

Sygn. akt: KIO 624/22

WYROK
z dnia 23 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. J. LUXOR-MASZYNY DO ODPADÓW w Lublinie** oraz **PKO Leasing S.A. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *pożyczkę leasingową oraz dostawę i montaż nowej belownicy wraz z przenośnikiem zasypowym do Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o.* (znak postępowania: ZP/22/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem nr 2021/S 213-561119.

W dniu 7 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. J. LUXOR-MASZYNY DO ODPADÓW w Lublinie oraz PKO Leasing S.A. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, albowiem: po pierwsze, w Postępowaniu nie doszło do naruszenia ustawy Pzp, które prowadziłyby do zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przywołanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w dniu 29.11.2021 r. przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE wymagane ogłoszenie zmieniające ogłoszenie wszczynające postępowanie oraz ogłoszenie to opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o godzinie 9:00 w dniu 03.12.2021 r. pod nr 2021/S 235-617411, a więc jego przekazanie i publikacja nastąpiły przed upływem terminu składania ofert, zaś rzekome naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 137 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp pozostają bez związku przyczynowo-skutkowego z przywołaną przez Zamawiającego przesłanką unieważnienia umowy wskazaną w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;

po drugie, w Postępowaniu nie doszło do naruszenia przywoływanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania przepisów art. 137 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, a więc Postępowanie nie jest obarczone jakąkolwiek wadą prawną, albowiem (1) ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało przekazane Urzędowi Publikacji UE w dniu 29.11.2021 r. (2) Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia, co

uprawniało Zamawiającego do zamieszczenia informacji o zmianie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 01.12.2021 r. (3) informacja o zmianie SWZ w zakresie terminu składania ofert zostało zamieszczone na stronie internetowej w dniu 01.12.2021 r. tj. przed upływem terminu składania ofert (4) ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało udostępnione na stronie internetowej prowadzonego Postępowania w tym samym dniu co jego publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tj. 03.12.2021 r.);

2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania Zamawiający dąży do uchylecia się od obowiązku udzielenia zamówienia Odwołującemu, co stanowi przejaw dyskryminującego traktowania Odwołującego w Postępowaniu oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji zgodnie z właściwymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przywołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewiduje unieważnienie umowy w sytuacji, gdy z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów: po pierwsze, bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub po drugie, bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Tak również wyrok KIO z 30.12.2021 r., KIO 3659/21. Pomijając pierwszą z ww. przesłanek unieważnienia umowy, która nie ma znaczenia prawnego dla rozstrzyganego sporu, Odwołujący podkreślał, iż skutek unieważnienia umowy związany jest jedynie z brakiem ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie „wszczynające postępowanie”.

Odwołujący wskazał, że ogłoszeniem wszczynającym postępowanie w rozumieniu art. 257 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do postępowań takich jak prowadzone przez Zamawiającego, tj. postępowań w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jest jedynie ogłoszenie przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamieszczenie ogłoszenia w innych miejscach, w tym na stronie internetowej prowadzonego postępowania, nie wywołuje skutku prawnego w postaci

wszczęcia postępowania. Tym samym, ogłoszenia zamieszczane w innych miejscach niż Dziennik Urzędowy UE nie są „ogłoszeniami wszczynającymi postępowanie”.

Powyższe potwierdza także definicja legalna postępowania o udzielenie zamówienia ujęta w art. 7 pkt 19 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na Komentarz UZP dotyczący definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro ogłoszeniem wszczynającym Postępowanie jest – jak stanowią art. 130 ust. 1 oraz art. 7 pkt 19 ustawy Pzp - jedynie ogłoszenie o zamówieniu przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, to jedynie nieuprawnione zaniechanie dokonania zmiany tego ogłoszenia może stanowić wadę postępowania skutkującą ewentualnym unieważnieniem umowy na podstawie przywołanego przez Zamawiającego art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Tymczasem, bezsporne jest, iż Zamawiający w dniu 29.11.2021 r. przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Dodatkowo, ogłoszenie nr 2021/S 235-617411 o zmianie ogłoszenia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.12.2021 r. o godzinie 9:00, a więc przed upływem terminu składania ofert, który – wbrew upływał tego samego dnia o godzinie 10:45. Jak wynika bowiem z wieloletniej i trwałej praktyki Urzędu Publikacji UE, Suplement Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej upubliczniany jest o godzinie 9:00. Na potwierdzenie powyższej okoliczności Odwołujący wniósł dodatkowo o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia dowodów z dokumentów tj. wydruku e-mail otrzymanego z Urzędu Publikacji UE w dniu 03.12.2021 r. o publikacji w dniu 03.12.2021 r. o godz. 9:00 w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o wszczęciu postępowania.

Mając powyższe na względzie, a więc fakt przesłania w dniu 29.11.2021 r. i upublicznienia ogłoszenia nr 2021/S 235-617411 zamieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie w dniu 03.12.2021 r. o godzinie 9:00, a więc przed upływem terminu składania ofert, nie zachodzą podstawy do uznania, iż Postępowanie obarczone jest wadą prawną skutkującą ewentualnym unieważnieniem umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE („wszczynające postępowanie”) zostało zatem nie tylko przekazane przed upływem terminu składania ofert zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ale również skutecznie zmienione. Już tylko z tego powodu, decyzję Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania podjętą w okolicznościach braku kwalifikowanego naruszenia przepisów ustawy Pzp mogącego skutkować unieważnieniem umowy, ocenić należy za decyzję niezgodną z przepisami art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania (str. 2) podał godzinę 10:00, w której rzekomo upływał termin składania ofert. Termin składania ofert upływał w dniu 03.12.2021 r. o godzinie 10:45.

Wskazywane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania rzekome naruszenie przepisów art. 88 ust. 1 ustawy Pzp (nakaz zamieszczenia ogłoszenia na stronie prowadzonego postępowania), art. 137 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp (zasady dokonywania zmian SWZ), niezależnie od niezasadnego twierdzenia Zamawiającego o ich rzekomym naruszeniu (o czym niżej), pozostaje bez związku przyczynowo-skutkowego z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania byłoby możliwe w przypadku naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w sytuacji braku przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji, co w Postępowaniu nie wystąpiło. Unieważnienie umowy z powodów wskazanych w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zależy od braku wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, a więc – jak już wcześniej podkreślono - od braku przekazania ogłoszenia o zmianie do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Skutek nieważności umowy nie jest związany z brakiem zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed upływem terminu składania ofert. Ponadto, z przepisu art. 88 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprawdzie obowiązek udostępnienia ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, ale od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Powyższy przepis, jak i przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący zasady dokonywania zmian w ogłoszeniu, nie formułują obowiązku udostępnienia ogłoszenia na stronie prowadzonego postępowania przed upływem terminu składania ofert (tak jak ma to miejsce w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zmian SWZ). Zamawiający udostępniając w dniu 03.12.2021 r. o godzinie 14:38 ogłoszenie na stronie prowadzonego postępowania, udostępnił to ogłoszenie w tym samym dniu, co publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż Zamawiający w Postępowaniu uchybił obowiązkowi wynikającym z art. 88 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż niezasadne jest także twierdzenie Zamawiającego o naruszeniu przez niego art. 137 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp. Przepisy te, regulują zasady dotyczące zmiany SWZ, które nie zostały przez Zamawiającego naruszone. Po pierwsze, Zamawiający zamieszczając zmiany SWZ na stronie internetowej postępowania w dniu 01.12.2021 r. o godzinie 10:45:09 dokonał zmiany SWZ przed upływem terminu składania ofert, który upływał 03.12.2021 r. o godz. 10:45. Tym samym, postępowanie Zamawiającego odpowiadało wymogom wynikającym z art. 130 ust. 1 ustawy Pzp. Po wtóre, mając na względzie, iż zmiana SWZ obejmowała zmianę terminu składania ofert, zgodnie z art. 130 ust. 4 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego było przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. Jak już wcześniej wskazano w treści odwołania, Zamawiający dochował tego obowiązku przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie w dniu 29.11.2021 r. Po

trzecie, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiło wprawdzie przed publikacją ogłoszenia, ale z uwagi na wyjątek określony w art. 130 ust. 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Z uwagi na to, iż publikacja ogłoszenia nastąpiła w dniu 03.12.2021 r., informacja z Urzędu Publikacji UE została przekazana Zamawiającego – zgodnie z wieloletnią i trwałą praktyką Urzędu – dopiero w dniu publikacji ogłoszenia, tj. w dniu 03.12.2021 r. tym samym, Zamawiający nie otrzymując w godzinach porannych 01.12.2021 r. powiadomienia o publikacji (drugiego dnia licząc od dnia przekazania ogłoszenia), miał prawo zamieścić zmiany SWZ w dniu 01.12.2021 r., albowiem pewne było, iż publikacja ogłoszenia nie nastąpi w terminie 48 godzin od dnia przekazania ogłoszenia od publikacji.

Odwołujący podkreślał, iż decyzja Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania została podjęta dopiero po upływie blisko trzech miesięcy od dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu oraz po uchynieniu decyzji z dnia 24.01.2022 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez EFL Finance S.A. z siedzibą Wrocław i Krozmet s.c. D. D., P. A., J. T., z siedzibą w Marcinkowo (postanowienie KIO z dnia 17.02.2022 r. Sygn. akt KIO 283/22 o umorzeniu postępowania odwoławczego w następstwie uznania odwołania przez Zamawiającego). Na marginesie podkreślał, iż podjęte przez Zamawiającego nie dające się racjonalnie uzasadnić decyzje prowadziły do wyboru oferty droższej o 1 662 311,18 zł. Tym samym, poszukiwanie wady postępowania skutkującej unieważnieniem Postępowania dokonywane jest dopiero w okolicznościach, w których z jednej strony niemożliwe stało się dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty drugiego z wykonawców oraz z drugiej strony Zamawiający ma obowiązek kontynuowania Postępowania z udziałem Odwołującego, który jako jedyny złożył ofertę w Postępowaniu zgodną z warunkami zamówienia. W tych okolicznościach zachowanie Zamawiającego polegające na nieuzasadnionym unieważnieniu Postępowania stanowi jawna dyskryminację Odwołującego oraz naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień takich jak zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 marca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert, które zostało wysłane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2021 r., zostało opublikowane w dniu 3 grudnia 2021 r. po godz. 9:00, przy czym pierwotny termin składania ofert upływał w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 10:45. Z uwagi na treść art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, dopiero od tego

dnia, tj. od dnia 3 grudnia 2021 r. Zamawiający był uprawniony do udostępnienia treści tej zmiany na stronie internetowej <https://mzowolomin.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/294279/pozyczka-leasingowa-oraz-dostawa-i-montaz-nowej-belownicy-wraz-z-przenosnikiem-zasypowym-do-miejskiego-zakladu-oczyszczania-w-wolominie-sp-z-o-o>, co też Zamawiający uczynił poprzez publikację ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 14:38. Opublikowanie zmiany i udostępnienie jej treści na stronie prowadzonego postępowania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego nastąpiło już po upływie terminu pierwotnie wyznaczonego na składanie ofert. Oznacza to, że nastąpiło ono z naruszeniem przepisu art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że Zamawiający w dniu 29 listopada 2021 r., niezwłocznie po przesłaniu ogłoszenia o zmianie do publikacji, o godzinie 10:36 został poinformowany, że odebrano ogłoszenie i nadano mu tymczasowy numer referencyjny ENOTICES-MiZaOcz/2021-165237 i że ogłoszenie zostanie opublikowane na stronie TED w dniu 03/12/2021 r. Tym samym należy uznać, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał poinformowania Wykonawców o zmianie SWZ poprzez informację z dnia 1 grudnia 2021 r. umieszczoną jedynie na stronie prowadzonego postępowania. W świetle art. 88 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ustawy Pzp i art. 137 ust. 5 ustawy Pzp udostępnienie ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania możliwe jest od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający podkreślał, że zmiana terminu składania ofert przez jego wydłużenie była obowiązkiem Zamawiającego, gdyż udzielając odpowiedzi na pytania w dniu 29 listopada 2021 r. zmienił treść SWZ i były to zmiany istotne dla sporządzenia oferty, wymagające od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert. Co więcej, Zamawiający dokonał zmian w treści SWZ nie tylko w dniu 29 listopada 2021 r., ale także w dniu 30 listopada 2021 r. Wprowadzone w treści SWZ zmiany skutkowały wnioskami wykonawców o wydłużenie terminu składania ofert w celu uzyskania decyzji kredytowej u finansującego uwzględniającej zmiany SWZ. Należy wskazać, że wykonawcy wnosili o wydłużenie terminu składania ofert nawet do dnia 10 grudnia 2021 r.

Zamawiający uzasadniał, że decyzja o przedłużeniu terminu składania ofert do dnia 7 grudnia 2021 r. była konieczna w świetle przepisów ustawy, ale skutkowałą dalszymi wadliwościami postępowania, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający naruszył bowiem podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty. Dodatkowo z uwagi na wadliwe ustawienie postępowania na platformie eb2b, za pomocą której prowadzone jest postępowanie, tj. ustawienie granicznego terminu składania

załączników na pierwotny dzień składania ofert – tj. na dzień 3 grudnia 2021 r. - w okresie od 3 grudnia 2021 r. do dnia 6 grudnia 2021 r. nie było możliwości złożenia ofert. Potwierdza to korespondencja Zamawiającego z Odwołującym, to bowiem na skutek zapytania skierowanego przez Odwołującego w dniu 6 grudnia 2021 r. o godzinie 15:48, Zamawiający zmienił ustawienia platformy i umożliwił składanie ofert. Było to konsekwencją uchybień związanych z niezgodnym z ustawą informowaniem wykonawców o wydłużeniu terminu składania ofert i publikacją ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty, jednakże Zamawiający nie może wykluczyć, że część Wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty z uwagi na ww. uchybienia – wadliwe ustawienie platformy oraz zbyt późne poinformowanie o zmianie terminu składania ofert, nie złożyła oferty w postępowaniu. Wadliwość w zakresie niemożności złożenia oferty z winy Zamawiającego usunięta została po godzinie 16:00 w dniu 6 grudnia 2021 r., a więc na dzień przed upływem terminu składania ofert i to po standardowych godzinach pracy w wielu zakładach pracy. Jest to okoliczność, zawiniona przez Zamawiającego, która z całą pewnością mogła mieć wpływ na krąg Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Inni Wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty nie mieli możliwości jej złożenia z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego.

Odwołujący polemizuje z Zamawiającym w zakresie kwalifikacji i oceny uchybienia Zamawiającego w postępowaniu, potwierdzając, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował regulację ustawy Pzp. Jednak w ocenie Odwołującego nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż bez wątplenia w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w terminie wskazanym w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp dokonał ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, a zmiany te miały znaczenie dla sporządzenia ofert. Publikacja ogłoszenia zaś po upływie terminu określonego w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uznana za skuteczną. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że Zamawiający poinformował niektórych wykonawców o zmianie terminu składania ofert w inny sposób niż wskazany w art. 137 ust. 5 ustawy p.z.p. i Ci wykonawcy do tego terminu się dostosowali, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej pomimo wydłużenia terminu składania ofert, aż do godziny 16:00 w dniu 6 grudnia 2021 r. brak było fizycznej możliwości złożenia ofert. W niniejszym postępowaniu bez wątplenia mamy więc do czynienia z wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co istotne, w zarzutach odwołania Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przez zmianę terminu składania ofert w sposób uniemożliwiający skorzystanie przez wykonawców z wprowadzonych zmian, bowiem potencjalni Wykonawcy mogli z ogłoszenia o zmianie ogłoszenia opublikowanego w suplemencie powziąć informację o zmianie terminu (mieli na to dokładnie 1 godzinę i 45 minut).

Odnosząc się do argumentów Odwołującego, że Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia, co uprawniało Zamawiającego do zamieszczenia informacji o zmianie SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 01.12.2021 r. wskazać należy, że jest to jedynie założenie Odwołującego mające na celu poprzeć zasadność odwołania, jednakże nie znajdujące uzasadnienia w przedmiotowej sprawie. Jak już bowiem wskazywano, Zamawiający w dniu 29 listopada 2021 r. otrzymał informację, że termin publikacji ogłoszenia o zmianie to dzień 3 grudnia 2021 r. Zamawiający nie był więc uprawniony do udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Podkreślić jeszcze raz należy, że zgodnie z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający wskazał, że nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający udostępniając w dniu 03.12.2021 r. o godzinie 14:38 ogłoszenie na stronie prowadzonego postępowania, udostępnił to ogłoszenie w tym samym dniu, co publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, więc nie mamy do czynienia z uchybieniem przepisom ustawy. Przepisy określają kolejność udostępniania ogłoszeń, przy czym dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca zdecydował się wprowadzić regułę przyznającą pierwszeństwo publikacji w oficjalnym publikatorze. Jako pierwsze powinno zostać opublikowane ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a następnie Zamawiający może je udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz w innych miejscach. Co więcej dotyczy to także możliwości udostępnienia zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Co więcej Odwołujący potwierdza prawidłowość poczynionych w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania ustaleń faktycznych czynności dokonanych przez Zamawiającego wskazując, że „udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiło wprawdzie przed publikacją ogłoszenia, ale z uwagi na wyjątek określony w art. 130 ust. 5 ZamPublU, tj. z uwagi na to, iż zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia”. Odwołujący nie był w stanie potwierdzić, że

przedmiotowa sytuacja miała miejsce, a poczynione przez Odwołującego domniemania są bezpodstawne, co potwierdza mail wysłany z adresu automated-notifications@nomail.ec.europa.eu z dnia 29.11.2021 r. W tych okolicznościach bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów pozostaje okoliczność, że Zamawiający zamieścił informację o zmianie terminu składania ofert na stronie prowadzonego postępowania.

Zamawiający wskazał, że dokonane uchybienie wpływa na zasadę jawności postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji. Miało ono lub mogło mieć istotny wpływ na krąg wykonawców, którzy złożyli ofertę. W związku z powstałym uchybieniem ustalenie kręgu wykonawców co do zasady możliwe po upływie terminu złożenia ofert i stwierdzeniu, jakie podmioty złożyły oferty w postępowaniu, jest w okolicznościach niniejszego postępowania niemożliwe, z uwagi na fakt, że Zamawiający zmienił termin składania ofert naruszając wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku nieuprawnionych czynności Zamawiającego część wykonawców (ujawniona w postępowaniu przed terminem składania ofert) uzyskała informację o nowym terminie składania ofert (07.12.2021 r. godz. 10:45), zaś pozostali posiadali wiedzę jedynie co do terminu pierwotnego (03.12.2021 r. godz. 10:45). Co więcej w okresie od 3.12.2021 do 6.12.2021 wykonawcy pozbawieni byli możliwości złożenia ofert na platformie. Zamawiający, dokonując oceny prawidłowości postępowania, uznał za uzasadnione, że doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania ujawnienia informacji o sposobie poinformowania wykonawców o zmianie terminu składania ofert.

Ustosunkowując się do twierdzeń Odwołującego, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania została podjęta dopiero po upływie blisko trzech miesięcy od dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu oraz po uchyleniu decyzji z dnia 24.01.2022 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez EFL Finance S.A. z siedzibą Wrocław i Krozmet s.c. D. D., P. A., J. T., z siedzibą w Marcinkowo (postanowienie KIO z dnia 17.02.2022 r. Sygn. akt KIO 283/22 o umorzeniu postępowania odwoławczego w następstwie uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego), wskazać należy decyzja o unieważnieniu postępowania zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO oraz poglądami doktryny może nastąpić w każdym czasie. Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym czasie po jego wszczęciu, gdy wyjdzie na jaw niemożność udzielenia zamówienia w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z dominującym poglądem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić aż do czasu podpisania umowy. Dopuszcza się zatem unieważnienie postępowania już po

wyborze oferty, ale jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym bardziej przed jej wyborem.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 9 marca 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 24 lutego 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 marca 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 26 listopada 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmianę SWZ w zakresie terminu składania ofert. Zamawiający wyznaczył nowy termin składania ofert na 03/12/2021 r. godz. 10:45 oraz nowy termin otwarcia ofert: 03/12/2021 r. godz. 11:00. Jednocześnie w ww. dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 230-604438.

W dniu 29 listopada 2021 r. Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji dotyczące przesunięcia terminu składania ofert z 3/12/2021 r. godz. 10.45 na 7/12/2021 godz. 10.45. W tym samym dniu Zamawiający o godz. 10.36 otrzymał e-mail z TED potwierdzający odebranie ogłoszenia o godz. 10.35.

W dniu 1 grudnia 2021 r. o godz. 10.45 Zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmianę treści SWZ w zakresie terminu składania ofert. Zamawiający wyznaczył nowy termin składania ofert na 07/12/2021 r. godz. 10:45 oraz nowy termin otwarcia ofert: 07/12/2021 r. godz. 11:00.

W dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 14.38 Zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia opublikowane o godz. 9.00 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 235-617411.

W dniu 7 grudnia 2021 r. o godz. 10.45 upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty.

W dniu 24 lutego 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że w przedmiotowym postępowaniu poprzez publikację ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w dniu 03.12.2021 r. o godz. 14:30 doszło do naruszenia ustawy Pzp w zakresie naruszenia:

1) art. 16 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, gdyż dokonał zmiany terminu składania ofert po terminie składania ofert, poprzez zmianę ogłoszenia przekazaną do publikacji do Dz. U. U.E. po terminie składania ofert, zaniechanie skutecznego, zgodnego ze specyfikacją warunków zamówienia, poinformowania wykonawców o dokonanej zmianie;

2) art. 137 ust. 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed publikacją ogłoszenia o zmianie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czym Zamawiający naruszył zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty;

- co doprowadziło do wady postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało opublikowane w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 14:30 a pierwotny termin składania ofert upłynął w dniu 3.12.2021 r. o godz. 10:00. Z uwagi na treść art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, dopiero od tego dnia Zamawiający był uprawniony do udostępnienia treści tej zmiany na stronie internetowej, co też zamawiający uczynił. Jednakże opublikowanie zmiany i udostępnienie jej treści, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, nastąpiło już po dniu wyznaczonym na składanie ofert, a zatem z naruszeniem art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zmiana ta nie mogła być uznana za skuteczną. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że Zamawiający poinformował niektórych wykonawców o zmianie terminu składania ofert w inny sposób niż wskazany w art. 137 ust. 5 ustawy Pzp. tj. poprzez poinformowanie

o zmianie w formie odrębnej informacji w dniu 1 grudnia 2021 r. i ci wykonawcy do tego terminu się dostosowali, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że korelacja czasowa między wysłaniem przez Zamawiającego ogłoszenia o zmianie do Dziennika Urzędowego UE, a jego publikacją nie wskazuje na to, by Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji UE otrzymania ogłoszenia o zmianie.

W związku z czym zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten jest skorelowany z art. 457 ustawy Pzp, zawierającym przesłanki unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego – w przedmiotowym przypadku zachodzą okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1 in fine tegoż artykułu. (...) Bez wątplenia w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w terminie wskazanym w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp nie dokonał ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, a zmiany te miały znaczenie dla sporządzenia ofert. Ogłoszenie dokonane zaś po upływie terminu określonego w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uznane za skuteczne. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje okoliczność, że Zamawiający zamieścił informację o zmianie terminu składania ofert na stronie przedmiotowego postępowania, jednak nie wszyscy Wykonawcy musieli powziąć o tym informację.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Osią sporu była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy Pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

I tak, zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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. Z powyższego przepisu wynika, że unieważnieniu będzie podlegała umowy w przypadku, gdy zamawiający nie zamieścił w BZP albo nie przekazał Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub nie zamieścił w BZP albo nie przekazał do publikacji Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, o ile zmiany miały znaczenia dla sporządzenia wniosków albo ofert.

Dalej wskazać należy, iż stosownie do treści art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (ust. 2 ww. przepisu). Zgodnie natomiast z art. 137 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1. W przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Z powyższych przepisów wynika, że co do zasady w przypadku gdy zmiana SWZ wymaga jednoczesnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający udostępnia zmianę treści specyfikacji na swojej stronie internetowej, gdy ogłoszenie zmieniające zostanie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli jednak zmiana ogłoszenia o zamówieniu nie nastąpi w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji UE otrzymania tego ogłoszenia, to zamawiający uprawniony będzie udostępnić zmianę specyfikacji na swojej stronie internetowej, mimo że ogłoszenie zmieniające nie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp uchybiała przepisom ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż bezspornie w dniu 29 listopada 2021 r. Zamawiający przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w zakresie wydłużenia terminu składania ofert z 3 grudnia 2021 r. godz. 10.45 na 7 grudnia 2021 r. godz. 10.45. W tym samym dniu o godz. 10.36 Zamawiający otrzymał e-mail z TED potwierdzający odebranie ogłoszenia o godz. 10.35. W dniu 1 grudnia 2021 r. o godz. 10.45 Zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmianę treści SWZ w zakresie terminu

składania ofert. Zamawiający wyznaczył nowy termin składania ofert na 7 grudnia 2021 r. godz. 10:45 oraz nowy termin otwarcia ofert: 07/12/2021 r. godz. 11:00. Jednocześnie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w ww. zakresie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 235-617411 w dniu 3 grudnia 2021 r. o godzinie 9:00, a więc przed upływem pierwotnego terminu składania ofert, przy czym Zamawiający opublikowane ogłoszenie zamieścił na stronie internetowej w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 14.38.

Mając na względzie powyższe ustalenia faktyczne Izba wskazuje, że nie można podzielić stanowiska Zamawiającego jakoby w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do naruszenia art. 137 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Przede wszystkim wskazać należy, iż Zamawiający zamieszczając zmianę SWZ na stronie internetowej w dniu 1 grudnia 2021 r. o godzinie 10:45 dokonał zmiany specyfikacji przed upływem pierwotnego terminu składania ofert wyznaczonego na 3 grudnia 2021 r. godz. 10.45. Dalej mając na uwadze, iż zmiana SWZ prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do treści art. 137 ust. 4 ustawy Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji, co też Zamawiający uczynił w dniu 29 listopada 2021 r. Kolejno wskazać należy, iż udostępnienie zmiany treści SWZ w dniu 1 grudnia 2021 r. na stronie internetowej Zamawiającego przed publikacją ogłoszenia zmieniającego nie naruszało art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ stanowiło wyjątek przewidziany tym przepisem, tj. zamawiający nie został powiadomiony o publikacji ogłoszenia o zmianie w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Innymi słowy, zmiana treści specyfikacji zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 1 grudnia 2021 r., tj. po upływie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia była skuteczna i zgodna z art. 137 ust. 5 ustawy Pzp. Nie można zatem uznać, iż wobec poinformowania części wykonawców o ww. zmianie w dniu 1 grudnia 2021 r. doszło do naruszenia wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie Zamawiający udostępniając na swojej stronie internetowej w dniu 3 grudnia 2021 r. o godzinie 14.38 opublikowane ogłoszenie udostępnił je w tym samym dniu, w którym nastąpiła jego publikacja w Dzienniku Urzędowym UE. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 88 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle powyższego odpadła pierwsza i zasadnicza przesłanka warunkująca unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia określona art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. niniejsze postępowanie nie jest obarczone wadą.

Ponadto niezależnie od braku podstaw do stwierdzenia, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą z przyczyn omówionych powyżej wskazać należy, iż ustawa Pzp w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wiąże skutek nieważności umowy m.in. z brakiem przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowania, ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy taka sytuacja nie miała miejsca, ponieważ ogłoszenie zmieniające zostało przesłane Urzędowi Publikacji UE w dniu 29 listopada 2021 r. i opublikowane w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 9.00, a więc przed upływem terminu składania ofert. Brak jest zatem podstaw do uznania, iż umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W końcu Izba wskazuje, iż argumentacja Zamawiającego dotycząca nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy zakupowej w okresie od dnia 3 grudnia do 6 grudnia 2021 r. oraz podnoszone w toku rozprawy okoliczności dotyczące zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego wyjaśnień treści specyfikacji z dnia 1 grudnia 2021 r. o godz. 10.43, co miało miejsce wcześniej niż zmiana specyfikacji dokonana w dniu 1 grudnia 2021 r. o godz. 10.45 dotycząca przesunięcia terminu składania ofert, jak również udzielenia w dniu 29 listopada 2021 r. oraz kolejnych dniach szeregu wyjaśnień do treści SWZ, które winny skutkować przedłużeniem terminu składania ofert, nie mogła zostać wzięta pod uwagę, jako że wykraczała poza podstawy faktyczne decyzji Zamawiającego z dnia 24 lutego 2022 r.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp było sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Jednocześnie w zaistniałych okolicznościach faktycznych czynność unieważnienia postępowania naruszała fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego czynność Zamawiającego z dnia 24 lutego 2022 r. winna zostać unieważniona.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 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).

Przewodniczący: