

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni** (ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Szemud** (ul. Kartuska 13, 84-217 Szemud),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni** (ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Szemud** (ul. Kartuska 13, 84-217 Szemud) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Wykonawca - Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni (Odwołujący) wniósł w dniu 28 czerwca 2021 r. odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie podstawowym bez negocjacji) prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Szemud, którego przedmiotem jest: „Budowa drogi gminnej ul. Kieleńskiej w Koleczkowie”. Numer referencyjny: ZP/3/1/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP poz. 2021/BZP00048728/01.

Zamawiający, zdaniem wnoszącego odwołanie, naruszył przepisy ustawy Pzp:

1. art. 255 ust. 6 pzp poprzez unieważnienie postępowania i zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pomimo, że nie zostały spełnione opisane w w/w przepisie przesłanki uzasadniające obligatoryjne unieważnienie postępowania, gdyż naruszenie przepisu art. 307 pkt 2 pzp poprzez zwrócenie się tylko do jednego Wykonawcy, a nie do wszystkich Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyczerpuje wszystkich przesłanek zastosowania art. 255 ust. 6 pzp, a w szczególności nie stanowi przesłanki mogącej skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy;
2. art. 16 pkt 1 pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek, co w konsekwencji skutkowało nieuwzględnieniem oferty Odwołującego wstępnie najwyższej ocenionej spośród wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, przez co doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 16 pkt 2 pzp w związku z art. 260 ust. 2 pzp poprzez brak podstaw unieważnienia postępowania oraz brak wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w szczególności poprzez brak wskazania jakiegokolwiek związku w tym związku przyczynowego pomiędzy wskazaną wadą postępowania, a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz braku wskazania dlaczego wada jest niemożliwa do usunięcia, przez co doszło do naruszenia zasady przejrzystości;
4. art. 17 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w konsekwencji skutkowało przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia oraz nieudzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak zaistnienia ustawowych podstaw unieważnienia postępowania, a w szczególności brak przesłanek mogących skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy;
2. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego;

Ponadto odwołujący wniósł o: 3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu; 4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Wykonawca stwierdził, że (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp. Pośród wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, oferta złożona przez Odwołującego została wstępnie najwyżej oceniona przez Zamawiającego, co Zamawiający potwierdził w wezwaniu do złożenia dokumentów skierowanym do Odwołującego w dniu 15 czerwca 2021 r. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami pzp, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający z naruszeniem pzp unieważnił postępowanie, co pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia”.

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał:

Zamawiający Gmina Szemud prowadził postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa drogi gminnej ul. Kieleńskiej w Koleczkowie”. W toku w/w postępowania Odwołujący złożył ofertę, która została przez Zamawiającego wstępnie najwyżej oceniona spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Pismem z dnia 9 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia takie zostały w terminie złożone Zamawiającemu. Następnie pismem z dnia 15 czerwca 2021 r. Zamawiający powołując się na art. 274 ust. 1 pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie określonych podmiotowych środków dowodowych, wezwał Odwołującego do złożenia wymienionych enumeratywnie dokumentów i oświadczeń. Dowód: wezwanie do złożenia dokumentów - pismo Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2021 r. - dokumentacja postępowania w aktach sprawy odwoławczej.

Odwołujący zgodnie z treścią w/w wezwania złożył Zamawiającemu wszystkie wymagane środki dowodowe. W dniu 17 czerwca 2021 r. Zamawiający w trybie art. 307 ust 2 pzp zwrócił się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą obejmującego okres do dnia 22 czerwca 2021 r. o 30 dni tj. do dnia 21 lipca 2021 r. Także w odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący udzielił w terminie, wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z treścią pisma Zamawiającego. W kolejnym piśmie skierowanym do Odwołującego wysłanym w dniu 23 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu w/w czynności Zamawiający powołał się na podstawę prawną wynikającą z przepisu art. 255 ust 6 pzp. Następnie dokonał również lakonicznego faktycznego uzasadnienia unieważnienia postępowania poprzez wskazanie, że „Zamawiający pismem z dnia 17 czerwca 2021 r. zwrócił się tylko do jednego Wykonawcy, a nie do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zgodnie z art. 307 pkt 2 ustawy Pzp”. Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 23 czerwca 2021 r. - dokumentacja postępowania w aktach sprawy odwoławczej.

Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania powołał się na przepis art. 255 pkt 6 pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl w/w przepisu Zamawiający zobligowany jest do unieważnienia postępowania w przypadku spełnienia się wszystkich określonych w nim przesłanek tj. 1) postępowanie musi zostać dotknięte wadą, 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia, 3) wada musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako wadę, którą dotknięte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa drogi gminnej ul. Kieleńskiej w Koleczkowie” Zamawiający wskazał, że wbrew przepisowi art. 307 pkt 2 pzp zwrócił się o przedłużenie terminu umowy tylko do jednego Wykonawcy, a nie do Wykonawców”. Na tak lakonicznym uzasadnieniu prawnym i faktycznym Zamawiający poprzestał. Zamawiający nie wskazał czy i dlaczego wada ta nie jest możliwa do usunięcia, ani też w szczególności nie wykazał, że wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wykonawca wskazał, że art. 255 ust 6 pzp pozostaje w związku z art. 457. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem KIO powstałym na gruncie przepisu art. 93 ust 1 pkt 7 poprzednio obowiązującej ustawy z 2004 r. Prawo zamówień publicznych (stare pzp), o tym samym brzmieniu co obecnie obowiązujący przepis art. 255 pkt 6 pzp, opisana w nich przesłanka obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje w związku z przepisami określającymi podstawy unieważnienia umowy. To właśnie przepisy określające przesłanki

unieważnienia umowy opisane uprzednio w art. 146 ust 1 i 6 starego pzp, a obecnie w art. 457 pzp muszą stanowić podstawę oceny wady postępowania pod kątem wypełnienia przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 255 ust 6 pzp. Pomiędzy wadą, a niemożliwością zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy (vide: wyroki KIO 237/21, KIO 912/15, KIO 3529/20). W niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi, gdyż wskazana przez Zamawiającego wada postępowania nie stanowi żadnej z podstaw unieważnienia umowy ani też nie pozostaje z nią w jakimkolwiek związku. Bezprawność podjętej przez Zamawiającego czynności potwierdza także fakt, że Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania nawet nie podjął próby przeprowadzenia jakiejkolwiek szerszej analizy zaistniałej wady postępowania pod kątem braku możliwości jej naprawienia, ani też podstaw unieważnienia umowy. Stało się tak zapewne dlatego, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaszła żadna z okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia umowy, o których mowa w art. 457 pzp. Żadna ze wskazanych enumeratywnie w art. 457 pzp przesłanek unieważnienia umowy nie ma nawet odniesienia do wady postępowania wskazanej przez Zamawiającego, ani też nie pozostaje z nią w związku przyczynowym. Uzasadnienie podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania jest bardzo lakoniczne, pozbawione jakiejkolwiek szerszej analizy, co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom pełne poznanie podstaw jej podjęcia i tym samym stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 16 pkt 2 pzp. Wskazał, że "postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta powinna objawiać się w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania (vide: wyroki KIO sygn. akt KIO 967/16 oraz KIO 3529/20)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 01/07/21) powołał się na art. 521 ust. 1 i 2 ustawy i podał, że:

(...) uwzględnia zarzut odwołania zawarty w jego pkt 3, w którym odwołujący zarzuca lakoniczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania. W związku z powyższym zamawiający przedkłada dokument: ERRATA z dnia 29 czerwca 2021 r. do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 23 czerwca 2021 r.

Zamawiający wskazuje przy tym, że uzupełnienie uzasadnienia zaskarżonej czynności, pozostaje bez wpływu na prawidłowość zaskarżonej czynności i niezasadność żądania odwołującego w zakresie jej unieważnienia. W dalszej kolejności zamawiający wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów;*
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności w nim wskazane;*
- 3) zasądzenie na rzecz zamawiającego od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego”.*

W uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności:

(...)

„W dniu 24 maja 2021 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert i stwierdził, że w postępowaniu wpłynęły 3 (słownie: trzy oferty), w tym oferta odwołującego. Określony w SWZ termin związania ofertą upływał w dniu 22 czerwca 2021 r. Z uwagi na niedokonanie wyboru oferty oraz niemożność dochowania ww. terminu, z uwagi na wystąpienie w dniu 15 czerwca 2021 r. do odwołującego z wezwaniem do przedłożenia dokumentów, pismem z dnia 17 czerwca 2021 r. zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, stosownie do treści art. 307 ust. 2 pzp. Przedmiotowe pismo zostało jednak błędnie skierowane wyłącznie do odwołującego, z pominięciem pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający unieważnił postępowanie, w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 pzp, zgodnie z pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. dowód: ogłoszenie wraz z SWZ; informacja z 24.052021 r.; pismo zamawiającego z 15.06.2021 r.; pismo zamawiającego z 17.06.2021 r.; zawiadomienie z 23.062021 r. - akta postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący się zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów pzp w postaci art. 255 pkt 6, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, powołując się na brak przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z czym wnosi się o jego oddalenie. W pierwszej kolejności wskazuje się, że zasadą postępowania o udzielenie zamówienia winno być rozstrzygnięcie go w terminie związania ofertą. Jeżeli jednak nie jest to możliwe, zgodnie z treścią art. 307 ust. 2 pzp, zamawiający posiada uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o maksymalnie kolejne 30 dni. Cytowany przepis nakazuje przy tym, żeby wezwanie zamawiającego zostało wystosowane przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Zgodnie z jego ust. 3, od wykonawcy wymagane jest aktywne wyrażenie zgody. Brak zgody wykonawcy skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 pzp (.....). Zgodnie z tym przepisem, wymagane jest, aby o ww. zgodę zwrócić się do wszystkich wykonawców, gdyż w swej treści posługuje się on liczbą mnogą "wykonawców", co z resztą

leży w dobrze pojętym interesie samego zamawiającego (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 listopada 2019 r., sygn. akt KIO/ KU 65/19). Zamawiający uchybił powyższemu obowiązkowi, dopuszczając się naruszenia art. 307 ust.2 pzp. Związanie ofertą ma charakter ciągły, nieprzerwany. Posłużenie się w przepisach ustawy pojęciem przedłużenia terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy w stanie związania ofertą, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jeszcze na kanwie poprzedniej ustawy pzp z 2004 r., np.: sygn. KIO 2020/12, KIO 1804/12, KIO 109/13, KIO 1817/12 i KIO 1822/12 (...). W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego maksymalny okres, na jaki wykonawcy pozostają związani złożonymi ofertami, został uregulowany w art. 307 ust. 1 pzp. Jednocześnie ustawodawca w ust. 2 i 3 tego przepisu dopuścił możliwość przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertami o oznaczony okres 30 dni przez zamawiającego, za zgodą wykonawców, udzieloną w wyniku wystosowania przez zamawiającego wniosku, skierowanego do nich przed upływem terminu związania ofertą. Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą wskazują na doniosłość prawną instytucji terminu związania ofertą i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany. W orzecznictwie jest przy tym prezentowane stanowisko, że ustawa w przywołanym przepisie, mimo iż nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, wymóg ten statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia - spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje. Jak więc z powyższego wynika, Izba dopuszcza możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, zanim on wygaśnie. W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w SIWZ nie może upłynąć, lecz powinien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (wyroki KIO: z 4.10.2012 r., KIO 2020/12, LEX nr 1223139; z 7.09.2012 r., KIO 1817/12, KIO 1822/12, LEX nr 1218037; z 24.09.2012 r., KIO 1924/12, LEX nr 1223117). Niewątpliwie wybór oferty najkorzystniejszej ma nastąpić w terminie związania ofertą, natomiast wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął. Jak wynika z powyższego, dotychczasowe orzecznictwo KIO wypracowało zasadę, że wyboru najkorzystniejszej oferty bezwzględnie należy dokonać w okresie jej związania, natomiast samą umowę w sprawie zamówienia publicznego można już zawrzeć po upływie

tego terminu (wyr. KIO: 140/15, (...) 1669/14). W orzecznictwie zwraca się uwagę, że należy odróżnić czynność zawarcia umowy od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którego można dokonać jedynie w sytuacji trwania okresu związania ofertą. Za nieuprawniony należy uznać pogląd, zgodnie z którym wywodzi się w sposób rozszerzający - że skoro dopuszczalne jest zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, to dopuszczalny jest także wybór oferty, której termin związania wygaś (wyroki KIO: (...) KIO 140/15, KIO 1669/14, (...)). Jak wynika z powyższego, dotychczasowe orzecznictwo KIO wypracowało zasadę, że wyboru najkorzystniejszej oferty bezwzględnie należy dokonać w okresie jej związania, natomiast samą umowę w sprawie zamówienia publicznego można już zawrzeć po upływie tego terminu. Ustawodawca przychylił się obecnie, zważywszy na treść art. 252 ust. 1 ustawy, do tego poglądu, wskazując na konieczność wyboru oferty w okresie stanu związania. Stanowisko takie zostało wyrażone już wcześniej przez Prezesa UZP w opinii wydanej w odpowiedzi na postanowienie TSUE w sprawie Saferoad (...). Konieczność wyboru oferty w okresie związania tą ofertą wynika z potrzeby wyeliminowania sytuacji, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty tylko niektórzy wykonawcy byłiby związani ofertą, czyli tylko niektórym byłaby przedłużana ważność złożonego wadium. W świetle zasady równego traktowania wykonawców niedopuszczalna jest sytuacja, w której jedni wykonawcy musieliby zawrzeć umowę pod rygorem utraty wadium, a inni wykonawcy mieliby jedynie możliwość zawarcia takiej umowy. Wykonawcy niezwiązani ofertą byłiby wtedy w korzystniejszej sytuacji, bowiem odmowa zawarcia przez nich umowy nie wiązałaby się dla nich z utratą wadium. Zgodnie z tym, skoro termin związania ofert wykonawców, co do których nie został on przedłużony zgodnie z art. 307 ust. 2 pzp i w skutek tego upłynął, uznać należy, że oferty te nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu wyboru przez zamawiającego. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia w trybie pzp jest obowiązek zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, stosownie do treści art. 16 pkt 1 pzp. W skutek nie wystosowania do innych wykonawców zapytania o możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, zamawiający doprowadził de facto do ich wykluczenia z postępowania, z pominięciem kwestii merytorycznych i formalnych. Bez wątplenia doszło zatem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający nie dał im możliwości dalszego udziału w postępowaniu. Ewentualny wybór odwołującego, jako jedyne wykonawcy, z którym zamawiający mógłby zawrzeć umowę, jak też samo zawarcie z nim umowy, były by zatem same w sobie wadliwe, zaś po stronie „wykluczonych” wykonawców powstało by słuszne prawo domagania się unieważnienia postępowania. W praktyce nie doszło by bowiem do wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz do proceduralnego wyeliminowania wszystkich konkurencyjnych ofert. Jakkolwiek zamawiający doprowadził do tej sytuacji w skutek błędu, to akceptacja stanowiska odwołującego oznaczałaby dopuszczenie stosowania podobnych narzędzi proceduralnych,

w celu eliminacji „niepożądanych” wykonawców przez podmioty zamawiające. To z kolei stało by w zupełnej sprzeczności z przepisami ustawy, jak również z samym sensem jej istnienia i obowiązywania. Ponadto, zgodnie z art. 17 ust. 2 pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W okolicznościach niniejszej sprawy ewidentnie doszło do naruszenia przepisu art. 307 ust. 2 pzp, co z kolei doprowadziło do uchybienia art. 16 pkt 1 i 2 pzp i naruszenia zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania. Przepis art. 255 pkt 6 pzp mówi, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Bez wątpienia zaś upływ terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy nie zostali wezwani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie. W świetle powyższych rozważań stan związania wygasł, zaś zamawiający nie ma prawa brać tych ofert po uwagę. Stanu tego nie da się zaś w żaden sposób konwalidować. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z powołaniem się na cytowany pkt 6 w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 pzp. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Natura okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 pzp wskazuje na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców (...).

Reasumując stwierdził, że: ”Przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp wskazuje, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Jak zostało wyżej wskazane, istotnie doszło do naruszenia przepisów ustawy, w tym jej podstawowych zasad, co w przypadku zawarcia umowy z odwołującym, powodowało by jej nieważność. Stąd uznać należy, że stanowisko zawarte w odwołaniu nie zasługuje na

aprobatę, zaś podjęte przez zamawiającego czynności w postaci unieważnienia postępowania były słuszne, uzasadnione i konieczne”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, (2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i (3) art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 2 Pzp oraz (4) art. 17 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podał, że naruszenie wskazanych przepisów jest skutkiem (w zakresie zarzutów z punktu 1 i 2 oraz 4) czynności: (1) (...) *unieważnienia postępowania i zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pomimo, że nie zostały spełnione opisane w w/w przepisie przesłanki uzasadniające obligatoryjne unieważnienie postępowania, gdyż naruszenie przepisu art. 307 pkt 2 pzp poprzez zwrócenie się tylko do jednego Wykonawcy, a nie do wszystkich Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyczerpuje wszystkich przesłanek zastosowania art. 255 ust. 6 pzp, a w szczególności nie stanowi przesłanki mogącej skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy”;* (2) (...) *unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek, co w konsekwencji skutkowało nieuwzględnieniem oferty Odwołującego wstępnie najwyżej ocenionej pośród wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, przez co doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”;* (4) (...) *unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w konsekwencji skutkowało przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia oraz nieudzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.*

W przypadku zarzutu z punktu (3) [art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 2 Pzp] Odwołujący zarzut ten odniósł także do braku podstaw unieważnienia postępowania oraz (...) *braku wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w szczególności poprzez brak wskazania jakiegokolwiek związku w tym związku przyczynowego pomiędzy wskazaną wadą postępowania, a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz braku wskazania dlaczego wada jest niemożliwa do usunięcia, przez co doszło do naruszenia zasady przejrzystości”.*

W części ten zarzut Zamawiający uwzględnił i jak podał w odpowiedzi „uwzględnił zarzut odwołania zawarty w jego pkt 3, w którym odwołujący zarzuca lakoniczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania”.

W tym zakresie w ramach uzupełnienia uzasadnienia w piśmie z dnia 29.06.2021 r. oznaczonego jak Errata wskazał na uzasadnienie faktyczne decyzji z dnia 23.06.2021 r. i podał: „Zamawiający w dniu 17.06.2021 r. zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do jednego Wykonawcy, którego oferta wstępnie została oceniona jako najkorzystniejsza. Zgodnie z art. 307 pkt. 2 ustawy PZP Zamawiający powinien był zwrócić się do wszystkich Wykonawców, w związku z powyższym doszło do naruszenia art. 16 ust. 1, wedle którego postępowanie należy przeprowadzić w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Zamawiający dostrzegł powyższe naruszenie po upływie terminu związania ofertą, w związku z czym nie istniała możliwość skorygowania wezwania. W świetle obowiązujących przepisów fakt ten sprawił, że postępowanie zostało obciążone wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Za tą oceną przemawia art. 457 ust. 1 pkt 1 mówiący o tym że umowa podlega unieważnieniu jeżeli Zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem ustawy”.

Rozpoznając zarzut unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba miała na uwadze reguły wynikające z przepisów Pzp, w tym przypadku z art. 555 ustawy. Zgodnie z tym przepisem „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Tym samym rozpoznanie zarzutu nastąpiło w granicach norm prawnych i faktycznych okoliczności wskazanych w odwołaniu.

Zarzut unieważnienia postępowania i zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej – wykonawca oparł na twierdzeniu, że nie zostały spełnione opisane w przepisie art. 255 pkt 6 Pzp przesłanki uzasadniające obligatoryjne unieważnienie postępowania. W tym przypadku wskazał – jak wyżej podano - na naruszenie: (1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, oraz (2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i (3) art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 2 Pzp oraz (4) art. 17 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Także w opisie kwestionowanych czynności wskazał na art. 307 ust. 2 Pzp stwierdzając, że naruszenie tego przepisu poprzez zwrócenie się tylko do jednego Wykonawcy, a nie do wszystkich Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyczerpuje wszystkich przesłanek zastosowania art. 255 ust. 6 Pzp, a w szczególności nie stanowi przesłanki mogącej skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Ustalenia – w tym stanowisko Odwołującego – potwierdzają, że wezwanie z dnia 17 czerwca 2021 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przed upływem terminu związania ofertą (upływ w dniu 22/06/2021) Zamawiający – bezspornie - skierował tylko do jednego wykonawcy – Odwołującego.

Wskazany przepis art. 307 ust.2 Pzp stanowi: „2. *W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni.*”

Tym samym skierowanie takiego wezwania tylko do jednego wykonawcy stanowi naruszenie przepisu art. 307 ust.2 Pzp, a to z kolei skutkuje naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i naruszenia zasady równego traktowania i przejrzystości tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyzsza okoliczność została zakwalifikowana przez Zamawiającego prawidłowo, jako wada niemożliwa do usunięcia skutkująca brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, albowiem ustalenie tej okoliczności nastąpiło w dniu 23 czerwca 2021 r., a zatem po upływie terminu związania ofertą.

Izba zwraca uwagę, że przeciwne działanie byłoby także sprzeczne z postanowieniami SWZ. Zgodnie bowiem z jej punktem XIV:

„1. *Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 22.06.2021 r. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.*

2. *W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą wskazanego w ust. 1, Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.*

3. *Odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje utraty wadium*”.

Bez wątpienia – jak wskazywał Zamawiający - upływ terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy nie zostali

wezvani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie. W okolicznościach faktycznych tej sprawy stan związania wygasł i te dwie oferty nie mogłyby podlegać dalszej ocenie. Stanu tego nie można w żaden sposób konwalidować.

Tym samym przepis art. 255 pkt 6 Pzp – został wskazany prawidłowo jako podstawa unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W myśl art. 255” *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

(...) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (...).

Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, która spełnia dwa kryteria, a mianowicie: jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest to wada rzutuująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i niewątpliwie - tak jak wskazywał Zamawiający – zawarciu ważnej umowy na przeszkodzie stają nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Bez wątpienia upływu terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy nie zostali wezwani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie.

W myśl art. 457 ust.1 pkt 1 Pzp: *„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; (...).* Zamawiający prawidłowo wskazał na pierwszą z przesłanek: *„udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy”*. Pozostałe nie mają zastosowania do tego stanu faktycznego. Wskazana przesłanka w ustawie Pzp z dnia 11 września 2019 r. literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji,

przykładowo nie tylko udzielenie zamówienia w niewłaściwym trybie, ale każde naruszenie „niewzruszalne”, które mogło mieć znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

W stan faktycznym tej sprawy stan związania ofertą z dniem 22.06.2021 r. wygaś, wybór oferty najkorzystniejszej nie został dokonany, w SWZ zastrzeżono postanowienie o jednokrotnym wezwaniu, i tego stanu Zamawiający nie mógł konwalidować.

Co do zarzutu z punktu 3 odwołania Izba także ten zarzut uznała za niezasadny. W zakresie tego zarzutu wskazano na naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 1 Pzp oraz (4) art. 17 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp odnosząc powyższe naruszenie do: *„braku wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w szczególności poprzez brak wskazania jakiegokolwiek związku w tym związku przyczynowego pomiędzy wskazaną wadą postępowania, a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz braku wskazania dlaczego wada jest niemożliwa do usunięcia, przez co doszło do naruszenia zasady przejrzystości”*.

W myśl wskazanego art. 260: *„1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne”*.

W zawiadomieniu z dnia 23 czerwca 2021 r. Zamawiający podał: *„Działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) — dalej: ustawa Pzp, zamawiający informuje o unieważnieniu postępowania.*

Uzasadnienie prawne: Podstawa unieważnienia art. 255 ust. 6 ustawy Pzp

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający pismem z dnia 17.06.2021 r. zwrócił się tylko do jednego Wykonawcy a nie do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zgodnie z art 307 pkt. 2 ustawy Pzp”.

Zdaniem Izby, wskazany art. 260 ust.1 ustawy Pzp nie zawiera wymagań – jak domaga się Odwołujący - tak szczegółowego wskazywania związków *pomiędzy wymienioną wadą postępowania, a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu czy wskazywaniem dlaczego wada jest niemożliwa do usunięcia, przez co doszło do naruszenia zasady przejrzystości, szczególnie w przypadku gdy brak możliwości usunięcia wady jest oczywisty. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że Zamawiający w zakresie części tego zarzutu uwzględnił ten zarzut. Jak podał w odpowiedzi „uwzględnia zarzut odwołania zawarty w jego pkt 3, w którym odwołujący zarzuca lakoniczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania” W tym zakresie w ramach uzupełnienia uzasadnienia w piśmie z dnia 29.06.2021 r. oznaczonego jak Errata wskazał dodatkowo znane wykonawcom okoliczności i aspekty prawne decyzji z dnia 23.06.2021 r. o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Brak tych informacji – w stanie faktycznym tej sprawy - nie pozbawił wykonawcy czy nie ograniczył jego uprawnień do wniesienia środka ochrony prawnej na skarżoną czynność unieważnienia postępowania.*

Mając powyższe na uwadze powyższe ustalenia, Izba uznała, że nie podlegają uwzględnieniu podnoszone w odwołaniu zarzuty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....