Sygn. akt: KIO 967/21

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r. przez **wykonawcę MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Baninie**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Baniniei zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Baninie tytułem wpisu od odwołania.

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 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: ……

Sygn. akt KIO 967/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa sprzętu medycznego" (numer postępowania SZP/ZPZ/42/2021/KP).* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2021 r., za numerem 2021/S 022-051974.

W dniu 26 marca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Baninie– dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty w części 1 postępowania, co miało istotny wpływ na wynik postępowania oraz wobec czynności unieważnienia części 1 postępowania, jako czynności naruszających przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) – dalej „ustawa pzp".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i automatyczne przyjęcie przez Zamawiającego, iż „wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień skutkowałoby w istocie negocjowaniem złożonej przez niego oferty oraz niedopuszczalną zmianą jej treści", podczas gdy ww. przepis w sytuacji powzięcia wątpliwości dotyczących treści oferty obliguje każdego zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień i dopiero w następstwie ich złożenia, zamawiający są legitymowani czy wyjaśnienia te są dopuszczalne czy też nie w świetle art. 233 ust. 1 ustawy pzp;

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w ramach postępowania jako niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy z treści oferty Wykonawcy oraz dołączonych do niej formularzy jednoznacznie wynika, iż oferta Wykonawcy spełnia wszelkie wymagania, jakie Zamawiający określił w dokumentach postępowania;

3. naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie części 1 postępowania jako konsekwencja wadliwego przyjęcia, iż oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu, podczas gdy z dokumentów postępowania wynika, iż oferta Wykonawcy nie podlegałaby odrzuceniu, gdyby Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty jak również dokonałby rzetelnej i starannej, a nie pobieżnej analizy treści oferty Wykonawcy.

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

1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 16 marca 2021 r. polegającej na unieważnieniu postępowania;

2) nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty;

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności wpisu w wysokości 15.000,00 zł oraz uzasadnionych kosztów poniesionych przez Wykonawcę, w szczególności kosztów związanych ze stawiennictwem na rozprawie, których szczegółowe zestawienie zostanie przedłożone na rozprawie, jak również kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając złożone odwołanie Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ postępowanie podzielone było na 3 części i Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na poszczególne części. Termin składania ofert upłynął w dniu 12 marca 2021 r. Wykonawca złożył jedyną ofertę w ramach części 1 postępowania. Jednakże Zamawiający unieważnił część 1 postępowania wskazując, iż podstawą takiej decyzji była konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co zostało zawarte w zawiadomieniu z dnia 16 marca 2021 r. o unieważnieniu postępowania. Swoją decyzję Zamawiający oparł na uznaniu, iż:

1. nie zachodzą przesłanki do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty, albowiem zdaniem Zamawiającego stanowiłoby to niedozwolone negocjacje oferty;

2. Wykonawca w sposób nieuprawniony dopisał w formularzu asortymentowo- cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ jedną pozycję „Integracja RIS/Pacs" oraz wycenił ją, a w Formularzu ofertowym Wykonawca oświadczył, że oferuje realizację przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w Załączniku nr 1 do SWZ - formularzu asortymentowo-cenowym,

podczas gdy Zamawiający nie wymagał wyceny jakiejkolwiek innej pozycji poza tą określoną w formularzu asortymentowo- cenowym tj. „RTG jezdny cyfrowy";

3. nie ma pewności czy zaoferowany przez Wykonawcę RTG jezdny cyfrowy za kwotę 512 499,96 zł posiada właściwość wymaganą przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ Lp.50 tj. Podłączenie i integracja mechanizmu Dicom Worklist (pobieranie listy zleconych badań oraz danych pacjentów z istniejącego systemu R1S/PACS) oraz bieżącej aktualizacji wykonanych badań i przesyłania ich do istniejącego systemu R1S/PACS, czy też cecha ta została wyceniona oddzielnie w pozycji Integracja RIS/Pacs w Załączniku nr 1 za kwotę 1 968 zł.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 233 ustawy pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie przyjął, iż wyjaśnienia Wykonawcy zmierzałyby do obejścia ustawy pzp i prowadziły do negocjacji oferty już złożonej. Doktryna i orzecznictwo obligują zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień i dopiero na ich podstawie ustalenia czy są one niezgodne z art. 233 ust. 1 ustawy pzp, czy też zamawiający takie ustalenia może uznać za zasadne. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt XII Ga 101/18, wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2395/19, wyrok KIO z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2267/19, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2144/19, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1263/19, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1193/19, wyrok KIO z dnia 21 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2322/18.

Odwołujący zauważył, że z decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania wynika, że Zamawiający miał wątpliwości odnośnie treści złożonej oferty, a postępowanie Zamawiającego cechowało się zbytnim formalizmem. Wykonawca zadeklarował pełne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 1844/19 oraz wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2503/18.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazał, że wadliwe jest stanowisko Zamawiającego, jakoby oferta Wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca wskazał, że dokumenty postępowania nie zostały przygotowane przez Zamawiającego z należytą starannością, albowiem w ramach części 1 postępowania Zamawiający obok dostawy ręcznego jezdnego aparatu rtg, do którego znajduje zastosowanie stawka 8 % podatku VAT objął usługę polegającą na podłączeniu i integracji mechanizmu Dicom Worklist oraz bieżącej aktualizacji wykonanych badań i przesyłania ich do istniejącego systemu RIS/PACS, dla której właściwą stawką podatku VAT jest 23 %. Tymczasem w żadnym miejscu SWZ, czy też załączników do tego dokumentu Zamawiający nie określił wysokości należnego podatku VAT (za dostawę aparatu i za usługę), przy czym to na Zamawiającym jako dysponencie postępowania spoczywa obowiązek posiadania wiedzy jaka stawka podatku VAT jest właściwa i to Zamawiający powinien dokonać oceny ofert, które są porównywalne, tj. takie które zawierają cenę, przy obliczeniu której zastosowano stawkę podatku VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Już zatem na wstępie dokumenty postępowania były wadliwe i wady tej do czasu unieważnienia postępowania Zamawiający nie usunął.

Odwołujący zaznaczył, że dołożył należytej staranności konstruując ofertę w taki sposób aby była ona zgodna z przepisami obowiązującego prawa podatkowego. Z tego względu Wykonawca zmuszony był w treści formularza asortymentowo – cenowego wskazać dodatkową rubrykę. Jeśli Odwołujący nie dokonałby osobnej wyceny usługi naraziłby się na odrzucenie oferty, jako niezgodnej z przepisami ustawy pzp tj. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego w sposób uprawniony dokonał on ingerencji w formę dokumentu postępowania i nie stanowi to o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 490/20, wyrok KIO z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1046/19, wyrok SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11.

Odwołujący wskazał również, że złożył wraz z ofertą formularz ofertowy oraz formularz asortymentowo – cenowy, oświadczając że oferowany przez niego aparat rtg spełnia wymagania określone w dokumentach zamówienia. W treści załącznika w poz. L.p. 50 Wykonawca wskazał, że usługa zostanie przez niego zrealizowana w ramach przedmiotu zamówienia i umieścił tą pozycję w formularzu asortymentowo – cenowym stosując uproszczone oznaczenie „Integracja Ris/Pacs". Z załącznika tego jednoznacznie wynikało, że pozycja dodana przez Wykonawcę wynika z dokumentów zamówienia i odnosi się do poz. L.p. 50 załącznika nr 7 SWZ. Mając na względzie, że oznaczenie dopisanej rubryki oznacza pełne podłączenie do systemu szpitalnego zarówno w zakresie wysyłki badań jak i odbioru zleceń na badania, a także że Wykonawca zaznaczył w ramach załącznika nr 7 do SWZ, iż wykona usługę wskazaną w L.p. 50 tegoż załącznika, nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby sformułowanie przez Wykonawcę nazwy pozycji nie pozwalało na uznanie, że oferta Wykonawcy odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Tym bardziej, że sam Zamawiający dostrzega możliwość (choć nie ma pewności) tożsamości oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1062/20.

Odwołujący zaznaczył również, że pomimo wpisania dodatkowej rubryki w formularzu asortymentowo – cenowym Wykonawca wskazał (w tym samym dokumencie), iż cena netto za dostawę i usługę wyniesie 476 137,00 zł zaś cena brutto 514 467,96 zł. W żadnym miejscu Wykonawca nie zakwestionował zasad wypłaty wynagrodzenia jako wynagrodzenia jednorazowego wypłacanego za realizację całego zamówienia stanowiącego część 1 postępowania.

Odwołujący podkreślił, że merytoryczna zawartość oferty odpowiada zatem przedmiotowi zamówienia, jak również sposobie wykonania zamówienia. Tylko merytoryczna niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia pozwala zdyskwalifikować ofertę, jako niezgodną z warunkami zamówienia. Niezgodność mająca charakter formalny nie uzasadnia odrzucenia oferty. Powołał się na wyrok KIO z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 191/20, wyrok KIO z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt KIO 1672/19, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1374/19, wyrok KIO z dnia 31 lipca 2019 r., wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 987/19, wyrok KIO z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2238/18, wyrok KIO z dnia 4 października 2018 r., sygn. akt KIO 1910/18, wyrok KIO z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 222/20.

Zarzut dotyczący wadliwości decyzji o unieważnieniu postępowania stanowi konsekwencję wcześniejszych zarzutów. Wskutek wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie w części 1 postępowania.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania (art. 505 ust. 1 ustawy pzp) Wykonawca oświadczył, że posiada legitymację we wniesieniu odwołania albowiem jako jedyny podmiot złożył ofertę w części 1 postępowania, która została odrzucona. Wykonawca dysponuje zatem obiektywną tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebą uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wskutek niezgodnych z ustawą pzp czynności

Zamawiającego po stronie Wykonawcy wystąpiła szkoda rozumiana jako utracone korzyści, stanowiące stratę tego, co Wykonawca uzyskałby, gdyby nie wyrządzono mu szkody (wynagrodzenie w ramach postępowania: 514 467, 96 zł brutto).

W dniu 31 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp oraz zasądzenie kosztów postępowania, w postaci opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł i kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł, na podstawie faktury Vat dołączonej do odpowiedzi. Zamawiający zarzucił, że w trakcie czynności przekazania treści odwołania Wykonawca nie dochował warunków formalnych. Przekazanie odwołania nastąpiło bowiem niezgodnie z aktualną treścią art. 514 ust. 2 ustawy pzp. Zamawiający wskazując na zmianę powyższego przepisu zaznaczył, że biorąc po uwagę zasadę racjonalności ustawodawcy, iż w przypadku odwołania wnoszonego w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej Wykonawca ma obowiązek przekazać Zamawiającemu odwołanie, a więc pismo w takiej postaci, w jakiej zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Nie wystarczy, aby Wykonawca przekazał kopię odwołania zamawiającemu w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, a tak dokładnie zrobił Odwołujący w niniejszej sprawie. Zmiana przepisu w tym zakresie była jednak znacząca i obecnie czynności Odwołującego dokonanej w sposób wynikający z pierwotnego brzmienia art. 514 ust. 2 ustawy pzp nie można uznać za dokonaną prawidłowo. Koniecznym do podkreślenia faktem jest, że Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w rozdziale XIII pouczając o sposobie wnoszenia środków ochrony prawnej zawarł aktualnie obowiązujące przepisy ustawy pzp, to jest uwzględniające zmiany dokonane ustawą z 27 listopada 2020 r. Z brzmienia przepisów wprowadzonych ustawą z 27 listopada 2020 jednoznacznie wynika, że ustawodawca wprowadził pod rygorem odrzucenia samego odwołania w związku z brzmieniem art. 528 ust. 6 ustawy pzp wymóg przekazania odwołania Zamawiającemu w tej samej formie, w jakiej zostanie ono wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, kopia jest dopuszczalna wyłącznie w przypadku wniesienia odwołania w formie pisemnej. Wynika to z brzmienia przepisu, który w wypadku odwołania wnoszonego w formie innej niż pisemna mówi o przekazaniu „odwołania" a nie o przekazaniu jego kopii. W niniejszej sprawie winno się stwierdzić, że Odwołujący nie przekazał zamawiającemu odwołania, a jego kopię, co jest niezgodne z brzmieniem art. 514 ust. 2 ustawy pzp. Przekazanie nastąpiło więc z naruszeniem art. 514 ust. 2 ustawy pzp. Wobec takiego stanu faktycznego odwołanie winno być odrzucone w oparciu o art. 528 ust. 6 ustawy pzp.

Następnie w dniu 22 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania gdyż nawet na wypadek jego uwzględnienia oferta Odwołującego pozostanie nadal odrzucona wobec braku zaskarżenia tej czynności. W ocenie Zamawiającego odwołaniem nie objęto czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał również, że w dniu 19 kwietnia 2021 r. unieważnił czynność zawiadomienia o odrzuceniu oferty Wykonawcy i unieważnienia postępowania oraz dokonał ponownie tej czynności uzupełniając podstawę prawną unieważnienia postępowania poprzez dodanie jako podstawy prawnej art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2."* Natomiast art. 514 ust. 2 ustawy pzp stanowi, że: *„Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu."*

W myśl art. 189 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp 2004 r.: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5."*

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy pzp 2004 r.: *„Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej."*

W ocenie Izby, pomimo zmiany treści powyższego przepisu w ustawie pzp z 2019 r. w stosunku do art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy z 2004 r. w zakresie formy przekazanego odwołania, cel regulacji pozostał niezmieniony. Mianowicie, obowiązek przekazania odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia ma z jednej strony charakter informacyjny – zamawiający ma mieć możliwość zapoznania się z treścią zarzutów i żądań, a także okolicznościami faktycznymi i prawnymi uzasadniającymi odwołanie, z drugiej strony na postawie merytorycznej treści odwołania i złożonych dowodów zamawiający może przeprowadzić analizę, w wyniku której będzie uprawniony uwzględnić odwołanie w całości bądź w części. Ponadto, zamawiający musi otrzymać odwołanie aby wypełnić obowiązek, o którym mowa w art. 524 ustawy pzp, a więc przekazania niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania jego kopię *innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.*

W niniejszej sprawie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na nieprawidłową formę przekazanego odwołania. W ocenie Izby okoliczność taka nie uzasadnia odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp skoro Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią całości odwołania. Zaznaczenia wymaga, że wprowadzone zmiany w ustawie pzp 2019 mają związek z elektronizacją zamówień publicznych i oznaczają, że odwołanie może zostać również przesłane w oryginale, tj. np. w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem

elektronicznym. Kopia odnosi się zaś do sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione w formie pisemnej. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania, gdyż sformułował na jego podstawie merytoryczną odpowiedź na odwołanie. Odrzucenia odwołania nie uzasadnia także nieprzesłanie przez Odwołującego załączników. Zauważyć należy, że już z samego wykazu załączników wynika, że dotyczą one kwestii formalnych, jak pełnomocnictwo, wpis, stanowiące przedmiot badania przez Prezesa Izby oraz Izbę, do których uzupełnienia, poprawienia odwołujący jest wzywany w przypadku ich braku (art. 518 ustawy pzp). Natomiast pozostałe załączniki, jako stanowiące dokumentację postępowania były znane Zamawiającemu, gdyż były w jego posiadaniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. W ocenie Izby w momencie złożenia odwołania, a więc w dniu 26 marca 2021 r. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także mógł ponieść szkodę na skutek czynności Zamawiającego. Odwołujący złożył jedyną ofertę w postępowaniu, która została odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności Zamawiającego oferta Wykonawcy mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a Wykonawca uzyskałby zamówienie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie z treści odwołania wynika, że Odwołujący kwestionował czynność z dnia 16 marca 2021 r., tj. odrzucenia swojej oferty. Wskazuje na to postawiony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a także uzasadnienie faktyczne i prawne złożonego odwołania. W myśl art. 516 ustawy pzp na treść odwołania składa się nie tylko wskazanie czynności czy zaniechania czynności zamawiającego ale również zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądań, a także wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie Izby, z treści odwołania jednoznacznie wynika, że Odwołujący kwestionował czynność odrzucenia swojej oferty. Zauważenia wymaga, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2021 r. odnosi się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem kwestia ta nie powinna budzić wątpliwości.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie z dnia 31 marca 2021 r. oraz z dnia 22 kwietnia 2021 r. wraz z załącznikami.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu została złożona jedna oferta przez Odwołującego.

W dniu 16 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania w części 1 wskazując: *„Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu – w części 1 – wpłynęła tylko jedna oferta, która została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie z jego treścią Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z rozdziałem XI ust. 2 Oferta powinna zostać sporządzona poprzez wypełnienie elektronicznego formularza ofertowego oraz złożenie Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ i formularza asortymentowo-cenowego - Załącznik nr 1 do SWZ. Uwaga: W razie sprzeczności pomiędzy treścią elektronicznego formularza ofertowego i formularza asortymentowo-cenowego - załącznik nr 1 do SWZ, przyjmuje się, że Wykonawca złożył ofertę o treści zawartej w formularzu asortymentowo-cenowym, zaś elektroniczny formularz ofertowy będzie podlegał sprostowaniu. Wykonawca MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. w dołączonym do oferty formularzu asortymentowo-cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, dopisał jedną pozycję „Integracja RIS/Pacs" oraz wycenił ją. W Formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje realizację przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w Załączniku nr 1 do SWZ - formularzu asortymentowo-cenowym. Zamawiający nie wymagał wyceny jakiejkolwiek innej pozycji poza tą określoną w formularzu asortymentowo- cenowym tj. „RTG jezdny cyfrowy". Pozycja dodana przez Wykonawcę nie pokrywa się z żadną pozycją określoną przez Zamawiającego w szczegółowym opisie parametrów stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający wymagał zapewnienia w ramach części 1 zamówienia – podłączenia i integracji mechanizmu Dicom Worklist (pobieranie listy zleconych badań oraz danych pacjentów z istniejącego systemu RIS/PACS) orazbieżącej aktualizacji wykonanych badań i przesyłania ich do istniejącego systemu RIS/Pacs. Nie wymagał jednak osobnej wyceny tej części zadania. W wyniku modyfikacji Załącznika nr 1 przez Wykonawcę, Zamawiający nie ma pewności czy zaoferowany RTG jezdny cyfrowy za kwotę 512 499,96 zł posiada właściwość wymaganą przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ Lp.50 tj. Podłączenie i integracja mechanizmu Dicom Worklist (pobieranie listy zleconych badań oraz danych pacjentów z istniejącego systemu RIS/PACS) orazbieżącej aktualizacji wykonanych badań i przesyłania ich do istniejącego systemu RIS/PACS, czy też cecha ta została wyceniona oddzielnie w pozycji Integracja RIS/Pacs w Załączniku nr 1 za kwotę 1 968 zł. Sformułowanie przez Wykonawcę nazwy pozycji nie pozwala na uznanie, że odpowiada ona wymaganiom Zamawiającego. Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień skutkowałoby w istocie negocjowaniem złożonej przez niego oferty oraz niedopuszczalną zmianą jej treści. (…) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r. KIO 1974/20. Każde wyjaśnienie Wykonawcy w przedmiocie tego, co zaoferował w swoim formularzu stanowiłoby ustalenie treści oferty, a tym samym jego zmianę, co jest niedopuszczalne. (…) wyrok Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2019 r. KIO/KD 73/19. Cytowanej wyżej orzeczenia zostały wydane na tle poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nadal zachowują swoją aktualność. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści." W niniejszej sytuacji brak jest podstaw do poprawienia omyłki w ofercie Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp. Nie jest to omyłka ani pisarska, ani rachunkowa. Nie można jej również zakwalifikować, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki" – wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09. Nie można uznać, iż zachowanie Wykonawcy polegające na dodaniu do formularza dodatkowej pozycji jest omyłką. Jest to świadome, zamierzone działanie. W orzecznictwie ukształtował się pogląd zgodnie, z którym nie jest możliwe poprawienie błędu Wykonawcy, który nie ma charakteru omyłki. Wykonawca dokonując ingerencji w formularz asortymentowo- cenowy oraz dodając do niego kolejną pozycję nieprzewidzianą przez Zamawiającego, nie*

zaakceptował warunków płatności określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił w umowie, jak również w formularzu asortymentowo- cenowym, że przewiduje podział płatności ze względu na element zamówienia. Przewidziana została jedna płatność, jedno wynagrodzenie za całość zamówienia. Powyższy stan rzeczy uzasadniał odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. (…) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021 r., KIO 3541/20. Oferta MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. była jedyną ofertą złożoną w ramach części 1 zamówienia. Odrzucenie oferty skutkowało koniecznością unieważnienia w tej części postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Jak zostało wskazane w niniejszym uzasadnieniu w dniu 26 marca 2021 r. odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty, a także unieważnienia postępowania z dnia 16 marca 2021 r. złożył wykonawca MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Baninie."

Następnie w dniu 19 kwietnia 2021 r., a więc po złożeniu przez odwołującego Odwołania, Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności z dnia 16 marca 2021 r. tj. odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania i ponownie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania w części 1 wskazując: *„W przedmiotowym postępowaniu – w części 1 – wpłynęła tylko jedna oferta, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie z jego treścią Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z rozdziałem XI ust. 2 Oferta powinna zostać sporządzona poprzez wypełnienie elektronicznego formularza ofertowego oraz złożenie Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ i formularza asortymentowo-cenowego - Załącznik nr 1 do SWZ. Dodatkowo w SWZ zawarto zastrzeżenie: „Uwaga: W razie sprzeczności pomiędzy treścią elektronicznego formularza ofertowego i formularza asortymentowo-cenowego – Załącznik nr 1 do SWZ, przyjmuje się, że Wykonawca złożył ofertę o treści zawartej w formularzu asortymentowo-cenowym, zaś elektroniczny formularz ofertowy będzie podlegał sprostowaniu." Wykonawca MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. w dołączonym do oferty formularzu asortymentowo- cenowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, dopisał jedną pozycję „Integracja RIS/Pacs" oraz wycenił ją. W Formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje realizację przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w Załączniku nr 1 do SWZ – formularzu asortymentowo-cenowym. Zamawiający nie wymagał wyceny jakiejkolwiek innej pozycji poza tą określoną w formularzu asortymentowo- cenowym tj. „RTG jezdny cyfrowy". Pozycja dodana przez Wykonawcę nie pokrywa się z żadną pozycją określoną przez Zamawiającego w szczegółowym opisie parametrów stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający w poz. 50 szczegółowego opisu parametrów stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ wymagał zapewnienia w ramach części 1 zamówienia „podłączenia i integracji mechanizmu Dicom Worklist (pobieranie listy zleconych badań oraz danych pacjentów z istniejącego systemu RIS/PACS) oraz bieżącej aktualizacji wykonanych badań i przesyłania ich do istniejącego systemu RIS/Pacs". Nie jest to jednak usługa tożsama ze wskazaną w ofercie „Integracją RIS/Pacs". W wyniku modyfikacji Załącznika nr 1 przez Wykonawcę doszło do złożenia oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Albo bowiem oferta Wykonawcy zawiera dodatkową usługę, nieobjętą opisem przedmiotu zamówienia, gdyż jak to wskazano w poprzednim akapicie zaoferowana i uwzględniona w cenie ofertowej „Integracja RIS/Pacs" nie jest tożsama z usługą opisaną w poz. 50 Załącznika nr 7 do SWZ. Albo, jeśli usługa zaoferowana w pkt 2 formularza asortymentowo-cenowego jest tożsama z poz. 50 szczegółowego opisu parametrów, doszło do dwukrotnej wyceny tej samej usługi, gdyż usługa ta została najpierw wyceniona w ramach pkt 1 oferty „RTG jezdny cyfrowy", a następnie ponownie w ramach pkt 2 oferty. Należy bowiem podkreślić, że wskazana w formularzu asortymentowo – cenowym cena RTG jezdny cyfrowy obejmować musiała wszystkie jego elementy wskazane w Załączniku nr 7 do SWZ - szczegółowym opisie parametrów, a więc również poz. 50. Mimo istnienia wątpliwości, która z powyższych interpretacji jest prawidłowa, wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest bezcelowe, gdyż obie powyższe wykładnie prowadzić musiałyby do odrzucenia oferty Wykonawcy. Z kolei wezwanie do wyjaśnień, które skutkować by miało poprawieniem oferty poprzez wyłączenie z punktu 1 formularza asortymentowo-cenowego poz. 50 szczegółowego opisu parametrów oraz stwierdzenie, że punkt 2 formularza asortymentowo-cenowego jest tożsamy z poz. 50 szczegółowego opisu parametrów musiałoby być uznane za równoznaczne z negocjowaniem złożonej przez Wykonawcę oferty oraz niedopuszczalną zmianą jej treści. Obecne bowiem brzmienie oferty nie pozwala w ogóle na taką interpretację oświadczenia woli Wykonawcy. (…) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r. KIO 1974/20. Każde wyjaśnienie Wykonawcy w przedmiocie tego, co zaoferował w swoim formularzu stanowiłoby ustalenie treści oferty, a tym samym jego zmianę, co jest niedopuszczalne. (…) wyrok Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2019 r. KIO/KD 73/19 Cytowanej wyżej orzeczenia zostały wydane na tle poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nadal zachowują swoją aktualność. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści." W niniejszej sytuacji brak jest również podstaw do poprawienia omyłki w ofercie Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp. Nie jest to omyłka ani pisarska, ani rachunkowa. Nie można jej również zakwalifikować jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki" – wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09. Nie można uznać, iż zachowanie Wykonawcy polegające na dodaniu do formularza dodatkowej pozycji jest omyłką. Jest to świadome, zamierzone działanie. W orzecznictwie ukształtował się pogląd zgodnie, z którym nie jest możliwe poprawienie błędu Wykonawcy, który nie ma charakteru omyłki. Wykonawca dokonując ingerencji w formularz asortymentowo-cenowy oraz dodając do niego kolejną pozycję, nieprzewidzianą przez Zamawiającego, nie zaakceptował warunków płatności określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił w umowie, jak również w formularzu asortymentowo- cenowym, że przewiduje podział płatności ze względu na element zamówienia. Przewidziana została jedna płatność, jedno wynagrodzenie za całość zamówienia. Powyższy stan rzeczy uzasadniał odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. (…) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021 r., KIO 3541/20. Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu. Oferta MKJ Radiologia Sp. z o.o. Sp. k. była jedyną ofertą złożoną w ramach części 1 zamówienia. Odrzucenie oferty skutkowało koniecznością unieważnienia w tej części postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Dodatkowo postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z 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. W przedmiotowym postępowaniu po upływie terminu składania i otwarcia ofert stwierdzono wadę w dokumentacji przetargowej. W Załączniku nr 1 do SWZ przewidziano możliwość wskazania jednej ceny na cały przedmiot zamówienia RTG jezdny cyfrowy opisany szczegółowo w Załączniku nr 7 do SWZ. Dodatkowo Załącznik nr 1 do SWZ zosta*

przewidziany w formie pliku excel, w którym po wstawieniu ceny netto i stawki VAT cena brutto była wyliczana automatycznie przez formularz. W sytuacji, gdy Wykonawca chciałby do którejś z pozycji składających się na przedmiot zamówienia zastosować inną stawkę VAT, formularz asortymentowo-cenowy nie przewidywał takiej możliwości. Zgodnie z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp tj. min. gdy Zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Opisane okoliczności rzutują na celowość dalszego prowadzenia postępowania w obecnym kształcie, a dokonanie zmiany SWZ nie jest możliwe z uwagi na wykonaną czynności otwarcia ofert. (…) Dopuszczalność unieważnienia postępowania na tym etapie i z wyżej wskazanych przyczyn przesądzona została w wyroku KIO z dnia 19 stycznia 2011 r. (KIO 34 /11) (…) Oba cytowane wyżej orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zostały wydane na tle poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak zachowują one swoją aktualność również obecnie. (…) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2020 r., KIO/KD 37/20. W postępowaniu wpłynęła oferta, jednak została ona odrzucona jako sprzeczna z warunkami zamówienia. Sposób skonstruowania Załącznika nr 1 do SWZ miał więc wpływ na wynik postępowania, gdyż Wykonawca, chcąc zastosować dwie stawki VAT, dokonał zmiany w tym formularzu w taki sposób, iż jego oferta musiała być odrzucona. Gdyby więc formularz nie przewidywał obowiązku wpisania jednej stawki VAT, Wykonawca mógłby wskazać jedynie cenę netto i brutto za całość przedmiotu zamówienia, zaś chęć zastosowania przez niego dwóch stawek VAT nie prowadziłaby do konieczności modyfikacji załącznika."

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że otrzymał ww. zawiadomienie Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2021 r. i wskazał, że z ostrożności procesowej podtrzymuje złożone odwołanie.

Zgodnie z art. 513 ustawy pzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Ponadto zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Na wstępie wskazania wymaga, że dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z dnia 16 marca 2021 r., polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a także czynność unieważnienia postępowania w części 1 zamówienia.

Zauważyć należy, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp, Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Podkreślenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy ustawy pzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania.

Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu

- do czasu zamknięcia rozprawy.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2021 r. dokonał unieważnienia czynności z dnia 16 marca 2021 r. tj. odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania w części 1 - zatem czynności stanowiących podstawę wniesionego niniejszym odwołaniem środka ochrony prawnej. Tym samym – czynności stanowiące podstawę niniejszego odwołania (z dnia 16 marca 2021 r.) – przestały istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 552 ust. 1 ustawy pzp należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy pzp, podobnie jak interpretacja art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, t. j. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015r., sygn. akt V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 13 września 2018 r., sygn. akt I Aga 159/18).

Mając na względzie powyższe, niewątpliwe zadaniem Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp. Dlatego też, wobec skarżenia przez wykonawcę czynności odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania z dnia 16 marca 2021 r. - czynności, które na moment zamknięcia rozprawy nie istniały, Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, wobec okoliczności, że Zamawiający unieważnił skarżone czynności i dokonał ponownego odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania w dniu 19 kwietnia 2021 r. uzupełniając uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oraz dodając dodatkową przesłankę prawną unieważnienia postępowania. Modyfikacje te mają zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego o tyle istotne znaczenie, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności z dnia 16 marca 2021 r., a nie ich sprostowania. Czynności z dnia 19 kwietnia 2021 r. stanowią zatem nowe czynności w postępowaniu, a Odwołującemu będą przysługiwały instrumenty prawne umożliwiające wniesienie odrębnego odwołania.

Zatem wobec unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania - nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy pzp. W konsekwencji nie ma w postępowaniu zaskarżonych czynności z dnia 16 marca 2021 r. (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania ich przez

Zamawiającego.
Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 552 ust. 1 ustawy pzp.
Nadmienić należy, że Izba orzekając w niniejszej sprawie nie uwzględniła twierdzeń zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 27 kwietnia 2021 r., jako podniesionych po zamknięciu rozprawy. Zgodnie z art. 535 ustawy pzp, *dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Natomiast w myśl art. 552 ust. 1 ustawy pzp, Izba wydaje orzeczenie biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego. Izba nie znalazła podstawy do zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu. Zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie 1 ww. Rozporządzenia: *„W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący."*
Natomiast, Izba nie zasądziła od Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł brutto, na podstawie faktury VAT załączonej do odpowiedzi na odwołanie, a także kwoty 17,00 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. Zgodnie z zasadami rozliczania kosztów w sytuacji oddalenia odwołania Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, w tym wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600,00 zł na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia. Jednak - zgodnie z przepisami ww. Rozporządzenia - muszą to być uzasadnione koszty strony. W niniejszej sprawie oddalenie odwołania wywołane zostało działaniami Zamawiającego, nie zaś wynikiem sprawy w postaci niepotwierdzenia się zarzutów odwołania (analogicznie postanowienie z dnia 5 maja 2015 r. Sądu Okręgowego w Kielcach, sygn. akt VII Ga 61/15).
Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynność unieważnienia postępowania po wniesionym odwołaniu, a w tym przypadku dokonując ponownego odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania w dniu 19 kwietnia 2021 r. uzupełnił uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty oraz wskazał dodatkową przesłankę unieważnienia postępowania, odnosząc się w uzasadnieniu tych czynności do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w odwołaniu. Owszem - jak wskazano powyżej - Zamawiający uprawniony jest do dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po wniesionym odwołaniu, niemniej jednak nie może całkowicie uchylać się od skutków i ryzyka procesowego narażając tym samym stronę przeciwną na nieuzasadnione koszty, w tym koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł. W tej sytuacji Izba mogła odstąpić od zastosowania § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 ww. Rozporządzenia w sprawie rodzajów kosztów nakazującego obciążenie nimi Odwołującego biorąc pod uwagę wynik postępowania rozumiany nie jako dosłowny rodzaj rozstrzygnięcia ale jako całokształt okoliczności ujawnionych w toku postępowania przemawiających za nieobciążaniem Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: ……