

Sygn. akt: KIO 223/11

WYROK

z dnia 16 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mennicę Polską S.A. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Mennicę Polską S.A. w Warszawie** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mennicę Polską S.A. w Warszawie**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2010 r. Nr 2010/S 224-343103.

W dniu 9 grudnia 2010 r., Odwołujący Mennica Polska S.A. w Warszawie doręczył Zamawiającemu wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec zaniechania udzielenia wyjaśnień Odwołujący wniósł w dniu 3 lutego 2011 r. odwołanie. W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 22 ust. 3 i 4, art. 29, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, oraz przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że ostateczny termin składania ofert został ustalony przez Zamawiającego na dzień 8 lutego 2011 roku. Tym samym termin na udzielenie wyjaśnień treści SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp upłynął dnia 2 lutego 2011 r. Wskazywał, że ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dnia 18 listopada 2010 roku. Pierwotny termin składania ofert wyznaczono na dzień 29 grudnia 2010 roku. Termin składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ na które zamawiający miał obowiązek udzielić wyjaśnień, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, mija wraz z upływem dnia w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. W ocenie Odwołującego. na termin ten składa się więc 12 dni listopada, począwszy od dnia publikacji ogłoszenia, ale nie uwzględniając tego dnia (zgodnie z zasadą ustaloną w art. 111 § 2 KC znajdującą zastosowanie na podstawie art. 14 ustawy Pzp), oraz 29 dni grudnia, czyli łącznie 41 dni. Termin na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, na które zamawiający ma obowiązek udzielić odpowiedzi jest więc ustalany w oparciu o działanie arytmetyczne polegające na ustaleniu liczby dni terminu, podzieleniu przez dwa i wyznaczeniu końca dnia, w którym mija połowa terminu. Działanie to wygląda następująco: $12 + 29 = 41 : 2 = 20,5$ czyli 21 dni. Wywodził, że 21 dni począwszy od 18 listopada mija w dniu 9 grudnia, w którym Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji. Zamawiający mimo to do dnia 2 lutego 2011 r., a więc ostatecznego terminu na udzielenie wyjaśnień, nie dokonał tej czynności.

Podnosił, iż ze złożonych przez Odwołującego wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ wynika, że przyczyną zwrócenia się do zamawiającego była niejasność sformułowań lub brak niezbędnej informacji. Pytania dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia, wzoru umowy, warunków udziału w postępowaniu i innych istotnych elementów SIWZ i bez tej wiedzy wykonawca nie może przygotować prawidłowej oferty, a zamawiający uchybia przepisom prawa, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie zamieszczając takiej informacji.

Odwołujący zakładał, że Zamawiający milcząc nie uwzględni różnicy pomiędzy pojęciami „termin składania ofert” oraz „wyznaczony termin składania ofert”. Tym pierwszym ustawa Pzp posługuje się w przypadku przetargu nieograniczonego w art. 43 ustawy Pzp, ustalając jego długość począwszy od przekazania ogłoszenia do publikacji. W art. 38 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się jednak terminem odmiennym („wyznaczony termin składania ofert”), co zgodnie z zasadą przyzwoitej legislacji, a także rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej, musi oznaczać, że określenia tego użyto dla opisanie innej sytuacji. Określenie w jednym akcie prawnym tych samych stanów prawnych przy użyciu innych pojęć nie mogłoby być uznane za zgodne z zasadą racjonalnego ustawodawcy, a także prowadziłoby do zburzenia zasady zaufania do Państwa i bezpieczeństwa w obrocie prawnym.

Odwołujący zwracał uwagę, że wyłącznie uznanie iż „wyznaczony termin składania ofert” rozpoczyna się publikacją ogłoszenia zapewnia wykonawcom możliwość zadania pytań do SIWZ i uzyskanie odpowiedzi. Zgodnie z dyrektywą 2004/18 (analogicznie dyrektywa 2004/17) Dziennik Urzędowy UE publikuje bowiem ogłoszenia w terminach uzależnionych od drogi ich przekazania. Zgodnie z art. 36 ust. 3 dyrektywy termin ten, w przypadku korzystania z formy pisemnej przesłania ogłoszenia wynosi 12 dni. Czas na zadawanie pytań, który ma wynosić połowę terminu wynosiłby więc w praktyce połowę minus 12 dni, a więc prawo do zwracania się o wyjaśnienie treści SIWZ stawałoby się prawem pozornym, z którego w praktyce nie da się skorzystać. Przyjęcie wykładni iż termin liczy się od wysłania ogłoszenia od publikacji, a nie samej publikacji spowoduje w wielu przypadkach, że termin na zadawanie pytań minie, zanim ogłoszenie, a tym samym SIWZ (zgodnie z art. 42 Pzp) zostaną opublikowane. Taka sytuacja będzie miała miejsce w każdym przypadku nabywania w trybie przetargu nieograniczonego usług niepriorytetowych z wykorzystaniem prawa do skrócenia terminu składania ofert i jednoczesnym przesłaniu ogłoszenia o zamówieniu w formie pisemnej. Dla przykładu, wskazanie iż termin składania ofert wynosi 22 dni, przy opublikowaniu ogłoszenia przez służby Komisji Europejskiej w 12 dniu od przesłania (zgodnie z art. 36 ust. 3 dyrektywy 2004/18) stworzy sytuację, w której termin na zadanie pytań ustalany przy zachowaniu tożsamości pojęć „termin składania ofert” i

„wyznaczony termin składania ofert” minie po 11 dniach od przekazania ogłoszenia do publikacji, gdy SIWZ będzie dostępna dopiero w 12 dniu. Taka interpretacja prawa, która prowadzi do wniosku, iż przepis nie może znaleźć zastosowania jest zdaniem TK wykładnią zawsze błędną. Zwracał uwagę, że SIWZ jest zgodnie z art. 42 ustawy Pzp dostępna na stronach internetowych od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, a nie od jego przesłania do publikacji. Tym samym ustalanie połowy terminu na zadawanie pytań do SIWZ, w taki sposób, iż uwzględnia się czas, który płynie zanim SIWZ zostanie opublikowana byłoby pozbawione jakichkolwiek podstaw zarówno prawnych jak i logicznych.

Podnosił, iż zachowanie zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Wskazywał na przypadki, w których Zamawiający udzielił odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ pochodzące od innych wykonawców niezależnie od daty ich złożenia.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenia wyjaśnień SIWZ w zakresie wynikającym ze złożonego wniosku o wyjaśnienie.

Zamawiający wniósł w dniu 14 lutego 2011 r. odpowiedź na odwołanie. Argumentował, że stanowisko Odwołującego jakoby termin określony w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp został dochowany, bowiem należy go liczyć nie od dnia przekazania ogłoszenia, lecz od dnia jego ogłoszenia, nic znajdują oparcia w przepisach ustawy Pzp. Wyznaczenie terminu składania ofert następuje najpóźniej w chwili przesyłania ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności, jeśli przesłanie ogłoszenia następuje drogą elektroniczną. System informatyczny, przy użyciu którego dochodzi do przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nie „pozwala” na przekazanie ogłoszenia bez odpowiedniego wyznaczenia terminu składania ofert. Bezspornym jest zatem, iż w ww. postępowaniu połowa wyznaczonego terminu to 21 dni. Przy czym Odwołujący owe 21 dni liczy od dnia ukazania się ogłoszenia o zamówieniu (z uwzględnieniem art. 111 §2 Kc), a Zamawiający 21 dni liczy (również uwzględniając art. 111 §2 Kc) od dnia przekazania ogłoszenia, gdyż wówczas był wyznaczony termin składania ofert. Nie można zgodzić się z poglądem, iż wyznaczenie terminu składania ofert następuje na skutek ogłoszenia o zamówieniu, gdyż wyznaczenie terminu składania ofert to czynność (obowiązek) Zamawiającego. A zatem termin na składanie zapytań zgodnie z art. 38 ust. 1 upłynął w dniu 8 grudnia 2010 roku (13 dni listopada nie wliczając dnia przekazania ogłoszenia do publikacji oraz 8 dni grudnia).

Podkreślał, że ogółem w terminie zgodnym z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wpłynęło 280 pytań w 11 pismach od 6 wykonawców. Zamawiający na wszystkie 280 pytań odpowiedział pismami datowanymi od 10.12.2010 r. do 05.01.2011 r.

Natomiast wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ, zawierający 325 zapytań, wpłynął do Zamawiającego 9 grudnia 2010 r. Tym samym Zamawiający zastosował art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.

Wskazywał, że mając na uwadze dobro postępowania i zgodnie z art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2011 roku udzielił odpowiedzi na istotne jego zdaniem zapytania, które wpłynęły od wykonawców po 8 grudnia 2010 r. W tym piśmie odpowiedział na 17 pytań, z czego 10 to były zapytania Odwołującego. Dlatego zarzut Odwołującego dotyczący nierównego traktowania wykonawców i odmowy udzielenia odpowiedzi na pytania zadane przez Odwołującego jest niezasadny, gdyż większość udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na istotne dla postępowania pytania zadane po terminie 8 grudnia 2010 r. dotyczy pytań złożonych przez Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wnioski o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, odpowiedzi na ww. wnioski, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną w dniu 17 listopada 2010 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2010 r.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18 listopada 2010 r.

Zamawiający wyznaczył pierwotny termin składania ofert na dzień 29 grudnia 2010 r.

Zamawiający w trakcie postępowania kilkakrotnie przedłużał pierwotny termin składania ofert: w dniu 10 grudnia 2010 r. do dnia 5 stycznia 2011 r., w dniu 22 grudnia 2010 r. do dnia 10 stycznia 2011 r., w dniu 28 grudnia 2010 r. do dnia 20 stycznia 2011 r., w dniu 31 grudnia 2010 r. do dnia 24 stycznia 2011 r., w dniu 10 stycznia 2011 r. do dnia 28 stycznia 2011 r., w dniu 11

stycznia 2011 r. do dnia 4 lutego 2011 r., w dniu 25 stycznia 2011 r. do dnia 8 lutego 2011 r., w dniu 4 lutego 2011 r. do dnia 21 lutego 2011 r. i w dniu 10 lutego 2011 r. do dnia 24 lutego 2011 r.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na złożone przez wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wpłynęły do niego do dnia 8 grudnia 2010 r. włącznie. W dniu 9 grudnia 2010 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obejmujący 325 pytań.

Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2011 roku udzielił odpowiedzi na istotne jego zdaniem pytania, które wpłynęły od wykonawców po dniu 8 grudnia 2010 r. W tym piśmie Zamawiający odpowiedział na 17 pytań, z czego 10 stanowiły zapytania Odwołującego.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pozostałe pytania Odwołującego określone we wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 9 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zaniechanie wyjaśnienia treści SIWZ może utrudnić, a nawet uniemożliwić Odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu. Ponadto Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia ze względu na niejasne lub niewyczerpujące postanowienia SIWZ, których mimo takiego obowiązku Zamawiający nie wyjaśnił. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami. Spór pomiędzy Stronami sprowadzał się do sposobu obliczania terminu składania wniosku o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego powyżej progów określonych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. progów unijnych), po upływie którego Zamawiający jest uprawniony do pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Odwołujący

twierdził, że nie uchybił temu terminowi składając wniosek w dniu 9 grudnia 2010 r., zaś Zamawiający utrzymywał, że termin ten upłynął w dniu 8 grudnia 2010 r.

Strony były zgodne co do okoliczności, iż przy obliczaniu biegu terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uwzględnić pierwotny termin składania ofert, który został ustalony przez Zamawiającego na dzień 29 grudnia 2010 r. Powyższe ustalenie odpowiadało treści art. 38 ust. 1b ustawy Pzp, zgodnie z którym *Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ.*

Strony były zgodne również co do tego, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie przepis art. 111 § 2 KC w zw. art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym nastąpiło zdarzenie, będące początkiem biegu terminu. Różniły się jednak w ocenie, czy zdarzeniem, od którego należy liczyć bieg terminu jest dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu (17 listopada 2010 r.) czy też dzień publikacji tego ogłoszenia (18 listopada 2010 r.). Przy pierwszym sposobie liczenia, zgodnym ze stanowiskiem Zamawiającego, termin składania ofert wynosił 42 dni, na które składało się 13 dni listopada i 29 dni grudnia. Połowa wyznaczonego terminu składania ofert wynosiła więc 21 dni i upływała w dniu 8 grudnia 2010 r. Przy drugim sposobie liczenia, odpowiadającym stanowisku Odwoływającego, termin składania ofert wynosił 41 dni, na który składało się 12 dni listopada i 29 dni grudnia. Przy takim sposobie liczenia, połowa wyznaczonego terminu składania wynosiła po zaokrągleniu 21 dni i upływała w dniu 9 grudnia 2010 r. Prawidłowe ustalenie terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia było zatem istotne, albowiem Odwoływający złożył wniosek w dacie 9 grudnia 2010 r., a Zamawiający pozostawił ten wniosek w znacznej części bez rozpoznania.

Izba wzięła pod uwagę, że w myśl art. 40 ust. 4 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej zwana „Dyrektywą”) *Instytucja zamawiająca lub właściwy wydział wysyła informacje dodatkowe na temat specyfikacji, dokumentu opisowego lub dokumentacji dodatkowej nie później niż na sześć dni przed ostatecznym terminem składania ofert, pod warunkiem złożenia z odpowiednim wyprzedzeniem stosownego wniosku. W przypadku procedury ograniczonej lub negocjacyjnej przyspieszonej termin ten wynosi cztery dni. Z przepisu tego wynika obowiązek udzielenia przez instytucję zamawiającą odpowiedzi na pytanie związane ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeśli wniosek o wyjaśnienie zostanie złożony „z odpowiednim wyprzedzeniem”.*

Polski ustawodawca zdecydował się na sprecyzowanie pojęcia „złożenie wniosku z odpowiednim wyprzedzeniem” w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Obecnie obowiązujące brzmienie tego przepisu zostało ustalone ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 206, poz. 1591). Zgodnie z przywoływanym przepisem *Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, (...) - pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.*

Przytoczone brzmienie ww. przepisu, oznacza, iż „złożenie wniosku z odpowiednim wyprzedzeniem” należy rozumieć na gruncie ustawy Pzp jako doręczenie wniosku Zamawiającemu „nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert”. Jednocześnie ustawodawca sprecyzował w art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, że *Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.* Ponadto, *Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ* (art. 38 ust. 1b ustawy Pzp). W uzasadnieniu nowelizacji wskazano na negatywne konsekwencje dotychczas obowiązującego przepisu. Podkreślono, iż liczne pytania zadawane przez wykonawców wpływają do zamawiającego tuż przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwia udzielenie odpowiedzi przed upływem tego terminu. Stąd też zamawiający są niejednokrotnie zmuszeni do przedłużania terminów składania ofert w celu udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania. Wywołuje to negatywne skutki w postaci przedłużania się procesu udzielania zamówienia publicznego. Podkreślano, że proponowana zmiana spowoduje przeniesienie terminu wpływu wniosków o wyjaśnienia na wcześniejszą fazę postępowania, co niewątpliwie zapewni zamawiającym więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień, a wykonawcom na ich uwzględnienie w ofertach. Jak wynika z uzasadnienia, intencją ustawodawcy nie było ograniczenie prawa wykonawców do zadawania pytań, które co do zasady jest rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, a jedynie spowodowanie, aby pytania te wpływały w pierwszej fazie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, że art. 38 ust. 1 określając termin na składanie wniosków jako „połowa wyznaczonego terminu składania ofert” nakazuje odwołanie się do przepisów ustawy, które regulują kwestię wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert w poszczególnych trybach udzielania zamówień. W przypadku trybu przetargu nieograniczonego powyżej tzw.

progów unijnych podstawowym przepisem jest art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią termin składania ofert nie może być krótszy niż:

- 1) 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 47 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w sposób inny niż określony w pkt 1.

Przepis ten wskazuje jednoznacznie, że zdarzenie, od którego należy liczyć bieg terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym powyżej progów unijnych należy uznać „przekazanie ogłoszenia o zamówieniu UOPWE”. Jak wspomniano wcześniej, ustawodawca określając termin na składanie wniosków jako „połowa wyznaczonego terminu składania ofert” odsyła do terminów składania ofert uregulowanych w innych przepisach ustawy Pzp. Konsekwencją konstrukcji przyjętej przez ustawodawcę jest to, że przy obliczaniu terminu na składanie wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dniem od którego należy liczyć początek biegu tego terminu jest również dzień przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż bardziej racjonalnym byłoby obliczanie terminu na składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ od daty publikacji ogłoszenia (zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej zamawiającego), jednakże takiej interpretacji stoi na przeszkodzie literalna wykładnia przepisu art. 38 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Czynności „wyznaczenia terminu składania ofert” Zamawiający dokonuje bowiem najpóźniej w chwili przesłania ogłoszenia o zamówieniu, wypełniając stosowną rubrykę w formularzu ogłoszenia.

Niezależnie od powyższego Izba dostrzega, iż skutkiem rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do przetargu nieograniczonego powyżej tzw. progów unijnych, jest to, że termin na składanie wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozpoczyna bieg w momencie, kiedy wykonawcy nie mają jeszcze możliwości zapoznania się z SIWZ. Wynika to z treści art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej dopiero od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Natomiast w myśl art. art. 36 ust. 3 Dyrektywy *Ogłoszenia sporządzane i przesyłane środkami elektronicznymi, publikowane są nie później niż w ciągu pięciu dni od daty ich wysłania. Ogłoszenia, które nie są przesyłane środkami elektronicznymi, publikowane są nie później niż w ciągu dwunastu dni od daty ich wysłania lub w przypadku procedury przyspieszonej, o której mowa w art. 38 ust. 8, nie później niż w ciągu pięciu dni od daty ich wysłania.* Oznacza to, iż pomiędzy datą przesłania przez zamawiającego ogłoszenia do

publikacji a jego publikacją może minąć nawet 5 (12 dni) w zależności od sposobu przesłania ogłoszenia. Wobec zakazu zamieszczenia na stronie internetowej specyfikacji przed datą publikacji ogłoszenia (art. 42 ustawy Pzp), konsekwencją jest dodatkowe skrócenie wykonawcom czasu na reakcję.

Problem ten może wystąpić z całą jaskrawością w sytuacji, gdy Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących terminów składania ofert (np. na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp) i przekazuje ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w inny sposób aniżeli drogą elektroniczną. Przy niekorzystnym zbiegu okoliczności tj. skróceniu terminu składania ofert i publikacji ogłoszenia przez Urząd w maksymalnym dopuszczalnym terminie, może to doprowadzić nawet do sytuacji braku możliwości złożenia wniosku o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek upływu terminu o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. W takich przypadkach literalna wykładnia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłaby do sytuacji, w której wniosek o wyjaśnienie specyfikacji, nawet złożony przez wykonawcę w pierwszym dniu po zamieszczeniu specyfikacji na stronie internetowej, mógłby zostać pozostawiony bez rozpoznania. Taka interpretacja przywoływanego przepisu, w przytoczonym przypadku, byłaby nie do pogodzenia z przepisem art. 40 ust. 4 Dyrektywy, który nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia odpowiedzi, jeśli wniosek został złożony z odpowiednim wyprzedzeniem. Problem może pojawić się również w sytuacji, gdy zamawiający, pomimo ciężącego na nim z mocy art. 42 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku zamieszczenia na swej stronie internetowej specyfikacji w dacie publikacji ogłoszenia, opóźni takie zamieszczenie. Dlatego, w ocenie Izby zamawiający, kierując się wspólnotową wykładnią przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązani są w przypadkach, gdy wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynię do nich w odpowiednim czasie, w rozumieniu art. 40 ust. 4 Dyrektywy, do udzielenia na niego odpowiedzi, pomimo iż termin na złożenie wniosku obliczony zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp już upłynął.

Sytuacja, w której wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego „z odpowiednim wyprzedzeniem” w rozumieniu art. 40 ust. 4 Dyrektywy nie miała jednak miejsca w rozpoznawanej sprawie. Na uwagę zasługiwała bowiem okoliczność, iż Zamawiający nie skrócił terminu składania ofert, wyznaczając termin dłuższy od podstawowego. Ponadto ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez UOPWE w dniu 18 listopada 2010 r., tj. już następnego dnia po jego przekazaniu. Wreszcie Zamawiający w dacie publikacji ogłoszenia zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący w niniejszej sprawie dysponował więc wystarczającą ilością czasu na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba wskazuje na marginesie, że nawet w razie ustalenia, iż wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nie wpłynął z odpowiednim wyprzedzeniem, zamawiający powinni podejmować decyzję o pozostawieniu wniosku bez rozpoznania po wszechstronnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Zadawanie pytań przez wykonawców jest bowiem co do zasady rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Z jednej strony pozwala zamawiającym poprawić ewentualne błędy w dokumentacji postępowania, z drugiej strony wykonawcy uzyskują pewność co do zasad, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne, a tym samym pozwala złożyć właściwą ofertę w postępowaniu. Zasadny wniosek jest sygnałem, że postanowienia specyfikacji mogą być niejednoznaczne lub niewyczerpujące, co może świadczyć o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując Izba stwierdziła, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy Zamawiający nie zaniechał dokonania czynności, do której był obowiązany na podstawie ustawy. Na skutek złożenia wniosku o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający miał bowiem prawo pozostawić wniosek bez rozpoznania (art. 38 ust. 1a ustawy Pzp). Nie potwierdziły się zatem podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu zarzuty.

Zamawiający nie naruszył również zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 38 ust. 1a ustawy Pzp pozostawiono uznanie Zamawiającego, czy pomimo złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ po upływie terminu określonego w art. 38 ust. 1 udzieli wyjaśnień czy też pozostawi wniosek bez rozpoznania. Pismem z dnia 20 stycznia 2011 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na istotne, jego zdaniem, pytania, które wpłynęły od wykonawców po dniu 8 grudnia 2010 r. W piśmie tym Zamawiający odpowiedział na 17 pytań, z czego 10, a więc większość, stanowiły pytania Odwołującego. W ocenie Izby czynność ta odpowiadała przepisowi art. 38 ust. 1a ustawy Pzp i nie naruszyła art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....