

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Packo  
Marzena Teresa Ordysińska  
Katarzyna Prowadzisz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 8 maja 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę

**BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie**  
**ul. Okopowa 5, 20-022 Lublin**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących *modernizacji obiektów inżynierskich na linii nr 64 odcinek Kozłów – Starzyny, realizowanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 64 Psary – Kozłów”* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 27 stycznia 2012 r. i tego samego dnia zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (co wynika z punktu 6. druku ZP-PN „Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 kwietnia 2012 r. odwołujący – BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. otrzymał zawiadomienie o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

27 kwietnia 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na niedokonaniu zmiany w przedstawionej odwołującemu do podpisu umowie terminu realizacji przedmiotu zamówienia i niewydłużenie go o czas, o jaki przedłużyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do zakładanych przez zamawiającego terminów, o czym odwołujący uzyskał wiedzę 26 kwietnia 2012 r. Według odwołującego narusza to art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedostosowanie terminu realizacji przedmiotu umowy wskazanego w zawieranej umowie do podanego wykonawcom na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne czasu niezbędnego do wykonania zadania i przerzucenie w ten sposób na odwołującego wszelkich skutków przedłużenia się postępowania o zamówienie publiczne oraz ryzyk związanych z niedochowaniem określonego w umowie terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany zapisu § 3 ust. 1 pkt 2 umowy poprzez określenie, iż termin zakończenia umowy upływa po 239 dniach od dnia jej zawarcia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy na 2 maja 2012 r., natomiast 26 kwietnia 2012 r. przesłał odwołującemu wzór umowy, która ma zostać zawarta. We wzorze tym zamawiający zawarł identyczny zapis, jak we wzorze umowy załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. § 3 ust. 1 „Termin realizacji umowy: 1) rozpoczęcie – po zawarciu umowy; 2) zakończenie – do dnia 30.11.2012 r.”, a więc pomimo tego, że czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłużył się o miesiąc w stosunku do zakładanego przez niego okresu, zamawiający nie przedłużył o ten czas okresu realizacji przedmiotu zamówienia.

W punkcie II.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zawarł informację, iż przewidywany przez niego termin realizacji zamówienia to: rozpoczęcie 5 kwietnia 2012 r., a zakończenie 30 listopada 2012 r. Zamawiający założył więc, iż na wykonanie przedmiotu umowy niezbędne jest wykonawcom 239 dni (8 miesięcy). W ślad za takim zapisem ogłoszenia wykonawcy kalkulowali cenę ofertową przy założeniu, iż będą dysponować na realizację przedmiotu zamówienia takim właśnie czasem.

W punkcie 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców i w postanowieniach wzoru umowy zamawiający poprzestał na stwierdzeniu, iż rozpoczęcie wykonywania umowy ma nastąpić niezwłocznie po zawarciu umowy, zaś jej zakończenie ma nastąpić do 30 listopada 2012 r., lecz wykonawcy znali zapisy ogłoszenia o zamówieniu i jednocześnie w punkcie 26.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców znalazło się stwierdzenie, iż „w przypadku, gdy w prowadzonym postępowaniu wniesione zostanie odwołanie wykonawcy zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia w zawieranej umowie terminu wykonania zamówienia przedłużonego w stosunku do terminu wskazanego we wzorze umowy o czas trwania postępowania odwoławczego”. Postanowienie to sugerowało wykonawcom, że w razie przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia, termin realizacji przedmiotu umowy zostanie urealniony. W ocenie odwołującego punkt 26.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców powinien, poprzez analogię, znaleźć zastosowanie także w sytuacji, gdy nie zostało złożone w postępowaniu żadne odwołanie, niemniej przebieg postępowania znacznie się przedłużył, przez co dochowanie określonego we wzorze umowy terminu realizacji przedmiotu umowy jest mało prawdopodobne, gdyż z założonych przez zamawiającego na etapie konstruowania umowy 8 miesięcy realizacji, odwołującemu zostanie jedynie 7 miesięcy. Ponadto odwołujący będzie musiał realizować przedmiot umowy przy niezmiennych założeniach co do terminów zamknięcia torów od 26 kwietnia do 28 września 2012 r. Zamawiający dokonując tej zmiany w toku postępowania miał więc świadomość, iż przyjęte przez niego na etapie formułowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia założenia co do terminów nie mogą zostać zrealizowane w całości, ale w ślad za zmianą harmonogramu nie zmienił terminu zakończenia umowy.

Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty 18 kwietnia 2012 r. i uzyskaniu informacji o planowanej dacie zawarcia umowy i ostatecznym projekcie umowy odwołujący został postawiony przed faktem, iż termin na realizację przedmiotu umowy został drastycznie zmniejszony przez zamawiającego, a sam harmonogram zamknięć torowych nie będzie mógł zostać zrealizowany.

W orzecznictwie uznaje się, że skoro ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza zmiany umowy już zawartej, to tym bardziej można zmienić zapisy przyszłej umowy w stosunku do treści oferty w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Przepis art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do zmian istotnych umowy, w razie zmian nieistotnych przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają żadnych ograniczeń co do możliwości zmiany umowy. Zmiana istotna umowy definiowana jest w ślad za wyrokiem ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur jako zmiana, która „wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.”

Ogłoszenie o zamówieniu, choć wskazywało na konkretne daty, w jakich ma być wykonywana umowa, jednocześnie pozwalało przyjąć, w powiązaniu z punktem 26.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców, że termin przeznaczony na wykonanie przedmiotu umowy to 8 miesięcy. Dostosowanie zapisów zawieranej umowy do tego założenia nie może więc mieć żadnego wpływu na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, czy sposób kalkulowania przez nich ceny ofertowej. Zmiana żądana przez odwołującego jest więc w powyższym rozumieniu zmianą nieistotną. Nawet jednak w razie przyjęcia, iż jest to zmiana istotna, podstawy do jej dokonania należałoby doszukiwać się w punkcie 26.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie i wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie wyznaczył mu terminu zawarcia umowy. Rozmowa telefoniczna oraz przekazany za pośrednictwem poczty elektronicznej wzór umowy nie mógł wywołać żadnych skutków prawnych, gdyż zamawiający w punkcie 24.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

wybrał sposób porozumiewania się faksem oraz pisemnie. Zamawiający przesłał wzór umowy na prośbę odwołującego, w celu ułatwienia mu uzyskania wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Jeśli zatem przyjąć, że odwołanie zostało wniesione od czynności wyznaczenia terminu zawarcia umowy i czynności przesłania wzoru umowy, dotyczy ono czynności faktycznie nie istniejących, a więc rozstrzygnięcie przez Izbę byłoby bezprzedmiotowe.

Z odwołania wynika, iż odwołujący domaga się ukształtowania stosunków zobowiązaniowych w sposób odmienny od postanowień wzoru umowy stanowiącego element składowy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wskazał jednak, który przepis ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek modyfikacji wzoru umowy. Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił czasokresu realizacji zamówienia w miesiącach czy dniach. W § 3 ust. 1 wzoru umowy wskazano termin rozpoczęcia realizacji zamówienia – po zawarciu umowy, a termin zakończenia – do 30 listopada 2012 r. Wynikało to z braku możliwości precyzyjnego określenia przewidywanego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia, zatem przy określaniu terminu zakończenia realizacji zamówienia użyta została formuła „do” 30 listopada 2012 r. jako daty granicznej wynikającej z zasad rozliczeń wydatkowania środków budżetowych, z których finansowane jest przedmiotowe zamówienie, a nie „w dniu” 30 listopada 2012 r. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie odwołującego, że zamawiający założył, iż na wykonanie przedmiotu umowy niezbędny jest okres 239 dni (8 miesięcy). Przy odpowiedniej organizacji robót wykonanie przedmiotu umowy jest możliwe w okresie przewidzianym postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazuje doświadczenie w realizacji tego rodzaju robót budowlanych. Wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu termin rozpoczęcia realizacji zamówienia ma z natury charakter orientacyjny i z tego względu nie został przeniesiony do postanowień umowy.

W ocenie zamawiającego całkowicie niedopuszczalne jest, w przypadku przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zastosowanie proponowanej przez odwołującego analogii do opisanej w punkcie 26.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców sytuacji wniesienia odwołania przez wykonawcę jako przesłanki wprowadzenia w zawieranej umowie terminu wykonania zamówienia przedłużonego w stosunku do terminu wskazanego we wzorze umowy o czas trwania postępowania odwoławczego. Zastosowanie takiej analogii stanowiłoby rażące naruszenie postanowień art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji prowadziłoby do unieważnienia dokonanej w taki sposób istotnej zmiany postanowień umowy.

Poza tym punkt 26.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców dopuszczając możliwość wprowadzenia zmian w zawieranej umowie w stosunku do wzoru, nie nakładają na zamawiającego bezwzględnego obowiązku ich wprowadzenia.

**Na podstawie ustalonych okoliczności faktycznych Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

Zdaniem Izby bowiem, pomimo że odwołujący odnosi się do przekazanego mu wzoru umowy przed jej zawarciem, odwołanie *de facto* dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy tam zawartego. Nie jest bowiem sporne – a wręcz jest przedmiotem zarzutu – że wzór ten jest taki sam. Tym samym o okoliczności, jaką jest termin realizacji umowy wyznaczony na 30 listopada 2012 r., odwołujący nie dowiedział się dopiero po otrzymaniu tego wzoru 26 kwietnia 2012 r., lecz już po opublikowaniu przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli 27 stycznia 2012 r. Również z samego żądania odwołującego nakazania zamawiającemu dokonania zmiany zapisu § 3 ust. 1 pkt 2 umowy poprzez określenie, iż termin zakończenia umowy upływa po 239 dniach od dnia jej zawarcia (a nie 30 listopada 2012 r.) wynika, że w zasadzie żąda on zmiany postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem, zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie należało wnieść w terminie 10 dni od zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, czyli do 6 lutego 2012 r.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający, nawet w sposób dorozumiany, nie określił terminu realizacji zamówienia na 239 dni, czy 8 miesięcy, nawet jeśli w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał przewidywany w chwili zamieszczania tego ogłoszenia termin rozpoczęcia jego realizacji. Zarówno bowiem w ogłoszeniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający podał konkretny dzienny termin zakończenia realizacji – właśnie 30 listopada 2012 r. jako niezależny od terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Dodatkowo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3 – okres realizacji zamówienia i § 3 ust. 1 wzoru umowy) zamawiający zawarł postanowienie: rozpoczęcie – niezwłocznie po zawarciu umowy, zakończenie do 30 listopada 2012 r.

Również w trakcie postępowania przetargowego (15 lutego 2012 r.) odwołujący zadał zamawiającemu pytanie: „czy zamawiający akceptuje uzależnienie przewidywanego terminu realizacji przedmiotu umowy od daty podpisania umowy, a tym samym dostosowania

bezwzględny termin realizacji do daty podpisania umowy i przewidywanego harmonogramu rzeczowo – finansowego?”, na które zamawiający odpowiedział 7 marca 2012 r. wskazując, że „odpowiedź na pytanie zawarta jest w postanowieniach pkt 26.2. części I SIWZ”, czyli odwołał się do powołanego przez odwołującego postanowienia, że przedłużenie takie jest możliwe „w przypadku, gdy w prowadzonym postępowaniu wniesione zostanie odwołanie wykonawcy zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia w zawieranej umowie terminu wykonania zamówienia przedłużonego w stosunku do terminu wskazanego we wzorze umowy o czas trwania postępowania odwoławczego”. Fakt ten również wskazuje, że zamawiający traktował 30 listopada 2012 r. jako końcową datę wykonania zamówienia, niezależnie od terminu jego rozpoczęcia, a jedynym wyjątkiem było przedłużenie postępowania ze względu na wniesione odwołania i tylko o taki okres. Okoliczność tę odwołujący zaakceptował, skoro nie podjął żadnych działań na etapie „przed składaniem ofert.” Warto też zauważyć, że podobnie rozumiał to odwołujący – co wynika z treści pytania „bezwzględny termin realizacji” – zatem na tym etapie odwołujący wcale nie przyjmował, iż będzie miał na realizację właśnie 239 dni.

Także argument odwołującego dotyczący zmiany przez zamawiającego harmonogramu zamknięcia torów przy braku zmiany postanowień umowy dotyczących zakończenia realizacji umowy wskazuje na to, że odwołujący kwestię zmiany tego terminu powinien był podnieść „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a więc przed upływem terminu składania ofert.

Poza tym należy także zwrócić uwagę, że już w chwili składania ofert, czyli 16 marca 2012 r., odwołujący mógł sobie zdawać sprawę, że rozpoczęcie realizacji zamówienia 5 kwietnia jest prawdopodobnie nierealne – biorąc pod uwagę czas na badanie ofert przez zamawiającego, ewentualne uzupełnienia dokumentów oraz poprawianie treści ofert, a także minimum 10 dni okresu *standstill*, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem już przy kalkulacji ceny oferty powinien wziąć tę okoliczność pod uwagę.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie można liczyć terminu na wniesienie niniejszego odwołania od 26 kwietnia 2012 r. i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 i § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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:** .....

.....

.....