

WYROK
z dnia 8 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Info-Lider Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Asseco Poland S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Gnieźnieńska 12, 40-142 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Bohaterów Warszawy 67, 28-100 Busko-Zdrój,**

przy udziale wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Bohaterów Warszawy 67, 28-100 Busko-Zdrój** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Info-Lider Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Asseco Poland S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Gnieźnieńska 12, 40-142 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. Bohaterów Warszawy 67, 28-100 Busko-Zdrój** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Info-Lider Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Asseco**

Poland S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Gnieźnieńska 12, 40-142 Katowice
kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą
koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zespół Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego w Zespole Opieki Zdrowotnej w Busku-Zdroju”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 25 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 227-368341.

Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu wskazał fakt, iż na jeden dzień przed wyznaczonym terminem składania ofert dokonał wydłużenia terminu składania ofert o dwa dni. Dokonana zmiana terminu składania i otwarcia ofert została przeprowadzona z naruszeniem art. 38 ust. 1 pkt. 1 i art. 38 ust. 4a pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania argumentował, że w wyniku dokonanej zmiany doprowadzono do złożenia oferty przez jednego z wykonawców z gwarancją wadialną na okres krótszy o jeden dzień od wymaganego. Wykonawca w takich okolicznościach winien być wykluczony z postępowania. Zamawiający podniósł także, że dokonanie zmiany terminu składania i otwarcia ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, powoduje rozbieżności ogłoszenia o zamówieniu z innymi dokumentami określającymi termin składania ofert oraz warunki konieczne do udziału w postępowaniu, tym samym istnieje ryzyko wprowadzenia potencjalnych Wykonawców w błąd, dlatego takie naruszenie ustawy może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania.

Zamawiający podzielił pogląd wyrażony w wyroku KIO 34/11, zgodnie z którym wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych musi prowadzić do wniosku, że uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 ustawy, wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Info-Lider Spółka z o.o. i Asseco Poland S.A., zwani dalej Odwołującym, wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego podjętą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na unieważnieniu postępowania, pomimo braku przesłanek do wykonania takiej czynności. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione unieważnienie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z dokonaną przez Zamawiającego oceną przesłanki unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poza sporem jest, iż Zamawiający uchybił przepisowi art. 38 ust. 4a pkt. 2 ustawy PZP, bowiem dokonując przedłużenia terminu składania ofert powinien był, stosownie do treści tego przepisu przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, stosownie do obowiązujących w tym zakresie przepisów i formularzy, czego jednak nie uczynił.

Stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt. 7 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. W ocenie zaistnienia tej przesłanki, konieczne jest wzięcie pod uwagę treści art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisów tych wynika, że unieważnienie postępowania w przedmiotowym przypadku wymaga spełnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

- 1) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą wynikającą z naruszenia przepisów ustawy PZP,
- 2) wada ta musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, tj. wynikać z naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący argumentował, że o ile można mówić, że Zamawiający wykazał spełnienie przesłanki pierwszej (zaniechania przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu rzeczywiście nie może Zamawiający na obecnym etapie postępowania sanować, a zatem jest to wada nieusuwalna), tak w żaden sposób Zamawiający nie wykazał by zaktualizowała się przesłanka druga. Naruszenie przepisów ustawy PZP, tj. art. 38 ust. 4a wymaga wykazania, iż brak przekazania do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w związku z przedłużeniem terminu składania ofert miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że wszystkie oferty złożone w

przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły w zmienionym przez Zamawiającego terminie składania ofert. Żadna oferta nie wpłynęła w pierwotnym terminie składania ofert. Wynika z tego, że wszyscy wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o przedmiotowe zamówienia publiczne zapoznali się ze zmienionym przez Zamawiającego terminem składania ofert. Z terminem tym zapoznał się zatem również wykonawca, który złożył ofertę z gwarancją wadialną na okres krótszy o jeden dzień od wymaganego i z tego tytułu powinien podlegać wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. W tym przypadku zatem to nie brak wiedzy o terminie składania ofert był przyczyną złożenia wadliwej gwarancji wadialnej. Na przeszkodzie w złożeniu prawidłowej gwarancji nie mogło również stać samo przesunięcie terminu składania ofert. Wykonawca ten dysponował gwarancją ubezpieczeniową (załączoną do oferty) i mógł stosownym aneksem uzyskać od Gwaranta tak nieznaczne przesunięcie w okresie jej obowiązywania. Odwołujący podkreślał, że informacja o zmianie terminu składania ofert była powszechnie dostępna na stronie internetowej Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający poinformował o przesunięciu terminu składania ofert wszystkich wykonawców, którzy w przedmiotowym postępowaniu składali wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również wykonawcę, który złożył wadliwą gwarancję wadialną tytułem wadium.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie miał ani nie mógł mieć wpływu na poszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu, zatem hipotetycznie do postępowania nie mogła wpłynąć oferta z korzystniejszą ceną niż najkorzystniejsza oferta złożona, co zmieniałoby w ten sposób wynik postępowania.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2134/11). Izba w podobnym stanie faktycznym oceniła, iż naruszenie zamawiającego związane z brakiem publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, a w konsekwencji zakwestionowała prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Ze stanu faktycznego wskazanego w tym orzeczeniu wynika, iż konsekwencje zaniechania zamawiającego były w tym przypadku szersze niż w przedmiotowym postępowaniu, bowiem zaniechano publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w związku ze zmianą warunków udziału w postępowaniu, a także zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert w postępowaniu, również nie opublikował informacji w tym zakresie. Postępowanie było objęte kontrolą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który nie wskazał żadnych zaleceń pokontrolnych, ani też nie uznał za zasadne, aby koniecznym było unieważnienie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący powoływał się na orzecznictwo KIO odnośnie stosowania art. 146 ust. 6 ustawy PZP, w szczególności wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1698/11) zgodnie z którym „niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, która pozwalałaby zamawiającemu na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakąkolwiek wadę postępowania, co mogłoby zagrażać przestrzeganiu zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania miało miejsce po ujawnieniu listy wykonawców lub po dokonaniu oceny ofert (...)”.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu Odwołującego (wskazanemu w opozycji wobec przystąpienia) Przystępujący wykazał, iż posiada interes w przystąpieniu po stronie Zamawiającego i uzyskaniu rozstrzygnięcia na jego korzyść. W przypadku bowiem rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na rzecz Odwołującego, sytuacja Przystępującego uległaby pogorszeniu. Utraciłby możliwość ponownego wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia korzystniejszej oferty.

W treści przystąpienia, (podobnie jak w piśmie Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 20 lutego 2012 roku) podkreślony został fakt, że jeden z wykonawców wniósł wadium niezgodnie z nowym wyznaczonym terminem składania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega w szczególności na tym, iż oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, wobec czego gdyby Zamawiający nie unieważnił postępowania Odwołujący miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 31 stycznia 2012 roku dokonał modyfikacji SIWZ przez zmianę rachunku bankowego, na który należy wpłacać wadium, jak również przez zmianę terminu składania ofert, przesuając ten termin o 2 dni, tj. z dnia 1 lutego 2012 roku na dzień 3 lutego 2012 r. Informację o powyżej dokonanej modyfikacji SIWZ Zamawiający zamieścił w dniu 31 stycznia 2012 roku na swojej stronie internetowej. Wszyscy Wykonawcy złożyli oferty w dniu 2 lutego i 3 lutego, żaden z Wykonawców nie złożył oferty w pierwotnie wyznaczonym przez Zamawiającego terminie składania ofert, tj. w dniu 1 lutego 2012 roku.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezwzględnie przesłanki unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego określa art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast względna przesłanka unieważnienia umowy określona jest w art. 146 ust. 6 ustawy, dlatego przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania niezbędne jest ustalenie, czy w przypadku, gdyby postępowanie było przez Zamawiającego dalej prowadzone i doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowa taka nie zostałaby unieważniona na podstawie powołanych przepisów ustawy. W ocenie Izby w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego brak byłoby podstaw do jej unieważnienia na podstawie art. 146 ust. 1 i ust. 6.

W niniejszej sprawie należy dokonać oceny, czy zaistniały przesłanki, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania na podstawie artykułu 93 ust. 1 pkt 7. Bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający dokonał naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie powyższego przepisu ustawy. Zamawiający dokonał bowiem modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmiany terminu składania ofert, informację tę Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej. W dniu 31 stycznia 2012 r. ukazała się na stronie internetowej Zamawiającego informacja o zmianie numeru rachunku bankowego, na który należy wpłacać wadium. Równocześnie Zamawiający poinformował, że zmienia termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu z dnia 1 lutego na dzień 3 lutego 2012 roku. Zamawiający nie przekazał jednak ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w zakresie zmienionego terminu składania ofert do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jakkolwiek zaniechanie czynności przesłania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich można uznać za naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to w ocenie Izby nie zostało wykazane w przedmiotowym postępowaniu, aby

naruszenie tego artykułu stanowiło wadę, która uniemożliwiłaby zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wykazanie wpływu na wynik postępowania obciąża Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie może to być wpływ bliżej nieokreślony i nieuprawdopodobniony.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję o unieważnieniu postępowania poprzez fakt, że wprowadzona zmiana doprowadziła do złożenia oferty przez jednego z wykonawców z gwarancją wadialną na okres krótszy o jeden dzień od wymaganego. Wykonawca w takich okolicznościach winien być wykluczony z postępowania.

Izba ustaliła, że wykonawca ten – firma ESAProjekt sp. z o.o. - złożył ofertę w dniu 2 lutego 2012 roku, a więc jeden dzień po pierwotnie wyznaczonym terminie do składania ofert. Na przedstawionej kopii koperty tego wykonawcy został umieszczony napis: „Nie otwierać przed 03.02.2012 r. godz. 09:30”. Powyższe oznacza, że ww. Wykonawca miał wiedzę i pełną świadomość, że termin składania ofert upływał w dniu 3 lutego 2012 r. Zatem fakt, że ów wykonawca nie przedłużył terminu gwarancji wadialnej w taki sposób, aby obejmowała ona okres dłuższy (wynikający z przedłużenia terminu składania ofert) nie wynikał z faktu błędu wykonawcy co do terminu składania ofert, wywołanego brakiem przekazania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Błąd ten był wynikiem wydłużenia terminu składania ofert przez Zamawiającego, a tak naprawdę tym, iż wykonawca ten nie przedłużył terminu obowiązywania gwarancji wadialnej. Ta czynność jednak nie stanowi sporu pomiędzy stronami, nie jest bezprawna i nie jest przedmiotem odwołania. Brak więc ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nie wpływał na działania wykonawcy. Podanie przez tego wykonawcę na kopercie zawierającej ofertę napisu „Nie otwierać przed 03.02.2012 r. godz. 09:30” oznacza, że wykonawca ten miał pewną świadomość tego, jaki jest nowy termin składania ofert określony przez Zamawiającego. Wynika z tego, że źródłem wiedzy wykonawcy nie mogło być ogłoszenie zamieszczone w Dzienniku Urzędowym WE, gdyż Zamawiający nie zamieścił w tym Dzienniku ogłoszenia o przedłużeniu terminu składania ofert. Tym samym zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie miało żadnego wpływu na działania tego wykonawcy. Nie można więc uznać, iż zaniechanie przez tego wykonawcę przedłużenia gwarancji wadialnej stanowi wyłącznie zaniedbanie tego wykonawcy, nie ma żadnego związku z niezamieszczeniem przez Zamawiającego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym, zatem nie można powiedzieć, że stanowi wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający argumentował, że dokonanie zmiany terminu składania i otwarcia ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, powoduje rozbieżności ogłoszenia o zamówieniu z innymi dokumentami określającymi termin składania ofert oraz warunki

konieczne do udziału w postępowaniu, tym samym istnieje ryzyko wprowadzenia potencjalnych Wykonawców w błąd, dlatego takie naruszenie ustawy może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania. Izba zauważa jednakże, że rozbieżność ta nie miała żadnego wpływu na postępowanie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty, złożyli je w nowym terminie składania ofert określonych przez Zamawiającego. Żadna oferta nie wpłynęła w dniu 1 lutego 2012 roku, a więc w pierwotnie wyznaczonym terminie do składania ofert. Zatem nie można uznać, że Zamawiający doprowadził do pogorszenia sytuacji niektórych wykonawców. Zamawiający nie wykazał zatem, w jaki sposób rozbieżność wpłynęła na wynik postępowania.

Ponadto Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu, które jest przedmiotem niniejszego postępowania, ukazało się w dniu 25 listopada 2011 roku. W treści ogłoszenia znalazła się informacja, iż ogłoszenie zostało przekazane do publikacji w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 22 listopada 2011 roku. Pomiędzy przesłaniem ogłoszenia do publikacji, a faktycznym ukazaniem się ogłoszenia, upływa określony czas. Powyższe oznacza, że dzień przekazania ogłoszenia nie oznacza dnia publikacji ogłoszenia. Zatem najprawdopodobniej (biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający wydłużył termin składania ofert o zaledwie 2 dni), gdyby Zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 31 stycznia 2012 roku, nie oznaczałoby to, iż ogłoszenie ukaże się jeszcze w tym samym dniu. Ogłoszenie mogłoby ukazać się w terminie późniejszym, a niewykluczone, że w dniu nowego terminu składania ofert. Powzięcie przez wykonawcę informacji o prowadzonym postępowaniu wyłącznie na podstawie ogłoszenia, które opublikowane byłoby przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, nie pozwoliłoby na przygotowanie i złożenie oferty w nowym terminie wskazanym przez Zamawiającego. Okoliczność ta przesądza, że zaniechanie Zamawiającego nie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Trudno uznać, że działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowią wadę, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Wszyscy wykonawcy złożyli oferty w nowym terminie składania ofert określonym przez Zamawiającego. Biorąc także pod uwagę czas od przesłania do publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym WE trudno przypuszczać, że nieukazanie się ogłoszenia o wydłużeniu terminu składania ofert w Dzienniku Urzędowym WE pozbawiło jakiegokolwiek wykonawcę możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie podjął próby wykazania, że taka sytuacja mogła mieć miejsce.

Zamawiający w trakcie rozprawy jako wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy wskazał zagrożenie wymierzeniem Zamawiającemu

korekt finansowych, a tym samym konieczność zapłaty przez Zamawiającego znacznej kwoty finansowej, której zapłacenie przekracza możliwości Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający wprost wypowiedział się, że możliwość nałożenia korekt finansowych nie stanowiła podstawy do unieważnienia w dniu 20 lutego 2012 roku. Bowiem Zamawiający przyznał, iż dopiero dzień przed rozprawą dowiedział się o takiej możliwości, a wiedzę tę miał powziąć z rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z niezidentyfikowanym pracownikiem Urzędu Marszałkowskiego. Zatem Zamawiający powoływał się na nowe okoliczności, co do których uzyskał wiedzę już po dokonaniu czynności unieważnienia. Na marginesie jedynie należy podnieść, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wymierzenia Zamawiającemu kar finansowych w przypadku dalszego prowadzenia postępowania, Zamawiający stwierdzał jedynie okoliczności przyszłe, niepewne.

Z treści pisma o unieważnieniu postępowania nie wynika, aby okoliczność wymierzenia kar finansowych była podstawą unieważnienia postępowania. Zamawiający w trakcie rozprawy podał kolejną przesłankę unieważnienia postępowania, która w jego ocenie stanowi nieusuwalną wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. fakt, że tylko część wykonawców została poinformowana przez Zamawiającego telefonicznie o zmienionym terminie składania ofert. Zamawiający nie powołał się na powyższe okoliczności w treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący nie mógł zapoznać się z takimi przesłankami unieważnienia, tym samym nie miał możliwości objąć ich zarzutami odwołania. Jeśli nie stanowiły one przedmiotu zarzutu, nie mogą być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę. Art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty stanowią okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem zamawiającego w postępowaniu, które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa. Zamawiający nie podał żadnych okoliczności faktycznych co do nakładanych na niego korekt jako podstawy uzasadnienia unieważnienia postępowania. Stąd należy uznać, że nie mogły być one podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający, broniąc swojej decyzji, próbuje ją sanować okolicznościami, które nie stanowiły jej podstawy w chwili jej dokonania i o których wykonawcy nie zostali poinformowani. Okoliczności te nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Jeśli Zamawiający stwierdzi konieczność unieważnienia postępowania na innej podstawie, to unieważnienie takie będzie nową czynnością w postępowaniu, o której ma obowiązek poinformować wykonawców i wobec której będą wykonawcom przysługiwać środki ochrony prawnej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....