

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 13 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 grudnia 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 13 grudnia 2024 r.,

(znak: KU/90/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 5 – odc. węzeł Niemcza (bez węzła) - węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem), długości ok. 7,94 km

wyraża opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

27 grudnia 2024 r. Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako „Zamawiający”) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) o tytule „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 5 – odc. węzeł Niemcza (bez węzła) - węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem), długości ok. 7,94 km” (dalej jako „Postępowanie”).

Pismem datowanym na 13 grudnia 2024 r. (znak DKZP.WKZ6.440.92.2024.MT)

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes UZP”), działając na podstawie art. 616 ust. 1 Pzp, przesłał Zamawiającemu informację o wyniku kontroli uprzedniej, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego „art. 220 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą na 120 dni i zaniechanie zmiany treści ogłoszenia w ww. zakresie”.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie dotyczącym stwierdzonego naruszenia Prezes UZP wskazał, że „Zamawiający w sekcji 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna” określił termin związania ofertą: 120 dni. W pkt 20.1 SWZ Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 4 czerwca 2024 r.”. W wyniku modyfikacji SWZ termin ten został zmieniony do dnia 23 września 2024 r. Zgodnie z dyspozycją art. 220 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty. Powyższe oznacza zatem, że termin związania ofertą musi nastąpić bezwzględnie przez wskazanie daty, a nie przez wskazanie okresu związania ofertą, w tym wypadku 120 dni. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający określając w ogłoszeniu o zamówieniu termin związania ofertą na 120 dni, naruszył dyspozycję art. 220 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu należy wskazać, iż 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 niezgodne z przepisami określenie terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu, wymagało jego zmiany lub sprostowania, tak aby zapisy w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ były ze sobą spójne i odpowiadały wymaganiom określonym w treści art. 220 ust. 2 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie art. 220 ust. 2 ustawy Pzp oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.”.

Zamawiający pismem datowanym na 17 grudnia 2024 r. wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej o treści „W odpowiedzi na informację o wyniku kontroli uprzedniej DKZP.WKZ6.440.92.2024.MT KU/90/24/DKZP z dnia 13 grudnia 2024r. zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, działając na podstawie art. 617 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) niniejszym przekazuje zastrzeżenia do wyniku kontroli. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 220 ust. 2 ustawy Pzp polegającego na określeniu w sekcji 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna” terminu związania ofertą w dniach, zamawiający informuje, iż ogłoszenie o zamówieniu oraz zmiany do tego

ogłoszenia publikuje za pomocą interaktywnych formularzy zamieszczonych na stronie <https://enotices2.ted.europa.eu/home>. Poprzez eNotices2 zamawiający mogą składać i zarządzać ogłoszeniami o zamówieniach publicznych w formacie eForms, zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji 2019/1780. Formularz ogłoszenia o zamówieniu dostępny w enotices2 w polu przewidzianym do wskazania terminu związania ofertą (pole BT-98-Lot) nie daje możliwości oznaczenia TZO w postaci daty. Uwidacznia to poniższy zrzut ekranu dokonany ze strony enotices2.ted.europa.eu na przykładowym ogłoszeniu o zamówieniu w formie edycji z innego postępowania. Z poniższego jednoznacznie wynika, iż rozwijalna lista wyboru dla pola BT-98-Lot zawiera tylko jednostki dzień/miesiąc/tydzień/rok i nie ma technicznej możliwości wypełnienia tej komórki poprzez określenie terminu konkretną datą.

Co istotne, zmiany ogłoszenia o zamówieniu w enotices2 dokonuje się poprzez wypełnienie identycznego interaktywnego formularza z jednakowym polem pn. „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna”, co powoduje niewykonalność dokonania korekty formatu (jednostki) terminu związania ofertą poprzez zmianę ogłoszenia. Opisane w wyniku kontroli rozwiązanie tj. „Niezgodne z przepisami określenie terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu, wymagało jego zmiany lub sprostowania, tak aby zapisy w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ były ze sobą spójne i odpowiadały wymaganiom określonym w treści art. 220 ust. 2 ustawy Pzp” jest technicznie niemożliwe z przyczyn opisanych powyżej. Zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie, nie może stanowić naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na technologiczną barierę udostępnionego zamawiającym narzędzia do przygotowywania i przesyłania ogłoszeń i zmian ogłoszeń. Zamawiający nie posiada technicznej wiedzy, w jaki sposób doprowadzić do spójności terminu związania ofertą

określonego datą zgodnie z art. 220 pzp w SWZ i zmianach do SWZ z terminem związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu, w którym w miejscu przewidzianym do podania tego terminu można określić go tylko poprzez liczbę dni/tygodni/miesięcy lub lat. Jednocześnie należy podkreślić, że zamawiający we wszystkich dokumentach postępowania, w których miał możliwość określenia TZO w formacie narzuconym ustawą pzp, dokonał tego w sposób zgodny z dyspozycją art. 220 ust. 2, natomiast jedynie w ogłoszeniu określił ten termin poprzez liczbę dni z uwagi na powyższej opisane okoliczności. Niedostosowanie do przepisów ustawy pzp narzędzia do publikacji ogłoszeń w DUUE zarówno w treści interaktywnego formularza do tworzenia ogłoszenia o zamówieniu jak i formularza do wprowadzania zmian ogłoszenia nie powinno narażać zamawiającego na zarzut naruszenia przepisów pzp. Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie rzetelnie, z należytą starannością i stosując się w pełni do wymogów pzp, a opisany wyżej sposób określenia TZO w ogłoszeniu o zamówieniu nie stanowi o nieznanomości prawa zamówień publicznych ani też celowego lub omyłkowego działania niezgodnego z pzp, a tylko takie działania w istocie mogą nosić znamiona naruszenia przepisów ustawy.”.

Prezes UZP wraz z zastrzeżeniami przekazał Izbie pismo, w którym wskazał, że zastrzeżenia „od naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 13.12.2024 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 5 – odc. węzeł Niemcza (bez węzła) - węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem), długości ok. 7,94 km”, nie zostały uwzględnione”.

Zgodnie z art. 617 Pzp Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, zaś z treści art. 610 ust. 2 i 3 Pzp wynika, że Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. W konsekwencji należy uznać, że podstawą przedmiotowej opinii jest dokumentacja z przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej, w tym zgromadzony w toku kontroli materiał dowodowy, informacja o wyniku kontroli uprzedniej oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne.

Zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 220 ust. 2 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 220 ust. 2 Pzp „zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty”. Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi zaś, że

„Zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się.”.

Niewątpliwe jest, iż w ogłoszeniu o zamówieniu w Postępowaniu w sekcji 5.1.12 jako „Termin, do którego oferta musi pozostać ważna” (czyli jako termin związania ofertą) wskazano liczbę dni (120), a nie datę.

Mając na uwadze treść art. 87 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE”, należy stwierdzić, iż – jak podniósł Zamawiający – „ogłoszenie o zamówieniu oraz zmiany do tego ogłoszenia publikuje za pomocą interaktywnych formularzy zamieszczonych na stronie <https://enotices2.ted.europa.eu/home>”, „formularz ogłoszenia o zamówieniu dostępny w enotices2 w polu przewidzianym do wskazania terminu związania ofertą (pole BT-98-Lot) nie daje możliwości oznaczenia TZO w postaci daty” oraz „rozwijalna lista wyboru dla pola BT-98-Lot zawiera tylko jednostki dzień/miesiąc/tydzień/rok i nie ma technicznej możliwości wypełnienia tej komórki poprzez określenie terminu konkretną datą”.

Należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy Zamawiający przekazując ogłoszenie o zamówieniu w Postępowaniu stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską nie miał technicznej możliwości określenia „terminu, do którego oferta musi pozostać ważna” (czyli terminu związania ofertą) datą, w związku z czym określił ten termin w sposób, jaki był technicznie możliwy, zgodnie z ww. formatem i procedurami, nie sposób uznać, że zachowanie to naruszało art. 220 ust. 2 Pzp.

Konieczne jest przy tym podkreślenie, że nie ma sprzeczności pomiędzy wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp nakazem przekazywania ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską – co oznacza brak możliwości określenia w ogłoszeniu o zamówieniu „terminu, do którego oferta musi pozostać ważna” (czyli terminu związania ofertą) datą - a art. 220 ust. 2 Pzp, z którego wynika nakaz określenia w dokumentach zamówienia terminu związania ofertą przez wskazanie daty. Definicję „dokumentów zamówienia” zawiera art. 7 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o dokumentach zamówienia należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia,

w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań”. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że ogłoszenie o zamówieniu nie jest dokumentem zamówienia. W konsekwencji nakaz wynikający z art. 220 ust. 2 Pzp, który dotyczy wyłącznie dokumentów zamówienia, nie zobowiązuje zamawiającego do określenia datą terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym określenie w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą w inny sposób niż przez wskazanie daty (w szczególności liczbą dni) nie narusza art. 220 ust. 2 Pzp.

Konsekwencją powyższego jest brak podstaw do uznania, że zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie „terminu, do którego oferta musi pozostać ważna” (czyli terminu związania ofertą) stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Brak technicznej możliwości określenia datą „terminu, do którego oferta musi pozostać ważna” (czyli terminu związania ofertą) dotyczy każdego ogłoszenia przekazywanego zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, a zatem również ogłoszenia, którym dokonywana jest zmiana lub sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu. W sytuacji, gdy art. 220 ust. 2 Pzp nie dotyczy ogłoszenia o zamówieniu, z przepisu tego nie wynika przy tym obowiązek zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, aby „termin, do którego oferta musi pozostać ważna” był określony datą.

Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej zasługują na uwzględnienie, gdyż ustalenia kontroli nie wykazują naruszenia art. 220 ust. 2 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....