

Sygn. akt: KIO 152/13

WYROK
z dnia 4 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** na rzecz **Elbląskiego Szpitala Specjalistycznego z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu, ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Elblągu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci informatycznej zgodnie z projektem, dostawę i instalację sprzętu komputerowego, dostawę licencji i wdrożenie medycznego systemu informatycznego, dostawę dodatkowych licencji i rozbudowę funkcjonalną oprogramowania administracyjnego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 1 grudnia 2012 r. pod nr 2012/S 232-381910.

W postępowaniu tym wykonawca CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 25 stycznia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oraz zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz zaniechania wyznaczenia przez Zamawiającego nowego terminu składania ofert. Informacja o czynności unieważnienia postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 17 stycznia 2013 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem z dnia 29 stycznia 2013 r. skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 4 stycznia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) zaniechaniu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2012 r.

(sygn. akt: KIO 2741/12), nakazującego Zamawiającemu wprowadzenie zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

- 2) zaniechaniu wyznaczenia przez Zamawiającego nowego terminu składania ofert;
- 3) unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 192 ust. 3 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania nakazów zawartych w sentencji wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. (KIO 2741/12) dotyczących wprowadzenia do SIWZ zmian określonych w tym orzeczeniu;
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy termin składania ofert wyznaczony na dzień 10 stycznia 2013 r. został zniesiony w związku z unieważnieniem postępowania dokonany przez Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2012 r., która to czynność została unieważniona dopiero w dniu 17 stycznia 2013 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dokonanej w dniu 17 stycznia 2013 r.;
2. wprowadzenie do SIWZ zmian, wskazanych w wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2741/12);
3. wyznaczenie nowego terminu składania ofert.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy. Wskazał, że termin składania ofert w tym postępowaniu został ustalony na dzień 10 stycznia 2013 r. Zwrócił uwagę na to, że złożył odwołanie na postanowienia treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawa o sygn. akt: KIO 2741/12). W wyniku tego odwołania został wydany w dniu 28 grudnia 2012 r. wyrok, w którym KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

1. wprowadzenie w załączniku nr 8 do SIWZ pełnej informacji na temat systemów podlegających integracji, podaniem pełnej nazwy, wersji i producenta oprogramowania integrowanego,
2. uzupełnienie SIWZ o pełną dokumentację systemów RIS/PACS oraz ERP umożliwiającą wykonanie wymaganej integracji, zawierającą zwłaszcza pełną i szczegółową specyfikację interfejsów i protokołów wymiany danych oraz wszystkie informacje techniczne niezbędne do wykonania integracji,

3. wykreślenie z załącznika nr 8 do SIWZ wymogu działania oprogramowania medycznego i administracyjnego w oparciu o jednorodne środowisko bazodanowe,
4. zmianę załącznika nr 6 do SIWZ w zakresie opisu serwerów poprzez: wykreślenie wymogu wyprodukowania płyty głównej przez producenta serwera, wykreślenie wymogu dotyczącego maksymalnej liczby gniazd pamięci, wykreślenie wymogu dotyczącego panelu serwisowego z wyświetlaczem LCD.

Podkreślił, że jeszcze przed rozpoznaniem wskazanej sprawy, tj. w dniu 21 grudnia 2012 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, wskazując, że na swoich stronach internetowych zamieścił treść SIWZ z dwudniowym wyprzedzeniem w stosunku do publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego kolejnym odwołaniem, skierowanym do Izby w dniu 31 grudnia 2012 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2936/12). Wskazał, że Zamawiający na swoich stronach internetowych w dniu 17 stycznia 2013 r. zamieścił informację o uwzględnieniu odwołania w całości. W tej samej dacie Zamawiający także ponownie unieważnił postępowanie z powołaniem na art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, że w wyznaczonym terminie w postępowaniu nie została złożona żadna oferta.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. – co sam potwierdził – otrzymał w dniu 9 stycznia 2013 r., a więc przed upływem terminu składania ofert, a wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był zmodyfikować SIWZ zgodnie z treścią orzeczenia KIO. Tego obowiązku Zamawiający jednak nie wykonał, jak też nie wydłużył terminu składania ofert.

Odwołujący dokonał też czynności unieważnienia postępowania, wskazując, że wywołuje ona skutki z chwilą jej dokonania. Podkreślił, że ustawa Pzp nie zna „warunkowych” czynności Zamawiającego, które uzyskiwałyby skuteczność dopiero w terminie ich zaskarżenia. Powyższe potwierdza – zdaniem Odwołującego – art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, z którego to przepisu wynika, że Izba nie stwierdza nieważności czynności albo jej bezskuteczności, lecz nakazuje zamawiającemu podjęcie czynności zmierzających do unieważnienia czynności. W takiej sytuacji zaskarżona czynność traci swój byt prawny dopiero z momentem jej unieważnienia przez zamawiającego i dopiero jego działanie może wyeliminować z obrotu wadliwą czynność postępowania, co wskazuje na konstytutywny charakter czynności polegającej na unieważnieniu czynności.

W przedmiotowej sprawie, według Odwołującego, Zamawiający w dniu 21 grudnia 2012 r. unieważnił postępowanie, zamieszczając stosowaną informację na stronach internetowych i czynność ta wywołała określone skutki. Wobec działania Zamawiającego zmierzającego do zakończenia postępowania, w ocenie Odwołującego, oczywistym jest, że wyznaczony termin

składania ofert przestał być aktualny, unieważnienie postępowania jako czynność najdalej idąca doprowadziło do zniesienia tego terminu. Według Odwołującego nie sposób było oczekiwać, że Zamawiający uznając, że postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą oczekiwał jednocześnie na złożenie ofert i trudno też oczekiwać, aby którykolwiek z wykonawców składał ofertę w sytuacji, gdy Zamawiający w dacie składania ofert w dalszym ciągu utrzymywał w mocy decyzję o unieważnieniu postępowania.

Według Odwołującego w przedmiotowej sytuacji nie nastąpiła przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp albowiem wobec decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, pierwotny termin składania ofert został zniesiony, a nowy nie został wyznaczony. Odwołujący ocenia działanie Zamawiającego jako unikanie obowiązku wprowadzenia do SIWZ zmian opisanych w sentencji wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. Dodatkowo podkreślił, że nie można zaakceptować stanowiska, zgodnie z którym Zamawiający poprzez własne działanie mógłby zniweczyć prawo wykonawcy do obrony swoich praw w ustawowo przewidzianym trybie.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Złożył również pismo procesowe z dnia 3 lutego 2013 r., w którym podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo podkreślił, że nieuzasadnione jest kwestionowanie istnienia po jego stronie interesu we wniesieniu odwołania, bowiem istotą prowadzonego sporu jest ustalenie czy termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 10 stycznia 2013 r. pozostał wiążący pomimo unieważnienia postępowania dokonanego w dniu 21 grudnia 2012 r. Odwołujący podniósł również, że w oparciu o czynności Zamawiającego podejmowane w związku z niniejszym postępowaniem można wywieść, że Zamawiający nie był zainteresowany wykonaniem wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., dążąc do unieważnienia postępowania. Na powyższe w jego ocenie wskazuje niestawiennictwo Zamawiającego na wyznaczony termin rozprawy przed KIO w dniu 27 grudnia 2012 r. W związku z powyższym brak wiedzy po stronie Zamawiającego o wydaniu orzeczenia uwzględniającego odwołanie nie może być usprawiedliwieniem. Podkreślił, że ten stan niewiedzy co najwyżej mógł trwać 3 dni bowiem Odwołujący w kolejnym złożonym w sprawie odwołaniu wniesionym w dniu 31 grudnia 2012 r. wskazał na tę okoliczność, co można było potwierdzić dodatkowo telefonicznie. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający aż do 17 stycznia 2013 r. nie unieważnił czynności unieważnienia postępowania, nie jest więc wiadomym w jaki sposób zamierzał zmodyfikować SIWZ w sytuacji utrzymywania w mocy decyzji z dnia 21 grudnia 2012 r. o unieważnieniu

postępowania. Podejmowanie w takiej sytuacji działań polegających na modyfikacji SIWZ byłoby czynnością wewnątrznie sprzeczną. W tym zakresie w jego ocenie nie ma również znaczenia istnienie prawa do wniesienia skargi do sądu powszechnego ponieważ samo jej złożenie nie wstrzymuje wykonania wyroku Izby. Podkreślił, że istotne w sprawie jest także to, że Zamawiający otrzymał wskazane orzeczenie KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. w dniu 9 stycznia 2013 r., a więc przed wyznaczonym terminem składania ofert.

Odwołujący zwrócił także uwagę na to, że czynność unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne dokonana w dniu 21 grudnia 2012 r. wywarła skutki z dniem jej podjęcia, a za przyjęciem takiego stanowiska przemawia choćby art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje na konieczność zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Powyższa regulacja zdaniem Odwołującego wskazuje, że czynność unieważnienia postępowania (tak jak i czynność wybór oferty najkorzystniejszej) wywołuje skutek z momentem jej wydania niezależnie od możliwości jej wzruszenia w drodze odwołania. Według Odwołującego unieważnienie postępowania znosi to postępowanie od początku, zatem czynność ta wywołuje skutki *ex tunc*, tj. niweczy wszelkie czynności podjęte przez podmiotu w toku takiego postępowania jak również skutki tychże czynności. Tutaj na poparcie swoich twierdzeń powołał się na stanowisko doktryny. Wobec powyższego według Odwołującego nie można uznać, że po dniu 21 grudnia 2012 r. pierwotny termin składania ofert zachował moc obowiązującą.

Odwołujący także odniósł się do kwestii rzekomego braku możliwości wyznaczenia nowego terminu składania ofert. Według niego analiza art. 12a ustawy Pzp nie wyklucza takiej możliwości. Powołał się na ust. 2 art. 12a ustawy Pzp, wskazując, że decydujące znaczenie dla biegu terminu składania ofert ma data przekazania zmiany ogłoszenia, punktem odniesienia nie może być pierwotny termin składania ofert. Podkreślił, że kolejne unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2013 r. wyłączyło możliwość wykonania wyroku Izby W tej dacie Zamawiający zobowiązany był bowiem wykonać wyrok KIO i wyznaczyć nowy termin składania ofert. Odwołujący stwierdził także, że uznanie dopuszczalności takiego zachowania Zamawiającego oznaczałoby dokonanie wykładni przepisów sprzecznnej z *ratio legis* ustawy, bowiem prowadziłoby to do uniknięcia wykonania wyroku KIO przez Zamawiającego poprzez własne świadome zaniechanie nastawione na ten właśnie cel.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 31 stycznia 2013 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy, reasumując, iż w dniu 17 stycznia 2013 r. unieważnił swoją czynność unieważnienia postępowania z dnia 21 grudnia 2012 r., zawiadamiając o tym wszy kich wykonawców. Podkreślił także, że do dnia 10 stycznia 2013 r. do godziny 10:30 nie wpłynęła do niego żadna oferta i zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnił postępowanie o czym zawiadomił wszystkich uczestników postępowania w dniu 17 stycznia 2013 r.

W swoim pisemnym stanowisku Zamawiający zwrócił uwagę na to, że Odwołujący nie wykazał stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia. Powołując się na orzecznictwo sądowe (SO w Piotrkowie Trybunalskim w sprawie o sygn. akt: II Ca 9/11) podkreślił, że Odwołujący musi wykazać swój interes w możliwości uzyskania tego konkretnego zamówienia, a nie jakiś hipotetyczny interes odnoszący się do przyszłego zamówienia. Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący nie wykazał tego interesu bowiem nie złożył swojej oferty a więc nie wyraził woli uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że wykonawca jako profesjonalista zobowiązany jest do działania z należytą starannością związaną z utrzymaniem uczestnictwa postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie wykazał również poniesienia szkody.

Z ostrożności Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem przepisy tej ustawy nie przewidują terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok KIO. Jego zdaniem nieuprawnione jest twierdzenie jakoby Zamawiający miał wykonać wyrok KIO już po jego ogłoszeniu, a wynika to z z tego, że w pewnych sytuacjach aby prawidłowo wykonać wyrok KO Zamawiający powinien mieć możliwość zapoznania się z uzasadnieniem orzeczenia. Zwrócił także uwagę na możliwość wniesienia skargi na orzeczenie KIO w ciągu 7 dni od dnia jego doręczenia. Podkreślił, że po wielu staraniach wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. uzyskał dopiero w dniu 9 stycznia 2013 r. Wskazał na art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, który – w jego ocenie – pozwala na przedłużenie terminu do składania ofert tylko w przypadku zmiany w treści ogłoszenia. W związku z tym, że Zamawiający otrzymał treść wyroku KIO tuż przed terminem składania ofert nie był w stanie zmienić treści SIWZ i tym samym nie miał możliwości przedłużenia terminu do składania ofert. Podkreślił, że modyfikacja SIWZ jest dopuszczalna tylko przed upływem terminu do składania ofert, dokonanie tej czynności po tym terminie naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji. Według Zamawiającego ustawa Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wyznaczenia nowego terminu składania ofert w związku z czynnością unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w dniu 17 stycznia 2013 r.. Jego zdaniem obowiązujące przepisy nie dają Zamawiającemu takich uprawnień, ponieważ

przepisy niedaną możliwości przedłużenia terminu do składania ofert po jego upływie jak też wyznaczenia nowych terminów do składania ofert niż te wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oraz kwestionując okoliczność upływu terminu do składania ofert w tym postępowaniu w dostateczny sposób wykazał swój uszczerbek w uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 1 grudnia 2012 r. W sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu w pkt 3.4) określił termin składania ofert na dzień 10 stycznia 2013 r. godz. 10:30.

Wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ Odwołujący w dniu 11 grudnia 2012 r. złożył do Izby odwołanie (sygn. akt: KIO 2741/12). W sprawie tego odwołania Izba przeprowadziła rozprawę w dniu 27 grudnia 2012 r., zaś w dniu 28 grudnia 2012 r.

ogłosiła wyrok, którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ poprzez:

1. wprowadzenie w załączniku nr 8 do SIWZ pełnej informacji na temat systemów podlegających integracji, podaniem pełnej nazwy, wersji i producenta oprogramowania integrowanego,
2. uzupełnienie SIWZ o pełną dokumentację systemów RIS/PACS oraz ERP umożliwiającą wykonanie wymaganej integracji, zawierającą zwłaszcza pełną i szczegółową specyfikację interfejsów i protokołów wymiany danych oraz wszystkie informacje techniczne niezbędne do wykonania integracji,
3. wykreślenie z załącznika nr 8 do SIWZ wymogu działania oprogramowania medycznego i administracyjnego w oparciu o jednorodne środowisko bazodanowe,
4. zmianę załącznika nr 6 do SIWZ w zakresie opisu serwerów poprzez: wykreślenie wymogu wyprodukowania płyty głównej przez producenta serwera, wykreślenie wymogu dotyczącego maksymalnej liczby gniazd pamięci, wykreślenie wymogu dotyczącego panelu serwisowego z wyświetlaczem LCD.

Wskazane orzeczenie Izby zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 9 stycznia 2013 r.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2012 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując, że w tym postępowaniu zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ w dniu, w którym przesłał ogłoszenie do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE (29 listopada 2012 r.) podczas gdy ogłoszenie w tymże Dzienniku zostało opublikowane dopiero w dniu 1 grudnia 2012 r.

Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego w dniu 31 grudnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2936/12). Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r. (znak: L.dz. 76) Zamawiający w tej sprawie złożył do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania. W związku z powyższym Izba postanowieniem z dnia 18 stycznia 2013 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie.

Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r. (znak: L.dz. 75) Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podjętą w dniu 21 grudnia 2012 r.

Pismem z dnia 17 stycznia 2013 r. (znak: L.dz. 77) Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i wskazując, że do dnia 10 stycznia 2013 r. godz. 10:30 nie wpłynęła do niego żadna oferta w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazana czynność została zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę. W odwołaniu tym Odwołujący podniósł również zarzut niewyznaczenia terminu do składania ofert oraz zaniechanie Zamawiającego polegające na niewykonaniu wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawę podjętego w tej sprawie przez Izbę rozstrzygnięcia stanowił materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowej sprawie, w tym przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty załączone do odwołania. Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku postępowania odwoławczego.

Punktem wyjścia dla oceny przedmiotowego odwołania było dla Izby ustalenie, czy możliwe jest przedłużenie terminu do składania ofert w sytuacji, gdy termin ten *de facto* upłynął.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należało, że obowiązujące przepisy prawa – zdaniem Izby – nie dają podstaw do wyznaczenia przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nowego terminu składania ofert po upływie pierwotnie ustalonego terminu w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SIWZ. W tym zakresie należy przywołać dyspozycje przepisów ustawy Pzp, które wskazują na obowiązek określenia przez Zamawiającego terminu składania ofert.

I tak ustawodawca w art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jako jeden z obligatoryjnych elementów SIWZ wskazał na termin składania i otwarcia ofert. Jednocześnie też w art. 41 ustawy Pzp w przypadku przetargu nieograniczonego także jako jeden z obligatoryjnych elementów postanowień ogłoszenia o zamówieniu ustawodawca wskazał na termin składania ofert. Ustawodawca również uregulował kwestie związane z długością terminu składania ofert w przypadku przetargu nieograniczonego, odnosząc ją do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (art. 43 ustawy Pzp). Określając minimalną długość terminu na składanie ofert dla wykonawców ustawodawca określił także, że termin ten rozpoczyna swój bieg w zależności od wartości przedmiotu zamówienia, bądź od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskiej, bądź od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W przywołanym przepisie ustawodawca posługuje się terminem: „ogłoszenie o zamówieniu”. Ogłoszenie o zamówieniu jest jednym z kilku ogłoszeń określonych przepisami ustawy Pzp (art. 11 ust. 1 ustawy Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu, uwzględniając regulacje art. 2 pkt 7a, jak również art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, jest obligatoryjnym ogłoszeniem, które rozpoczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybach ogłoszeniowych, a więc w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego, dialogu konkretyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jak również licytacji elektronicznej (w tym także postępowanie o zawarcie umowy ramowej, ustanowienie dynamicznego systemu zakupów). Szczególnym rodzajem ogłoszenia jest także ogłoszenie o konkursie (art. 115 ustawy Pzp), które również wszczyna ten rodzaj postępowania szczególnego przewidzianego przepisami ustawy Pzp.

Inne przepisy ustawy Pzp przewidują także innego rodzaju ogłoszenia odnoszące się do zamówień publicznych. Są to: obligatoryjne ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego – art. 95 ustawy Pzp, fakultatywne ogłoszenie o zamiarze zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 62 ust. 2a ustawy Pzp (w przypadku negocjacji bez ogłoszenia) i art. 66 ust. 2 ustawy Pzp (w przypadku zamówienia z wolnej ręki), fakultatywne ogłoszenie - wstępne ogłoszenie informacyjne oraz ogłoszenie o profilu nabywcy – art. 13 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższych konkretnych ogłoszeń przewidzianych dla zamówień publicznych ustawodawca przewidział również ogłoszenie o zamianie treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 12a ustawy Pzp). Powyższe rozróżnienie ogłoszeń przewidzianych w ustawie Pzp wskazuje na to, że ustawodawca wyraźnie wyróżnił jako odrębny rodzaj ogłoszeń ogłoszenia o zamówieniu, używając w tym zakresie nazwy własnej tego rodzaju ogłoszenia: „ogłoszenie o zamówieniu”. Odróżnił on więc ogłoszenie o zamówieniu od ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

Skoro więc ustawodawca uzależnia rozpoczęcie biegu terminu składania ofert od przesłania do publikacji (czy publikacji - dla zamówień ogłaszanych w BZP) ogłoszenia o zamówieniu, a nie przesłania do publikacji (publikacji - dla zamówień ogłaszanych w BZP) ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, nie można takiej sytuacji traktować jako analogiczną.

Z tych też względów rozpoczęcie biegu terminu składania ofert należy liczyć wyłącznie od daty przekazania do publikacji ogłoszenia o zamówieniu dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych (wartości, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) lub od daty opublikowania ogłoszenia w oficjalnym publikatorze dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych. Terminu tego nie można natomiast liczyć od daty publikacji (przekazania do publikacji dla zamówień ogłaszanych w BZP) ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że skoro termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezskutecznie upłynął w dniu 10 stycznia 2013 r. niemożliwym jest jego przywrócenie, czy też wydłużenie. *De facto* bowiem mielibyśmy w takiej sytuacji do czynienia z ustaleniem nowego terminu składania ofert - czego zresztą Odwołujący w odwołaniu domagał się - którego bieg powinien się rozpocząć od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Niedopuszczalne jest – zdaniem Izby – rozpoczęcie biegu tego terminu od dnia przekazania do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu na zasadzie analogii. Takie działanie prowadziło - zdaniem Izby - do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zasady uczciwej konkurencji. Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem przede wszystkim śledzą informacje o treści ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w oficjalnym publikatorze, a w drugiej kolejności powiązane z treścią tych ogłoszeń ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli więc treść ogłoszenia o zamówieniu wskazuje na upływ terminu składania ofert ogłoszenie takie dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia staje się ogłoszeniem archiwalnym, w oparciu o które nie może on już ubiegać się o uzyskanie danego zamówienia. Wyznaczenie nowego terminu składania ofert, a nie przedłużenie terminu składania ofert, o czym mowa w art. 12a ustawy Pzp, w ramach ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, wprowadzałoby w błąd wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, stawiając jednocześnie w uprzywilejowanej pozycji Odwołującego, który takiego sposobu zachowania domaga się od Zamawiającego.

Reasumując, w sytuacji gdy w postępowaniu o zamówienie publiczne upłynął już termin składania ofert, niedopuszczalne jest w trybie art. 12a ustawy Pzp, jego przedłużenie prowadzące *de facto* do wyznaczenia nowego terminu składania ofert.

Tym samym zatem skoro w wyznaczonym terminie składania ofert do Zamawiającego nie wpłynęła żadna oferta Zamawiający miał prawo i jednocześnie obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego o tym, że skoro Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 21 grudnia 2013 r. to również termin składania ofert nie mógł w tym czasie upłynąć. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wywołują swoje skutki z momentem ich dokonania przez Zamawiającego, z takim tylko zastrzeżeniem, że mogą być one następnie zweryfikowane w trybie środków ochrony prawnej (Izba może nakazać Zamawiającemu wykonanie określonej czynności, jej powtórzenie, czy też

unieważnienie). Zatem czynność Zamawiającego podjęta w dniu 21 grudnia 2012 r. wywoływała swój skutek z momentem jej dokonania przez Zamawiającego. Czynność ta jednak została zweryfikowana pośrednio na skutek złożenia odwołania, w wyniku którego Zamawiający, uznając zarzuty odwołania za słuszne, samodzielnie zweryfikował tę czynność unieważniając ją (informacja z dnia 17 stycznia 2013 r.). Podjęcie przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania następnie przez niego zweryfikowanej nie spowodowało automatycznie zawieszenia biegu terminu składania ofert. Taki skutek nie wynika z obowiązujących przepisów prawa. Tym samym zatem skoro w tym względzie Zamawiający do dnia upływu terminu składania ofert w dniu 10 stycznia 2013 r. nie podjął żadnych innych działań w celu wydłużenia tego terminu, jak też w tym czasie sami wykonawcy, w tym Odwołujący, nie podnosili zarzutu zaniechania wydłużenia terminu składania ofert przez Zamawiającego, należało uznać, że termin ten upłynął w dniu 10 stycznia 2013 r. i jako taki nie podlega przywróceniu.

Co do zarzutu nie wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r. stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w tym zakresie żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Na poparcie swoich twierdzeń i zasadności zarzutu Odwołujący przywołał naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów wskazuje na możliwość dla Izby przy uwzględnieniu odwołania, jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była zawarta, nakazania zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego. Drugi z przywołanych przepisów ustawy Pzp wskazuje na konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeśli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp odnoszą się do określonych działań Izby podejmowanych w związku z uwzględnieniem odwołania. Dyspozycje tych przepisów skierowane są nie do podmiotu zamawiającego, lecz do Izby.

Tym samym zatem Zamawiający nie może naruszyć swoim działaniem wskazanych norm prawnych. Żadnego innego naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym względzie Odwołujący nie wykazał. Tymczasem Izba rozpoznając odwołanie musi brać pod uwagę dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują jedynie wówczas gdy wnoszący odwołanie wykaże, że zamawiający poprzez swoje czynności czy zaniechania, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wprost stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub też zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga dodatkowo okoliczność, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują określonego czasu, w którym wyrok KIO powinien być wykonany przez Zamawiającego. Tym samym zatem nie można określić w jakim czasie wymagane było to działanie ze strony Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp przewidują natomiast odrębny tryb dla ewentualnego egzekwowania wykonania wyroków wydanych przez Izbę (art. 197 ustawy Pzp).

Z tych też względów co do podniesionego w odwołaniu zarzutu Izba wobec braku wykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego uznała zarzut za niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit b) wskazanego rozporządzenia koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący: