

Sygn. akt: KIO 3124/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Usługi Transportowe COLUMBUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jędrzejowie

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Gmina Sędziszów

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Sędziszów i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3124/24

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

Zamawiający – Gmina Sędziszów, prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. Wykonywanie usług przewozowych do szkół na terenie gminy Sędziszów wraz ze sprawowaniem opieki nad dziećmi, na utworzonych przez Wykonawcę liniach regularnych, z pierwszeństwem przejazdu dzieci i młodzieży szkolnej z biletem miesięcznym, w roku szkolnym 2024/2025 o numerze: OSI.271.1.2024, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00459130/01.

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

W dniu 28 sierpnia 2024 r. Usługi Transportowe Columbus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jędrzejowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu z postępowania, tj: ofert złożonych przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu wraz z załącznikami oraz całej korespondencji z Zamawiającym w ramach postępowania powstałą do dnia udostępnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania, albowiem Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, załączników do protokołu, tym samym uniemożliwił Odwołującemu dokonania weryfikacji i oceny czynności podjętych przez Zamawiającego, w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej;
2. naruszenie § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zw. z

art. 74 ust 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający winien udostępnić wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, które naruszają w sposób oczywisty zasadę jawności postępowania przetargowego i równego traktowania uczestników postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest uczestnikiem wskazanego postępowania oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów stosowanej ustawy. Na podstawie zezwoleń nr od 000001 do 000007 z dnia 30 sierpnia 2022 r., wydanego przez Burmistrza Sędziszowa z ważnością 2

do 31 grudnia 2025 r., oraz zezwolenia nr 320 z dnia 30 sierpnia 2022 z ważnością do 31 grudnia 2025 r. na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, Odwołujący wykonuje regularne przewozy osób na terenie Gminy Sędziszów. Został również sklasyfikowany na czwartej pozycji w rankingu złożonych ofert, co realnie wpływa na możliwość pozyskania zamówienia i świadczy o posiadaniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 23 sierpnia 2024 r. została ogłoszona informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 26 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu, za pośrednictwem platformy gdzie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, wniosek o udostępnienie załączników do protokołu. Zamawiający do dnia upływu terminu na wniesienie odwołania, nie przesłał Odwołującemu wnioskowanych dokumentów.

Wykonawca, w wyniku takiego działania Zamawiającego, został realnie pozbawiony czasu na zapoznanie się z protokołem, dokumentacją postępowania i przygotowaniem ewentualnego odwołania.

Odwołujący podniósł, że jeżeli istotą uzasadnienia decyzji o wyborze oferty jest umożliwienie wykonawcom dokonanie oceny tej decyzji oraz przygotowania ewentualnego odwołania kwestionującego prawidłowość wyboru oferty, konieczne jest, aby wykonawca miał zapewniony stosowny czas (5 lub 10 dni) na dokonanie analiz, podjęcie decyzji o wniesieniu odwołania oraz odpowiedniego przygotowania argumentacji potwierdzającej podnoszone zarzuty. Musi zatem otrzymać w ww. terminie wszystkie niezbędne informacje, które o zasadności tej decyzji rozstrzygają. Jeżeli Wykonawca informacji takich nie otrzyma, otrzyma je po terminie na wniesienie odwołania, lub otrzyma je 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania, to w rzeczywistości terminy określone w art. 515 ustawy Pzp zyskują charakter fikcyjny. Odwołujący podkreślił, że ustawa Pzp nie pozwala Zamawiającemu na modyfikowanie terminu na wniesienie odwołania. Zamawiający, działając w sposób opisany w niniejszym przykładzie narusza art. 74 ust 1 i 2 ustawy Pzp oraz zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji opisaną art. 16 ustawy Pzp, jak również zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 18 ustawy Pzp.

W dniu 23 września 2024 r., w piśmie datowanym na 2 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

— odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art 515 ust. 3 ustawy Pzp gdyż z treścią ofert wykonawców Odwołujący miał możliwość zapoznać się od dnia otwarcia ofert to jest 22 sierpnia 2024 r. Odwołującemu znana była treść SWZ i miał świadomość, że od dnia złożenia ofert ich status nie ulega zmianie, gdyż Zamawiający nie żądał podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych czyli od dnia złożenia ofert status jego oferty i pozostałych nie ulega zmianie;

— ewentualnie oddalenie odwołania gdyż Odwołujący nie wykazał posiadania interesu prawnego do wniesienia odwołania. Jego oferta jest na ostatniej pozycji w rankingu złożonej i ocenionych ofert i nie kwestionuje żadnej z ofert które są wyżej ocenione;

— ewentualnie umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp gdyż Wykonawcy przekazano dokumenty w terminie ustawowym trzech dni (29 sierpnia 2024 r.) od daty (26 sierpnia) złożonego wniosku o ich udostępnienie, a tym samym odwołanie było przedwczesne i stało się bezprzedmiotowe, gdyż Odwołujący otrzymał wnioskowane dokumenty w terminie i nie zakwestionował udostępnionych dokumentów.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę. Izba tym samym uznała za bezzasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 515 ust. 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie. Należy wskazać, iż zarzuty odwołania odnoszą się do czynności i zaniechań Zamawiającego związanych z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Informacja o tej czynności została przekazana wykonawcom w dniu 23 sierpnia 2024 r., a tym samym zgodnie z art. 525 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 28 sierpnia 2024 r.. Odwołanie zostało złożone w dniu 28 sierpnia 2024 r. a tym samym należy uznać, że termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Izba uznała także za bezzasadny wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zamawiający wywodził powyższą okoliczność z faktu, że wnioskowane

dokumenty zostały Odwołującemu udostępnione w dniu 29 sierpnia 2024 r., a tym samym w jego ocenie odwołanie złożone w dniu 28 sierpnia 2024 r. było przedwczesne i wobec udostępnienia dokumentów stało się bezprzedmiotowe. W kontekście powyższego należy wskazać, iż zasadniczy zarzut odwołania wskazywał na naruszenie zasad wynikających z art. 18 oraz art. 16 ustawy Pzp w związku z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Element naruszenia tych zasad związany był z brakiem udostępnienia dokumentów postępowania w terminie umożliwiającym dokonanie weryfikacji i oceny czynności podjętych przez Zamawiającego w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, w tym skutecznego złożenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do tej czynności. W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym nie należało tym samym uznawać za bezprzedmiotowe oceny czynności Zamawiającego w kontekście ewentualnych naruszeń przepisów, które mogły doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego, w szczególności w sytuacji w której późniejsze czynności Zamawiającego nie wpływały na przedmiotowość podnoszonych w momencie składania odwołania zarzutów i nie zmieniały sytuacji prawnej Odwołującego w postępowaniu. Zarzuty dotyczyły bowiem możliwości podjęcia określonych czynności w określonym i zawitym terminie tj. terminie na złożenie odwołania na czynność wyboru. Z tego względu Izba oddaliła wniosek Zamawiającego w tym zakresie i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. Wykonywanie usług przewozowych do szkół na terenie gminy Sędziszów wraz ze sprawowaniem opieki nad dziećmi, na utworzonych przez Wykonawcę liniach regularnych, z pierwszeństwem przejazdu dzieci i młodzieży szkolnej z biletem miesięcznym, w roku szkolnym 2024/2025 o numerze: OSI.271.1.2024, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

14 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00459130/01.

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie 10 miesięcy tj. w okresie roku szkolnego 2024/2025, od dnia 02.09.2024 r. do dnia 26.06.2025 r.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 22 sierpnia 2024 r. o godz. 11:00.

W toku postępowania oferty złożyło pięciu wykonawców:

1. PKS Kielce Sp. z o. o. 26-067 Strawczyn; cena brutto oferty: 276 562,00 zł
2. BUS-CAR SERVICE Sp. z o. o. 25-516 Kielce; cena brutto oferty: 310 956,00 zł
3. Transport Osobowo – Towarowy Magdalena Zaleśna 26-220 Stąporków; cena brutto oferty: 284 412,00 zł
4. PKS Bodzentyn Sp. z o. o. 28-400 Bogucice Drugie; cena brutto oferty: 293 968,00 zł oraz
5. Odwołujący – Usługi Transportowe COLUMBUS sp. z o. o. 28-300 Jędrzejów; cena brutto oferty: 319 110,00 zł.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. (piątek) o godz. 14:55 opublikował na stronie postępowania informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy PKS Kielce sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach. Informacja ta została przesłana Odwołującemu tego samego dnia o godz. 15:16.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. (poniedziałek) o godz. 09:33 Odwołujący przesłał do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia (za pomocą której zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 SWZ odbywała się w przedmiotowym postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami) wniosek o udostępnienie załączników do protokołu złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W treści wniosku Odwołujący wskazał, że działając na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp wnosi o udostępnienie ofert złożonych przez wykonawców którzy biorą udział w przedmiotowym postępowaniu wraz z załącznikami oraz całej korespondencji z zamawiającym w ramach postępowania powstałą do dnia udostępnienia dokumentów. W odpowiedzi na niniejszy wniosek Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2024 r. o godz. 09:45 przesłał Odwołującemu oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto w dniu 23 sierpnia 2024 r. o godz. 15:53 wykonawca BUS-CAR SERVICE sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach przesłał do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W odpowiedzi na niniejszy wniosek Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2024 r. o godz. 15:17 przesłał wykonawcy BUS-CAR SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach wnioskowaną ofertę.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 74 ust. 1 Pzp – Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek
- art. 74 ust. 2 Pzp – Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu;

- § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie;

- art. 18 ust. 1 Pzp – Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 2 Pzp – Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

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.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że zasada jawności stanowi fundamentalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz gwarancję jego transparentności. Niewątpliwie jej przestrzeganie stanowi jeden z zasadniczych obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania nakazując zapewnienie powszechnego dostępu do informacji o zamówieniu od wszczęcia do zakończenia postępowania. Zgodnie z motywem 126 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.) możliwość prześledzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia prawidłowości tych postępowań, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw.

Istotność zasady jawności była wielokrotnie podkreślana w orzecznictwie Izby, która m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2803/24) wskazywała, że jawność w postępowaniu pozwała na urzeczywistnienie pozostałych zasad, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także koresponduje z zasadą

przejrzystości, nakazującej podejmowanie poszczególnych czynności w postępowaniu w odpowiednim porządku. Jak wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp zasada jawności może zostać ograniczona wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Innymi słowy odmowa dostępu do informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwa wyłącznie, gdy zamawiającemu zezwala na to przepis o randze ustawowej. Jak wywodził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 69/22: „Wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postępowania stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci.” Jawność postępowania o zamówienie publiczne stanowi więc prawo każdego wykonawcy dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i jednocześnie jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie umożliwili wykonawcom dostęp do tych informacji.

Na gruncie ustawy pzp zasada jawności jest realizowana poprzez nałożenie na zamawiającego szeregu obowiązków informacyjnych, w tym m.in. wyrażona zostaje przez konieczność dokumentowania przebiegu postępowania oraz udostępniania na odpowiednim etapie protokołu postępowania i załączników do protokołu. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO 2447/13 z dnia 4 listopada 2013 r.: „Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby – nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby analiza przywołanych regulacji wyznacza jednoznacznie obowiązki zamawiającego w zakresie udostępniania dokumentów w postępowaniu gwarantujące zachowanie zasady jawności, a których to obowiązków Zamawiający niewątpliwie nie przestrzegał w niniejszym postępowaniu. Tym samym w ocenie Izby poprzez sposób wykonywania przez Zamawiającego wynikających z ustawy obowiązków związanych z udostępnieniem

dokumentów o które wnioskował Odwołujący, uniemożliwił temu wykonawcy obronę swoich praw w postępowaniu, zaś zasadę jawności i przejrzystości zachował w jedynie w fasadowej postaci, pozbawionej celu któremu mają te zasady służyć. Za takie bowiem należy uznać działanie Zamawiającego polegające na udostępnieniu ofert po upływie trzech dni od złożenia przez Odwołującego wniosku, a zarazem dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie sposób przyjąć, iż jego działanie nie naruszało przepisów, gdyż udostępnienie nastąpiło w ustawowym terminie. Termin ten Zamawiający wywodził z treści art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższych twierdzeń Izba zwraca uwagę, że z treści przepisu art. 74 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że załączniki do protokołu „udostępnia się” po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Jak jednoznacznie wynika z treści ww. przepisu, nie określa on terminu udostępnienia protokołu czy załączników. Jak podkreśla się jednoznacznie w doktrynie celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych. Podstawowym wyznacznikiem terminu udostępnienia pozostaje niezwłoczność, w tym w przypadkach złożenia wniosku o udostępnienie później niż w dniu otwarcia ofert. Natomiast art. 18 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że poza przypadkami określonymi w ustawie zamawiający nie może ograniczyć dostępu do informacji. Wykładnia ww. przepisów prowadzi do oczywistego wniosku, że zamawiający po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powinien pozostawać w gotowości do umożliwienia zainteresowanym wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów postępowania. Zamawiający powinien zatem tak procedować, aby te dokumenty, które Zamawiający uznał za jawne w postępowaniu były możliwe do udostępnienia po wyborze najkorzystniejszej oferty. Co do terminu, kiedy udostępnienie powinno nastąpić Izba zwraca uwagę, że co prawda ustawa pzp nie precyzuje wprost tego terminu, niemniej jednak zwrot „udostępnia się” akcentuje niezwłoczność tej czynności dla tych dokumentów, co do których ustawa pzp nie wprowadza ograniczenia jawności. Termin „niezwłocznie” w zakresie udostępniania protokołu i załączników wynika również jednoznacznie z § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. W ocenie Izby nie można tego terminu użytego w przedmiotowej regulacji rozumieć, jak argumentował Zamawiający powołując się na orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, jako terminu trzydniowego. Słusznie podnosił Zamawiający, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, iż termin „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym. Jednocześnie jednak Sąd Najwyższy m. in. w wyrokach 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06 oraz 30 czerwca 2011 r., (sygn. akt III CSK 282/10) wskazał, że termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) (dalej „kodeks cywilny”). Art. 354 kodeksu cywilnego wskazuje, iż dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi

społeczno-gospodarcemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Z kolei zgodnie z art. 355 kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność) (§ 1), a należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (§ 2). Przenosząc powyższe na realia i okoliczności przedmiotowego postępowania oraz czynności podejmowane w jego toku przez Zamawiającego (mając na uwadze odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), należy uznać, iż wymogi w zakresie niezwłoczności dokonania przez Zamawiającego czynności udostępnienia dokumentów postępowania nie zostały zachowane. Do powyższych wniosków należy dojść mając na uwadze w pierwszej kolejności cel, któremu czynność ta miała służyć tj. dokonania weryfikacji i oceny czynności podjętych przez Zamawiającego, w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej, w tym możliwości skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej. Jak wynika z jednoznacznego stanowiska Zamawiającego w tej sprawie przedstawionego w toku rozprawy cel ten był Zamawiającemu. Zamawiający oświadczył, iż miał świadomość w jakim celu złożony został przez Odwołującego wniosek o udostępnienie dokumentów postępowania. Pomimo jednak świadomości tego celu, jak również świadomości odnośnie terminu w którym możliwe było zrealizowanie tegoż celu, Zamawiający nie podjął działań w sposób który dawałby możliwość jego urzeczywistnienia. Przeciwnie – udostępniając wnioskowane dokumenty po upływie trzech dni od dnia złożenia wniosku i dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, to choć formalnie dokonał jego realizacji, to faktycznie doprowadził do przekreślenia celu któremu udostępnienie miało służyć.

W dalszej kolejności w świetle powyższych wytycznych wynikających z przepisów i orzecznictwa należało ocenić czy mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy oraz wymogi staranności jakie należało postawić Zamawiającemu, udostępnienie w terminie umożliwiającym realizację celu było realne. Zdaniem Izby, celem ustalenia czy nieostry termin „niezwłoczny” został zachowany należy ocenić czy przeszkody w udostępnieniu dokumentów były natury względnie obiektywnej. Zauważenia wymaga, że na takie przyczyny wskazano w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania, który stanowi w § 5 ust. 3, że w przypadku, gdy: „udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe: 1) z przyczyn o charakterze technicznym, 2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych, 3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy, 4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę” wskazując jeden ze sposobów udostępnienia, przykładowo poprzez wgląd

w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego. Z regulacji wynika również, że nawet jeśli po stronie zamawiającego wystąpi przeszkoda w udostępnieniu dokumentów to jest zobowiązany niezwłocznie poinformować wykonawcę w jaki sposób może zapoznać się z jawnymi informacjami dotyczącymi postępowania, aby nie doprowadzić w tym zakresie do nieuzasadnionego ograniczenia. W ocenie Izby przywoływane w tym zakresie przez Zamawiającego okoliczności nie wskazywały, aby takie obiektywne przyczyny zaistniały.

Zamawiający podnosił w tym zakresie fakt, iż Zamawiający jest dużą jednostką organizacyjną, zatrudniającą kilkaset osób, w ramach której funkcjonuje określony sposób obiegu dokumentów oraz realizacji przez pracowników zadań wynikających z zakresu działalności Zamawiającego. W związku z tym po wpływie wniosku o udostępnienie podlegał on kilkuszczelbowej procedurze dekretacji i przekazywania do właściwej komórki organizacyjnej i odpowiedzialnego pracownika, który zrealizował wniosek w kolejności wynikającej z zakresu zadań jakie miał do wykonania w ramach obowiązków służbowych. Nie ulega więc wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przeszkoda w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów została wywołana nie przyczyną obiektywną, niezależną od zamawiającego, taką która wystąpiła pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności, a wyłącznie sposobem procedowania Zamawiającego naruszającym jednocześnie zasadę przejrzystości. Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu powinien bowiem mieć na względzie treść art. 18 ust. 2 ustawy pzp, aby nie doprowadzić własnym procedowaniem do istotnego i realnego ograniczenia wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów, gdyż takie ograniczenie może wyłącznie wynikać z przepisu rangi ustawowej. Dodatkowo należy mieć na uwadze przywoływane uprzednio przepisy art. 74 ustawy Pzp, które obligują Zamawiającego do takiego przygotowania organizacyjnego aby możliwe było niezwłoczne udostępnienie protokołu wraz z załącznikami. Ponadto podkreślenia wymaga, iż dla przedmiotowego postępowania zgodnie z zapisami rozdziału IX SWZ ust. 1 komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, co w założeniu winno niwelować opisywane przez Zamawiającego okoliczności w ramach prowadzonego postępowania i wykluczyć ryzyko wystąpienia przeszkód w niezwłocznym udostępnieniu dokumentów.

W ocenie Izby irrelevantna dla oceny czynności Zamawiającego jest okoliczność, że Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie w trzecim dniu po informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś w czwartym od dnia otwarcia ofert. W pierwszej kolejności wskazać należy na fakt, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została opublikowana na stronie postępowania w dniu 23 sierpnia 2024 r. tj. piątek o godz. 14:55, zaś przekazana Odwołującemu o godz. 15:16. Trudno w tej sytuacji stawiać Odwołującemu zarzut niedochowania należytej staranności, które miało wynikać ze złożenia wniosku o udostępnienie dokumentów 26 sierpnia 2024 r. tj. poniedziałek o godz. 09:33, w szczególności w sytuacji w której Zamawiający w Rozdziale I SWZ podał godziny pracy Zamawiającego, zgodnie z którymi w piątek kończyły się one o godz. 14:00. Za niewiarygodne w świetle zgromadzonej dokumentacji uznała Izba również twierdzenia Zamawiającego, że w przypadku złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie w dniu 23 sierpnia 2024 r., Odwołujący otrzymałby wnioskowane dokumenty w ciągu trzech dni. Jak bowiem wynika z akt sprawy w toku przedmiotowego postępowania inny z wykonawców przesłał w dniu 23 sierpnia 2023 r. do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W odpowiedzi na niniejszy wniosek Zamawiający przesłał wykonawcy wnioskowaną ofertę w dniu 29 sierpnia 2024 r. o godz. 15:17. Ponadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego składanie wniosków o dostęp w dniu otwarcia ofert nie jest powszechną czy też wyłączną praktyką w toku postępowań o udzielenie

zamówienia. Niejednokrotnie wnioski takie składane są w dniach kolejnych czy też po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, co ma swoje uzasadnienie w tym, iż w toku badania i oceny ofert mogą być dokonywane czynności przewidziane ustawą, które mogą mieć istotny wpływ na treść oferty oraz ocenę zawartych w ofercie informacji.

Powyższe okoliczności w ocenie składu orzekającego świadczą, iż do zaistniałej sytuacji nie doszło w wyniku niedochowania należytej staranności przez Odwołującego i jego zaniechań w zakresie ochrony własnych interesów w postępowaniu, lecz na skutek przyczyn organizacyjnych leżących po stronie Zamawiającego. Na skutek tych przyczyn Zamawiający pozostawał w nieuzasadnionej obiektywnymi względami zwłoce w udostępnieniu Odwołującemu dokumentów postępowania. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niewłaściwych działań Zamawiającego.

W ocenie Izby naruszenia Zamawiającego mogą mieć wpływ na wynik postępowania, co jest okolicznością wystarczającą dla uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy pzp) i nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba zauważa, że Odwołujący dochował należytej staranności wnioskując o dokumenty w godzinach porannych pierwszego dnia roboczego po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pozostawał w zwłoce z udostępnieniem dokumentów postępowania, czym ograniczył w sposób nieuzasadniony czas na zapoznanie się z nimi i ich weryfikację przez Odwołującego. Naruszenie zasady jawności i udostępnienia dokumentów mogą mieć więc wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie podniósł wyłącznie zarzutu w zakresie nieudostępnienia wnioskowanych dokumentów, lecz jak wynika z treści odwołania kwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jako obarczonej wadą na skutek naruszenia przez Zamawiającego zasad wynikających z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp czym uniemożliwił Odwołującemu dokonania weryfikacji i oceny tej czynności podjętej przez Zamawiającego. Brak udostępnienia wnioskowanych dokumentów w sposób i na zasadach przewidzianych w § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 74 ust 1 i 2 ustawy Pzp stanowił zaś jedynie bezpośrednią przyczynę, która doprowadziła do wskazywanej w odwołaniu w ramach zarzutu wadliwości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2023 r. (sygn. akt KIO 2803/24), iż nie zasługuje na aprobatę, aby w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający

swoim działaniem, polegającym na podejmowaniu w sposób nieprzejrzysty kolejnych czynności w postępowaniu, wpływał na uprawnienie wykonawców do dostępu do jawnych informacji, a w konsekwencji na prawo do weryfikacji czynności i ich skutecznego zakwestionowania w odpowiednim terminie w drodze środków ochrony prawnej. Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Zamawiający doprowadził do wypaczenia zasady jawności postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Celem zagwarantowania Odwołującemu sformułowania konkretnych zarzutów wobec dokumentów nieudostępnionych bez zbędnej zwłoki Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzyska tym samym uprawnienie do ewentualnego zakwestionowania dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert oraz sformułowania zarzutów i podstawy faktyczne odwołania w tym zakresie, co w konsekwencji może doprowadzić do weryfikacji jego sytuacji w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1w 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 kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu od odwołania.

Przewodniczący: