

Sygn. akt: KIO 185/21

WYROK
z dnia 12 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Wojciechowska
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Renata Tubisz
Protokolant:	Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Utylizacyjny Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści ogłoszenia i dokumentów zamówienia, poprzez ich dostosowanie do obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.).**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Utylizacyjny Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego Zakładu Utylizacyjnego Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 18 900 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Utylizacyjny Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Modernizacja instalacji do sortowni odpadów – dostawa i montaż maszyn w ramach przedsięwzięcia „Modernizacja sortowni odpadów w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku” Numer referencyjny: 53/PN/2020*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2021 r., za numerem 2021/S 001-000450.

W dniu 14 stycznia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, mianowicie od czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na:

- zaniechaniu wszczęcia postępowania zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej „ustawy pzp 2019”,
- sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SIWZ, ogłoszenia z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 130 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp 2019 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w czasie obowiązywania ustawy pzp 2019,

2. art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp 2019 poprzez:

- wskazanie w dokumentacji postępowania nieobowiązujących przepisów prawa (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa pzp 2004”) jako reguł obowiązujących w niniejszym postępowaniu,
- odniesienie się w zakresie wszelkich okoliczności mających znaczenie dla prowadzenia niniejszego postępowania do nieobowiązujących przepisów prawa, a tym samym zaniechanie stosowania obowiązujących przepisów prawa,

3. z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że Zamawiający:

- na stronie tytułowej SIWZ oraz w pkt 3 SIWZ wskazał, że postępowanie będzie prowadzone „zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zmianami) — w sytuacji, gdy ustawa ta nie obowiązuje,

- w SIWZ, m.in. w pkt 6, pkt 9, pkt 10, pkt 12, pkt 13, pkt 15, pkt 26, pkt 27, pkt 28, pkt 30, pkt 31, pkt 34, pkt 35, pkt 36 odwołuje się do nieobowiązujących przepisów (ustawy pzp 2004 lub rozporządzeń wydanych na podstawie ustawy pzp 2004) tym samym zamierza prowadzić postępowanie z pominięciem obowiązujących przepisów prawa — tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, jak również biorąc pod uwagę fakt dofinansowania niniejszego zamówienia ze środków Unii Europejskiej (informacja zawarta w pkt 4.1. SIWZ „Zamawiający zawarł w dniu 4 lipca 2019r. umowę o dofinansowanie nr POIS.02.02.00-00-0020/17.”) świadomie naraża się na korektę dofinansowania w wysokości nie mniejszej niż 25%.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu — tj. poprawne i zgodne z art. 130 ust. 1 ustawy pzp 2019 wszczęcie postępowania,
- 2) wskazanie i odwoływanie się w dokumentacji postępowania do przepisów ustawy pzp 2019,
- 3) wprowadzenie do postępowania reguł wynikających z ustawy pzp 2019 — w szczególności zastąpienie wszelkich zawartych w dokumentacji odwołań do nieobowiązujących przepisów prawa (ustawy pzp 2004 lub rozporządzeń wydanych na podstawie ustawy pzp 2004) odwołaniami do odpowiednich przepisów obowiązujących.

lub

zamieszczenie przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, że ogłoszenie o numerze 2021/S 001-000450 przesłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nie zainicjowało postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie prowadzenia jakichkolwiek dalszych działań w związku z ww. ogłoszeniem.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 4 stycznia 2021 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (<https://ted.europa.eu1udl?uri-TED:NOTICE:450-2021:TEXT:PL:HTML&src-O>) zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 001-000450. W ślad za tym ogłoszeniem, Zamawiający w dniu 4 stycznia 2021 r. (04-01-2021, godz. 10:03:00) na stronie internetowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/412113> opublikował dokumentację niniejszego

postępowania. Tym samym dokumentacja postępowania została opublikowana pod rządami ustawy pzp 2019, gdyż ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. (art. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych). W ocenie Odwołującego, nie doszło do wszczęcia postępowania pod rządami ustawy pzp 2004, gdyż zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy pzp 2004 „Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej”. Do momentu utraty mocy przez ustawę pzp 2004, tj. do dnia 31 grudnia 2020 r., godz. 23:59:59, Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej. Czynność taka została dokonana w dniu 4 stycznia 2021 r. Tym samym nie doszło do wszczęcia postępowania pod rządami ustawy pzp 2004 i Zamawiający nie może powoływać się na treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, nie doszło także do wszczęcia postępowania zgodnie z ustawą pzp 2019, gdyż art. 130 ust. 1 pkt 1 stanowi: „Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie: 1) ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego”. Jak wynika z informacji zawartej w ogłoszeniu 2021/S 001-000450 — Zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji w dniu 30 grudnia 2020 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy pzp 2019.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie powyższej okoliczności wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Moment wszczęcia postępowania a możliwość prowadzenia postępowania (<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/moment-wszczecia-postepowania-a-mozliwosc-prowadzenia-postepowania>) wskazując, że w takiej sytuacji „nie można uznać aby doszło do wszczęcia postępowania w rozumieniu przepisów ustawy Pzp 2004 obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 r. (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu po 31 grudnia 2020 r.), ani też przepisów ustawy Pzp 2019 obowiązującej od dnia stycznia 2021 r. (przekazanie ogłoszenia do DUUE przed 1 stycznia 2021 r., a więc przed datą obowiązywania ustawy Pzp 2019).” W dalszej części opinii, UZP wskazuje jako zasadne rozwiązanie zaistniałej sytuacji „zamieszczenie przez zamawiającego na stronie internetowej informacji, że ogłoszenie o wskazanym numerze przesłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nie zainicjowało postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. W ocenie Odwołującego możliwa jest także odpowiednia modyfikacja dokumentacji postępowania — tak aby odwoływała się ona do obowiązujących w Polsce przepisów i prowadziła do zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne, jednak nie jest możliwe przedstawienie takiej

modyfikacji jako propozycji rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, gdyż musiałaby ona przybrać kształt opracowania kompletnej dokumentacji postępowania na podstawie ustawy pzp 2019. Przykładowo jedynie Odwołujący wskazał, że Zamawiający odwołuje się w wielu miejscach do przepisów ustawy pzp 2004, m.in. wskazując na warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia, obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, dokumenty które mają być składane przez Wykonawców, jak również na sposób procedowania Zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający jest dysponentem środków publicznych i podlega przepisom prawa, a także pozyskuje środki na realizację niniejszego zamówienia z dofinansowania z Unii Europejskiej. Tym samym nie może prowadzić postępowania przetargowego w sposób dowolny. Prowadzenie postępowania bez podstawy prawnej jest jaskrawym i rażącym naruszeniem przepisów prawa, prowadzącym z jednej strony do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, z drugiej do konieczności zwrotu dofinansowania — w wysokości co najmniej 25%, a z dużym prawdopodobieństwem 100% gdyż prowadzenie postępowania na podstawie nieobowiązujących przepisów jest równoznaczne z prowadzeniem postępowania bez podstawy prawnej.

W dniu 9 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na względzie, że w niniejszym postępowaniu w ocenie Izby do wszczęcia postępowania doszło po dniu 1 stycznia 2021 r., do postępowania odwoławczego stosuje się ustawę z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej „ustawa pzp 2019”).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy pzp 2019, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Odwołującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie postawionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt VI.5) ogłoszenia o zamówieniu, nr 2021/S 001-000450, które zostało opublikowane w dniu 4 stycznia 2021 r., zostało one przekazane do publikacji dnia 30 grudnia 2020 r. W ogłoszeniu wskazano podstawę prawną ogłoszenia: Dyrektywa 2014/24/UE.

Bezspornym jest, że Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu wraz z dokumentacją postępowania na swojej stronie internetowej w dniu 4 stycznia 2021 r., czyli w dacie publikacji w odpowiednim publikatorze.

W myśl pkt 3 SIWZ: „3. Tryb udzielania zamówienia. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 1843 ze zmianami).

Zgodnie z art. 1, art. 90 - ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.):

„art. 1. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019) wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.”

„art. 90. 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”

W myśl art. 40 ust. 1 ustawy pzp 2004: *„art. 40 ust. 1 Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.”*

Artykuł 2 pkt 7a) ustawy pzp 2004 stanowi: *„Ilekczo w ustawie jest mowa o: postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.”*

Artykuł 7 pkt 18) ustawy pzp 2019 stanowi: *„Ilekczo w niniejszej ustawie jest mowa o: postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu”.*

Zgodnie z art. 130 ust. 1 pkt 1) i 3) ustawy pzp 2019: *„art. 130 ust. 1 Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie: 1) ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nie-ograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego; 3. Zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.”*

W myśl Artykułu 52 Dyrektywy 2014/24/UE: „*Publikacja na poziomie krajowym 1. Ogłoszeń, o których mowa w art. 48, 49 i 50, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją zgodnie z art. 51. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może w każdym przypadku mieć miejsce, gdy instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 51.*”

Zgodnie z Artykułem 49 (Ogłoszenie o zamówieniu) Dyrektywy 2014/24/UE: „*Ogłoszenia o zamówieniu są wykorzystywane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do wszystkich procedur bez uszczerbku dla art. 26 ust. 5 akapit drugi i art. 32. Ogłoszenia te zawierają informacje określone w załączniku V część C i są publikowane zgodnie z art. 51.*”

W myśl Artykułu 51 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE: „*2. Ogłoszenia, o których mowa w art. 48, 49 i 50, są sporządzane i przesyłane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej za pomocą środków elektronicznych oraz publikowane zgodnie z załącznikiem VIII. Ogłoszenia są publikowane nie później niż w terminie pięciu dni od daty ich wysłania. Koszty publikacji ogłoszeń przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej ponosi Unia.*”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie stała się kwestia prawidłowości prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jego zgodności z obowiązującymi przepisami, a także w związku z wejściem w życie od dnia 1 stycznia 2021 r. nowych regulacji Prawa zamówień publicznych rangi ustawowej, które przepisy znajdą zastosowanie. Aby rozstrzygnąć zaistniały spór należy odpowiedzieć na pytanie, czy Zamawiający wszczął postępowanie? A jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna to czy powinien prowadzić postępowanie w oparciu o przepisy ustawy pzp z 2004 r. czy też obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawy pzp z 2019 r.?

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że postępowanie nie zostało wszczęte ani pod rządami ustawy pzp z 2004 r. ani też ustawy pzp z 2019 r., argumentując iż zgodnie z ustawą z 2004 r. postępowanie wszczyła opublikowane ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (a to w niniejszej sprawie nastąpiło już w styczniu 2021 r.), natomiast na gruncie ustawy z 2019 r. moment wszczęcia postępowania został przesunięty na moment przekazania ogłoszenia do opublikowania w Dzienniku Urzędowym (co miało miejsce w grudniu 2020 r.).

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że nie doszło do wszczęcia postępowania na gruncie ustawy z 2004 r., z uwagi na brak publikacji ogłoszenia w 2020 r. Jednak z

pozostałymi twierdzeniami odwołania nie sposób się zgodzić, co nie oznaczało, że zarzuty nie miały charakteru zasadnych. Odwołujący przywołał w treści odwołania opinię UZP z dnia 8 stycznia 2021 r. odnośnie momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, iż opinia ta, na którą powołuje się Odwołujący nie ma charakteru wiążącego, a jedynie pomocniczy. Z opinii wynika, iż w sytuacji opisanej w odwołaniu nie można uznać, że doszło do wszczęcia postępowania w rozumieniu żadnej z ustaw pzp.

Na wstępie wskazać należy, że uznanie takiej argumentacji za prawidłową w istocie prowadziłoby do stwierdzenia, że postępowania niejako nie ma, a jeśli tak, to Odwołującemu nie przysługiwałoby wniesienie środka ochrony prawnej na takie „nieistniejące” postępowanie, jeżeli możliwości kontroli działań podmiotu publicznego nie można przypisać do któregośkolwiek reżimu prawnego. Takie zaś postępowanie oznaczałoby nieuzasadnione zawężenie dostępu do korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawcom, którzy są zainteresowani uzyskaniem danego zamówienia publicznego, co na gruncie prawa Unii Europejskiej jest niedopuszczalne. Według dyrektyw odwoławczych ograniczenie prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej ma bowiem charakter okoliczności wyjątkowych i szczegółowo opisanych. Zgodnie z artykułem 1 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.: „ (...) Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo. 2. Państwa członkowskie zapewniają, by nie istniała dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszej dyrektywie rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi. 3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. (...)” Słusznie na rozprawie zauważył Zamawiający, że mielibyśmy wówczas do czynienia z „postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nieistniejącym”, a pojęcie to nie jest znane żadnej z przywołanych regulacji ustawowych. Podkreślić należy, że ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu zostało opublikowane i od

dnia 4 stycznia 2021 r. jest widoczne dla niegraniczonego kręgu wykonawców zarówno krajowych, jak i zagranicznych zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Spornej kwestii nie rozwiązują również przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.). Dlatego też, w ocenie Izby, aby rozstrzygnąć spór w niniejszej sprawie, należy sięgnąć do regulacji unijnych - postanowień Dyrektywy 2014/24/UE, która ma pierwszeństwo (bezpośrednią skuteczność) przed regulacjami krajowymi, jeżeli te nie dają odpowiedzi na sformułowane pytania. Otóż zgodnie z art. 52 Dyrektywy (publikacja na poziomie krajowym) ogłoszeń oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją zgodnie z art. 51. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy upłynie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania ogłoszenia, wówczas również ogłoszenie może zostać umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Dyrektywa przewiduje więc konieczność publikacji ogłoszenia dla skutecznego wszczęcia postępowania. W artykule 49 Dyrektywy zawarty zaś jest cel publikacji, a mianowicie jest wykorzystywany jako sposób zaproszenia wykonawców do ubiegania się o zamówienie. Nie ulega wątpliwości, że dopiero z momentem publikacji ogłoszenia staje się ono dostępne dla każdego zainteresowanego ubieganiem się o zamówienie publiczne. Potwierdza to również treść art. 130 ust. 3 ustawy pzp 2019 r., zgodnie z którym Zamawiający może dopiero po publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. A zatem od przekazania ogłoszenia do momentu jego opublikowania Zamawiający nie podejmuje żadnych widocznych dla potencjalnych wykonawców działań.

Istotnym jest, że Ustawodawca w ustawie pzp 2019 r. ustanowił jako moment wszczęcia postępowania przekazanie ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym. W niniejszej sprawie ogłoszenie opublikowało się na gruncie nowej ustawy pzp 2019 w styczniu 2021 r., przekazanie ogłoszenia nastąpiło natomiast w grudniu 2020 r. Niemniej jednak, sam brak przekazania ogłoszenia w czasie obowiązywania ustawy pzp 2019 r. nie może uzasadniać twierdzenia, że postępowania nie ma. W ocenie Izby, jeśli nie można ustalić momentu wszczęcia postępowania z uwagi na brak przekazania ogłoszenia w 2021 r., to zasadnym będzie ustalić ten moment w najbliższym możliwym terminie, jakim bezsprzecznie będzie publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym, jako czynność następująca bezpośrednio po przekazaniu ogłoszenia, polegająca na uzewnętrznieniu woli Zamawiającego dla potencjalnych wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu i zgodna

z Dyrektywą 2014/24/UE. Zaznaczenia wymaga, że Ustawodawca w ustawie z 2019 r. wielokrotnie odnosi się do „dnia opublikowania ogłoszenia wszczynającego postępowanie” (art. 66 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp z 2019 r.), czy też „ogłoszenia wszczynającego postępowanie”, podkreślając tym samym jako istotny moment publikacji ogłoszenia. Przykładowo art. 505 ust. 2 ustawy pzp z 2019 r.: „Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia (...)”. Oczywistym jest, iż odwołanie wnoszone jest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast aby móc zapoznać się z jego treścią ogłoszenie musi zostać opublikowane.

Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że pozostałe twierdzenia Odwołującego należy uznać za uzasadnione. Zamawiający nie powinien utrzymywać stanu, w którym prowadzi postępowanie wszczęte (opublikowane) pod rządami nowej ustawy pzp z 2019 r. stosując jednocześnie w postępowaniu nieobowiązujące w dacie publikacji ogłoszenia przepisy prawa, tym samym naruszając art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z 2019 r. Zgodnie z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020 ze zm.) Zamawiający mógłby stosować przepisy dotychczasowe (ustawy pzp z 2004 r.) wyłącznie gdyby wszczął postępowanie (opublikował ogłoszenie) przed dniem 1 stycznia 2021 r., co jednak nie miało miejsca. Wobec braku przepisów przejściowych regulujących sporny przypadek, w ocenie Izby, Zamawiający jest uprawniony kontynuować prowadzenie ogłoszonego postępowania, jednak powinien dostosować treść ogłoszenia i dokumentów zamówienia do obowiązujących regulacji ustawowych, poprzez odpowiednią ich modyfikację, zastosowanie siatki pojęć obecnie stosowanych w ustawie pzp z 2019r.

W ocenie Izby również zastosowanie wykładni systemowej prowadzi do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego właściwe jest zastosowanie przepisów ustawy pzp z 2019 r. Izba nie podziela konkluzji wynikającej z argumentacji ujętej w odpowiedzi na odwołanie odnoszącej się do art. 14 ustawy pzp z 2004 r. i kodeksu cywilnego w zakresie skutków czynności prawnej. Niewątpliwym jest, iż skutki zdarzeń prawnych należy generalnie ustalać przy zastosowaniu norm obowiązujących w chwili, w której do zdarzenia doszło. Mylnie jednak w ocenie składu orzekającego Zamawiający interpretuje, że zdarzeniem doniosłym i wywołującym skutki prawne w postaci wszczęcia postępowania była czynność przekazania ogłoszenia do publikacji, dokonana w czasie obowiązywania ustawy pzp z 2004 r. Zdaniem Izby czynnością wywołującą skutki prawne jest publikacja ogłoszenia, co podkreśla także brzmienie regulacji unijnych. Jak już podkreślono w niniejszym uzasadnieniu, wówczas bowiem następuje uzewnętrznienie woli podmiotu publicznego zobowiązanego do stosowania ustawy celem udzielenia zamówienia,

z którym wiąże się wystąpienie określonych skutków prawnych. W momencie publikacji ogłoszenia zamawiający po raz pierwszy daje wyraz woli udzielenia zamówienia na określonych warunkach, prezentując swoje wymagania dla doświadczenia i innych warunków podmiotowych, które spełnić mają wykonawcy, a także prezentuje na jakich warunkach kontraktowych zamierza udzielić zamówienia. Wówczas także nieograniczony krąg wykonawców może się z danymi warunkami zapoznać. Zatem to czynność ogłoszenia, czyli zamieszczenia w odpowiednim publikatorze służy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zasadzie przejrzystości.

Czynność przekazania ogłoszenia do publikacji jest czynnością faktyczną, o charakterze technicznym. Jej celem jest przygotowanie działań prawnych organu publicznego. Czynności takie nie powodują powstania, zmiany, czy wygaśnięcia stosunku prawnego. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że czynności faktyczne nie kształtują stosunków prawnych w rozumieniu stworzenia reguł postępowania. Cechą odróżniającą czynności faktyczne od czynności prawnych jest cel danej czynności. Działania faktyczne nie dążą do wywołania bezpośrednio skutku prawnego. Celem czynności prawnej jest powstanie nowej normy postępowania, przy wykonywaniu czynności faktycznych skutki prawne są kwestią uboczną. Innymi słowy, przenosząc powyższe na grunt rozstrzyganego sporu, czynność przekazania ogłoszenia do publikacji nie rodzi nowego stanu prawnego, nie identyfikuje jeszcze woli zamawiającego, dopiero opublikowanie prawidłowo przekazanego ogłoszenia tworzy nowy stan prawny, którego skutkiem może być udzielenie zamówienia, względnie unieważnienie postępowania, przy wystąpieniu określonych ściśle przesłanek. Przyjmując za słuszną interpretację płynącą z odpowiedzi na odwołanie, równie dobrze można przyjąć, że już samo sporządzenie wzoru umowy, czy też przygotowanie SIWZ i zatwierdzenie jej przez kierownika zamawiającego będzie momentem wszczęcia postępowania. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że czynności te (właśnie o charakterze faktycznym, technicznym) należą do etapu przygotowawczego, tak samo jak przygotowanie ogłoszenia o zamówieniu i przesłanie go do publikacji. Zamawiający natomiast na równi traktuje czynność przekazania ogłoszenia do publikacji i czynność publikacji ogłoszenia, z czym Izba się nie zgadza. To czynność publikacji ogłoszenia dokonana zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego wywołała skutki prawne. Jak już zaś ustalono, miało to miejsce pod rządami ustawy pzp z 2019 r. W konsekwencji przyjąć należało, że mamy do czynienia z ogłoszonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, do którego stosować powinno się reguły ustawy pzp z 2019 r.

Zaznaczenia wymaga, że dopiero ustawa pzp z 2019 r. nadała czynności przekazania ogłoszenia znaczenie, jakim jest wszczęcie postępowania, a Zamawiający nie wyjaśnił

dlatego w jego ocenie na podstawie przepisów wprowadzających ustawę pzp z 2019 r., stosować należy definicję wszczęcia postępowania przewidzianą w nowej regulacji, w sytuacji gdy przepisy przejściowe (kolizyjne) referują zarówno do ustawy pzp z 2004 r. oraz do ustawy pzp z 2019 r., a każda z tych ustaw zawiera definicję tego pojęcia.

Nie można także tracić z pola widzenia, iż obowiązuje reguła 48 godzin od przekazania ogłoszenia. Artykuł 52 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że możliwa jest publikacja ogłoszenia na poziomie krajowym, jeśli instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia. Podobnie art. 11 ust. 7d ustawy pzp z 2004 r.: *Zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej* oraz art. 88 ust. 3 ustawy pzp z 2019 r.: *„Udostępnienie ogłoszenia w miejscach, o których mowa w ust. 1 i 2, nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.”* Domniemanie, że ogłoszenie się ukazało następuje zatem dopiero po upływie 48 godzin od przekazania, co również wskazuje iż istotna jest publikacja ogłoszenia a nie przekazanie ogłoszenia.

Warto także wskazać, że Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winni zachować należyłą staranność, której w niniejszej sprawie nie można przypisać Zamawiającemu. Z treścią ustawy pzp z 2019 r., jak również z przepisami wprowadzającymi ustawę Zamawiający miał możliwość zapoznania się od dnia 11 września 2019 r. A zatem przygotowując postępowanie w 2020 r. Zamawiający powinien mieć świadomość, iż zgodnie z art. 130 ustawy pzp z 2019 r. moment wszczęcia postępowania został przesunięty na moment przekazania ogłoszenia, a także że opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na regulacjach ustawy pzp z 2004 r. w 2021 r. będzie wiązało się z naruszeniem przepisów ustawy pzp z 2019 r. i w konsekwencji z koniecznością zmiany ogłoszenia i specyfikacji w sposób dostosowujący do ustawy pzp z 2019 r. bądź, gdy będzie to niemożliwe ze względu na stopień skomplikowania dokumentacji zamówienia – z unieważnieniem postępowania. Zamawiający działający z należyłą starannością, mając świadomość braku przepisu przejściowego regulującego sytuację jak w niniejszej sprawie oraz znając zapisy Dyrektywy stanowiące, iż publikacja ogłoszenia może nastąpić w ciągu pięciu dni od dnia przekazania ogłoszenia, chcąc prowadzić postępowanie w oparciu o

ustawę pzp z 2004 r., powinien przekazać ogłoszenie do publikacji na tyle wcześniej, aby opublikowało się jeszcze w 2020 r., czyli na pięć dni przed końcem 2020 r. Zamawiający przesyłając ogłoszenie w terminie późniejszym podjął ryzyko, iż ogłoszenie opublikuje się w reżimie nowej ustawy z 2019 r., tym samym licząc się ze skutkami takiego postępowania. Twierdzenia Zamawiającego prezentowane na rozprawie, iż ustawa z 2019 r. nie była pewna i stabilna, ponieważ jeszcze w listopadzie 2020 r. wprowadzano zmiany do ustawy, nie uzasadnia postępowania Zamawiającego, gdyż dyspozycja art. 130 ustawy z 2019 r. nie zmieniła się przez cały okres *vacatio legis* ustawy.

Podsumowując niniejsze rozważania wysnuwa się wniosek, że każda z regulacji, zarówno ustawa pzp z 2004 r., jak i w wielu przepisach ustawa z 2019 r., a przede wszystkim regulacje unijne referują do momentu publikacji ogłoszenia, nadając mu znaczenie ogłoszenia wszczynającego postępowanie.

Na koniec należy podkreślić, że jeśli mamy do czynienia z sytuacją zmiany przepisów o charakterze kompleksowym, to od zamawiającego, który zamierza zrealizować zadanie inwestycyjne o strategicznym dla niego charakterze, można oczekiwać spełnienia standardów podwyższonej staranności by nie narażać siebie i wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia na ryzyko utraty dofinansowania ze środków zewnętrznych lub wystąpienia przesłanek umożliwiających stwierdzenie nieważności zobowiązania kontraktowego lub innych przesłanek niweczących osiągnięcie celu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego realizację przedmiotu zamówienia i zawarcie ważnej umowy. Wobec niekompletności uregulowań przepisów przejściowych i zmiany przepisów ustawowych, najwłaściwszym wydaje się przyjęcie założenia, mając na względzie prawo unijne, że postępowanie należy prowadzić z zastosowaniem regulacji obowiązujących w dniu opublikowania się ogłoszenia o zamówieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości

15.000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę w wysokości 300,00 zł (dwa razy po 150,00 zł), na podstawie faktury Vat oraz biletów kolejowych złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....