Sygn. akt: KIO 4035/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 r. przez wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie
uczestnik po stronie zamawiającego - wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą wZielonej Górze

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie - unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych), kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), a także kwotę 69 zł (sześćdziesiąt dziewięć złotych), poniesione przez odwołującego – wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem – odpowiednio - wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz w związku z dojazdem na wyznaczony termin rozprawy;
2.2. zasądza od zamawiającego – Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie na rzecz odwołującego - wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 669 zł (osiemnaście tysięcy sześćset sześćdziesiąt dziewięć złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na rozprawę.
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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 4035/24

UZASADNIENIE

Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie (dalej: „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp"), pn.:*„Rozbudowa infrastruktury serwerowej Hewlett Packard Enterprise (HPE) posiadanej przez Bank Gospodarstwa Krajowego"*,numer referencyjny postępowania: DZZK/35/DZU/2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.06.2024 r., numer wydania Dz.U. S: 119/2024, numer publikacji ogłoszenia: 365366-2024.

31.10.2024 r. wykonawca IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący") wniósł odwołanie wobec naruszeń, jakich dopuścił się zamawiający w Postępowaniu, a polegających na dokonaniu niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia Postępowania z uwagi na brak przedstawienia przez zamawiającego dokładnego uzasadnienia faktycznego ww. decyzji, w tym brak wykazania, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 255 pkt 5 w zw. z art. 260 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art 20 ust. 1 Pzp przez dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia Postępowania z uwagi na brak przedstawienia przez zamawiającego dokładnego uzasadnienia faktycznego ww. decyzji, w tym brak wykazania, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
2) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 137 ust. 7 w zw. z art. 260 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 przez dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia Postępowania z uwagi na brak przedstawienia przez zamawiającego dokładnego uzasadnienia faktycznego ww. decyzji, w tym brak wykazania, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania;
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia;
3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

7.11.2024 r. wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „GALAXY"), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący - na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego - wniósł opozycję wobec przystąpienia wykonawcy GALAXY, uzasadniając to w ten sposób, że wykonawca ten nie wykazał interesu w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję odwołującego uznając, że wykonawca GALAXY wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Wykonawca ten w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazywał m.in.: „*w interesie Przystępującego jest unieważnienie postępowania, dając tym samym szansę na ogłoszenie nowego z wyeliminowaniem wszystkich nieprawidłowości, które mogłyby podważyć wybór oferty. Uwzględnienie odwołania może spowodować wybór oferty Odwołującego co w oczywisty sposób leży w sprzeczności z interesami Przystępującego (…)".*

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wszystkie wymogi ustawowe, opisane w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia GALAXY do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z 18.11.2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wobec powyższego Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania i odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego, stwierdzając spełnienie tych przesłanek.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Zgodnie z rozdziałem II ust. 1 SWZ:
„1. Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa infrastruktury serwerowej Hewlett Packard Enterprise (HPE) posiadanej przez Bank Gospodarstwa Krajowego.
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wykaz zadań, terminów oraz warunki realizacji przedmiotu zamówienia, płatności, etc. określone zostały w Projektowanych Postanowieniach Umowy (dalej: „PPU") i Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ").".

Z kolei w rozdziale III ust. 3 zamawiający podał, że:

„3. Zamawiający odpowiednio podzielił przedmiot zamówienia na zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji.

1) Zamówienie podstawowe obejmuje:

a) Modernizację posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE Synergy zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.2 OPZ,

b) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE Synergy o dodatkowe obudowy zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.3 OPZ,

c) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE Synergy o dodatkowe serwery zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.4 – 2.6 OPZ i kompatybilnymi z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą i oferowaną w powyższym li b),

d) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE o dodatkowe serwery zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.7 – 2.8 OPZ,

e) Realizację usługi dostawy, wdrożenia i instalacji zaoferowanej infrastruktury, spełniającej łącznie wymagania określone w pkt 3 OPZ,

f) Świadczenie Serwisu dla rozbudowanej infrastruktury, spełniających łącznie wymagania określone w pkt 4 OPZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera OPZ.

2) Zamówienie w ramach prawa opcji (Opcja) obejmuje:

a) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE Synergy o dodatkowe serwery zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.5 OPZ w ilości 4 serwerów (możliwość skorzystania z opcji per serwer),

b) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE Synergy o dodatkowe serwery zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.6 OPZ w ilości 2 serwerów (możliwość skorzystania z opcji per serwer),

c) Rozbudowę posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury HPE o dodatkowe serwery zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 2.8 OPZ w ilości 2 serwerów (możliwość skorzystania z opcji per serwer),

d) Rozbudowę pamięci RAM do 1,5TB w serwerze opisanym w pkt 2.6 OPZ w ilości 10 serwerów (możliwość skorzystania z opcji per serwer),

e) Rozbudowę pamięci RAM do 1,5TB w serwerze opisanym w pkt 2.8 OPZ w ilości 8 serwerów (możliwość skorzystania z opcji per serwer),

f) Realizację usługi dostawy, wdrożenia i instalacji zaoferowanej infrastruktury, spełniającej łącznie wymagania określone w pkt 3 OPZ,

g) Świadczenie Serwisu dla wdrożonej/ rozbudowanej infrastruktury, spełniających łącznie wymagania określone w pkt 4 OPZ.”.

W Postępowaniu zostały złożone 2 oferty:

1) uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „GALAXY”);
2) odwołującego – wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „odwołujący” lub „IT Solution”).

Pismem z 3.09.2024 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty nr 2, tj. oferty złożonej przez wykonawcę IT Solution

Wobec ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołanie wniósł wykonawca GALAXY.

Pismem z 20.09.2024 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Pismem z 30.09.202 r. zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty nr 2 - złożonej przez wykonawcę IT Solution.

10.10.2024 r. wykonawca GALAXY wniósł odwołanie wobec ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie to zostało cofnięte.

Pismem z 11.10.2024 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej II.

Pismem z dnia 21.10.2024 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający podał, że:

„Zamawiający przygotował i wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opierając się na ustalonych potrzebach i możliwościach rynku. W toku postępowania Zamawiający otrzymał dwa odwołania kwestionujące zgodność wykonanych czynności z przepisami ustawy Pzp. Zarzuty dotyczyły wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych oraz skuteczności zastrzeżenia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ostatnim odwołaniu został sformułowany dodatkowy wniosek o unieważnienie postępowania w całości. W ocenie Odwołującego, Zamawiający popełnił szereg błędów i faworyzuje Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W stanowisku Odwołującego nie ma jednoznacznych podstaw do unieważnienia całości postępowania, niemniej na jego podstawie Zamawiający postanowił dokładnie zweryfikować całość dokumentacji pod względem możliwości dokonania tej czynności. Po analizie Zamawiający stwierdził, że zmaterializowały się przesłanki opisane w art. 255 pkt 5) i 6) ustawy Pzp:

1. Art. 255 pkt 6) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie obarczone niemożliwymi do usunięcia błędami, które mogą skutkować unieważnieniem umowy zawartej w wyniku tego postępowania.

W ocenie Zamawiającego błędy proceduralne, opisane w odwołaniach mają marginalne znaczenie względem opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i kryteriami oceny ofert. Zamawiający nie miał zamiaru nikogo faworyzować, dlatego bardzo poważnie potraktował uwagi Odwołującego na ten temat. Zmiana perspektywy i spojrzenie na sprawę z pozycji Odwołującego pozwoliły Zamawiającemu dokładniej ocenić jakość SWZ w porównaniu z zasadą konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców.

Ambicją Zamawiającego jest prowadzenie postępowań w jak najwyższym standardzie prawnym oraz etycznym. Jeśli pojawiają się wątpliwości, Zamawiający stara się rozstrzygać je na korzyść Wykonawców. W przypadku badanego postępowania sugestie potencjalnego naruszenia uczciwej konkurencji przekładają się na decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i jego ewentualnym ponownym wszczęciu. Kolejne postępowanie zostanie poprzedzone procedurą badania rynkowego oraz poszerzoną analizą potrzeb i wymagań. Zamawiający będzie dążył do maksymalnego poszerzenia konkurencyjności, zrewiduje też wymagania odnośnie warunków udziału w postępowaniu, m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym.

Powyższe uzasadnienie Zamawiający uzupełnia art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, który umożliwia unieważnienie postępowania, jeśli w jego toku doszło do istotnej zmiany SWZ. Kolejne postępowanie wszczęte w tym samym przedmiocie może zawierać znacznie poszerzone wymagania, dopuszczające dodatkową liczbę rozwiązań aktualnie dostępnych na rynku. Zatem w ocenie Zamawiającego unieważnienie postępowanie na obecnym etapie nawiązuje w pewnym stopniu do przesłanki opisanej w art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, co wzmacnia uzasadnienie tej czynności.

Obszary, w których Zamawiający zamierza wprowadzić zmiany i uwzględnić je w SWZ, zostaną wyłonione w ramach procedury analizy rynku i mogą one w szczególności dotyczyć:

• opisania nowego typu urządzeń;

• obowiązku przeszkolenia personelu Zamawiającego w zakresie zaoferowanej nowej technologii;

• warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wymagań dotyczących certyfikacji Wykonawcy.

2. Art. 255 pkt 5) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może unieważnić postępowanie jeśli zmianie uległy okoliczności mające wpływ na zasadność postępowania w kontekście interesu publicznego.

Argumentacja przedstawiona w pkt 1 uzasadnienia przekłada się na wniosek, że Zamawiający stwierdził zmianę okoliczności mających wpływ na wynik postępowania. Okoliczności te to przede wszystkim potrzeba poszerzenia wiedzy na temat aktualnych możliwości rynku, których Zamawiający nie znał w dacie wszczynania postępowania. Interes publiczny wymieniony w przywołanym przepisie ustawy Pzp, Zamawiający identyfikuje przede wszystkim jako interes Wykonawców, ale też jako interes beneficjentów działań Banku. Bank Gospodarstwa Krajowego z racji powierzonych zadań jest podmiotem o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa. Ma obowiązek stosowania najwyższych standardów etycznych. Unieważnienie postępowania i wszczęcie kolejnego, uwzględniającego potencjalne oczekiwania rynku, stanowić będzie realizację ww. obowiązku.

31.10.2024 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia Postępowania z uwagi na brak przedstawienia przez zamawiającego dokładnego uzasadnienia faktycznego ww. decyzji.

Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić w całości.

Zamawiający dokonał unieważnienia Postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym: zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…)

5) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.

Z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie.

Natomiast przepis art. 137 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.

W ocenie Izby potwierdziły się oba zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba w pełni podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie.

Odwołujący zasadnie podnosił, że zmawiający nie przedstawił w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania dokładnego uzasadnienia faktycznego podjętej przez siebie czynności unieważnienia postępowania. Zgodnie zaś z powołanym powyżej przepisem art. 260 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do wskazania w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia uzasadnienia faktycznego i prawnego, które stanowiło podstawę podjętej przez niego decyzji. Oznacza to, że przedstawione uzasadnienie powinno jasno i konkretnie wskazywać na ziszczenie się wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania, określonych w przepisach w oparciu, o które zamawiający dokonał unieważnienia postępowania, tj. w tej sprawie wynikających z art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie w tym zakresie powinno być wyczerpujące, tzn. powinno przedstawiać wszelkie istotne okoliczności mające wpływ na decyzję podjętą przez zamawiającego. Zasadnie odwołujący powoływał się w tym zakresie na obowiązujące na gruncie prawa zamówień publicznych zasady pisemności i przejrzystości postępowania, które wymagają wyraźnego zakomunikowania podstaw podjętej decyzji, a w szczególności wykazania, że zmaterializowały się przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o ww. przepisy prawa.

Tymczasem, zamawiający – w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 21.10.2024 r. - nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z przepisów, stanowiących podstawę prawną dokonanej czynności, tj. nie wykazał, aby ziściły się przesłanki opisane czy to w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, czy w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Wspomnieć też należy, że przesłanki określone w powołanych przepisach muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, aby zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Mianowicie nie wykazał on, że w tym Postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności. Zamawiający nie wskazał w ogóle na czym ta zmiana okoliczności miałaby polegać. Tym bardziej też, nie wykazał, że zaistniała zmiana okoliczności w tym postępowaniu powodowałaby, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym. Zamawiający nie odniósł się też do kolejnej przesłanki, koniecznej do spełnienia, aby można było mówić o wystąpieniu podstawy do unieważnienia postępowania, tj. nie wykazał, że nie można było tego przewidzieć wcześniej. Przede wszystkim podkreślić należy, że wskazane w tym przepisie przesłanki muszą miech charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Zamawiający zaś uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp powoływał się na potrzebę *„poszerzenia wiedzy na temat aktualnych możliwości rynku, których zamawiający nie znał w dacie wszczynania postępowania*". Jest to bardzo ogólne sformułowanie, dotyczące jedynie planowanych zamierzeń zamawiającego w kwestii ponownego badania rynku, ale w żaden sposób nie wyjaśnia ono, że rzeczywiście nastąpiła „istotna zmiana okoliczności". Zamawiający nawet nie wyjaśnił w jakim zakresie zamierza „poszerzać wiedzę na temat aktualnych możliwości rynku", nie wyjaśnił na czym miałaby polegać „zmiana okoliczności", ani tym bardziej, że miałaby ona mieć charakter „istotny". W zasadzie z tak przedstawionego stanowiska trudno wywieść jakie w ogóle były motywy decyzji podjętej przez zamawiającego. Faktem jest, że zamawiający odwołuje się w tym zakresie do argumentacji przedstawionej w punkcie 1 zawiadomienia o unieważnieniu, ale znowu – w punkcie tym jest mowa ogólnikowo o tym, że: „*W przypadku badanego postępowania sugestie potencjalnego naruszenia uczciwej konkurencji przekładają się na decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i jego ewentualnym ponownym wszczęciu. Kolejne postępowanie zostanie poprzedzone procedurą badania rynkowego*

oraz poszerzoną analizą potrzeb i wymagań". Dalej, zamawiający wyjaśniał, że: „*Obszary, w których Zamawiający zamierza wprowadzić zmiany i uwzględnić je w SWZ, zostaną wyłonione w ramach procedury analizy rynku i mogą one w szczególności dotyczyć:.*

- *opisania nowego typu urządzeń;*
- *obowiązku przeszkolenia personelu Zamawiającego w zakresie zaoferowanej nowej technologii;*
- *warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wymagań dotyczących certyfikacji Wykonawcy.".*

Jak z powyższego wynika, wskazana argumentacja odwołuje się do pewnych obszarów, wymagających zmian w SWZ, ale wciąż nie daje ona odpowiedzi na podstawowe pytanie, tj. o zaistnienie w tym postępowaniu podstawy unieważnienia Postępowania. Zamawiający nie przywołał nawet konkretnych postanowień SWZ, które rzekomo miałyby naruszać zasadę uczciwej konkurencji. Przede wszystkim zaś nie wyjaśnił w czym upatruje „istotnej zmiany okoliczności" i, że „nie można było tego wcześniej przewidzieć". Na rozprawie zamawiający podnosił, że w toku postępowania otrzymał liczne pytania od wykonawców, dotyczące wyjaśnienia treści SWZ, w których wyrażano zastrzeżenia co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Jednak nawet na rozprawie nie był w stanie skonkretyzować, których konkretnie postanowień SWZ dotyczyły te zastrzeżenia.

Ponadto, zamawiający nie wykazał ziszczenia się kolejnej przesłanki z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, a odnoszącej się do tego, że „prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym". Zamawiający jedynie lakonicznie stwierdził, że: *„Interes publiczny wymieniony w przywołanym przepisie ustawy Pzp, Zamawiający identyfikuje przede wszystkim jako interes Wykonawców, ale też jako interes beneficjentów działań Banku. Bank Gospodarstwa Krajowego z racji powierzonych zadań jest podmiotem o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa. Ma obowiązek stosowania najwyższych standardów etycznych. Unieważnienie postępowania i wszczęcie kolejnego, uwzględniającego potencjalne oczekiwania rynku, stanowić będzie realizację ww. obowiązku.".* Jednak zamawiający nie wskazał okoliczności, które powodowałyby, że dalsze prowadzenie postępowania „nie leżałoby w interesie publicznym". Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji, z której jasno by wynikało, że w przypadku dalszego prowadzenia postępowania i wykonania zamówienia, interes publiczny zostałby naruszony. Brak konkretnego uzasadnienia w czym upatrywać tutaj interesu publicznego. Pozostają tylko ogólnikowe twierdzenia o uwzględnieniu oczekiwań rynku i to w dodatku „potencjalnych".

W ocenie Izby tak przedstawione uzasadnienie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp nie spełnia wymagań ustawowych i nie pozwala na pozytywną ocenę dokonanej przez zamawiającego czynności.

Ponadto, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał także przesłanek wynikających z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w szczególności nie wykazał na czym miałaby polegać wada postępowania, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania powołuje się na jakieś sugestie, potencjalne naruszenia uczciwej konkurencji oraz swoje dążenia do poszerzenia konkurencyjności, jednocześnie nie konkretyzując w czym upatruje rzekomego ograniczenia konkurencyjności. Podstawy unieważnienia postępowania powinny być jasno i precyzyjnie określone w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, a przede wszystkim winny wykazywać ziszczenie się łącznie wszystkich przesłanek określonych w przepisach powołanych jako podstawa unieważnienia postępowania. Tego zaś zawiadomienie zamawiającego z dnia 21.10.2024 r. o unieważnieniu postępowania nie zawiera. Powołanie się na zaistnienie wady postępowania w sposób oczywisty implikuje konieczność jej konkretyzacji, wskazania na czym ona polega. Jak już wcześniej wskazano, zamawiający przywołał obszary w których zamierza wprowadzić zmiany i uwzględnić je w SWZ, ale jednocześnie nie identyfikuje w treści zawiadomienia tych postanowień SWZ, które miałyby rzekomo świadczyć o tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest obarczone wadą. Tym samym zamawiający nie wykazał zaistnienia podstawowej przesłanki warunkującej zastosowanie tego przepisu jako podstawy unieważnienia postępowania, tj. wady postępowania. Nie mówiąc już o koniecznym wykazaniu pozostałych przesłanek wynikających z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, czyli, że:
- zaistniała wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia oraz, że;
- zaistniała wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym zakresie brak jakiekolwiek argumentacji zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

Ponadto, Izba zauważa, że zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania powołuje się na jedno z odwołań wniesionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w którym został sformułowany wniosek o unieważnienie postępowania w całości i jednocześnie w dalszej argumentacji zamawiający stwierdza, że: „*W stanowisku Odwołującego nie ma jednoznacznych podstaw do unieważnienia całości postępowania, niemniej na jego podstawie*

Zamawiający postanowił dokładnie zweryfikować całość dokumentacji pod względem możliwości dokonania tej czynności. Po analizie Zamawiający stwierdził, że zmaterializowały się przesłanki opisane w art. 255 pkt 5) i 6) ustawy Pzp:". Zatem, sam zamawiający neguje to, aby argumentacja podniesiona w tym odwołaniu stanowiła o zasadności unieważnienia postępowania.

Słusznie też zauważył odwołujący, że chybione jest również powoływanie się przez zamawiającego na art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, który nawiązuje wprost do art. 256 ustawy Pzp, a więc odrębnej podstawy unieważnienia postępowania, dotyczącej unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zamawiający nie wykazał bowiem, że niniejszym Postępowaniu o udzielenie zamówienia zmaterializowały się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. W konsekwencji potwierdziły się zarzuty dokonania niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia Postępowania z uwagi na brak przedstawienia przez zamawiającego dokładnego uzasadnienia faktycznego ww. decyzji, w tym brak wykazania, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz brak wykazania, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł i 69 zł poniesione przez odwołującego tytułem – odpowiednio - wynagrodzenia pełnomocnika oraz w związku z dojazdem na wyznaczony termin rozprawy i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 669 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..