

Sygn. akt: KIO 3198/21

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2021 r. przez odwołującego Aarsleff Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jodłownik

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć odwołującego Aarsleff Sp. z o. o. w Warszawie i zaliczyć na poczet kosztów kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

postanowienia z dnia 9 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3198/21

Zamawiający – Gmina Jodłownik, Jodłownik 198, 34-620 Jodłownik, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Wykonanie właściwych prac w ramach zadania pn.: Stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi gminnej nr działki ewid. 474 w m. Szyk, Gmina Jodłownik w km 0+640-0+800”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00234992, zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 29 października 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Aarsleff Sp. z o. o. Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także w sposób nieproporcjonalny,
2. art. 17 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający nie prowadzi postępowania w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ poprzez wprowadzenie realnego terminu realizacji zamówienia lub, jeśli z jakichkolwiek przyczyn zamawiający nie może zmienić tego terminu, unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 p.z.p.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie środek zaskarżenia, który wniesiono 29 października 2021 r. został wniesiony w terminie, ponieważ bieg terminu na skarżenie czynności zamawiającego należy liczyć od dnia 25 października 2021 r. – czyli od dnia, kiedy zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ, w których zawarł odpowiedź na wniosek innego wykonawcy o zmianę terminu zakończenia robót, nie wyrażając zgody na jego zmodyfikowanie. Zatem zdaniem odwołującego termin na kwestionowanie określenia terminu realizacji zamówienia upływa w dniu 30 października 2021 r. (art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p.), skład orzekający nie podzielił tego stanowiska.

Na kanwie materiału procesowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego, Izba ustaliła, że zaskarżony przez odwołującego w odwołaniu termin realizacji zamówienia – od momentu opublikowania dokumentacji na stronie internetowej zamawiającego, nie uległ zmianie. W ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji IV przedmiot zamówienia w pkt 4.2.10.) okres realizacji zamówienia albo umowy ramowej, wskazano: do 2021-12-27. Tożsamo w SWZ – rozdział IV termin realizacji zamówienia w pkt 1 podano „zamawiający określa następujące terminy realizacji przedmiotu umowy: 1) rozpoczęcia - data protokolarnego przekazania placu budowy, 2) zakończenia robót budowlanych do dnia 27 grudzień 2021 roku”. Termin ten nie został zmieniony od momentu upublicznienia dokumentacji przetargu (zgodnie z aktami sprawy ogłoszenie o zamówieniu i SWZ wraz z załącznikami zostały umieszczone na stronie BIP zamawiającego w dniu 18.10.2021 r.).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby w ustalonym stanie rzeczy podstawą do ustalenia właściwego terminu na zaskarżenie treści dokumentacji dotyczącej określenia terminu realizacji zamówienia jest art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym odwołanie wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Natomiast na podstawie art. 7 pkt 3 p.z.p. przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego, w tym m.in. SWZ, w której zamawiający zobowiązany jest wskazać także termin wykonania zamówienia (art. 281 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 275 ust. 1 i 2 p.z.p.). Zatem zawity termin na wniesienie środka ochrony prawnej, w którym kwestionuje się termin realizacji umowy i żąda jego modyfikacji, tak jak wnosił odwołujący – nakazania zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w zakresie wprowadzenia realnego terminu realizacji zamówienia, rozpoczął bieg z dniem 18 października 2021 r i skutecznie upłynął z dniem 25 października 2021 r. (art. 509 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. art. 111 § 1 i 2 k.c.).

Ustawodawca nie pozostawił jednostkom zamawiającym swobody i zobligował je do wskazywania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotnych elementów, które dotyczą warunków zamówienia, w tym podstawowych okoliczności dotyczących realizacji przyszłego stosunku obligacyjnego (tu dot. spornego terminu wykonania umowy – art. 281 ust. 1 pkt 6 p.z.p.), w celu weryfikacji w momencie zapoznania się z dokumentacją postępowania czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie i złożyć ofertę w postępowaniu. Wiedzę o narzuceniu wykonawcom terminu wykonania umowy do dnia 27 grudnia 2021 r. odwołujący powziął z wcześniej przywołanych fragmentów ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Co istotne, w rozpoznawanym sporze zamawiający odpowiadając na pytania nie dokonał modyfikacji daty wykonania zamówienia. Natomiast

fakt, że odpowiadając na pytanie nie wyrażono zgody na zmianę terminu wykonania umowy wskazując, że nie jest to możliwe ze względu na wymogi programowe instytucji udzielającej dofinansowania na realizację zamówienia (odpowiedź na pytanie 1 i 2 z dnia 25.10.2021 r.) nie przywraca wykonawcom terminu na skarżenie brzmienia ogłoszenia i SWZ, wyjaśnienia zamawiającego nic bowiem nie zmieniły.

Okoliczność, że wymaga się realizacji kontraktu do 27 grudnia 2021 r. istniała od dnia opublikowania dokumentów zamówienia i nie uległa zmianie. Nie ma więc podstaw, aby w ustalonym stanie rzeczy zastosować art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p. licząc bieg terminu od dnia odpowiedzi na pytania i przywrócić wykonawcy termin na skarżenie pierwotnej treści SWZ. W przepisie tym mowa o przypadkach innych, niż określone w art. 515 ust. 1 i 2 p.z.p., więc wypełnienie hipotezy art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. – ponieważ odwołanie dotyczy *stricte* treści SWZ i ogłoszenia (których zmiany żąda odwołujący), a nie odpowiedzi na pytanie, która ich w żaden sposób nie zmodyfikowała – powoduje, że art. 515 ust. 3 p.z.p. nie znajdzie tu zastosowania. Skład orzekający zatem stwierdził, że pod pozorem postawienia zarzutu w zakresie treści wyjaśnień dokumentacji przetargu skarżono niezmienioną od momentu wszczęcia postępowania treść SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, czyli wskazanie na treść wyjaśnień, które pozostawiają termin wykonania umowy bez zmian, stanowi próbę obejścia uchybienia zawitemu terminowi na zaskarżenie dokumentacji postępowania.

Nie można również pominąć, że czynność zamawiającego, którą skarży odwołujący jest wyznaczanie w jego ocenie nierealnego terminu realizacji zamówienia i okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania poznano już w momencie opublikowania dokumentacji przetargu. Informacja zamawiającego, że wyznaczonego na dzień 27 grudnia 2021 r. terminu nie zmieni, jest wtórna i nie wpisuje się w nową okoliczność stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, skoro tą podstawą (czynnością, której weryfikacji miałyby dokonać Izba) jest określenie terminu realizacji umowy. Zatem nawet gdyby termin na zaskarżenie dokumentacji postępowania miał być liczony na kanwie art. 515 ust. 3 pkt 2 p.z.p., czyli od dnia, w którym powzięto lub przy należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – z czym Izba się nie zgadza, to nadal byłby to dzień, w którym opublikowano ogłoszenie i SWZ, bowiem w ich treści podano zaskarżony przez odwołującego termin realizacji zamówienia.

W praktyce często zdarza się, że wykonawcy zadają zamawiającemu pytania, aby wyjaśnić wątpliwości, które powzięli zapoznając się z dokumentacją przetargu, albo żeby spróbować „negocjować” warunki zamówienia i proponują inne ukształtowanie treści SWZ, co może spotkać się z aprobatą zamawiającego lub z odmową. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że niezależnie od tego w jaki sposób przedsiębiorca wykorzystuje instytucję wyjaśnień dokumentacji i jaka może zapaść decyzja zamawiającego, to wykonawca poznaje treść dokumentów zamówienia w dniu ich publikacji i od tej daty liczy się termin na ich

skarżenie. Zupełnie inną sytuacją jest, kiedy dochodzi do modyfikacji SWZ (wtedy faktycznie można rozważać czy zaistniały w sprawie nowe okoliczności, o których wiedzę powzięto dopiero od momentu ich ujawnienia wykonawcom), zaś inną jest stan, gdy zamawiający dokumentacji nie zmienia – ponieważ w zakresie niezmienionej treści ogłoszenia lub dokumentów zamówienia termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia wskazanego w art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (por. także postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 18.02.2019 r. sygn. akt: KIO 212/19 i z dnia 09.08.2013 r. sygn. akt: KIO 1810/13).

Niejednokrotnie wykonawcy zadają zamawiającemu pytania i sugerują zmianę SWZ, ale jednocześnie wnoszą odwołania od treści dokumentacji postępowania. Takie działanie przedsiębiorcy jest wyrazem prawidłowego postępowania zmierzającego do zabezpieczenia swojego interesu, ponieważ środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania korekcie czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią profesjonalnego obrotu gospodarczego, więc od jego uczestników wymaga się zachowania odpowiadającego podwyższonemu miernikowi zawodowej działalności (art. 355 § 2 w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Możliwość uzyskania zamówienia zależy od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców oraz dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw. Zachowanie należytej staranności w działaniu polega także na podejmowaniu właściwych działań zabezpieczających interes wykonawcy, w tym terminowym wnoszeniu środków ochrony prawnej, tak aby w pełni mogła zostać zrealizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21).

Konkludując, Izba stwierdziła, iż zaistniała negatywna przesłanka procesowa, określona w art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p., z uwzględnieniem § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało odrzucone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....