Sygn. akt KIO 1830/22

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 1 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego

11 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Fiserv Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący"]

w postępowaniu pn. Obsługa terminali płatniczych na rzecz wszystkich izb administracji skarbowej (nr 3201-ILZ.260.8.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Szczecinie [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawcy: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eServive sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania oraz dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

   1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr

   (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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.

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

Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Szczecinie {dalej: „Zamawiający"}

prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi

pn. Obsługa terminali płatniczych na rzecz wszystkich izb administracji skarbowej (nr 3201-ILZ.260.8.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 kwietnia 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_077 pod poz. 209985.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

30 czerwca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania.

11 lipca 2022 r. Fiserv Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Odwołujący" lub „Fiserv"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 135 ust. 3 w zw. z rozdziałem X pkt 17 specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ" lub specyfikacja} - przez przyjęcie, że pismo eService sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „eService lub Przystępujący} z 19 maja 2022 r. stanowiło wniosek o wyjaśnienie treści SWZ zobowiązujący Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi.

2. Art. 135 ust. 3 - przez przyjęcie, że powstał obowiązek przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na nieudzielenie w terminie wyjaśnień treści SWZ.

3. Art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust.1 pkt 1 - przez unieważnienie postępowania, pomimo że nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4. Art. 5 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc"} w zw. z art. 8 ust. 1 - przez unieważnienie postępowania w wyniku nadużycia przez eService prawa do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, tj. wyłącznie z zamiarem przedłużenia terminu składania ofert.

5. Art. 16 pkt 1 - przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, tj. faworyzowanie eService sp. z o.o. celem umożliwienia temu wykonawcy złożenia oferty w kolejnym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

2. Badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Kolejność istotnych dla sprawy czynności:

1) odrębnymi pismami z 19 maja 2022 r. eService zwrócił się do Zamawiającego o odpowiednio wprowadzenie ośmiu zmian do opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ"} oraz przedłużenie terminu składania ofert, który przypadał na 24 maja 2022;

2) pismem z 20 maja 2022 r. Zamawiający odmówił eService udzielenia wyjaśnień, powołując się na art. 135 ust. 5 ustawy pzp;

3) 30 maja 2022 r. eService wniósł do Krajowej Izbie Odwoławczej odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert i zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytania;

4) postanowieniem z 13 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1436/22 Prezes Izby zwrócił eService odwołanie z uwagi na nieuzupełnienie w zakreślonym terminie braków formalnych;

5) 30 czerwca 2022 r. Zamawiający unieważnił postępowanie, uznając że przepis rozdziału X pkt 17 SWZ, który przewiduje upływ terminu na składanie wniosków o udzielenie wyjaśnień na 4 dni przed terminem składania ofert, jako względniejszy dla wykonawców ma pierwszeństwo przed przepisem ar. 135 ust. 5 pzp, a więc wniosek eService wpłynął w tym terminie. Jak to wskazał dalej Zamawiający: Wykonawca mógł być przekonany, że otrzyma żądane wyjaśnienia co do treści SWZ, a w przypadku braku odpowiedzi w terminie wynikającym z SWZ, termin składania ofert zostanie przedłużony. Treść oczekiwanych odpowiedzi na pytania, mogła mieć wpływ na przygotowanie ofert przez Wykonawców i tym samym zaniechanie ww. czynności należy uznać za czynność mogącą mieć wpływ np. na krąg wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia.

{ad 1)}

Brzmienie i analiza poszczególnych pytań zawartych w piśmie z 19 maja 2022 r.

1. Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza przeszkolenie pracowników

w zakresie obsługi terminali bez zapewnienia i dostarczenia materiałów szkoleniowych - zapisy zał. 1 rozdz.1.

Powyższe pytanie zostało zaadresowane do wymagania OPZ w brzmieniu: Wykonawca dostarczy terminale do wyznaczonych punktów, przeprowadzi ich instalację, przeszkoli pracowników w zakresie ich obsługi oraz zapewni materiały szkoleniowe. Zadane pytanie nie wiąże się z jakimikolwiek wątpliwościami interpretacyjnymi eService, lecz jest wnioskiem o zmianę OPZ polegającą na usunięciu materiałów szkoleniowych z procesu przeszkolenia pracowników.

2. Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza dodanie do projektu Umowy na obsługę płatności zapisów mówiących o odpowiedzialności finansowej Zamawiającego za sprzęt przejęty od Wykonawcy na potrzeby wykonania zamówienia”

- zapisy Zał. 1 rozdz. 2.

Rozdział 2 załącznika nr 1 zawiera zbiór wymagań Zamawiającego co do zakresu regulacji umowy, którą wykonawca ma opracować w ramach zamówienia, a która to umowa ma regulować całość warunków współpracy. Wymagania te nie dotyczą charakterystyki świadczenia wykonawcy czy warunków usług świadczonych przez wykonawcę, zatem w ogóle nie wpływają na wycenę oferty. Zadanie tego rodzaju pytania jest bezcelowe, gdyż a) skoro elementem przedmiotu zamówienia jest dzierżawa terminali, to już same przepisy kc o dzierżawie zawierają wystarczające reguły odpowiedzialności dzierżawcy za przedmiot dzierżawy; b) Zamawiający w pkt 1) rozdziału 2 jednoznacznie wskazał, iż umowa musi określać wszystkie warunki współpracy; c) ponieważ autorem umowy jest wykonawca, decyduje on o zakresie istotnych dla niego postanowień umowy w toku jej opracowywania.

3. Prosimy o informację jak będzie kształtować się dalej współpraca z wykonawcą, jeśli Zamawiający nie spełni warunków i nie złoży oświadczeń o odstąpieniu od umowy? Czy Zamawiający dopuszcza możliwość braku złożenia pisma o odstąpienia do umowy?

- zał.1 rozdział 2 pkt 5).

Powyższe „pytanie” dotyczy warunków dla umowy, którą opracować ma wykonawca. Zatem, jak w poprzednim przypadku, to do wykonawcy należy obowiązek uregulowania w umowie interesujących wykonawcę warunków. Ponadto pytanie nie dotyczy treści OPZ, gdyż w rozdziale 2 pkt 5) mowa jest o odstąpieniu od umowy zawartej pomiędzy wykonawcą (Agentem Rozliczeniowym) i Akceptantem (uczestnikiem programu Polska Bezgotówkowa), a nie Zamawiającym.

4. Prosimy o informację co Zamawiający rozumie przez konfigurację terminala

oraz w jakich przypadkach dopuszcza zmianę takiej konfiguracji? Jaki jest dopuszczalny termin na konfigurację terminala - zapisy zał. 1 rozdz. 2 ust.7.

Oczekiwane przez eService informacje znajdują się z rozdziale 4 pkt 10): Zamawiający nie będzie wykorzystywał terminali płatniczych do innych celów, niż określone w ust. 1.

Zamawiający dopuszcza możliwość rozszerzenia tytułów płatności oraz wykazu, o których mowa w ust. 4 pkt 7) o inne numery rachunków bankowych. Zamawiający

dopuszcza możliwość zmiany numerów rachunków bankowych. W przypadku dokonywania zmian Wykonawca zapewni odpowiednią konfigurację terminali w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia zmian przez Zamawiającego.

5. Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza obsługę procesu reklamacyjnego przez poszczególne urzędy skarbowe? Czy Zamawiający dopuszcza aby Agent rozliczeniowy w celu wyjaśnienia problemów związanych z płatnością zwróci się bezpośrednio do Urzędu Skarbowego, którego problem dotyczy - zapisy zał. 1 rozdz.2 7k).

Zapis OPZ, którego dotyczy to pytanie brzmi: Proces reklamacyjny w tym obsługa chargeback będzie obsługiwany przez poszczególne izby administracji skarbowej, których terminal przyjął płatność. Koszty poniesione przez Agenta rozliczeniowego związane z uzasadnionym chargebackiem pokrywane będą przez poszczególne izby administracji skarbowej. Agent rozliczeniowy w celu wyjaśnienia problemów związanych z płatnością zwróci się bezpośrednio do izby, której problem dotyczy. W istocie eService zwrócił się z wnioskiem o zmianę OPZ, polegającą na przekazaniu obsługi reklamacji urzędom skarbowym w miejsce izb administracji skarbowej.

6. Prosimy o informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość wysyłki więcej niż jednego przelewu oraz raportu dziennie dotyczącego jednej Izby? Dot. to przypadku gdy w poniedziałek może nastąpić wysyłka 3 przelewów oraz 3 raportów osobno (za piątek, sobotę i niedzielę) - zapisy zał.1 rozdz. 3 ust. 11.

Zapis OPZ, którego dotyczy to pytania brzmi: Należność pobrana przez instrument płatniczy powinna zostać przekazana przez Agenta rozliczeniowego na właściwe rachunki bankowe urzędów skarbowych wskazane przez Zamawiającego w załączniku do umowy, nie później niż następnego dnia roboczego po dacie transakcji, w takiej samej kwocie w jakiej została pobrana. Pobrana należność nie może zostać pomniejszona o żadne prowizje i inne opłaty. Wpłaty powinny być przekazywane pojedynczo. W przypadku gdy wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że pobrane należności będą przekazywane na rachunek pojedynczo, Zamawiający dopuszcza przekazywanie wpłat zbiorczo. Zbiorcza kwota będzie przekazywana dla każdego rachunku odrębnie (zbiorcza wpłata w relacji do rachunku bankowego). W takim przypadku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyporządkował przyjęte płatności do numeru rachunku bankowego, który został wykorzystany przy dokonywaniu transakcji, a następnie zbiorczą kwotę z tak zdefiniowanych płatności przekazał na ten rachunek bankowy. Zamawiający nie dopuszcza dokonania przez Wykonawcę jednego przelewu, zawierającego łączną kwotę płatności przyjętych na wszystkich terminalach pozostających w użyciu Akceptanta. W przypadku przekazywania wpłat zbiorczo wykonawca wraz z wpłatą zobowiązany będzie do przekazywania, odrębnie dla każdego rachunku bankowego, plików w formacie *.csv zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 13). W istocie eService zwrócił się z wnioskiem o zmianę OPZ polegającą na wprowadzeniu alternatywnego względem opisanego powyżej sposobu zbiorczego przekazywania należności w sytuacji niemożności dokonania transakcji pojedynczych.

7. Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia wdrożenia funkcjonalności terminali wskazanych w Zał. 1 rozdz.3 ust.12) na termin późniejszy niż dzień podpisania Umowy? Czy Zamawiający dopuszcza możliwość przesunięcia wystawienia raportów przez Wykonawcę w formacie wskazanym w Zał.1 rozdz.3 pkt 11) oraz 13) na termin późniejszy niż dzień podpisania Umowy? Udostępnienie wymienionych w Zał. 1 rozdz. 3 ust.11), 12) oraz 13) funkcjonalności wymaga dewelopmentu po stronie Wykonawcy, z uwagi że są to niestandardowe rozwiązania.

W istocie eService zwrócił się z wnioskiem o zmianę OPZ polegającą na przesunięciu terminu dostępności powołanych funkcjonalności. Co istotne, w subiektywnej ocenie eService funkcjonalności te mają być dostępne w dostarczonych terminalach praktycznie od dnia podpisania umowy, czego skutkiem jest propozycja adresowana do Zamawiającego, aby te funkcjonalności mogły być dostępne dla Zamawiającego później, po ich opracowaniu przez eService. Tymczasem jednym z kryteriów oceny ofert (kryterium T- str. 25 SWZ) jest termin rozpoczęcia świadczenia usług, a wykonawca może zaproponować 30, 45 lub 60 dni od daty podpisania umowy. Oznacza to, że prolongata terminu rozpoczęcia świadczenia usług, czyli zapewnienia oczekiwanej przez Zamawiającego funkcjonalności, jest uwzględniona w SWZ i stanowi wręcz kryterium oceny ofert.

8. Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza możliwość rezygnacji z wymagania dotyczącego możliwości podwójnego wpisania numeru tytułu wykonawczego i kwoty transakcji (podwójna walidacja-zapisy Zał.1 rozdz. 3 pkt 15). Zapis OPZ, którego dotyczy to pytania brzmi: Wykonawca zapewni możliwość podwójnego wpisania numeru tytułu wykonawczego i kwoty transakcji (podwójna walidacja). Wykonawca zapewni możliwość

anulowania/unieważnienia operacji w czasie do 1 godz. Operację anulowania/ unieważnienia musi potwierdzić wydruk ze szczegółami operacji umieszczonymi w systemie. W istocie eService zwrócił się z wnioskiem o zmianę OPZ, polegającą na rezygnacji z podwójnej walidacji.

Reasumując, pytania nr 1, 2, 5, 6, 7 i 8 stanowią klasyczne wnioski o zmianę OPZ, pytanie nr 3 nie ma związku z OPZ, a odpowiedź na pytanie nr 4 znajduje się w dalszych postanowieniach OPZ, które zostały przez eService pominięte. Ewentualna odpowiedź

Zamawiającego sprowadziłaby się zatem do odesłania do treści rozdziału 4 pkt 10), bez dokonania jakiejkolwiek zmiany OPZ, czy też dokonania dodatkowej interpretacji.

{ad pkt 5)}

Uważna lektura postanowień rozdziału X pkt 17-19 SWZ wskazuje jednoznacznie, że ich zamieszczenie było przypadkowe i wynika z błędów redakcyjnych Zamawiającego spowodowanych zastosowaniem wzoru SWZ lub elementów wzoru SWZ z innego postępowania. W powołanych postanowieniach wielokrotnie odnaleźć można dwa terminy: „oferta" i „oferta podlegająca negocjacjom", z których ten drugi nie jest znany ustawie pzp.

Zamawiający sformułował osiem pozacenowych kryteriów oceny ofert, z czego w siedmiu z nich możliwe jest określenie przez wykonawcę jednego z dwóch atrybutów (TAK lub NIE, oraz 1 lub 2 dni), a w pozostałym kryterium jednego z trzech atrybutów (okres 30, 45 lub 60 dni).

Zamawiający jako podstawę prawną unieważnienia umowy w sprawie tego zamówienia wskazał art. 16 ust.1 w zw. z art. 255 pkt 5 i art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

{okoliczności prawne}

W art. 135 ustawy pzp uregulowano instytucję wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w ten sposób, że zamawiający jest zobowiązany do udzielenia tych wyjaśnień, jeżeli taki wniosek wpłynie do niego w określonym w tym przepisie terminie. Przy czym istotą wniosku o wyjaśnienie jest uzyskanie przez wykonawcę autentycznej wykładni treści SWZ w sytuacji, gdy budzi ona wątpliwości interpretacyjne wykonawcy.

Natomiast art. 135 pzp nie ma zastosowania do wniosków wykonawców o zmianę lub uzupełnienie jednoznacznych postanowień SWZ, gdyż nie zmierzają one do uzyskania wyjaśnienia budzącej wątpliwości treści SWZ. Taki pogląd wyraziła Izba w sprawach sygn. akt: KIO 736/17 i KIO 2358/21 {w odwołaniu zacytowano stosowne fragmenty uzasadnień wyroków wydanych w tych sprawach}.

W aktualnym stanie prawnym brak jest regulacji odpowiadającej art. 146 ust. 6 poprzedniej ustawy pzp. Jednocześnie obowiązujący art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp, na który wskazał Zamawiający, zawęża podstawę unieważnienia umowy do udzielenia zamówienia z naruszeniem obowiązków publikacyjnych {w odwołaniu zacytowano stosowne fragmenty uzasadnień wyroków wydanych w tych sprawach sygn. akt: KIO 483/22, KIO 2513/21 i KIO 3204/21}.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a ponadto, co następuje.

Po pierwsze, że pomimo formalnej odmienności terminów na składanie i rozpoznanie wniosków o udzielenie wyjaśnień zawartych w ustawie i SWZ, każdy racjonalny wykonawca czytając rozdział X pkt 17-19 SWZ powinien i mógł dojść do wniosku, że postanowienia te, jako oczywiście omyłkowe, nie stanowią wiążącej regulacji SWZ.

Po drugie, że Zamawiający wadliwie zastosował postanowienie z rozdziału X pkt 17 SWZ, a także nie byłby uprawniony do zastosowania art. 135 ust.3 pzp.

Po trzecie, że skoro Zamawiający, pomimo zapoznania się z treścią wniosków eService, nie dokonał dobrowolnie zmian SWZ, gdyby zostały one zgłoszone w terminie, odpowiedź na nie byłaby negatywna, co nie skutkowałoby koniecznością przedłużenia terminu związania ofertą.

Po czwarte, że podstawa faktyczna unieważnienia postępowania wskazana przez Zamawiającego nie pozostaje w związku z przepisem art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy pzp.

Po piąte, że zarówno uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania eService (przed jego zwrotem), jak unieważnienie przez Zamawiającego postępowania są w istocie

czynnościami dokonanymi w celu zapewnienia eService możliwości ubiegania się o zamówienie. Skoro w rzeczywistości eService skorzystał z możliwości zadawania pytań w innym celu, niż prawo to zostało przyznane przez ustawę pzp, zachodzi konieczności pozbawienia eService ochrony tego prawa stosownie do art. 5 kc w zw. z art.8 ust. 1 pzp. W konsekwencji wszelkie czynności Zamawiającego dokonane w związku z ochroną interesów eService wynikającą z nieudzielenia odpowiedzi na takie pytania, w tym unieważnienie prowadzonego postępowania, stanowią naruszenie art. 5 kc.

Po szóste, że to unieważnienie postępowania, a nie jego dalsze prowadzenie, naruszyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący złożył ofertę, manifestując tym samym gotowość swoich rozwiązań technicznych do spełnienia wymagań OPZ. Jednocześnie eService przyznał, że na pięć dni przed terminem składania oferty jego rozwiązania techniczne nie spełniały wymagań OPZ. Ponieważ dzięki unieważnieniu postępowania eService pozyska czas niezbędny do dostosowania swoich rozwiązań do tych wymagań, czynność ta jest przejawem faworyzowania przez Zamawiającego tego wykonawcy. Kosztem Fiservu, gdyż w razie wszczęcia nowego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia eService znajdować się będzie w pozycji uprzywilejowanej z racji posiadania wiedzy o warunkach oferty Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie z 26 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następującą argumentację.

Zamawiający stanął na stanowisku, że treść pytań i zgłaszanych wątpliwości determinuje uznanie wniosku za wyjaśnienie treści SWZ. W szczególności użycie sformułowania: „czy Zamawiający dopuszcza" nie przesądza o uznaniu pytania za wniosek o zmianę SWZ, gdyż ważna jest cała treść pytania, w której wykonawca wyraża swoje wątpliwości co do treści zapisów SWZ, bądź wnosi o doprecyzowanie lub uszczegółowienie zapisów SWZ. Zamawiający powołał się na to, że takie stanowisko znajduje oparcie w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. akt KIO 684/15 {którego stosowny fragment został zacytowany w odpowiedzi na odwołanie}.

Zdaniem Zamawiającego z pytania nr 4 wynika, że eService miało wątpliwości, czym będzie dla Zamawiającego konfiguracja terminala, a w tym zakresie pkt 4 ppkt 10 załącznika nr 1 do SWZ nie zawiera informacji. Z kolei pytanie nr 5 zmierzało do wyjaśnienia, gdzie wykonawca zamówienia ma się zwracać w celu wyjaśnienia problemów. Ponieważ zgodnie

z art. 37 ustawy z 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 813 ze zm.) w sprawach organizacyjno-finansowych izba administracji skarbowej

wraz z podległymi urzędami skarbowymi oraz urzędami celno-skarbowymi stanowi jedną jednostkę organizacyjną, której kierownikiem jest dyrektor izby administracji skarbowej, kwestia ta mogła być dla eService wątpliwa i wymagająca wyjaśnienia. Wreszcie w ramach pytania nr 6 eService zwróciło się w istocie o doprecyzowanie zapisów SWZ dotyczących sposobu przekazywania przez wykonawcę zamówienia płatności, co należało poczytać za wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że z uwagi na rozbieżność pomiędzy przepisem ustawy pzp a SWZ w zakresie terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który obliguje do udzielenia wyjaśnień, zasadnie uznał, że powinien zastosować korzystniejsze dla wykonawców postanowienie SWZ.

Według Zamawiającego przez nieudzielenie wyjaśnień na zadane pytania, pomimo zachowania przez eService terminu wynikającego z SWZ, i nieprzedłużenie terminu składania ofert z uwagi na nieudzielenie wyjaśnień naruszone zostały zasady przeprowadzenia postępowania wynikające z art. 16 pzp, w szczególności zasada przejrzystości prowadzenia postępowania. Wykonawca mógł być bowiem przekonany, że otrzyma wyjaśnienia co do treści SWZ, a w przypadku braku odpowiedzi w terminie wynikającym z SWZ, termin składania ofert zostanie przedłużony. Z kolei ponieważ treść oczekiwanych odpowiedzi na pytania mogła mieć wpływ na przygotowanie ofert przez wykonawców, zaniechanie tych czynności należy uznać mogło mieć wpływ np. na krąg wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia.

Stąd zdaniem Zamawiającego zasadnie przyjął, że z uwagi na naruszenie ustawy pzp nie jest możliwe w prowadzonym postępowaniu zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, a ponadto jest to wada niemożliwa do usunięcia, więc zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 255 pkt 6 pzp. Zaistniała wada proceduralna w postaci nieudzielenia wyjaśnień na pytania eService odnośnie treści SWZ oraz nieprzedłużenie terminu składania ofert jest niemożliwa do usunięcia, gdyż w przedmiotowym postępowaniu upłynął już termin składnia ofert. Jest to wada rzutująca bezpośrednio na kwestię zawarcia niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż w myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp 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. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1905/21 (publ. Legalis) trafnie zauważyła, że natura możliwych okoliczności w ramach tej przesłanki wskazuje na konieczność ich odniesienia do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców.

Przystępujący w piśmie z 29 lipca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz uzasadnił takie stanowisko w sposób zbieżny z treścią odpowiedzi na odwołanie.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalając warunki zamówienia ma prawo określić je zgodnie z własnymi potrzebami i przekonaniami. Nie mamy tutaj bowiem do czynienia z terminem zawitym, niezależnym od woli zamawiającego, jak np. w przypadku terminów na korzystanie ze środków ochrony prawnej - wręcz przeciwnie, zamawiający zawsze posiada uprawnienie do udzielenia odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, niezależnie od terminu ich zgłoszenie (o ile oczywiście stało się to przed terminem składania ofert). Na tej samej zasadzie zamawiający obowiązany jest przestrzegać ustalonego przez siebie terminu składania ofert, jeżeli będzie on dłuższy niż minimalny termin wynikający z ustawy pzp. Dlatego też Zamawiający mógł określić korzystniejszy niż wynikający z przepisu pzp termin na zgłaszanie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ obligujących go do udzielenia odpowiedzi.

Skoro Odwołujący dostrzega, że mogą istnieć odmienne interpretacje treści SWZ objętej pytaniem nr 7, tym samym według Przystępującego przyznaje, że nie była ona zupełnie jasna, wobec czego pytanie zmierzające do usunięcia tego niepożądanego stanu rzeczy należy zakwalifikować jako wniosek, o którym mowa w art. 135 ust. 1 pzp. Analogiczna sytuacja dotyczy innych pytań zadanych przez Przystępującego, które zmierzały jedynie do wyjaśnienia lub uszczegółowienia informacji przekazanych przez Zamawiającego w SWZ.

Ponadto zgodnie z orzecznictwem Izby w przepisach pzp brak jest sprecyzowania do jakiego stopnia i jak szczegółowo zamawiający musi udzielać wyjaśnień treści SWZ. W ramach wyjaśnień treści SWZ, a także samoistnie zamawiający może w uzasadnionych przypadkach zmieniać treść SWZ. Ważne jest aby zmieniona treść została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego, co wynika z treści art. 137 ust. 1 i 2 pzp (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 8 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 921/21, KIO 1288/21).

W opinii Przystępującego gdyby Zamawiający nie zignorował otrzymanych wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, które wpłynęły do niego w zakreślonym w SWZ terminie, ostateczne postanowienia SWZ mogłyby się zmienić, także z inicjatywy Zamawiającego.

Przystępujący podkreślił, że zaniechania Zamawiającego spowodowały, że nie złożył oferty w postępowaniu. Natomiast udzielenie wyjaśnień wpłynęłoby na złożenie przez eService oferty o parametrach adekwatnych do poszczególnych odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania.

Przystępujący podsumował, że skoro Zamawiający nie zastosował się do swojej wiążącego go postanowienia SWZ co do udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ, postępowanie obarczone jest wadą, którą na obecnym etapie można usunąć wyłącznie przez jego unieważnienie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację, natomiast w imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie

na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż unieważnienie tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie

przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie był w stanie sprecyzować wady prowadzonego postępowania, która nie pozwalałaby na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia w rozumieniu art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp, na który to przepis wskazał w ramach uzasadnienia prawnego podjętej przez siebie decyzji.

Nawet jeżeli podzielić stanowisko, że postanowienie zawarte w rozdziale X pkt 17 SWZ ma pierwszeństwo zastosowania przed art. 135 ust. 2 ustawy pzp, czyli że Zamawiający skutecznie wydłużył na korzyść wykonawców termin na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, który obliguje do udzielenia takich wyjaśnień, nie byłoby to wystarczające, aby uznać, że pozostawienie bez odpowiedzi pytań eService miało istotne znaczenie dla prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie wykazał bowiem, aby to zaniechanie miało znaczenie z uwagi na regulację wynikającą z pkt 18 rozdziału X SWZ (analogiczną do art. 138 ust. 3 pzp), czyli że istniała w ogóle potrzeba wyjaśniania treści SWZ i to takiego, które spowodowałyby konieczność wydłużenia terminu składania ofert dla umożliwienia wykonawcom uwzględnienia tych informacji przy sporządzaniu ofert. Innymi słowy w ramach uzasadnienia faktycznego Zamawiający powinien udowodnić, że co najmniej jedno z ośmiu pytań zadanych przez eService wymagało udzielenia odpowiedzi wpływającej na treść ofert.

Co więcej, pozostawienie bez odpowiedzi tych pytań wskazuje wręcz na coś przeciwnego. Oczywiste jest bowiem, że gdyby którykolwiek ze zgłoszonych przez eService wniosków wskazywał na niejednoznaczność lub konieczność uzupełnienia treści SWZ, Zamawiający udzieliłby stosownych wyjaśnień lub zmienił SWZ, gdyż leżałoby to w jego dobrze pojętym interesie, zwłaszcza że zgodnie z pkt 20 rozdziału X SWZ (odpowiednika art. 138 ust. 4 pzp) ewentualne wydłużenia terminu składania ofert nie powodowałoby już odnowienia się terminu, o którym mowa w pkt 17 rozdziału X SWZ.

Niezależenie od powyższego odwołanie zawiera szczegółową i przekonującą analizę w kontekście konkretnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, która prowadzi do wniosku, że de facto żadne z zadanych pytań nie wskazywało ani na niejednoznaczność treści SWZ, ani na konieczność uzupełnienia tej treści. Wręcz przeciwnie, albo są to wnioski o ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy odmiennie niż dotychczas, albo są to pytania, na które odpowiedź sprowadzałaby się do odesłania do istniejącego postanowienia SWZ. Innymi słowy zadane pytania były przejawem dążenia do dopasowania warunków tego zamówienia do aktualnych możliwości lub chęci świadczenia usług przez eService, względnie świadczą o niedołożeniu przez Przystępującego należytej staranności w zapoznaniu się z treścią SWZ.

Odniesienie się przez Zamawiającego do trzech spośród pytań dopiero w ramach wdania się w spór z Odwołującym jest działaniem spóźnionym i co najwyżej potwierdza braki uzasadnienia czynności, od której zostało wniesione odwołanie. Abstrahując od tego, nawet w ramach tej polemiki Zamawiający nie był w stanie przekonująco wykazać, że odpowiedzi na te pytania rodziłyby potrzebę zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na ich uwzględnienie przy sporządzaniu oferty. Wręcz przeciwnie, Zamawiający nadal nie wskazuje na jakąkolwiek wadę, w tym niejasność czy niejednoznaczność, ustalonych przez niego warunków zamówienia ani nie wyraża woli ich dostosowania do potrzeb zgłoszonych przez Przystępującego.

Z uwagi na powyższe wysnuta przez Zamawiającego konkluzja, jakoby nieudzielnie

odpowiedzi na zadane przez eService pytania mogła prowadzić do zmiany kręgu wykonawców, którzy zdecydowaliby się na ubieganie się o udzielenie tego zamówienia, nie tylko nie pozostaje w związku przyczynowo-skutkowym z okolicznościami opisanymi w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, ale ma wręcz charakter czysto spekulatywny. Podobnie jak analogiczne twierdzenie Przystępującego, które abstrahuje od faktu, że Zamawiający nie odpowiadając na jego wnioski o zmianę treści SWZ i przedłużenie terminu składania ofert dał wyraz woli utrzymania dotychczasowego opisu przedmiotu tego zamówienia i terminu składania ofert, czyli warunków zamówienia i warunków postępowania, które ewidentnie nie odpowiadały eService.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp; dalej: „popzp") Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W okolicznościach tej sprawy powyższe rozważania służą z jednej strony wskazaniu, że w przypadku odwołania się od unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli od jednej czynności zamawiającego, odwołanie - niezależnie od tego, jak wiele naruszeń przepisów jest w związku z tym zarzucane zamawiającemu - może być w całości albo zasadne, albo niezasadne. Wobec tego szczególnie w tym pierwszym przypadku drugorzędne znaczenie ma, w jakim zakresie Izba uzna za trafną kwalifikację prawną wskazaną w odwołaniu.

Z drugiej strony powyższa zasada wyklucza również możliwość uzupełniania w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postepowania, gdyż wykonawcy mają prawo i obowiązek odwołać się od niej w takim kształcie, w jakim została im zakomunikowana, czyli zobowiązani są do zakwestionowania wyłącznie tych okoliczności faktycznych i prawnych, które znalazły odzwierciedlenie w treści przekazanego im pisemnego zawiadomienia.

W drugiej kolejności celowe jest odwołanie się do zamieszczonej w art. 6 pkt 18 pzp definicji postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z którą jest to postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Pomimo uwzględnienia de lege lata unieważnienia jako sposobu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia (w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego), za oczywiste - nie tylko z racji brzmienia definiendum („postępowanie o udzielenie zamówienia") - należy uznać, że jego celem jest doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (co akurat trafnie oddawała definicja zawarta w art. 2 pkt 7a popz), a unieważnienie jest tu wyjątkiem od tej zasady. W konsekwencji wszystkie przepisy umożliwiające unieważnienie postępowania, a więc dozwalające na zniweczenie jego celu, jakim jest udzielenie zamówienia, należy interpretować ściśle, a nie rozszerzająco.

Zgodnie z 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. Z przywołanego przepisu wynika zatem, że dokonanie tej czynności przez zamawiającego wymaga kumulatywnego wystąpienia w prowadzonym postępowaniu:

(1) naruszenia przepisów ustawy pzp, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Przy czym ta ostatnia przesłanka została doprecyzowana w art. 457 ust. 1 pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) 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; 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Reasumując, ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy pzp zawiera zamknięty katalog pięciu kategorii okoliczności, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu - unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziłoby do zaistnienia jednej z tych pięciu stypizowanych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp sytuacji.

Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) pierwotnie przyznano zamawiającemu szerokie uprawnienie do unieważnienia prowadzonego postępowania, gdyż w ramach katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 popzp znalazły się również przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy [w pkt 5] albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania [w pkt 6].

Natomiast od 29 stycznia 2010 r. obowiązywał już zbliżony do aktualnego stan prawny, w którym analogiczna przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp [odpowiednika art. 255 pkt 6 pzp] była doprecyzowana w 146 ust. 1 pkt 1-7 popzp [odpowiedniku art. 457 ust. 1 pkt 1-5 pzp], czyli uprawnienie zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą ograniczone zostało do zamkniętego katalogu kazuistycznie uregulowanych sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Jednocześnie w znowelizowanym art. 146 ust. 6 popzp zawarto przepis o charakterze klauzuli generalnej, uprawniający wyłącznie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „Prezesa Urzędu”} do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z jednej strony nastąpiło zatem ograniczenie podmiotowe legitymacji czynnej wyłącznie do Prezesa Urzędu, a więc z pomięciem zamawiających, z drugiej zakres przedmiotowy podstawy unieważnienia, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 popzp (nawet łącznie rozważanych), uległ dalszemu rozszerzeniu, gdyż wystarczające było, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik.

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowało się jednak przekonanie, że wykładnia literalna znowelizowanego art. 146 ust. 6 popzp prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż zamawiający zmuszeni byliby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i wyczekiwania, czy ewentualnie Prezes Urzędu wystąpi z powództwem o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Innymi słowy oznaczałoby to przyzwolenie na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie wystąpienia okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający przy unieważnianiu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp jest również uprawniony do brania pod uwagę okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 popzp

Tymczasem w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 pzp, czyli w tych samych, w których zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą.

Jednakże zauważyć należy, że art. 256 pzp przyznaje dodatkowo zamawiającemu

uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione.

W przeciwieństwie do art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pzp, przesłanka unieważnienia z art. 256 pzp jest nieostra i pozostawia zamawiającemu pewien luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert.

Konkludując, de lege lata o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności.

Z art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp wynika w szczególności, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia ofert. Natomiast według art. 135 ust. 3 pzp jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert. Przy czym z art.135 ust. 2 pzp określa jako zasadę, że zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert.

Zarówno w unormowaniu wynikającym z art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp, jak i w przepisach art. 135 ust. 1-3 pzp chodzi zatem o sytuację, gdy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ był obiektywnie na tyle istotny i uzasadniony, że nie mógł zostać pozostawiony bez rozpoznania, gdyż w odpowiedzi na niego zamawiający powinien udzielić informacji, które wpływają na treść oferty. A contrario jeżeli wniosek wykonawcy nie miał takiego charakteru, pozostawienie go bez odpowiedzi nie jest objęte hipotezą normy wysnutej z art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż udzielenie na niego odpowiedzi nie prowadziłaby do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w tym zmiany terminu składania ofert. Podkreślić należy, że analogicznie niedopełnienie przez Zamawiającego wynikającego z pkt 17 rozdziału X SWZ obowiązku udzielenia odpowiedzi na pytania zadane nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, według pkt 18 rozdziału X SWZ nie rodziło po jego stronie automatycznego obowiązku przedłużenia terminu składania ofert, a zatem tym bardziej nie jest to sytuacja odpowiadająca opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp.

Należy zgodzić się z argumentacją prawną odwołania, że z uwagi na konieczność rygorystycznej wykładni tego przepisu jako podstawy prawnej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, również uregulowanie zawarte w art. 135 ust. 1-3 pzp wymaga takiej interpretacji - dla odróżnienia wniosków zmierzających rzeczywiście do wyjaśnienia treści SWZ, która obiektywnie mogła być niejednoznaczna lub niejasna, od wniosków zmierzających do zmiany treści SWZ, jako określającej warunki zamówienia, które nie odpowiadają danemu wykonawcy, względnie od zbędnych pytań dotyczących postanowień, które nie są niejednoznaczne ani niejasne. Przy czym w tym ostatnim przypadku punktem odniesienia nie jest subiektywne przekonanie danego wykonawcy, a wzorzec wykonawcy jako profesjonalisty, który przy dołożeniu należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 pzp), zapoznał się z treścią SWZ.

Reasumując, w ustalonych powyżej okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie było podstaw prawnych dla uchylenia się przez Zamawiającego od przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż naruszenie przepisów ustawy pzp, na które powołał się Zamawiający, niezależenie od jego istotności i usuwalności, nie mieści się w zakresie zastosowania podstawy unieważnienia postępowania uregulowanej w art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, gdyż nie została spełniona przesłanka wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający naruszył również art. 260 ust. 1 pzp, który nakazuje nie tylko równoczesne zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli oferty, ale i podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego. Tymczasem uzasadnienie podane przez Zamawiającego jest ogólnikowe i enigmatyczne w warstwie faktycznej, niekompletne pod względem prawnym, a przede wszystkim nie wskazuje na wypełnienie się hipotezy normy prawnej wskazanej jako podstawa prawna podjętej czynności.

Za wykazane przez Odwołującego należy również uznać naruszenie

przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowane uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli z naruszeniem zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. Nie ma bowiem wątpliwości, że bezprawne unieważnienie postępowania służyło wyłącznie interesowi Przystępującego, który nie zdecydował się na złożenie oferty, dając mu więcej czasu na sprostanie warunkom zamówienia lub dążenie do ich odmiennego ukształtowania, stawiając jednocześnie w niekorzystnej sytuacji Odwołującego, którego oferta została otwarta i każdy zainteresowany będzie mógł się zapoznać z jej treścią, w tym ceną, ale i warunkami oferowanymi w ramach poszczególnych kryteriów pozacenowych.

Wskazywane w odwołaniu naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego [Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.] jest o tyle niezasadne, o ile zarzut wysnuty w odwołaniu zmierza w istocie do wykazania nadużycia prawa podmiotowego przez Przystępującego, a nie przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 135 ust. 1-3 ustawy pzp (a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy pzp) miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożonym rachunkiem), orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.