

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **IT Systems and Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Narodowemu Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** – unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zapewnienie bezpieczeństwa IT poprzez zakup oraz wdrożenie elementów infrastruktury bezpieczeństwa wraz z kompletem niezbędnych urządzeń, licencji oraz usług wsparcia;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Skarbu Państwa – Narodowego Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** na rzecz wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2126/21

Uzasadnienie

Zamawiający – **Skarb Państwa – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zapewnienie bezpieczeństwa IT poprzez zakup oraz wdrożenie elementów infrastruktury bezpieczeństwa wraz z kompletem niezbędnych urządzeń, licencji oraz usług wsparcia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 lipca 2021 r. wykonawca **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec zaniechania unieważnienia postępowania, mimo że ogłoszenie przekazane do publikacji do Dz.U.U.E. po terminie 'składania ofert, zaniechanie skutecznego, zgodnego ze specyfikacją warunków zamówienia, poinformowania wykonawców o dokonanej zmianie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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

2. Art. 255 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania mimo zaistnienia przesłanek i okoliczności wymagających unieważnienia postępowania,

3. Art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania ujawnienia informacji o sposobie poinformowania wykonawców o zmianie terminu składania ofert i poprzez odmowę przekazania informacji na temat listy poinformowanych wykonawców o zmianie terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. odrzucenie odwołania;

2. ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia wniosku powyżej – oddalenie przedmiotowego odwołania w całości;

3. jednocześnie wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający uzasadnił wniosek o odrzucenie odwołania faktem, iż odwołujący nie jest wykonawcą w postępowaniu, ponieważ nie złożył oferty w postępowaniu, a nadto nie można upatrywać interesu prawnego w dążeniu przez odwołującego do unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca IT Systems and Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. II s.w.z. *Zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia będą udostępniane na stronie internetowej*. (dowód: s.w.z.)

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 29 czerwca 2021 roku, godz. 11.00. (dowód: s.w.z.). W dniu 28 czerwca 2021 r. zamawiający przesłał wniosek o zmianę ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. W tym samym dniu dokonał modyfikacji terminu składania ofert na platformie miniPortalu (dowód: dokumentacja postępowania).

Zamawiający w dniu 29.06.2021 r. przesłał do wykonawców zadających pytania dot. zmiany terminu składania ofert informację o przedmiotowej zmianie (dowód: dokumentacja postępowania). Odwołujący, który nie zadawał pytań, nie został poinformowany o zmianie terminu składania ofert (okoliczność bezsporna).

Wniosek przekazany do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej został odrzucony. Zamawiający przekazał nowy wniosek o zmianę ogłoszenia. Urząd Publikacji Unii Europejskiej dokonał publikacji w dniu 05 lipca 2021 r. Nowy termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 lipca 2021 roku godz. 11.00. (dowód: ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 5 lipca 2021 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis ten skorelowany jest z art. 7 pkt 30 ustawy P.z.p., zgodnie z którym pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Z definicji „wykonawcy” wynika, iż na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przymiot wykonawcy będzie przysługiwał różnym grupom podmiotów. Do momentu składania ofert krąg wykonawców jest właściwie nieokreślony. Wykonawcą może być bowiem każdy podmiot, który prowadzi działalność wskazaną w art. 7 pkt 30 ustawy P.z.p. Przed upływem terminu składania ofert wykonawcy nie mają obowiązku w żaden sposób manifestować swojego zamiaru ubiegania się o udzielenie zamówienia, zatem zamawiający nie ma ani możliwości, ani uprawnień do decydowania, kto jest wykonawcą, a kto nie.

Ustalenie kręgu wykonawców – co do zasady – jest natomiast możliwe po upływie terminu złożenia ofert i stwierdzeniu, jakie podmioty złożyły oferty w postępowaniu. W rozpoznawanym przypadku takie ustalenie nie jest możliwe, z uwagi na fakt, że zamawiający zmienił termin składania ofert naruszając wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku nieuprawnionych czynności zamawiającego część wykonawców (ujawniona w postępowaniu przed terminem składania ofert) uzyskała informację o nowym terminie składania ofert (14.07.2021 r. godz. 11.00), zaś pozostali posiadali wiedzę jedynie co do terminu pierwotnego (29.06.2021 r. godz. 11.00). Okoliczność, że odwołujący nie złożył oferty w pierwotnym terminie składania ofert w żaden sposób nie świadczy o tym, że sam pozbawił się przymiotu wykonawcy, ponieważ termin ten, po zmianach dokonanych przez zamawiającego, nie stanowił już podstawy do określenia kręgu wykonawców. Niezłożenie zaś oferty w zmienionym terminie wynikało z faktu, że odwołujący miał już świadomość, że zamawiający, przy jego zmianie, naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy P.z.p. Uchybienie wadliwie ustalonemu terminowi również nie pozbawia odwołującego statusu wykonawcy, jeśli deklaruje on, że nadal jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Izba nie podziela również argumentu dotyczącego braku interesu prawnego w dążeniu przez odwołującego do unieważnienia postępowania. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE), interes wykonawców wyraża się również w tym, że w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku uwzględnienia środka odwoławczego, każdy z wykonawców mógłby wziąć udział w nowym postępowaniu i w ten sposób otrzymać zamówienie (pkt 33 wyroku).

Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

W myśl art. 137 ust. 1 ustawy P.z.p., w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Stosownie do ust. 2, dokonana zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Po myśli ust. 4, w przypadku, gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1. Zgodnie z ust. 5, w przypadku, o którym mowa w ust. 4, udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia, o którym mowa w

art. 90 ust. 1, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało opublikowane w dniu 5 lipca br. Z uwagi na treść art. 137 ust. 5 ustawy P.z.p., dopiero od tego dnia zamawiający był uprawniony do udostępnienia treści tej zmiany na stronie internetowej, co też zamawiający uczynił. Jednakże opublikowanie zmiany i udostępnienie jej treści, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, nastąpiło już po dniu wyznaczonym na składanie ofert, a zatem z naruszeniem art. 137 ust. 1 ustawy P.z.p. Tym samym zmiana ta nie mogła być uznana za skuteczną. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że zamawiający poinformował niektórych wykonawców o zmianie terminu składania ofert w inny sposób niż wskazany w art. 137 ust. 5 ustawy P.z.p. i ci wykonawcy do tego terminu się dostosowali, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że przepis ten jest skorelowany z art. 457 ustawy P.z.p., zawierającym przesłanki unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby – w przedmiotowym przypadku zachodzą okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1 *in finito* tegoż artykułu. Zgodnie ze wskazanym przepisem, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Bez wątpienia w rozpoznawanej sprawie zamawiający w terminie wskazanym w art. 137 ust. 1 ustawy P.z.p. nie dokonał ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, a zmiany te miały znaczenie dla sporządzenia ofert. Ogłoszenie dokonane zaś po upływie terminu określonego w art. 137 ust. 1 nie może zostać uznane za skuteczne.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje okoliczność, że zamawiający zamieścił informację o zmianie terminu składania ofert na miniPortalu. Zgodnie z treścią rozdz. II s.w.z. *Zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia będą udostępniane na stronie internetowej*, zatem informacje wskazane na tym portalu nie były dla wykonawców wiążące.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania ujawnienia informacji o sposobie poinformowania wykonawców o zmianie terminu składania ofert i poprzez odmowę przekazania informacji na temat listy poinformowanych wykonawców o zmianie terminu składania ofert. Okoliczności faktyczne, będące podstawą zarzutu, Izba uznała za potwierdzone w toku postępowania dowodowego. Z uwagi na nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek czynności w związku z uwzględnieniem zarzutu należy uznać za bezpodstawne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....