Sygn. akt: KIO 2189/21

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2021 r. przez wykonawcę Anmaro Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Na Skały 1B (35-321 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Opolu z siedzibą w Opolu przy ul. Wrocławskiej 24 (45-701 Opole)

przy udziale wykonawcy P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Światowida 47b lok. 22 (03-144 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert w postepowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Opolu i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Anmaro Sp. z o.o.
z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Opolu na rzecz wykonawcy Anmaro Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie kwotę w wysokości 11 373 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 2189/21

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Opolu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przewidzianym w art. 275 pkt 1 Pzp pn.: *Dostawa i montaż zasilaczy bezprzerwowych UPS dla jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych CZĘŚCI 1-20,* znak: 240000/271/3/2021-ZAP, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 czerwca 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00083041/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 21 lipca 2021 r. wykonawca Anmaro Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie dotyczące wszystkich dwudziestu części (1-20) postępowania od:

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie podstawowym w całości tj. we wszystkich 20 częściach, powołując się na rzekomą wadę w postaci zastosowania nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia, co w ocenie zamawiającego mogło prowadzić do zachwiania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp, podczas gdy w postępowaniu nie wystąpiła żadna wada, w szczególności wada niemożliwa do usunięcia, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a kwestia określenia terminu realizacji zamówienia była przedmiotem pytań wykonawców i została przez zamawiającego wyjaśniona i doprecyzowana w trybie art. 284 Pzp oraz dokonano zmiany SWZ w trybie art. 286 Pzp w tym zakresie, a każdy wykonawca miał zatem możliwość zapoznać się z wytycznymi, jak również żaden podmiot również nie zakwestionował wyjaśnień i zmian, nie wniesiono żadnego odwołania od treści SWZ w zakresie rzekomej nieprawidłowości w określeniu terminu realizacji;
- niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego, polegającej na przedwczesnym zakończeniu postępowania bez dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a w rezultacie zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zakończeniu postępowania wbrew przepisom Pzp poprzez unieważnienie postępowania nieobciążonego żadną wadą, w sytuacji kiedy można podpisać umowę na realizację zamówienia niepodlegającą unieważnieniu;
- niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego, polegającej na złamaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie do sytuacji, kiedy przeprowadzono postępowanie, wykonawcy złożyli oferty, ujawnili ceny oraz potencjał do realizacji ww. zamówienia na rzecz zamawiającego i z przyczyn całkowicie niezgodnych z Pzp zostali postawieni w sytuacji zakończenia postępowania bez rozstrzygnięcia, za to z ujawnionymi cenami oraz pozycjami rynkowymi.

oraz

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności polegającej na zaniechaniu podania prawidłowego uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania tak, aby umożliwić wykonawcom ubiegającym się o zamówienie szczegółowe zapoznanie się ze stanowiskiem zamawiającego i dokonanie jego analizy, podczas gdy z treści uzasadnienia nie sposób wywnioskować rzeczywistych powodów takiej decyzji zamawiającego, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SWZ zawarł prawidłowy zgodny z ustawą Pzp okres realizacji zamówienia wskazując zarówno datę wykonania, do której ma zostać zrealizowane zamówienie w związku z koniecznością wydatkowania

funduszy, jak i określając w umowie planowaną ilość tygodni niezbędną wykonawcom na realizację zamówienia liczoną od momentu zawarcia umowy do terminu końcowego jakim jest data 30 grudnia 2021 r., którą to ilość tygodni wykonawcy wskazywali w swoich ofertach; ponadto w sytuacji, kiedy kwestia określenia terminu realizacji zamówienia była przedmiotem pytań wykonawców i została przez zamawiającego wyjaśniona w trybie art. 284 Pzp oraz dokonano zmiany SWZ w trybie art. 286 Pzp w tym zakresie; zamawiający przekazując informację o unieważnieniu postępowania przekazał jedynie lakonicznie, że „przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione ze względu na zastosowanie nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia" nie wskazując do której z części SWZ i dokumentacji przetargowej się odnosi i jaką nieprawidłowość ma na względzie.

Odwołujący wskazał, że przez wskazane powyżej czynności i zaniechania zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

1) art. 254 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp przez zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zakończenie postępowania decyzją o unieważnieniu postępowania, którą należy traktować jako wyjątek od zasady udzielenia zamówienia (czyli zawarcia umowy) w wyniku przeprowadzonego postępowania i stosować ją wyłącznie w sytuacjach bezspornego zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania, zamiast dokonaniem oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty i w efekcie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji kiedy nie zaszła żadna z przewidzianych prawem przesłanek do unieważnienia postępowania, w szczególności przesłanka, na którą powołał się zamawiający dotycząca wystąpienia nieusuwalnej wady postępowania skutkującej niemożliwością podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego która mogłaby zostać unieważniona, gdyż zamawiający określił termin realizacji datą w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. oraz SWZ do czego jest uprawniony w świetle zapisów art. 281 Pzp oraz uściślił kwestię podania terminu w tygodniach do umowy zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp (mimo, iż jest wg tego przepisu również uprawniony do określenia konkretnej daty jako terminu realizacji usługi/dostawy), którą wykonawcy deklarowali w swoich ofertach zgodne z formularzem ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) ;

2) art. 255 pkt. 6 Pzp przez unieważnienie postępowania w związku z zastosowaniem przesłanki, która nie zachodzi w niniejszym postępowaniu z uwagi na określenie terminu realizacji datą w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. oraz SWZ – do czego jest uprawniony w świetle zapisów art. 281 Pzp oraz uściśleniem kwestii podania terminu w tygodniach do umowy zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, którą wykonawcy deklarowali w swoich ofertach zgodne z formularzem ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ), w sytuacji, kiedy tę przesłankę można zastosować wyłącznie w kiedy zachodzą łącznie 2 okoliczności : po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie, a po drugie wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, musi zaistnieć wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy, natomiast wada ta musi być niemożliwa do usunięcia – z taką sytuacją nie mamy do czynienia w postępowaniu, gdyż nawet gdyby przyjąć pewne nieścisłości w zakresie terminu realizacji zamówienia, zostały one wyjaśnione i doprecyzowane przez zamawiającego na etapie przed składaniem ofert, co można określić jako usuniecie wady postępowania, co więcej nic nie stoi na przeszkodzie, żeby dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisać ważną, wiążącą umowę w sprawie zamówienia publicznego;

3) art. 260 ust. 1 i 2 Pzp przez brak jasnego i precyzyjnego podania podstawy faktycznej, uzasadniającej decyzję o unieważnieniu postępowania, z którego to uzasadnienia wynikałoby konkretnie co zamawiający uznaje za nieusuwalną wadę powodującą niemożność zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w spawie zamówienia publicznego;

4) art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 254 ust. 1 oraz 2 Pzp oraz w zw. z art. 255 ust. 6 Pzp przez dopuszczenie do sytuacji, kiedy przeprowadzono postępowanie, wykonawcy złożyli oferty, ujawnili ceny oraz potencjał do realizacji ww. zamówienia na rzecz zamawiającego i z przyczyn całkowicie nieuzasadnionych i niezgodnych z ustawą Pzp zostali postawieni w sytuacji zakończenia postępowania bez rozstrzygnięcia, za to z ujawnionymi cenami oraz pozycjami rynkowymi, co podważa zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nie jak stwierdził zamawiający odwrotnie, zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że poprzez sposób określenia terminu realizacji zamówienia jaki zastosował w postępowaniu wykonawcy mieliby być nierówno potraktowani lub zaburzałoby to uczciwą konkurencję, każdy potencjalny oferent mógł bowiem zapoznać się z dokumentacją, zadać pytania, a w razie sprzeciwu wobec jakichkolwiek zapisów wnieść odwołanie do KIO żądają usunięcia nieprawidłowości; wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania i złożyli oferty mieli takie same informacje, takie same warunki udziału, dopiero niezgodne z ustawą postępowanie zamawiającego spowodowało złamanie zasad określonych art. 16 ust. 1 Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania czynności badania i oceny ofert oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa i udziału w rozprawie wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania polegający na tym, że gdyby postępowanie zamawiającego było zgodne z zapisami Pzp i przeprowadzono by postępowanie, zakończone wyborem najkorzystniejszej oferty, oferta odwołującego, która dla wszystkich części posiada najkorzystniejszą cenę, a jednocześnie przy przeliczeniu punktacji z uwzględnieniem kryterium czasu podtrzymania, w każdej części zdobywa najwięcej punktów, miałaby możliwość zostać wybrana jako najkorzystniejsza, i to z odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia, a tym samym mógłby zrealizować zamówienie. W ocenie odwołującego w wyniku niezgodnych z ustawą działań zamawiającego oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami Pzp, tj. zaniechania przeprowadzanie postępowania zakończonego wyborem najkorzystniejszej oferty, odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji ww. zamówienia, przez co, w razie utrzymania decyzji zamawiającego, może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu dla zarzutów dotyczących bezpodstawnego unieważnienia postępowania i nieprzeprowadzenia postępowania zakończonego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że zastosowanie procedury unieważnienia postępowania jest ostatecznością i powinno być poprzedzone głęboką analizą stanu prawnego postępowania.

W dalszej kolejności odwołujący szeroko zacytował wybrane orzeczenia Izby w zakresie stosowania instytucji unieważnienia postępowania, w tym przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzednio regulującej materię dotyczącą zamówień publicznych wskazując, że treść ww. przepisu zachowała swoje brzmienie w Pzp w postaci art. 255 pkt 6. Odwołujący podkreślił, że przytoczył w uzasadnieniu dość obszernie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, aby uwypuklić sedno instytucji unieważnienia postępowania, która jest obwarowana szeregiem restrykcji i nie może być uznaniowa lub pełnić roli zabezpieczenia na wypadek ewentualnych przyszłych wątpliwości przykładowo oferentów. Zamawiający musi mieć całkowitą pewność, że „po pierwsze wystąpiło naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.” Co istotne i wielokrotnie podkreślane jest w doktrynie oraz orzecznictwie, że zamawiający ma instrumenty a wręcz jest zobligowany do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Może je podjąć sam lub mogą mu zwrócić uwagę na błędy wykonawcy wykorzystując do tego przewidziane instrumenty jak poprzez zadawanie pytań i wnoszenie o wyjaśnienia i zmiany SWZ, czy w ostateczności przez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wyjaśnił, że powyższy opis jest bardzo istotny dla wykazania, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki wymagane przez Pzp w art. 255 pkt 6 uprawniające zamawiającego do unieważnienia postępowania.
Odwołujący zwrócił uwagę, że dnia 16 lipca 2021 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Pzp uzasadniając to nieprawidłowym opisem terminu wykonania przedmiotu zamówienia, co w ocenie zamawiającego mogło prowadzić do zachwiania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp. Decyzja ta zdaniem odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym niniejszego postępowania, w świetle poniżej prezentowanych faktów, postanowień SWZ oraz działań podjętych przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania.
Po pierwsze odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu zamówieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. zamawiający określił, że okres realizacji zamówienia albo umowy ramowej: *do 2021-12-30*. W SWZ pierwotnie określono termin następująco:
Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy.
Zgodnie z terminem realizacji wskazanym w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ.
Następnie odwołujący wyjaśnił, że dnia 17 czerwca 2021 r. skierowano pytania do zamawiającego, dwa z nich dotyczyły wyjaśnienia kwestii terminu realizacji zamówienia:
Proszę o wyjaśnienie jaki jest oczekiwany termin realizacji? Gdyż w SWZ w pkt. 2.2 jest Zgodnie z terminem realizacji wskazanym w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ, natomiast w załączniku tym jest puste pole tj. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy.
Pytanie nr 3:
Zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych"
"Art. 134. 1. SWZ zawiera co najmniej:
...
6) termin wykonania zamówienia; "
Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie określił wymaganego terminu wykonania zamówienia, zostawiając wolne miejsce:
"Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy."
Prosimy o określenie wymaganego terminu zamówienia. Brak tego zapisu może doprowadzić do unieważnienia całego postępowania.”
Odwołujący podał, że zamawiający udzielił następującej odpowiedzi w dniu 18 czerwca 2021 r. i dokonał zmiany SWZ:
Zamawiający podaje, że zamówienie należy wykonać do dnia 30.12.2021 r. (w celu ułatwienia wyliczenia tygodni pozostałych do dnia 30.12.2021 r. zapis w SWZ ustala się na:termin wykonania zamówienia: od…..do… tygodni od dnia zawarcia umowy do dnia 30.12.2021 r.)
W kontekście cytowanych powyżej fragmentów odwołujący wskazał, że udzielając wyjaśnień w trybie art. 284 Pzp oraz dokonując zmiany SWZ w trybie art. 286 Pzp w tym zakresie zamawiający doprowadził do zlikwidowania stanu niepewności co do terminu realizacji zamówienia, jednocześnie ujednolicił i uspójnił dotychczasowe zapisy. Zamawiający bowiem w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. wskazał, że termin realizacji zamówienia to maksymalnie dzień 30 grudnia 2021 r. Takie określenie terminu jest jak najbardziej dopuszczalne w świetle zapisów art. 381 Pzp, które nie precyzują jak ma zostać określony termin realizacji zamówienia. Biorąc zatem pod uwagę, że termin dostawy sprzętu w tym konkretnym zamówieniu z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia może być różny i najczęściej obliczany jest w tygodniach, nowy zapis SWZ zadośćuczynił potrzebie określenia terminu konkretną datą oraz wskazania ilości tygodni potrzebnych do dostawy, ale nieprzekraczających terminu 30 grudnia 2021 r. Natomiast określenie planowanego terminu zakończenia usługi/dostawy w umowie zgodnie z art. 436 Pzp również jest możliwe poprzez wskazanie daty, jeśli zachodzi obiektywna przyczyna – czyli przykładowo finansowanie jest zabezpieczone do końca roku budżetowego. Dodatkowo można wskazać planowany termin zakończenia usługi/dostawy określając ilość dni, tygodni czy miesięcy. Zamawiający w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ pozostawił wykonawcom możliwość wskazania w jakim przedziale czasowym wykonawca zamierza dostarczyć przedmiot zamówienia, jednocześnie zastrzegając, że ostateczny termin realizacji to 30 grudnia 2021 r. W momencie zatem podpisania umowy będzie możliwe wpisanie maksymalnego terminu realizacji przedmiotu umowy, który pozostanie pomiędzy dniem zawarcia umowy na realizację zamówienia a datą 30 grudnia 2021 r. – podpisując umowę strony obliczą, zgodnie z wymaganiami SWZ ile pozostało tygodni od dnia zawarcia umowy do dnia 30 grudnia 2021 r. Należy wskazać przy tym, że termin wykonania dostawy i montażu nie był kryterium oceny ofert, a zatem określenie terminu granicznego 30 grudnia 2021 r. – jednakowego dla wszystkich oferentów, nie powodowało jakiegokolwiek naruszenia zasad równej konkurencji.
Po pierwsze zatem, w ocenie odwołującego, nawet jeśli przyjąć, że pierwotnie miałaby występować jakaś wada postępowania (brak wskazania konkretnej liczby tygodni, dni lub miesięcy lub też brak określenia konkretnej daty) to zostało to skorygowane poprzez wyjaśnienia z dnia 18 czerwca 2021 r. oraz dokonaną wtedy również zmianę SWZ. Zdaniem odwołującego w postępowaniu zamawiający doprecyzował zapisy znajdujące się w różnych częściach SWZ i uspójnił je. W tym przypadku nie tylko wyjaśnił wątpliwości wykonawców, ale także dla jasności dokonał zmiany zapisu

SWZ. Nie było przy tym wymagane dokonywanie zmiany za pomocą osobnego dokumentu czy zmiana ogłoszenia, gdyż zmiana ta nie była istotna. Nie wpływała na wynik postępowania, nie wpływała na ważność umowy, która miała zakończyć to postępowanie.
Co więcej warto mieć na względzie, jak podchodzi się do samego terminu wykonania zamówienia i ewentualnych problemów z nim związanych. O ile termin wykonania nie stanowi kryterium oceny ofert – a w tym wypadku nie stanowi żadnego kryterium – występujące wady z nim związane są traktowane jako nieistotne.
Według odwołującego żadne przesłanki usprawiedliwiające unieważnienie postępowania nie zostały wykazane i spełnione, stąd odwołanie stało się koniecznością i zasługuje na uwzględnienie.
W odniesieniu do zarzutu złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców odwołujący stwierdził, że paradoksalnie w postępowaniu złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców dokonał sam zamawiający dopiero w momencie unieważnienia postępowania. Wcześniej, jak wskazano powyżej, wszyscy potencjalni wykonawcy byli traktowani na równi, wszyscy mieli taką samą możliwość zapoznać się z dokumentacją, zadać pytania, wyjaśnić wątpliwości, nawet złożyć odwołania w sytuacji gdyby przedstawione przez zamawiającego wyjaśnienia i zmiany SWZ byłyby uznane za niezgodne z przepisami Pzp lub naruszały interesy wykonawców. Nic takiego jednak nie miało miejsca w postępowaniu, wykonawcy przyjęli wyjaśnienia i doprecyzowania SWZ w zakresie terminu realizacji, wypełnili stosownie do nich oświadczenia w ofertach i złożyli oferty, licząc na jak najlepszą ocenę swoich ofert i wybór ich oferty jako najkorzystniejszej, zawarcie umowy i realizację kontraktu. Nie może być mowy zatem o naruszeniu zasad konkurencyjności i równego traktowania, na co powołał się zamawiający uzasadniając lakonicznie decyzję o unieważnieniu postępowania. Inaczej ma się rzecz z sytuacją wykonawców po decyzji zamawiającego. Wykonawcy złożyli bowiem oferty, ujawnili ceny oraz potencjał do realizacji ww. zamówienia na rzecz zamawiającego po czym z przyczyn całkowicie niezgodnych z Pzp zostali postawieni w sytuacji zakończenia postępowania bez rozstrzygnięcia, za to z ujawnionymi cenami oraz pozycjami rynkowymi, co w przypadku nowego przetargu będzie miało negatywny wpływ na ich pozycję startową. Tylko unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania jest w stanie przywrócić uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.
Jeśli chodzi o zarzut braku prawidłowego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest podanie prawidłowego uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania tak, aby umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia szczegółowe zapoznanie się ze stanowiskiem zamawiającego i dokonanie jego analizy i oceny. Takiej możliwości trudno jest dopatrzeć się w niniejszym postepowaniu. Z treści uzasadnienia nie sposób wywnioskować powodów takiej decyzji zamawiającego, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SWZ zawarł prawidłowy zgodny z Pzp okres realizacji zamówienia wskazując zarówno datę wykonania, do której ma zostać zrealizowane zamówienie w związku z koniecznością wydatkowania funduszy, jak i określając w umowie planowaną ilość tygodni niezbędną wykonawcom na realizację zamówienia liczoną od momentu zawarcia umowy do terminu końcowego jakim jest data 30 grudnia 2021 r., którą to ilość tygodni wykonawcy wskazywali w swoich ofertach. Biorąc pod uwagę wyżej wskazane argumenty dotyczące samej kwestii terminu realizacji zamówienia czyli w sytuacji, kiedy kwestia określenia terminu realizacji zamówienia była przedmiotem pytań wykonawców i została przez zamawiającego wyjaśniona w trybie art. 284 Pzp oraz dokonano zmiany SWZ w trybie art. 286 Pzp w tym zakresie, przekazane przez zamawiającego lakonicznie stwierdzenie, że „przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione ze względu na zastosowanie nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia" nie wskazujące, do której z części SWZ i dokumentacji przetargowej się odnosi i jaką nieprawidłowość ma na względzie, należy ocenić jako niewypełnienie obowiązku informacyjnego z art. 260 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona, a postępowanie powinno być przeprowadzone zgodnie z zapisami SWZ

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania zamawiający przedstawia swoje stanowisko łącznie z uwagi na ich charakter (zamawiający uznał, że oba zarzuty w istocie sprowadzają się do tej samej kwestii).
W związku z tym wyjaśnił, że w art. 254 Pzp przyjęto zasadę, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Uregulowanie to nakazuje uznać za równorzędne dwa sposoby zakończenia postępowania. Natomiast art. 255 Pzp wprowadza obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z określonych w nim przesłanek m.in. w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 6). Zamawiający wskazał, że czynność unieważnienia postępowania została poprzedzona analizą stanu faktycznego i prawnego postępowania. W oparciu o tak przeprowadzoną analizę zamawiający doszedł do przekonania, że ziściła się przesłanka, o której mowa w art. 255 pkt 6 Pzp.
Zamawiający wyjaśnił, że jest mu znane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej cytowane w odwołaniu ugruntowane na podstawie przepisów uprzednio obowiązującej ustawy. Jego daniem zaprezentowana linia orzecznicza w żaden sposób nie kłóci się ze stanowiskiem zamawiającego, albowiem nie budzi wątpliwości, że wada postępowania istniała przed otwarciem ofert (rzeczywiście wystąpiła) i nie została usunięta przez zamawiającego w toku wyjaśnień do treści SWZ (ma charakter trwały), a wręcz przeciwnie wyjaśnienia zamawiającego (zmiany dokonane w SWZ) wprowadziły w błąd wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy w złożonych ofertach dowolnie określili terminy wykonania przedmiotu umowy (powoduje niemożliwość zawarcia ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu). Takie działanie po pierwsze, uniemożliwia porównanie złożonych ofert, a po wtóre rodzi poważne wątpliwości co do tego czy złożone oferty nie powinny podlegać odrzuceniu, a końcowo – w przypadku wyboru oferty jaki termin miałby zostać ostatecznie wpisany do umowy o zamówienie publiczne (najkrótszy 6 tygodniowy, najdłuższy – 26 tygodniowy czy być może jakiś pośredni).
Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 436 pkt 1 Pzp, planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Charakter przedmiotu zamówienia obliguje zamawiającego do określenia terminu wykonania poszczególnych części w tygodniach lub miesiącach zgodnie z reżimem określonym w powołanym przepisie albowiem nie występują

żadne obiektywne przyczyny do wskazania daty dziennej planowanego terminu wykonania.
Zamawiający zwrócił uwagę, że w SWZ w pkt 2.2 (str. 9) TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA określono, „*Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ….. tygodni od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z terminem realizacji* wskazanym *w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ*". W projektowanych postanowieniach umowy w § 2 TERMIN WYKONANIA PRZEDMIOTU UMOWY natomiast zamawiają zapisał, że *„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie …… tygodni od dnia zawarcia umowy".* Co więcej termin wykonania zamówienia nie został również określony w Formularzu Oferty, gdzie w pkt 2 DEKLAROWANE WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA (str. 34 SWZ) zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w jego określeniu poprzez pozostawienie miejsca na wpisanie deklarowanego terminu wykonania przedmiotu zamówienia (cyt. *„…. tygodni od dnia zawarcia umowy"*).
Powyższe zdaniem zamawiającego świadczyło bezspornie, że zamawiający nie wywiązał się obowiązku nałożonego na niego przepisem art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp i art. 436 pkt 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że powyższe działanie budziło wątpliwości wykonawców bezpośrednio po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W wyniku wyjaśnień treści SWZ, zamawiający dokonał zmiany wyłącznie postanowień SWZ poprzez podanie w piśmie datowanym na 17 czerwca 2021 r., że „*zamówienie należy wykonać do 30.12.2021 r. (w celu ułatwienia wyliczenia tygodni pozostałych do dnia 30.12.2021 r. zapis SWZ ustala się na:„termin wykonania zamówienia: od … do … tygodni od dnia zawarcia umowy do dnia 30.12.2021 r.)"*. W ocenie zamawiającego taka konstrukcja nie jest znana ustawodawcy i pozostała niezrozumiała również dla wykonawców, którzy zadeklarowali w złożonych ofertach różne terminy wykonania zamówienia.
W opinii zamawiającego zaistniałej wady zamawiający nie mógł usunąć na etapie badania i oceny ofert z własnej inicjatywy przez dokonanie czynności określonych Pzp. Była to zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne. Błędna treść postanowień SWZ uniemożliwiła złożenie poprawnych i porównywalnych ofert co obligowało zamawiającego do unieważnienia postępowania. Co więcej wadliwy opis terminu wykonania zamówienia przyczynił się do wyeliminowania z postępowania innych wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, o czym świadczy liczba złożonych ofert (3). Zdaniem zamawiającego decyzja o unieważnieniu postępowania była prawidłowa.
W zakresie zarzutu zawartego w pkt 3 odwołania, zamawiający podniósł, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zawartego w pkt 1 i 2 odpada przesłanka do badania zasadności zarzutu sformułowanego w pkt 3. Odnosząc się jednak krótko do tak przedstawionego zarzutu zamawiający podniósł, że nie budzi wątpliwości zasada, iż postępowanie powinno być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalnie (art. 16 Pzp), a wszystkie czynności zamawiającego winny być dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne z jej poszanowaniem. Wspomniana zasada zachowania uczciwej konkurencji przejawia się w jednakowej ocenie i jednakowym traktowaniu wykonawców na każdym etapie postępowania, a więc według jednakowych, takich samych warunków. W ocenie odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że nie zastosował środków dyskryminujących czy faworyzujących któregokolwiek z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu albowiem zastosował jedną miarę do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej. Nie może umknąć uwadze, że zachowanie uczciwej konkurencji związane jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przeprowadzenia postępowania, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert, co było niemożliwie do zachowania w niniejszym postępowaniu, o czym była mowa powyżej. Końcowo zamawiający wskazał, że odwołujący był zobligowany do uściślenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez
powiązanie jej z konkretnym przepisem ustawy, czego nie uczynił.
Jeśli chodzi o zarzut braku prawidłowego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania zamawiający podniósł, że mając na uwadze stanowisko wyrażone w odpowiedzi na zarzuty zawarte w pkt 1 i 2 odwołania, nie było podstaw do szczegółowego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający wskazał, że nawet tak syntetyczne uzasadnienie motywów rozstrzygnięcia nie pozwala na wywiedzenie twierdzenia o zupełnym braku prawidłowego uzasadnienia, ponieważ jak wynika wprost z treści złożonego odwołania, odwołujący znał w całości motywy jakimi kierował się zamawiający dokonując czynności unieważnienia. Powyższe zdaniem zamawiającego oznaczało, że uzasadnienie było prawidłowe.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izbastwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 27 lipca 2021 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia do treści SWZ z dnia 18 czerwca 2021 r.;
- formularze ofertowe wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu;
- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 14 lipca 2021 r. wysłane do wykonawców;
- ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 16 lipca 2021 r. o numerze 2021/BZP 00117672/01;
2)złożone przez odwołującego na rozprawie:
- informację z otwarcia ofert z dnia 14 października 2020 r. w postępowaniu prowadzonym przez dyrektora Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ogłoszenie o unieważnieniu postępowania z 15 października 2020 r. oraz informację z

otwarcia ofert z dnia 4 listopada 2020 r. z postępowania będącego kontynuacją unieważnionego postępowania;
- informację z otwarcia ofert z dnia 26 kwietnia 2019 r. w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki w Suwałkach, ogłoszenie o unieważnieniu postępowania z dnia 3 lipca 2019 r. oraz informację z otwarcia ofert z dnia 16 września 2019 r. z postępowania będącego kontynuacją unieważnionego postępowania;
- informację z otwarcia ofert z dnia 17 września 2018 r. w postępowaniu prowadzonym przez Państwowy Instytut Geologiczny, ogłoszenie o unieważnieniu postępowania z dnia 3 października 2018 r. oraz informację z otwarcia ofert z dnia 13 grudnia 2018 r. z postępowania będącego kontynuacją unieważnionego postępowania;
- informację z otwarcia ofert z dnia 22 maja 2019 r. w postępowaniu zamawiającego obejmującym tożsamy przedmiot zamówienia;
- informację z otwarcia ofert z dnia 3 lipca 2020 r. w postępowaniu zamawiającego obejmującym tożsamy przedmiot zamówienia;
- odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 17 sierpnia 2020 r. w ramach ubiegłorocznego postępowania prowadzonego przez zamawiającego;
- pismo z dnia 26 sierpnia 2020 r. o uwzględnieniu zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 2.2 SWZ dotyczącym terminu wykonania zamówienia zamawiający wskazał:
Termin wykonania zamówienia:
Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy.
Zgodnie z terminem realizacji wskazanym w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ. Podobnie kwestia terminu została wskazana w § 2 wzorów umów.
W pkt 7.2 SWZ zamawiający określił kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający ustalił trzy kryteria:
- cena oferty brutto 60%;
- okres gwarancji 20%;
- czas podtrzymania 20%.
Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik nr 1 do SWZ. W pkt 2 formularza zamawiający określił deklarowane warunki zamówienia. W przedmiotowym punkcie odnośnie terminu wykonania zamówienia został podany następujący fragment:
Deklarujemy następujące warunki realizacji zamówienia:
termin wykonania zamówienia: …… tygodni od dnia zawarcia umowy.
W dniu 18 czerwca 2021 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytania nr 1 i 3:
Pytanie nr 1:
Proszę o wyjaśnienie jaki jest oczekiwany termin realizacji? Gdyż w SWZ w pkt. 2.2 jest Zgodnie zterminem realizacji wskazanym w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ, natomiast w załączniku tym jest puste pole tj. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy.
Pytanie nr 3:
Zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych"
"Art. 134. 1. SWZ zawiera co najmniej:
...
6) termin wykonania zamówienia; "
Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie określił wymaganego terminu wykonania zamówienia, zostawiając wolne miejsce:
"Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w terminie ……tygodni od dnia zawarcia umowy."
Prosimy o określenie wymaganego terminu zamówienia. Brak tego zapisu może doprowadzić do unieważnienia całego postępowania.
Odpowiedź na pytanie nr 1 i 3:
Zamawiający podaje, że zamówienie należy wykonać do dnia 30.12.2021 r. (w celu ułatwienia wyliczenia tygodni pozostałych do dnia 30.12.2021 r. zapis w SWZ ustala się na: termin wykonania zamówienia: od…..do… tygodni od dnia zawarcia umowy do dnia 30.12.2021 r.).
W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: odwołujący, przystępujący i wykonawca Riello Delta Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
Odwołujący w pkt 2 formularza ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazał: *6 do 26 tygodni od dnia zawarcia umowy*.
Przystępujący w pkt 2 formularza ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazał: *od 6 do 24 tygodni od dnia zawarcia umowy do dnia 30.12.2021 r.*
Wykonawca Riello Delta Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w pkt 2 formularza ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazał: *od dnia zawarcia umowy do 30.12.2021r.*
W dniu 16 lipca 2021 r. zamawiający unieważnił postępowanie. W informacji o unieważnieniu postępowania przekazanej wykonawcom zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne i faktyczne:
I. UZASADNIENIE PRAWNE UNIEWAŻNIENIA:
Postępowanie prowadzone w trybie podstawowym zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).
II. UZASADNIENIE FAKTYCZNE UNIEWAŻNIENIA:
Przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione ze względu na zastosowanie nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia.
Powyższe mogło prowadzić do zachwiania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).
W ogłoszeniu o wyniku postępowania z dnia 16 lipca 2021 r. w pkt 5.2 zamawiający wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania art. 255 pkt 6 Pzp. Ponadto w pkt 5.2.1 ww. ogłoszenia jako przyczynę unieważnienia postępowania zamawiający podał *zastosowanie nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia*.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 254 pkt 1 i 2 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się:*

1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo
2) unieważnieniem postępowania;
- art. 255 pkt 6 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*;
- art. 260 ust. 1 i 2 Pzp – *1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. 2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania*;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się dwóch pierwszych zarzutów przedstawionych w *petitum* odwołania.

W ramach uwag ogólnych skład orzekający przyjął, że treść art. 254 Pzp określa dwie możliwości zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania. Jakkolwiek obie powyżej określone możliwości należy uznać za wywołujące ten sam skutek tj. zakończenie postępowania, to zamawiający jako gospodarz postępowania nie może dowolnie wybierać sposobu jego zakończenia. Wprowadzając art. 254 Pzp, ustawodawca potwierdził cywilnoprawny obowiązek zamawiającego doprowadzenia postępowania do końca w drodze zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania natomiast, dopuszczalne jest wyłącznie wtedy, gdy zawarcie ważnej umowy jest niemożliwe lub niecelowe z powodu okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 255–258 Pzp). W związku z tym przepisy dotyczące unieważnienia postępowania powinny być interpretowane z zastosowaniem wykładni zawężającej.

Przechodząc do drugiego zarzutu należało wskazać, że w art. 255 pkt 6 Pzp została określona przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym wada, o której mowa w powyżej wskazanym przepisie musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.

Przekładając powyższe rozważania na stan przedmiotowej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający niesłusznie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Na wstępie Izba przyznała, że zamawiający w sposób mało przejrzysty opisał w SWZ termin wykonania przedmiotu zamówienia. Efektem tego było wskazanie przedmiotowego terminu przez wykonawców składających oferty w postępowaniu w różny sposób (tj. odwołujący wskazał go przez podanie przedziału czasowego oznaczonego w tygodniach, przystępujący podał przedział czasowy oznaczony w tygodniach przy czym zaznaczył jako maksymalny termin 30 grudnia 2021 r, a trzeci wykonawca zadeklarował wyraźnie wykonanie zamówienia do 30 grudnia 2021 r.).

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że nie każde uchybienie zamawiającego dotyczące postanowień SWZ może być powodem unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu. Tylko nieusuwalna wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jest podstawą unieważnienia postępowania, a co za tym idzie powinna to być wada istotna. W ocenie Izby uchybienie popełnione przez zamawiającego nie miało charakteru nieusuwalnego oraz istotnego przez co nie można je było uznać za wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Decydujące znaczenie dla powyższego stanowiska miała modyfikacja SWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 18 czerwca 2021 r. W wyniku tej modyfikacji (przede wszystkim odpowiedzi na pytania nr 1 i 3) zamawiający wyraźnie ustalił, że zamówienie należy wykonać do dnia 30 grudnia 2021 r., czym określił maksymalny termin na wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto jak słusznie zauważył odwołujący termin wykonania przedmiotu zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert w postępowaniu, co tym bardziej przemawiało za nieistotnością uchybienia dokonanego przez zamawiającego, ponieważ przedmiotowe uchybienie nie będzie powodowało wątpliwości w procesie oceny ofert.

Izba przy tym nie przyznała racji argumentacji zamawiającego i przystępującego, która sprowadzała się do gołosłownego stwierdzenia, że nieprecyzyjność w SWZ w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia doprowadziła do nieporównywalności złożonych ofert. Po pierwsze powyższe stanowisko zamawiającego i przystępującego było niesłuszne właśnie z powodu niewskazania w SWZ terminu wykonania przedmiotu zamówienia jako jednego z kryteriów oceny ofert. Po drugie modyfikacje SWZ należy traktować jako obowiązującą treść SWZ, a jak wskazano powyżej zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. przesądził jednoznacznie do kiedy maksymalnie należy wykonać przedmiot zamówienia. Po trzecie na moment unieważnienia postępowania (tj. 16 lipca 2021 r.) do określonego w wyniku modyfikacji SWZ z 18 czerwca 2021 r. maksymalnego terminu wykonania przedmiotu zamówienia pozostawało mniej niż 24 tygodni tj. mniej niż najkrócej określony w tygodniach maksymalny termin wykonania zamówienia wynikający ze złożonych w postępowaniu ofert co oznaczało, że maksymalne terminy wykonania zamówienia wskazane w ofertach (24 tygodnie i 26 tygodni) nie miały znaczenia, ponieważ decydująca była data 30 grudnia 2021 r.

Zamawiający i przystępujący odwoływali się w swoich stanowiskach do treści art. 436 pkt 1 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień dotyczących planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Jak wynika z powyższego określenie terminu realizacji zakończenia świadczenia za pomocą konkretnej daty jest możliwe w sytuacji kiedy jest to uzasadnione obiektywną przyczyną.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Izba stwierdziła, że treść przedmiotowego przepisu nie została wskazana przez zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Po drugie okoliczności przedmiotowej sprawy tak się ukształtowały, że zamawiający wprowadził możliwość wskazania wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców przy zastosowaniu przedziału czasu oznaczonego w tygodniach, przy czym maksymalny czas na wykonanie przedmiotu zamówienia został oznaczony konkretną datą tj. 30 grudnia 2021 r. Izba doszła do przekonania, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu mieli świadomość nieprzekraczalnego terminu realizacji zamówienia

oznaczonego konkretną datą, jednakże żaden z nich, ani też żaden z potencjalnych wykonawców na etapie przez upływam terminu na składanie ofert, nie kwestionował ustalonego przez zamawiającego terminu. Przedmiotowe stwierdzenie potwierdza brak wniesienia odwołania odnośnie ostatecznego terminu wykonania przedmiotu zamówienia lub chociażby zadania kolejnych pytań do treści SWZ dotyczących tego terminu. Na tym etapie postepowania tj. po upływie terminu składania ofert, Izba nie znalazła powodów do uznania, że treść art. 436 pkt 1 Pzp mogła stanowić podstawę unieważnienia postępowania na postawie art. 255 pkt 6 Pzp.
Tym samym Izba uwzględniła zarzuty dotyczące naruszenia art. 254 i 255 pkt 6 Pzp.
Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 260 Pzp skład orzekający wyszedł z założenia, że do podstawowych obowiązków zamawiającego należy zawiadomienie o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji. Samo natomiast zawiadomienie o unieważnieniu postępowania powinno zawierać m. in. uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności zawierające co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia.
Zamawiający w uzasadnieniu prawnym unieważnienia postępowania podał jako podstawę tej czynności art. 255 pkt 6 Pzp, natomiast w uzasadnieniu faktycznym wskazał jedynie, że przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione ze względu na zastosowanie nieprawidłowego opisu terminu wykonania przedmiotu zamówienia co mogło prowadzić do zachwiania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp.
Izba stwierdziła, że uzasadnienie unieważnienia postępowania zostało sporządzone przez zamawiającego z naruszeniem art. 260 Pzp, a szczególnie uzasadnienie faktyczne tej czynności było lakoniczne przez co uniemożliwiało wykonawcom ustalenie powodów jej podjęcia. Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a dokładniej w złożonej odpowiedzi na odwołanie starał się uszczegółowić i wyjaśnić swoje stanowisko w zakresie unieważnienia postępowania, co należało uznać za niedopuszczalne, ponieważ istotne fakty i dowody na ich potwierdzenie powinny zostać wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu faktycznym enigmatycznie i gołosłownie wskazał, że nieprawidłowy opis terminu wykonania przedmiotu zamówienia mógł prowadzić do naruszenia zasad wskazanych w art. 16 pkt 1 Pzp. Tymczasem nie przedstawił na tę okoliczność żadnego wyjaśnienia ani dowodu, natomiast odwołujący złożył na rozprawie dowody, które uprawdopodobniły, że z jednej strony uchybienie w zakresie terminu wykonania zamówienia nie wpływało na naruszenie tych zasad, a z drugiej strony do ich naruszenia doprowadził zamawiający przez unieważnienie postępowania z zastosowaniem uzasadnienia podanego w zawiadomieniu w dniu 16 lipca 2021 r.
Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 260 Pzp.
W konsekwencji potwierdzenia naruszenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający doprowadził do naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, ponieważ wykonawcy złożyli porównywalne oferty w postępowaniu, a przez to zamawiający mógł dokonać ich badania i oceny czego niesłusznie zaniechał.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę (239 zł) oraz kosztów związanych z uiszczeniem opłat skarbowych od pełnomocnictw (34 zł), na podstawie złożonego na rozprawie spisu kosztów oraz rachunków.

Przewodniczący:……