

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Elżbieta Dobrenko

Przemysław Dzierzędzki

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 czerwca 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu,**

od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 27 maja 2024 r. (znak: KU/43/24/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 6 od węzła Ząbkowice Śląskie Północ (bez węzła) do węzła Bardo (z węzłem) o długości ok. 13,96 km”, numer referencyjny: O/WR.D-3.2410.9.2023,

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 27 maja 2024 r. Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia:

1) Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, Zamawiający w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14.11.2023 r. (numer publikacji ogłoszenia: 00691147-2023, numer wydania Dz.U. S: 219/2023), zmienił m.in. termin związania ofertą z dnia 15.03.2024 r. na zapis „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna: 119 DAY”.

Zamawiający pismem z dnia 10.11.2023 r. poinformował o dokonaniu zmiany treści SWZ (zmiana nr 5), tj. „Zmiana dotyczy SWZ Tom f Instrukcja dla Wykonawców pkt. 20.1.: Istniejący zapis: Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 15 marca 2024 r. Otrzymuje brzmienie: Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 17 kwietnia 2024 r.”.

Zamawiający w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.12.2023 r. (numer publikacji ogłoszenia: 00742275-2023, numer wydania Dz.U. S: 236/2023) ponownie zawarł zapis w pkt 5.1.12, tj. „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna: 119 DAY”.

Zamawiający pismem z dnia 06.12.2023 r. poinformował o dokonaniu zmiany treści SWZ (zmiana nr 20), tj. „Zmiana dotyczy SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców pkt. 20.1.: Istniejący zapis: Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 17 kwietnia 2024 r. Otrzymuje brzmienie: Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 19 kwietnia 2024 r.”.

Z dokumentów przekazanych do kontroli uprzedniej wynika, że zamawiający zaniechał dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie. Zgodnie z pkt 20.1 Instrukcji dla wykonawców ostateczny termin związania ofertą określony został na 19.04.2024 r. - tj. na okres 120 dni, natomiast zgodnie z zapisami ogłoszeń o zmianie ogłoszenia termin do którego oferta musiała pozostać ważna wynosił - 119 dni.

Zgodnie z art 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że niezgodność treści we wskazanych powyżej zapisach występująca od zmiany zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu, wymagała zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, tak aby oba dokumenty były ze sobą spójne. W konsekwencji niedopuszczalna jest sytuacja rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu, a treścią SWZ, która mogłaby prowadzić do złożenia ofert zgodnych z jednym z tych dokumentów, a niezgodnym z drugim. Zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w ww. zakresie pozostały niespójne.

Zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający ustalił wartość zamówienia w dniu 10.10.2023 r. oraz w dniach 15.12.2023 r. oraz 21.12.2023 r. ponownie oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał w pkt 3 protokołu postępowania wartość zamówienia, tj. 604 957 752,06 zł (co stanowi równowartość 130 460 363,60 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz

w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, tj. 201 652 584,02 zł (co stanowi równowartość 43 486 787,86 euro).

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 11.10.2023 r. Zamawiający zastosował jako podstawę przeliczenia wartości zamówienia publicznych średni kurs złotego w stosunku do euro, który wynosił 4,6371. Zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 6 grudnia 2023 r., poz. 1344), z dniem 1 stycznia 2024 r. średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C, C/2023/902 z 16.11.2023) - wynosi 4,6371.

Z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli przedmiotowego postępowania (pismo z dnia 29.04.2024 r.) wynika, iż „Ad. 3 Zamawiający dokonał przeliczenia wartości zamówienia wg średniego kursu euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień na poziomie 4,4536 zł. W załączeniu zamawiający przesyła skorygowany protokół postępowania w zakresie pkt 3.”.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu”, informuje o średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej, o którym mowa w pkt 1 - mających zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych od dnia wejścia w życie aktów wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

Jak wynika z kolei z art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, informacje, o których mowa w ust. 2, są ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej, o którym mowa w ust. 2, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117), z dniem 1 stycznia 2022 r. średni kurs złotego w stosunku do

euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, str. 1) - wynosi 4,4536.

Właściwie obliczona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna wynosić 604 957 752,06 zł (co stanowi równowartość 135 835 672,72 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, tj. 201 652 584,02 zł (co stanowi równowartość 45 278 557,57 euro).

Zamawiający co prawda w załączeniu do pisma z dnia 29.04.2024 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Prezesa Urzędu do uzupełnienia dokumentacji postępowania i udzielenia wyjaśnień, przekazał poprawiony protokół postępowania sporządzony na druku ZP-PN, w którym dokonał przeliczenia wartości zamówienia z zastosowaniem aktualnego na dzień wszczęcia postępowania kursu euro, tj. z uwzględnieniem wyliczonych powyżej wartości, niemniej jednak nie sposób uznać, iż zamawiający dokonując następczo poprawy wartości szacunkowej zamówienia w protokole postępowania, dokonał czynności szacowania w sposób prawidłowy.

Zamawiający nie przeliczając zatem wartości szacunkowej zamówienia wyrażonej w złotych na euro, według kursu określonego w obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanej procedury obwieszeniu Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów naruszył przepis art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami Obwieszenia Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117). Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej, w których podniósł, co następuje.

„Ad. 1 W odniesieniu do zarzutu opisanego w pkt 1) informacji o wyniku kontroli, zamawiający wyjaśnia, iż celowo nie dokonał zmiany w ogłoszeniu o zmianie wyrażenia „119 DAY” na „120 DAY”. Działanie takie nie wynika z nieznamomości przepisów Pzp ani z omyłki, a jest wynikiem być może niepoprawnej interpretacji nazw pól do wypełnienia w nowym formularzu w systemie enocites2. W poprzedniej wersji ogłoszenia o zamówieniu przekazywanym za pomocą enotices formularz zawierał następujący zapis:

Minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą:

Oferta musi zachować ważność do: dn/mies/rok

Zamawiający określał zatem termin w formie daty, co nie budziło żadnych wątpliwości.

W nowym formularzu zaś, formuła ta wyglądała jak poniżej:

Termin składania ofert: rok-mies-dn+01:00 09:30:00+01

Termin, do którego oferta musi pozostać ważna: . . DAY

Powyższe sformułowanie „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna” może być mylące ponieważ nie ma pewności, który dzień wykonawca przyjmie jako początek obowiązywania okresu związania ofertą i w jaki sposób wylicz końcową datę. Zamawiający, zgodnie z przepisami wliczył jako dzień początkowy datę złożenia oferty, a zatem, aby ustalić końcową datę obowiązywania tego terminu należy dodać 119 dni. W związku z powyższym nie zachodzi niespójność pomiędzy treścią SWZ a treścią zmiany ogłoszenia, bowiem licząc termin związania ofertą w powyższy sposób zarówno w ogłoszeniu, jak i w SWZ data końca związania ofertą jest tożsama. W przypadku innej nazwy pola formularza ogłoszenia, np. „Ważność oferty” zamawiający bez wątplenia wpisałby 120 dni. Należy podkreślić, że taka interpretacja nowego formularza nie wprowadziła wykonawców w błąd, wszystkie wadium zostały złożone z właściwą datą ważności ofert. Zapis taki, w ocenie zamawiającego, nie może stanowić naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie budził wątpliwości uczestników postępowania, a także nie wynikał z nieznamomości przepisów Pzp ani z popełnienia omyłki. Powyżej opisane postępowanie zamawiającego nie miało żadnego wpływu na przebieg postępowania.

Ad. 2 W odniesieniu do zarzutu opisanego w pkt 2) informacji o wyniku kontroli, zamawiający wyjaśnia, iż prawidłowo dokonał przeliczenia wartości zamówienia, tj. wg średniego kursu euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień na poziomie 4,4536 zł. Na potwierdzenie powyższego w załączeniu zamawiający przekazuje Wniosek o zamiarze udzielenia zamówienia, z którego jednoznacznie wynika, iż zamawiający prawidłowo przyjął podstawę przeliczenia wartości zamówienia, a wskazane w ww. wniosku kwoty określone w euro są poprawne i zgodne z obowiązującym kursem na dzień szacowania wartości zamówienia. W załączeniu zamawiający przekazuje również dokumenty przeszacowania wartości zamówienia z dnia 15 i 21 grudnia 2023r. Ponownemu oszacowaniu podlegała jedynie wartość zamówienia podstawowego i jedynie ta wartość wyrażona w PLN została podana w ww. dokumentach, bez przeliczenia na euro. Zamawiający przy wypełnianiu druku protokołu postępowania wpisał błędną wartość zamówienia podaną w euro, co stanowiło ewidentną omyłkę wynikającą z czynnika ludzkiego, nie popartą zaś żadnymi dokumentami sporządzonymi uprzednio przez zamawiającego. Poprawa ww. przeliczenia w protokole postępowania nie stanowiła, tak jak określono to w treści informacji o wyniku kontroli „poprawy następczej”, a teza zawarta w wyniku kontroli o przyjętym do przeliczenia błędnym średnim

kursie euro na poziomie 4,6371 i co za tym idzie błędnym oszacowaniem wartości zamówienia w euro jest daleko idąca i niczym nie poparta. Omyłka przy tworzeniu protokołu postępowania, w najmniejszym stopniu nie narusza przepisów pzp i nie ma żadnego wpływu na przebieg postępowania.”

W odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 11 czerwca 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli. W uzasadnieniu wskazał w szczególności:

„(...) Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego należy wskazać, iż od dnia 25 października 2023 r. ogłoszenia przesyłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej przygotowywane są zgodnie z treścią Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. - ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 („e-formularze”). Zgodnie z załącznikiem do ww. rozporządzenia, w tabeli „Pola w standardowych formularzach i ogłoszeniach” w wierszu ID BT-98 „Oferta - Termin związania ofertą” zostało wskazane w opisie „Okres, począwszy od terminu składania ofert, przez który oferty muszą pozostać ważne.” Ponadto, zgodnie z Instrukcją wypełniania ogłoszenia o zamówieniu Dyrektywa 2014/24/UE, która została zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie pola nr BT-98 „*Termin, do którego oferta musi pozostać ważna*”, zostało wskazane następujące objaśnienie „*W polu tym zamawiający zobowiązany jest podać okres w jakim wykonawca pozostanie związany złożoną ofertą. Zgodnie z art. 220 ust. 1 Pzp w postępowaniach unijnych termin ten wynosi: 90 dni albo 120 dni jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro - od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert*”.

W konsekwencji nie sposób zgodzić się z argumentami zamawiającego, iż zgodnie z przepisami wliczył jako dzień początkowy datę złożenia oferty, a zatem, aby ustalić końcową datę obowiązywania tego terminu należało dodać 119 dni oraz że nie zachodzi niespójność pomiędzy treścią SWZ a treścią zmiany ogłoszenia, bowiem licząc termin związania ofertą w powyższy sposób zarówno w ogłoszeniu, jak i w SWZ data końca związania ofertą jest tożsama.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że art. 220 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia zasadę, że termin związania ofertą jest liczony od dnia upływu terminu składania ofert, a pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Jest to generalna oraz nie budząca wątpliwości reguła określająca sposób ustalania początku obowiązywania okresu związania ofertą.

(...) Zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy PZP termin związania ofertą zamawiający określa w dokumentach zamówienia przez wskazanie daty. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, pod pojęciem dokumentów zamówienia rozumieć należy dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż obowiązek określania terminu związania ofertą poprzez wskazanie konkretnej daty, należy odnosić do informacji wskazywanych w treści dokumentów zamówienia, ogłoszenie natomiast nie stanowi dokumentu zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zobowiązany jest podać okres w jakim wykonawca pozostanie związany złożoną ofertą, tj. w przedmiotowym postępowaniu - 120 dni.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się. Tym samym Zamawiający w celu wypełnienia dyspozycji ww. przepisu miał obowiązek zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, tak aby zapisy w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia oraz zapisy w Instrukcji dla wykonawców zgodnie z którą ostateczny termin związania ofertą określony został na 19.04.2024 r. - tj. na okres 120 dni, by ze sobą spójne. (...)

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego odnośnie naruszenia nr 2 należy wskazać co następuje. (...) zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania. Powyższe oznacza, że protokół powinien być uzupełniany przez zamawiającego na bieżąco, w tym powinien zawierać informacje dotyczące etapu sprzed wszczęcia postępowania. (...) Odnosząc się do stwierdzenia, że zamawiający prawidłowo przyjął podstawę przeliczenia wartości zamówienia, ponieważ dokonał przeliczenia wartości zamówienia wg średniego kursu euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień na poziomie 4,4536 zł we wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia z dnia 10.10.2023 r., podkreślić należy, iż zamawiający po dokonaniu ponownego szacowania wartości zamówienia w dniu 5 i 21 grudnia 2023 r., był zobligowany do zastosowania jako podstawy przeliczenia wartości zamówienia publicznego ww. średniego kursu złotego w stosunku do euro także w pkt 3 protokołu postępowania. W toku postępowania zamawiający nie dokonał zmiany pkt 3 protokołu postępowania pozostawiając wartość szacunkową zamówienia, do której zamawiający zastosował podstawę przeliczenia wartości zamówienia publicznego nieobowiązującą w dniu wszczęcia postępowania, tj. średni kurs złotego w stosunku do euro, który wynosił 4,6371 zł. Ponadto zauważyć należy, iż w Notatce z szacowania wartości zamówienia z dnia 10.10.2023 r. zamawiający nie dokonał przeliczenia wartości zamówienia wyrażonej w złotych na euro, zaś w we Wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia zamawiający dokonał przeliczenia

wartości innych, niż wynikające z protokołu postępowania. Zgodnie z niniejszym dokumentem wartość zamówienia podstawowego powiększonego do maksymalnego zobowiązania zamówienia (112% Wartości) wynosi: 514 701 188,94 zł (tj. 115 569 693,94 euro), zaś wartość o zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP ustalona została na 229 777 316,50 zł (tj. 51 593 613,37 euro). Powyższe dodatkowo potwierdza, iż w opisywanym przypadku doszło do przeliczenia wartości zamówienia według nieprawidłowego kursu złotego w stosunku do euro. (...)"

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Odnosząc się do pierwszego ze stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń, należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., zwanej dalej: „ustawą Pzp”) zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 17 listopada 2023 r., zaś w pkt IV.2.6) tego ogłoszenia wskazał, że „oferta musi zachować ważność do: 15/03/2024”. W toku postępowania Zamawiający dokonywał zmian terminu składania ofert na 20 grudnia 2023 r., a następnie na 22 grudnia 2023 r., co pociągało za sobą również zmiany końca terminu związania ofertą, początkowo na 17 kwietnia 2024 r., ostatecznie zaś na 19 kwietnia 2024 r. W każdym przypadku, stosownie do art. 220 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej równowartość kwoty 20 000 000 euro, termin związania ofertą wynosił 120 dni. Jednocześnie w ogłoszeniach publikowanych w wyniku dokonywania ww. zmian Zamawiający zamieszczał w pkt 5.1.12. informację, zgodnie z którą „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna: 119 DAY”.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający twierdził, że nie zachodzi niespójność między treścią SWZ i ogłoszeniem o zamówieniu, jak też powoływał się na nazwy pól do wypełnienia w nowym formularzu w systemie enocites i brak pewności co do daty, którą wykonawcy mogą przyjąć jako początek biegu terminu związania ofertą.

Po pierwsze, nie można nie zauważyć, że zamieszczane w SWZ daty upływu terminu składania ofert oraz upływu terminu związania ofertą wskazywały na to, że okres związania ofertą trwa 120 dni. Skoro zatem w wyniku dokonywanych zmian Zamawiający wskazywał w ogłoszeniu 119 dni, to niewątpliwie prowadziło to do niespójności pomiędzy treścią SWZ a treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Po drugie, argumentacja odnosząca się do wiedzy wykonawców nie może być uznana za zasadną wobec jednoznacznego brzmienia art. 220 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Przepis ten, jako powszechnie obowiązujący, powinien być znany wykonawcom. Ponadto taki sposób liczenia terminu związania ofertą był przewidziany w każdej kolejnej ustawie regulującej system zamówień publicznych, począwszy od ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. (art. 40 ust. 1 zdanie drugie ustawy), zatem obowiązuje już od prawie 30 lat. Uwzględniając zresztą ten sposób liczenia terminu związania ofertą, 119-ty dzień tego terminu przypadałby (wliczając ostateczny dzień składania ofert, tj. 22 grudnia 2023 r.) na 18 kwietnia 2024 r., zamiast na wyznaczony w SWZ – 19 kwietnia 2024 r. Powyższe również przeczy argumentacji Zamawiającego, jakoby nie zachodziła niespójność między treścią SWZ a informacjami zamieszczonymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Należy także zwrócić uwagę na przywołaną przez Prezesa Urzędu Instrukcję wypełniania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie omawianego pola BT-98, w której wskazano: *„W polu tym zamawiający zobowiązany jest podać okres w jakim wykonawca pozostanie związany złożoną ofertą. Zgodnie z art. 220 ust. 1 Pzp w postępowaniach unijnych termin ten wynosi: 90 dni albo 120 dni jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro - od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert”*. Pomijając w tym miejscu, czy sama Instrukcja zasadnie podaje wyłącznie okresy 90 lub 120 dni (z art. 220 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że mogą one być krótsze: „nie dłużej niż”), to w tym akurat przypadku, gdy Zamawiający rzeczywiście wyznaczył maksymalny możliwy termin związania ofertą, z Instrukcji tej jasno wynika, że w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej 20 000 000 euro dla robót, w ogłoszeniu o zamówieniu również powinien być wskazany okres 120 dni, a nie żaden inny. Oczywistym jest ponadto, że w przypadku dokonywania w SWZ modyfikacji informacji zamieszczonych także w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 137 ust. 4 ustawy Pzp), Zamawiający zobowiązany jest dokonać zmiany ogłoszenia w sposób spójny ze zmienioną treścią SWZ. Brak takiej zmiany ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie jest przy tym sporne, że ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Zarówno sam Prezes Urzędu wyraźnie stwierdził to w Informacji o wyniku kontroli, jak też Zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że omawiana kwestia nie budziła wątpliwości uczestników postępowania i nie miała żadnego wpływu na przebieg postępowania. Również Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że ww. naruszenie nie miało wpływu na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do drugiego ze stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń, należy wskazać na właściwe przepisy. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu informuje o średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej, o którym mowa w pkt 1. W Obwieszczeniu Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1177) jako średni kurs złotego w stosunku do euro wskazano 4,4536. Kurs ten obowiązywał do końca 2023 r. Ponadto art. 71 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poprzez sporządzanie w jego toku protokołu postępowania, co oznacza, że formularz protokołu postępowania powinien być wypełniany na bieżąco, stosownie do kolejnych czynności podejmowanych przez zamawiającego w trakcie postępowania.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w dniu 10.10.2023 r., czyli w dniu, w którym kurs euro będący podstawą przeliczania tej wartości wynosił 4,4536. Jednakże w pkt 3 protokołu postępowania Zamawiający dokonał przeliczenia wartości szacunkowej zamówienia na euro wg kursu 4,6371, który obowiązywał dopiero od 1 stycznia 2024 r. Powyższe było prawdopodobnie skutkiem zaniechania wypełniania protokołu postępowania na bieżąco, niemniej jednak doprowadziło do wpisania w tymże protokole wartości szacunkowej w euro w niewłaściwej wysokości, bo wyliczonej wg niewłaściwego kursu euro. Prawidłowo obliczona wartość szacunkowa zamówienia w kwocie 604 957 752,06 zł przeliczona na euro wg kursu 4,4536 powinna wynosić 135 835 672,72 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w kwocie 201 652 584,02 zł powinna wynosić 45 278 557,57 euro.

Należy się przy tym zgodzić z Prezesem Urzędu, że powoływane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach dokumenty nie potwierdzają zastosowania właściwego kursu euro przy przeliczaniu wartości szacunkowej zamówienia. We wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia i w Notatkach z szacowania znajdują się zupełnie inne wartości niż w protokole postępowania, zatem nie można na ich podstawie znaleźć potwierdzenia dla argumentacji Zamawiającego. Dodatkowo w Notatce z szacowania wartości zamówienia z dnia 10.10.2023 r. Zamawiający w ogóle nie dokonał przeliczenia wartości zamówienia wyrażonej w złotych na euro. W tym stanie rzeczy przyjęć należy, że wpisując w pkt 3 protokołu postępowania wartość szacunkową zamówienia przeliczoną wg niewłaściwego kursu euro Zamawiający naruszył wskazane w Informacji o wyniku kontroli przepisy, tj. art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami Obwieszczenia Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r.

w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów.

Podobnie jak przy poprzednim naruszeniu, nie jest sporne, że nie miało ono wpływu na wynik postępowania, co Prezes Urzędu wyraźnie wskazał w Informacji o wyniku kontroli. W szczególności należy zauważyć, że naruszenie to nie miało wpływu na ustalenie wartości szacunkowej zamówienia jako przekraczającej tzw. progi unijne i nie miało wpływu na stosowane przez Zamawiającego w toku postępowania przepisy. Dlatego również Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że ww. naruszenie nie miało wpływu ani na przebieg ani na wynik postępowania.

Wobec powyższych ustaleń Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

.....

.....