

Sygn. akt: KIO/KU 59/17

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 9 października 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 września 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 7 września 2017 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na >>zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POIiŚ 5.2-9 pn. „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I — część przejazdowa” <<

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Anna Packo**

**Monika Szymanowska**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) prowadził kontrolę prowadzonego przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: Zamawiający) postępowania na udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest >>zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POIiŚ 5.2-9 pn. „Poprawa

bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami - Etap I — część przejazdowa” <<.

W informacji z dnia 7 września 2017 r. o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, a następnie podtrzymał w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp).

Prezes UZP ustalił, że ogłoszenie o zamówieniu w kontrolowanym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 214 - 390139 w dniu 5 listopada 2016 r. (sobota). Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej - <https://zamowieniaz.plksa.pl> od dnia 7 listopada 2016 r.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 42 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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. W związku z powyższym, udostępnienie przez zamawiającego SIWZ od dnia 7 listopada 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2016 r. stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Równocześnie Prezes UZP wskazał, że dostrzeżone w toku kontroli naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 15 września 2017 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli, nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia. Podniósł, że podejmowane przez niego działania na kanwie przedmiotowego postępowania opierały się na brzmieniu dyspozycji art. 14 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Wskazywał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest zobowiązany zagwarantować wszystkim wykonawcom równy dostęp do zamówienia. W przypadku terminu upublicznienia SIWZ przede wszystkim o zagwarantowanie wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym wniesienie odwołania na niezgodną z Prawem zamówień publicznych treść SIWZ. W wyniku kontroli w sposób całkowity została pominięta kwestia, iż zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych termin na zaskarżenie SIWZ liczony jest od dnia „zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej”. W związku z tym fakt zamieszczenia SIWZ dwa dni po publikacji ogłoszenia w żaden sposób nie rzutuje na zmniejszenie liczby dni na wniesienie (w tym przygotowanie) odwołania. Opisał swoją politykę kadrową (zatrudnia pracowników na umowę o pracę, a wewnętrzne regulaminy nie przewidują świadczenia pracy przez

pracowników stacjonarnych poza dniami powszednimi). Wskazywał, że osoby prowadzące postępowanie nie są w stanie przewidzieć w jakim dniu nastąpi publikacja ogłoszenia w DUUE. Zważał, że system informatyczny służący obsłudze przesyłanych ogłoszeń jest skonfigurowany w ten sposób, że pomiędzy przesłaniem ogłoszenia do publikacji, a datą jego faktycznego opublikowania może upłynąć nawet do pięciu dni. W tym czasie ogłoszenie jest tłumaczone na inne języki oraz weryfikowane m.in. pod kątem możliwości zamieszczenia w publikatorze. Dlatego też obciążanie zamawiających skutkami wynikającymi z zamieszczenia przez automatycznie sterowany system ogłoszenia w dzień wolny od pracy wydaje się być niezasadne oraz krzywdzące. Nie można bowiem pominąć faktu, że zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w art. 11 ust. 5 Pzp, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 7d 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. W związku z tym nie ma możliwości, aby pracownik Zamawiającego w dniu przesłania ogłoszenia do DUUE równocześnie zamieścić je na swojej stronie internetowej.

Podnosił, że przepis art. 42 ust. 1 Pzp nie wskazuje jednoznacznie, iż publikacja SIWZ powinna nastąpić wraz publikacją ogłoszenia w DUUE. Jako potwierdzenie ww. stanowiska należałoby przytoczyć orzeczenie KIO w brzmieniu: „Zgodnie z art. 42 ust. 1 p.z.p., SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. W ustawie brak wyrażenia "równoczesność.” (KIO 1374/11)

Zdaniem Zamawiającego, w świetle powyżej przytoczonych argumentów nie sposób zgodzić się z Urzędem, iż działania Zamawiającego nosiło znamiona naruszenia ww. przepisu.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w odniesieniu do stwierdzenia naruszenia art. 42 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

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

Stan faktyczny nie był sporny – data ogłoszenia w publikatorze (dzień wolny od pracy – sobota) nie była zbieżna z datą opublikowania SIWZ (pierwszy dzień pracujący po dniu ogłoszenia). Prezes UZP i Zamawiający różnili się w ocenie konsekwencji takiej sytuacji.

Problem ten pojawił się wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – i skład orzekający w całości podzielił pogląd wyrażony w uchwale sygn. akt KIO /KU 23/17.

Stwierdzono tamże, że „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.”.

Izba dostrzegła także, że „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. (...). 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).”

Należy także zauważyć, Prezes UZP nie zaproponował rozwiązania problemu, jak należałoby postąpić w sytuacji, kiedy ogłoszenie ukazuje się w publikatorze w sobotę, która nie jest dniem pracującym. W ocenie Izby wynik kontroli (według Prezesa UZP co prawda dostrzeżone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania) nie powinien zależeć od czynnika losowego, zupełnie niezależnego od Zamawiającego.

Reasumując, skład orzekający w całości podzielił zacytowane wyżej stanowisko przedstawione w uchwale sygn. akt KIO 23/17, dlatego uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego od wyników kontroli w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 42 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....