacja na poziomie krajowym*”.

Chcąc zatem zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich bez wyjątku ogłoszeń publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 Pzp.

Jednakże powyższej argumentacji próżno było szukać w informacji o wyniku kontroli. Jak wynika z sentencji opinii, rolą Izby jest jedynie ocena zasadności zastrzeżeń, które to zastrzeżenia są kierowane wobec wyrażonego w informacji stanowiska Prezesa UZP. W związku z tym opiniowaniu Izby podlega jedynie trafność przedstawionej w zastrzeżeniach argumentacji, stanowiącej polemikę z argumentami przedstawionymi przez kontrolującego. Izba nie przeprowadza generalnej kontroli zagadnień będących przedmiotem zastrzeżeń, a jedynie ocenia trafność stanowisk prezentowanych przez strony postępowania kontrolnego. Skoro więc Prezes Urzędu w informacji o wyniku kontroli wywodził naruszenie przez zamawiającego art. 11 ust. 7d Pzp w zw. z art. 11 ust. 7c Pzp jedynie z ich literalnego brzmienia, to z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do pkt 2.1 informacji o wyniku kontroli uprzedniej zasługują na uwzględnienie.

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:**

.....

.....