

Sygn. akt: KIO 842/21

## WYROK

z dnia 20 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **15 marca 2021 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) RDF Sp. z o. o. (Lider); 2) MPK Pure Home Sp. z o. o. (Członek Konsorcjum)**, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; z adresem dla siedziby lidera: **ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) RDF Sp. z o. o. (Lider); 2) MPK Pure Home Sp. z o. o. (Członek Konsorcjum)**, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; z adresem dla siedziby lidera: **ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) RDF Sp. z o. o. (Lider); 2) MPK Pure Home Sp. z o. o. (Członek Konsorcjum)**, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; z adresem dla siedziby lidera: **ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Konsorcjum Firm: 1) RDF Sp. z o. o. (Lider); 2) MPK Pure Home Sp. z o. o. (Członek Konsorcjum)**, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; z adresem dla siedziby lidera: **ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka** na rzecz **Miasta Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki** kwotę **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych z nieruchomości położnych na terenie Miasta Mińsk Mazowiecki na których zamieszkują mieszkańcy, a także wybranych nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne oraz zebranych w punkcie selektywnego zbierania odpadów komunalnych przy ulicy Przemysłowej nr 17 w Mińsku Mazowieckim*”, znak sprawy: WI.271.33.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.01.2021 r. pod nr 2021/S 001-001260 przez: Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 04.03.2021 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej: platformazakupowa.pl) Zamawiający przesłał informację o nie zainicjowaniu postępowania o udzielenie publicznego. Stwierdził, że: „*Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej w dniu 30 grudnia 2020r., ale jego publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiło po tej dacie tj. 04.01.2021r, i równocześnie ogłoszenie o zamówieniu zostało przez zamawiającego zamieszczone na stronie internetowej (po dniu 31 grudnia 2020 r). W takim przypadku nie doszło do wszczęcia postępowania w myśl przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2019.1843). Nie dokonano bowiem czynności wszczynającej postępowanie, to jest nie zamieszczono ogłoszenia na stronie internetowej. Nie doszło także do wszczęcia postępowania w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019.20109), obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021r., gdyż w myśl tych przepisów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne wszczyna się, co do zasady poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 130 ust. 1 ustawy Pzp). Do wszczęcia postępowania w myśl przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawa zamówień publicznych z, obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 nie mogło zatem dojść w sytuacji przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przed tą datą, z uwagi na moment dokonywania czynności przekazający przypadający na datę przed wejściem w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych.*

<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/moment-wszczecia-postepowania-a-mozliwosc-prowadzenia-postepowania>".

W dniu 15.03.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Firm: 1) RDF Sp. z o. o. (Lider); 2) MPK Pure Home Sp. z o. o. (Członek Konsorcjum), ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; z adresem dla siedziby lidera: ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka zwane dalej: „Konsorcjum RDF” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na czynności z 04.03.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej jako „*Pzp 2004*”):

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1, 1a, 1b oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp 2004 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wPzp 2019 poprzez opublikowanie „Informacji” z dnia 4 marca 2021 r. równoważnej w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania, bez wystąpienia którejkolwiek z przesłanek ustawowych do unieważnienia postępowania oraz bez podstawy prawnej i faktycznej do stwierdzenia, że postępowanie nie istnieje, po tym jak postępowanie zostało wszczęte i było prowadzone do dnia 4 marca 2021 r. na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004 znajdujących zastosowanie w przedmiotowej sprawie, co prowadzi ponadto do naruszenia zasad uczciwej konkurencji;

ewentualnie, w przypadku stwierdzenia, iż do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp 2019:

- art. 16 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 1-8, art. 257, art. 258 ust. 1, art. 260 Pzp 2019 poprzez opublikowanie „Informacji” z dnia 4 marca 2021 r. równoważnej w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania, bez wystąpienia którejkolwiek z przesłanek ustawowych do unieważnienia postępowania oraz bez podstawy prawnej i faktycznej do stwierdzenia, że postępowanie nie istnieje.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia „Informacji” z dnia 4 marca 2021 r. i czynności przerwania postępowania, tj. kontynuowanie postępowania, w tym przeprowadzenie badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skoro Zamawiający poinformował, że w jego ocenie nie doszło do wszczęcia postępowania, Odwołujący uznaje, iż konsekwentnie, nie będzie on kontynuował czynności oceny i badania ofert, ani nie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004. W ocenie Odwołującego, decyzja i ocena Zamawiającego są nieprawidłowe i nieuprawnione. Zamawiający de facto dokonał unieważnienia postępowania, ale w sposób niezgodny z przepisami ustawy i bez żadnych faktycznych podstaw związanych z przesłankami ustawowymi. Należy mieć na uwadze, że

wszczęcie postępowania i jego prowadzenie jest czynnością wiążącą również po stronie Zamawiającego, który w ramach reżimu prawa zamówień publicznych, nie może swobodnie odstąpić od prowadzenia postępowania. Do unieważnienia postępowania mogłoby dojść wyłącznie w przypadku wystąpienia ściśle określonych przesłanek, w szczególności, gdy takie przerwanie prowadzonego postępowania miałyby wystąpić po upływie terminu składania ofert. W takim przypadku, dodatkowo dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez ujawnienie wykonawców i oferowanych przez nich cen.

W ocenie Odwołującego, do prowadzonego postępowania o numerze WI.271.33.2020 zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp 2004. Wynika to jednoznacznie z treści ogłoszenia i SIWZ. Opinia opublikowana przez UZP w dniu 8 stycznia 2021 r. nie stanowi wiążącej wykładni przepisów, tym bardziej, że budzi istotne wątpliwości, co do jej prawidłowości. Opierając się wyłącznie na wybiórczo przytoczonych przepisach obu ustaw, opinia ta pozostaje jednocześnie w sprzeczności z podstawowymi zasadami wykładni, w tym z regułą, że wykładnia przepisów (w szczególności zaś, przepisów intertemporalnych) nie może prowadzić do luki prawnej. Racjonalna i zgodna z zasadami wykładni interpretacja nie może prowadzić do sytuacji tak kuriozalnej, jak występowanie tzw. „postępowania nieistniejących”, czyli takich które uznaje się za niewszczęte, pomimo iż zostały one publicznie ogłoszone i przez dwa miesiące były przeprowadzane w ich ramach czynności, włącznie z niepodlegającą powtórzeniu czynnością otwarcia ofert. Co więcej, czynności w ramach takiego „niewszczętego postępowania”, mimo iż były one dokonywane przez Zamawiającego, nie podlegałyby żadnej kontroli prawnej w drodze środków ochrony prawnej. Umożliwiłoby to rezygnację przez Zamawiającego z dalszego prowadzenia postępowania, dowolnie i na każdym jego etapie, bez możliwości kwestionowania tego faktu przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ani opinia UZP, ani uzasadnienie przekazane w „Informacji” przez Zamawiającego, nie mogą zostać uznane za dopuszczalną i prawidłową interpretację, w sytuacji w której prowadzą do pojawienia się instytucji „postępowania nieistniejących” nie znanej prawu zamówień publicznych i pozbawiają wykonawców możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego, doszło do skutecznego wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp 2004. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest bezpośrednim i automatycznym następstwem przekazania przez Zamawiającego takiego ogłoszenia. Zamawiający, już od momentu przekazania ogłoszenia jest nim związany i jest to wywołująca skutki czynność prawna, której Zamawiający nie może cofnąć ani uznać za nieistniejącą. Przekazane ogłoszenie jest publikowane dokładnie w takiej treści, jak przekazana przez Zamawiającego i może być przez niego zmienione tylko w drodze przekazania kolejnego ogłoszenia zmieniającego. Czynność przekazania ogłoszenia, jest więc czynnością

podejmowaną przez Zamawiającego już w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiącą wiążące oświadczenie woli i wywołującą określone skutki, do których należy publikacja takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym. Powyższa regulacja harmonizuje z postanowieniami m.in. art. 43 ust. 2 i ust. 2a Pzp 2004, zgodnie z którymi, termin składania ofert liczy się od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, iż do wszczęcia postępowania w rozumieniu ustawy Pzp 2004 nie doszło, ze względu na publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE po dniu 1 stycznia 2021 r. Publikacja ogłoszenia jest oczywiście czynnością konieczną, będącą nieodłączną konsekwencją przekazania ogłoszenia przez Zamawiającego, ale nie oznacza, że dopiero od tego momentu można uznać, iż doszło do wszczęcia postępowania. Nie wynika to jednoznacznie z brzmienia przepisów ustawy Pzp 2004, których analizy zabrakło zresztą w uzasadnieniu „Informacji” Zamawiającego z dnia 4 marca 2021 r. Analizując przepisy ustawy Pzp 2004 należy mieć na uwadze pełne brzmienie norm określonych w art. 40, nie tylko ust. 1, ale również ust. 3 zgodnie z którym, w przypadku postępowań „*powyżej progów unijnych*”, Zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Art. 40 określając sposób wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wskazuje zatem, iż „*wszczęcie postępowania*” nie jest identyfikowane jedynie z czynnością publikacji ogłoszenia na stronie internetowej, ale stanowi zestaw obowiązków koniecznych do dopełnienia przez zamawiającego wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia w tym trybie. Praktyka i doktryna prawa zamówień publicznych, w świetle zasad równego traktowania wykonawców i konkurencyjności, prowadzi zarazem do wniosku, że pierwszą z szeregu tych czynności musi być właśnie przekazanie ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym, które uruchamia w następstwie kolejne czynności zamawiającego składające się na wszczęcie postępowania, a następnie wymagane dla jego prawidłowego przeprowadzenia: obowiązkową publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, publikację SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, dobrowolną publikację w sposób przewidziany w art. 11 ust. 5 lub ust. 7c Pzp 2004 itd. oraz kolejne czynności podejmowane w toku prowadzonego postępowania, które regulowane są przepisami ustawy. Wobec powyższego, przekazanie przez Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2020 r. do publikacji obowiązkowego ogłoszenia o zamówieniu prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004, a następnie podjęcie kolejnych czynności, w tym publikacji tegoż samego ogłoszenia na stronie internetowej zgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004, decydowało o tym, iż postępowanie to należy uznać, za „*wszczęte i niezakończone przed dniem 1 stycznia 2021 r.*” w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych. Czyli w konsekwencji - postępowanie, do którego prowadzenia stosuje się dotychczasowe przepisy ustawy Pzp 2004.

Wykładnia przepisów intertemporalnych winna uwzględniać zasadę bezpieczeństwa prawnego nakazującą poszanowanie przez ustawodawcę istniejących stosunków prawnych. W orzecznictwie wskazuje się, że: *„na ustawodawcy ciąży obowiązek (...) ochrony interesów będących w toku, za pomocą powszechnie przyjętych technik stanowienia prawa, ze szczególnym uwzględnieniem techniki przepisów przejściowych (orzeczenie z 2 marca 1993 r., K 9/92 i wyrok z 25 listopada 1997 r., K 26/97). (...) Wymaga to od ustawodawcy ustanowienia przepisów przejściowych zawierających unormowania umożliwiające ich adresatom dokończenie przedsięwzięć podjętych w oparciu o wcześniejsze regulacje”* [zob. Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunatu Konstytucyjnego. W-wa 2015 Biuro Trybunatu Konstytucyjnego, s. 32]. Zgodnie z zasadami wykładni interpretator powinien co do zasady poprzestać na rezultatach wykładni językowej. Gdy jednak, tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie, wykładnia ta prowadzi do niedających się usunąć wątpliwości interpretator powinien dokonać wykładni systemowej. Przy jej dokonaniu pomocne będą ustalenia doktryny zgodnie, z którymi Zasada *lex retro non agit* nie jest jedyną regułą stosowania prawa międzyczasowego. Równie ważną, chociaż nieskodyfikowaną w ustawie k.c. lub k.p.c., jest znana łacińska zasada *tempus regit actum*, co oznacza, że czas rządzi czynnością prawną, do czynności prawnej stosuje się przepisy obowiązujące w czasie jej dokonania. Zasadę niedziałania nowego prawa wstecz oraz zasadę *tempus regit actum* uzupełnia reguła bezpośredniego działania ustawy nowej, której granice w zakresie, w jakim dotyczy stanów faktycznych i zdarzeń mających miejsce przed jej wejściem w życie, wyznacza art. 3 Kodeksu cywilnego, (...) [zawierający wskazówkę interpretacyjną, zgodnie z którą ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba że co innego wynika z jej brzmienia lub celu]. W konsekwencji przyjęcia tej zasady nowe prawo nie modyfikuje sytuacji prawnych (praw i obowiązków) ukształtowanych przed jego wejściem w życie. Skutki zdarzeń prawnych należy generalnie ustalać przy zastosowaniu norm obowiązujących w chwili, w której do nich doszło. Według reguł prawa międzyczasowego do czynności prawnych i innych zdarzeń stosuje się prawo obowiązujące w chwili dokonania czynności lub powstania zdarzeń prowadzących do określonych stosunków prawnych. (...) Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 23 kwietnia 1998 r.: (...) Przy interpretacji zasad prawa międzyczasowego przyjmuje się bowiem, że jeżeli stan faktyczny powodujący powstanie, zmianę lub ustanie stosunku prawnego nastąpił pod rządami dawnej ustawy, do oceny skutków prawnych stosuje się ustawę dawną, także po wejściu w życie nowej ustawy. (...) Odstępstwa mogą wynikać z reguł wykładni, przy uwzględnieniu konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, (zob. Marcin Skonieczny, Artur Okoń Przepisy i reguły intertemporalne w prawie cywilnym. Kwestie podstawowe, Temidium.pl). Skoro przepisy przejściowe nie regulują stanu faktycznego objętego Postępowaniem, odpowiedź na pytanie jakie skutki prawne wywołało przesłanie ogłoszenia powinna zostać udzielona w oparciu o opisane wyżej

zasady ogólne. Należy podkreślić, że w przypadku rzekomo „nieistniejących” postępowań czynności przekazania ogłoszeń, dokonane w grudniu 2020 r., były zgodne z obowiązującą wówczas ustawą i wywołały zakładane skutki - publikację ogłoszenia oraz rozpoczęciu biegu terminu składania ofert czy możliwości zadawania pytań do SIWZ.

a. Czynność publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE dokonana została zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego i wywołała skutki prawne. W konsekwencji należy przyjąć, że czynność ogłoszenia była i jest ważna oraz że skuteczne są czynności wykonane w jej następstwie,

b. Zgodnie z zasadą niedziałania nowego prawa wstecz należy przyjąć, że do postępowań, w których ogłoszenie zostało przesłane do Urzędu Publikacji UE w roku 2020 mają zastosowanie dotychczasowe przepisy (ustawy Pzp 2004) niezależnie od daty opublikowania ogłoszenia czy też daty jego zamieszczenia na stronie internetowej. Dokonując wykładni należy bowiem przyjąć, że racjonalny ustawodawca umożliwi dokończenie przedsięwzięć rozpoczętych stosownie do przepisów obowiązujących w chwili ich rozpoczynania albo stworzą inną możliwość dostosowania się do zmienionej regulacji prawnej (zob. wyroki TK z: 5 stycznia 1999 r., K 27/98 i 10 lutego 2015 r., P 10/11).

Podkreślił, że normy kolizyjne zawarte w ustawie w Pzp 2019 weszły w życie w dniu 1 stycznia 2021 r. Wykładani użytych w jej treści pojęć powinna być dokonywana zgodnie z przepisami obowiązującymi od dnia 1 stycznia 2021 r. Pominięcie tej okoliczności prowadzi do niemożliwych do zaakceptowania ustaleń przedstawionych w opinii UZP. Wykładnia przepisów kolizyjnych dokonana zgodnie z przepisami obowiązującymi od dnia 1 stycznia 2021 r. nie oznacza obowiązku zastosowania nowej ustawy a jedynie, że wykładnia pojęć użytych w ustawie wprowadzającej powinna być dokonywana z uwzględnieniem ich znaczenia obowiązującego w systemie prawa w dacie wejścia w życie przepisów ustawy Pzp 2019, to znaczy w takim samym znaczeniu jakie wynika z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp 2019 zgodnie, z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest wszczynane przez przekazanie ogłoszenia. Przepisy ustawy w Pzp 2019, zobowiązują zatem Zamawiającego do dalszego prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004, i nie uprawniają do podjęcia nieuregulowanej w ustawie czynności „*stwierdzenia nie istnienia postępowania*”. Zakończenie postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej możliwe jest tylko poprzez czynność unieważnienia postępowania, która podlega regulacji ustawowej i wymaga wystąpienia i wskazania przez Zamawiającego rozpoznawanych przez ustawę podstaw prawnych i faktycznych uprawniających do podjęcia takiej czynności. Przesłanki takie nie wystąpiły w przedmiotowej sprawie i nie zostały przez Zamawiającego przedstawione zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp 2004.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosił, że nawet gdyby przyjąć, że do postępowania z mocy prawa stosuje się przepisy nowej ustawy Pzp 2019, to również w tym



przypadku brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, a tym bardziej, stwierdzenia jego „nieistnienia”. Postępowanie powinno podlegać zatem dalszemu prowadzeniu zgodnie z przepisami, włącznie z czynnością oceny i badania ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej. Wykonawca nie podlega wykluczeniu (ani na podstawie starej ani na podstawie nowej ustawy), jego oferta nie podlega odrzuceniu i nie zachodzi żadna z przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania. Także ustawa Pzp 2019 nie przewiduje publikowania „Informacji” równoważnej w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania ani nie zawiera postanowień nakazujących unieważnianie postępowań, w których ogłoszenie o udzieleniu zamówienia przestano przed datą jej wejścia w życie.

Zamawiający w dniu 16.03.2021 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej: platformazakupowa.pl) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miało miejsca.

W dniu 16.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości. W ramach odpowiedzi stwierdził, że: *„Zarzuty podniesione w odwołaniu są w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione. Kluczowym dla sprawy jest rozstrzygnięcie czy doszło do wszczęcia postępowania przetargowego? Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, które Zamawiający podzielił: „dla stwierdzenia, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp2004, koniecznym jest ustalenie, iż postępowanie takie zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r. Zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Zamawiający wszczyna postępowanie zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej. Tym samym możliwość prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Pzp2004, istnieje w odniesieniu do postępowań, w których ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej najpóźniej w dniu 31 grudnia 2020r.....”*

*Miasto Mińsk Mazowiecki wysłało ogłoszenie o wszczęciu przedmiotowego postępowania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.12.2020 r o godz. 16:24. Zgodnie z art. 11 ust 7 d ogłoszenie o zamówieniu nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 001-001260 przesłane przez Miasto Mińsk Mazowiecki w dniu 30.12.2020 r nie wszczęło postępowania przetargowego na podstawie ustawy z dnia 29*

stycznia 2004 r *Prawo zamówień publicznych*, ponieważ ogłoszenie o tym postępowaniu nie zostało zamieszczone na stronie internetowej Miasta Mińsk Mazowiecki do 31.12.2020 r. Ogłoszenie to zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04.01.2021 r po uzyskaniu informacji o jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zgodnie z treścią cyt. wyżej art. 11 ust 7d.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy należy uznać, że nie doszło do wszczęcia postępowania w myśl przepisów ustawy Pzp 2004. Nie dokonano bowiem czynności wszczynającej postępowanie, to jest nie zamieszczono ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego. Nie doszło także do wszczęcia postępowania w oparciu o przepisy ustawy Pzp2019, obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021r., gdyż w myśl tych przepisów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne wszczyna się, co do zasady poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 130 ust. 1 ustawy Pzp). Do wszczęcia postępowania w myśl przepisów ustawy Pzp2019, obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 nie mogło zatem dojść w sytuacji przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przed tą datą, z uwagi na moment dokonywania czynności przekazania przypadający na datę przed wejściem w życie ustawy Pzp2019.(źródło [wzp.gov.pl](http://wzp.gov.pl))

Należy zatem uznać, iż przedmiotowe postępowanie nie mogło być prowadzone również na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r, ponieważ postępowanie przekraczające progi unijne wszczyna się poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z art. 130 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r *Prawo zamówień publicznych*), czyli ogłoszenie musiałyby być wszczęte po 01.01.2021 r. Miasto Mińsk Mazowiecki po zapoznaniu się z opinią dostępną na stronie [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl) zastosowało się do jej zaleceń podzielaając wyrażoną w nim argumentację i zamieściło informację na platformie na której zamieszczono postępowanie przetargowe i w dniu 05.03.2021 złożyło gwarantowi oświadczenie o zwolnieniu wadium.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podnosi, że nawet gdyby przyjąć, iż ogłoszenie o zamówieniu zainicjowało postępowanie przetargowe to Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta podległaby odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r ze względu na nie udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający pismem z dnia 16.02.2021 r za pośrednictwem platformy na której jest prowadzone postępowanie skierował do Odwołującego pismo wzywające do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wyznaczając termin do 22.02.2021 r . Odwołujący nie odpisał na przedmiotowe pismo

Zamawiającego w wyznaczonym terminie. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż sposób korespondencji w zakresie prowadzonego postępowania opisany został w dziale 6 SIWZ.

” 6. INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ ZAMAWIAJĄCEGO Z WYKONAWCAMI ORAZ PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, A TAKŻE WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH DO POROZUMIEWANIA SIĘ Z WYKONAWCAMI w pkt 3 i 5

3) Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl (dalej jako „Platforma”) pod adresem: platformazakupowa.pl/pn/minsk\_maz

5) Zamawiający będzie przekazywał wykonawcom informacje w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. ... Korespondencja, której zgodnie z obowiązującymi przepisami adresatem jest konkretny wykonawca, będzie przekazywana w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy do konkretnego wykonawcy.”

Powyższe potwierdza interpretacja dostępna na stronie UZP <https://www.uzp.gov.pl/bazawiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/razaco-niska-cena> „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dostawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Potwierdzeniem powyższej tezy jest orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej a w szczególności Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r nr KIO 282/18 „Z regulacji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający obowiązany jest do odrzucenia na tej podstawie oferty nie tylko w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w sytuacji nie udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień. Zdaniem Izby z drugim z wymienionych powyżej przypadków mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Skład orzekający podziela przy tym pogląd, zgodnie z którym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę. Niewątpliwie w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem Izby powyższe związane jest z ogólnym założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się

w oczekiwaniu na doręczenie przez wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem Izby uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę.”

Wykonawca złożył wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w dniu 02.03.2021 r. tj. 7 dni po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. W aktach sprawy znajduje się potwierdzenie daty przyjęcia wezwania przez odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego potwierdzają w szczególności niżej wskazane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

1) Wyrok KIO z 10 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2003/14 złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

2) KIO 3448/20 z dnia 20 stycznia 2020 r. Wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty.

3) KIO 3098/20 z dnia 18 grudnia 2020 r Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny został ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, a brak ich złożenia, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, niepopartych dowodami skutkować winny odrzuceniem oferty. Dokonując oceny treści wyjaśnień wykonawcy pod kątem ich kompletności nie bez znaczenia pozostaje treść wezwania wystosowanego do niego przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a p.z.p., treść wyjaśnień musi bowiem korespondować z treścią wezwania, także pod względem szczegółowości. Wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie objęte treścią wezwania zagadnienia i pozwalać zamawiającemu na dokonanie pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty wykonawcy nie

*jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych założeń. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 p.z.p. To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by zostały one poparte dowodami.*

*4) KIO 3166/20 z dnia 17 grudnia 2020 r. Zamawiający uprawniony jest kierować do Wykonawcy kolejne wezwania o wyjaśnienie ceny oferty, jeżeli pojawiają się po jego stronie nowe wątpliwości lub mają miejsce nowe okoliczności, które mogą wpływać na poprawność kalkulacji ceny ofertowej. W przypadku gdy Zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień, a tak należy potraktować fakt złożenia ich po wyznaczonym terminie, oferta takiego wykonawcy musi zostać odrzucona. Wezwania do złożenia wyjaśnień nie można traktować jako czynności iluzorycznej. Czynność ta ma doniosłe znaczenie w postępowaniu, prowadzi bowiem do oceny czy w cenie oferty wezwanego wykonawcy dokonano prawidłowych założeń, ujęto całość przedmiotu świadczenia, uwzględniono wszystkie koszty osobowe, materiałowe, inne, marżę, prawidłowo zidentyfikowano i oszacowano ryzyka, które mogą się pojawić w trakcie wykonywania zobowiązania umownego.*

*Złożenie wyjaśnień z uchybieniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego traktowane jest na równi w zakresie skutków jak brak takich wyjaśnień. Skutkiem jest zaś konieczność odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Przepis art. 90 ust. 3 p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego treść nie pozostawia pola do interpretacji. Brak złożenia wyjaśnień jest bezwzględną przesłanką do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.*

*Takiej samej oceny należałoby również dokonać na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przy ewentualnym zastosowaniu normy z art. 224 ust. 6 tej ustawy.”*

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, 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

postępowania 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., zwana dalej „NPzp” albo „ustawy Pzp 2019”).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej jako „Pzp 2004”):

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1, 1a, 1b oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp 2004 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wPzp 2019 poprzez opublikowanie „Informacji” z dnia 4 marca 2021 r. równoważnej w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania, bez wystąpienia którejkolwiek z przesłanek ustawowych do unieważnienia postępowania oraz bez podstawy prawnej i faktycznej do stwierdzenia, że postępowanie nie istnieje, po tym jak postępowanie zostało wszczęte i było prowadzone do dnia 4 marca 2021 r. na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004 znajdujących zastosowanie w przedmiotowej sprawie, co prowadzi ponadto do naruszenia zasad uczciwej konkurencji;

2) ewentualnie, w przypadku stwierdzenia, iż do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp 2019:

- art. 16 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 1-8, art. 257, art. 258 ust. 1, art. 260 Pzp 2019 poprzez opublikowanie „Informacji” z dnia 4 marca 2021 r. równoważnej w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania, bez wystąpienia którejkolwiek z przesłanek ustawowych do

unieważnienia postępowania oraz bez podstawy prawnej i faktycznej do stwierdzenia, że postępowanie nie istnieje.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2020 r. przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W dniu 4 stycznia 2021 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano Ogłoszenie o zamówieniu. W tym samym dniu, postępowanie zostało opublikowane na platformie internetowej wykorzystywanej przez Zamawiającego. Zarówno postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, jednoznacznie wskazywały, że postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004. Na tę ustawę powoływał się również Zamawiający dokonując kolejnych czynności w postępowaniu. Jedną z nich, było otwarcie ofert, do którego doszło w miesiąc po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, tj. w dniu 4 lutego 2021 r. Po zapoznaniu się ze złożonymi w postępowaniu ofertami, miesiąc po upływie terminu składania ofert i dwa miesiące po opublikowaniu Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazał Wykonawcom „Informację” z dnia 4 marca 2021 r. W tym czasie przeprowadził również wobec trzech Wykonawców postępowanie wyjaśniające w zakresie ceny rażąco niskiej w tym także wobec Odwołującego. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie w dniu 15 lutego 2021 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi najpierw pismem z 23 lutego 2021 r., gdzie stwierdził, że otrzymał wezwanie dopiero 23 lutego 2021 r., a następnie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej pismem z 2 marca 2021 r. W dniach 1-2 marca 2021 r. Zamawiający przeprowadził czynności sprawdzające i korespondencje z platforma zakupową, co do terminu przekazania pisma z 15 lutego 2021 r. W ramach informacji z dnia 4 marca 2021 r. Zamawiający powołał się na interpretację opublikowaną w zakładce „Aktualności” na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający poinformował, że przesłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 grudnia 2020 r. ogłoszenie „nie zainicjowało postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

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: „Ilekcioć 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: „Ilekcioć 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 nieograniczonego, 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.”

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie stwierdzając że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do kwestii tego czy mamy do czynienia z postępowaniem nieistniającym. W tej materii wymaga podkreślenia, że należy uznać, iż nie mamy do czynienia z sytuacją zaistnienia nie istniejącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie bowiem w takiej sytuacji nie przysługiwałby środek ochrony prawnej, gdyż postępowanie nie można byłoby przypisać do któregośkolwiek z reżimu prawnego. Zawęzałoby to dostęp do korzystania ze środków ochrony prawnej. Byłoby też sprzeczne z art. 1 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.: „ (...) Państwa członkowskie podejmą 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. (...)*”.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie zostało opublikowane 4 stycznia 2021 r. i od tej daty jest widoczne dla Wykonawców krajowych i zagranicznych. W ocenie Izby podobnie jak w sprawie o sygn. akt: KIO 185/21 czynnością wywołującą skutki prawne jest publikacja ogłoszenia, gdyż wtedy uzewnętrzniona jest wola podmiotu publicznego, czynność zaś przekazania ma charakter techniczny. Izba w całości podzieliła przedstawioną tam argumentację prawną. Zgodnie z tym wyrokiem: *„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. (...)*”.

W konsekwencji wobec przyjęcia stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z 12.02.2021 r., sygn. akt: KIO 185/21 i ustalenia, że najbliższym możliwym terminem jest termin publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym, jako czynność następująca po przekazaniu ogłoszenia, uznać należy, że zastosowanie mają przepisy Pzp z 2019r. Podobnie w przywołanym wyroku KIO: *„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 upływie

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 (...).”(“...”).

Jednocześnie, Zamawiający nie może 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 obowiązujące przed dniem 1 stycznia 2021 r. Nadto, w obecnym stanie faktycznym zasadnie

przyjął Odwołujący formułując zarzuty odwołania, że czynność z 4 marca 2021 r. należy uznać za równoważną w skutkach do informacji o unieważnieniu postępowania. Za taką uznaje ją Izba. Jednakże Odwołujący błędnie przyjął, że nie wystąpiła którakolwiek z przesłanek ustawowych do unieważnienia postępowania. W ocenie Izby bowiem z racji zastosowania przepisów nowej ustawy Pzp z 2019 r. należy uznać, że de facto postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 NPzp). Postępowanie bowiem wbrew wnioskowi Odwołującego o jego kontynuowanie pod rządami ustawy Pzp z 2004 r. lub pod rządami ustawy Pzp z 2019 r. nie może być kontynuowane. W zakresie ustawy Pzp z 2019 r. postępowanie nie może być kontynuowane, gdyż było prowadzone stosując przepisy obowiązujące przed 1 stycznia 2021 r. (nawet po otwarciu ofert – procedura wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej). Na obecnym etapie po otwarciu ofert nie ma możliwości dostosowania ogłoszenia i dokumentów zamówienia, jak zostało to nakazane w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 185/21 do przepisów nowej ustawy Pzp z 2019 r. należy bowiem zauważyć, że czynność otwarcia ofert ma charakter niepowtarzalny i jednorazowy (tak też w wyroku KIO z dnia 4 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1096/16: *„Publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę.* (...).”, czy też w wyroku KIO z 14 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 190/20: *„co do zasady podważa twierdzenie, jakoby czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miały charakter niepowtarzalny (z wyjątkiem dotyczącym czynności otwarcia ofert, której - ze względu na jej istotę - powtórzyć się nie da).”*). W konsekwencji zaistniała wada niemożliwa do usunięcia, gdyż obecny etap postępowania uniemożliwia jakakolwiek modyfikację, czyli sanowanie ogłoszenia i dokumentów zamówienia. W orzeczeniu KIO o sygn. akt: KIO 185/21 stwierdza się również, że gdyby stopień skomplikowania dokumentów zamówienia uniemożliwiał modyfikacje taki stan rzeczy będzie wiązał się z unieważnieniem postępowania, co adekwatnie zaistniało w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji dalsze prowadzenie postępowania tak w reżimie ustawy Pzp z 2004 r. (z racji publikacji ogłoszenia w dniu 4 stycznia 2021 r.), jak i w reżimie ustawy Pzp z 2019 r. (z racji stopnia zaawansowania postępowania) nie jest możliwe.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że nie odmawia Odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, gdyż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie antycypuje ewentualne zdarzenie przyszłe, które nie miało miejsca, gdyż oferta Odwołującego nie została odrzucona w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego co do ceny rażąco niskiej. Przy czym, zasadnie podnosił Odwołujący, iż była to nowa okoliczność, która nie może być przedmiotem rozpoznania, tak jak nie mogą być

przedmiotem rozpoznania ewentualne nowe zarzuty odwołania. Izba wskazuje niniejsze za wyrokiem KIO z 02.02. 2021 r., sygn. akt: KIO 39/21: „(...)Tak bowiem jak Odwołujący nie może formułować nowych zarzutów na rozprawie, tak i Zamawiający nie może formułować nowych podstaw w tym wypadku odrzucenia, ponad to co znajdowało się w informacji o odrzuceniu z 23.12.2020 r. Tak też w wyroku KIO z 02.02.2021 r., sygn. akt: KIO 6/21, KIO 12/21(...)”. Izba się do nich jedynie odniosła, z uwagi na materialno-prawny charakter przesłanek interesu, których nie spełnienie skutkuje oddaleniem odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....