

Sygn. akt: KIO 2689/24

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum e-Zdrowia w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Centrum e-Zdrowia w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Centrum e-Zdrowia w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Centrum e-Zdrowia w Warszawie** – na rzecz wykonawcy **Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 2689/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum e-Zdrowia w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozwój systemu e-Zdrowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 lipca 2024 r. wykonawca Axians IT Solutions Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec naruszeń, jakich w postępowaniu o udzielenie zamówienia dopuścił się zamawiający, polegających na:

- 1.1. dokonaniu niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności unieważnienia postępowania z uwagi na brak wykazania przez zamawiającego przesłanki związanej z wystąpieniem okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione,
- 1.2. zaniechaniu spełnienia spoczywającego na zamawiającym obowiązku informacyjnego, polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:
 - 2.1. art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz w zw. z art. 260 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności unieważnienia postępowania z uwagi na brak wykazania przez zamawiającego przesłanki związanej z wystąpieniem okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione,
 - 2.2. art. 260 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie spełnienia spoczywającego na zamawiającym obowiązku informacyjnego, polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:
 - 3.1. uwzględnienie odwołania;
 - 3.2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia;
 - 3.3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który świadczy usługi związane z przedmiotem zamówienia, zamierzał

więc złożyć ofertę w postępowaniu i poczynił w związku z tym odpowiednie przygotowania i poniósł szereg konkretnych nakładów finansowych celem przygotowania się do ubiegania o to konkretne zamówienie. Jednak na skutek podjętej przez zamawiającego czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania, odwołujący został tej możliwości pozbawiony. Powyższe powoduje, że odwołujący może całkowicie utracić szansę pozyskania przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji – osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Odwołujący wskazał, że art. 256 ustawy P.z.p., będący podstawą unieważnienia przedmiotowego postępowania daje zamawiającemu szersze możliwości działania. Nie oznacza to jednak, że przepis ten daje nieograniczone możliwości unieważnienia każdego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności przepis ten nie może być traktowany instrumentalnie jako narzędzie dające legitymację prawną tym zamawiającym, którzy z różnych względów przestali być zainteresowani dalszym prowadzeniem postępowania. W każdym bowiem przypadku dalsze prowadzenie musi być nieuzasadnione. Pomimo wspomnianej dużej elastyczności zastosowania wyżej opisanej regulacji, odwołujący podkreślił, że przepis art. 256 ustawy P.z.p. nie może być stosowany rozszerzająco, z uwagi na cel wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania, nawet na etapie przed upływem terminu składania ofert, nie powinno następować w sposób całkowicie dowolny i nieuzasadniony, przede wszystkim ze względu na ochronę interesu wykonawców zainteresowanych postępowaniem. Tym samym powołanie się na powyższy przepis możliwe jest jedynie w sytuacji, kiedy obiektywnie doszło do ujawnienia się takiej okoliczności, która powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. W konsekwencji do unieważnienia postępowania nie wystarcza zatem subiektywne poczucie zamawiającego, że nie chce dalej takiego postępowania kontynuować. Oznacza to, że zastosowanie art. 256 ustawy P.z.p. wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- (1) wystąpienie okoliczności (zdarzenia pewnego) w toku prowadzonego postępowania,
- (2) brak celowości (brak zasadności) dalszego prowadzenia postępowania na skutek zaistnienia tejże okoliczności.

Odwołujący zauważył, że możliwość zastosowania art. 256 ustawy P.z.p. została ograniczona czasowo, gdyż regulacja ta dotyczy wyłącznie takich okoliczności, które ujawniły się w dacie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może być bowiem tak, że zamawiający wszczynając postępowanie wiedział o danej okoliczności i nie uznawał jej za uzasadnienia dla jego prowadzenia, a dopiero później zmienił w tej sprawie zdanie.

Odwołujący podkreślił, że przepis ten nie zwalnia żadnego zamawiającego z należytej staranności w planowaniu i udzielaniu zamówień publicznych, uzasadnionej ochroną interesu wykonawców. Zamawiający powinien zatem przed wszczęciem postępowania przeprowadzić stosowne analizy, w tym co do tego, jaki zakres zamierza zlecić w ramach prowadzonego postępowania i dokonać wyboru odpowiedniego trybu, w jakim to zlecenie nastąpi, mając na uwadze warunki rynkowe i przesłanki udzielenia zamówienia, które mogą w danych okolicznościach mieć zastosowanie. A zatem wszelkie błędy zamawiających w dokumentacji zamówienia powinny być w pierwszej kolejności usuwane poprzez wprowadzenie stosownych zmian treści SWZ, aniżeli poprzez unieważnienie wszczętego postępowania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy P.z.p. obowiązkiem każdego zamawiającego jest podanie w informacji o unieważnieniu postępowania, podstawy prawnej i faktycznej podjęcia takiej decyzji. Unieważnienie postępowania jest bowiem jednym ze sposobów zakończenia postępowania i należy je traktować jak każdą inną czynność, którą zamawiający wykonuje w toku postępowania, a która podlega kontroli wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, *de facto* ograniczył się do powielenia treści przepisów art. 137 ust. 7 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., które dają zamawiającym możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 ustawy P.z.p. Zamawiający wielokrotnie cytuje wprost przywołane wyżej przepisy, nie konkretyzując jednak w żaden sposób planowanych do wprowadzenia zmian ani choćby ich kierunku, co miałyby wskazywać na rzeczywistą istotną zmianę charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności na znaczną zmianę zakresu zamówienia. Odwołujący stoi na stanowisku, że w przypadku niniejszego postępowania najpewniej doszło do instrumentalnego wykorzystania przez zamawiającego art. 256 ustawy P.z.p. i powołania się na przesłankę braku zasadności postępowania jedynie dla pozoru.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2024 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie i ewentualnie złożonych na rozprawie,
- 3) obciążenie odwołującego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że odwołującemu nie przysługuje legitymacja czynna do wniesienia odwołania. W postępowaniu upłynął termin składania ofert, wyznaczony na dzień 19 lipca 2024. Skoro więc w postępowaniu upłynął termin składania ofert, a jak wskazano w pkt 2.2 nie jest możliwe wyznaczenie nowego terminu

składania ofert, odpada legitymacja czynna odwołującego. Odwołujący nie dysponuje także interesem w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zarzucane naruszenie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz w zw. z art. 260 ustawy P.z.p., a także zarzucane naruszenie art. 260 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy P.z.p. nie ma miejsca. Konstrukcja unieważnienia w sytuacjach wypełniających dyspozycje powyższych przepisów jest wprowadzona w nowej ustawie P.z.p. Daje ona zamawiającemu możliwość szerokiego i elastycznego reagowania na zmieniającą się sytuację w toku realizacji postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i aktualizację przez zamawiającego oceny zasadności kontynuowania postępowania. Nie jest ograniczona do sformalizowanych przesłanek i jak się wskazuje w orzecznictwie i literaturze może dotyczyć różnych aspektów zmian zamówienia. Art. 256 ustawy P.z.p. nie tylko uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania. Nowa konstrukcja wprost obliuguje zamawiającego do skorzystania z art. 256 ustawy P.z.p. w celu unieważnienia postępowania, w związku z art. 137 ust. 7 lub art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, w sytuacji, gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, jest on zobowiązany do unieważnienia postępowania na gruncie art. 256 ustawy P.z.p. Unieważnienie na gruncie art. 256 ustawy P.z.p. nie wymaga uprzedniego wprowadzenia zmian w SWZ, a dopiero po tej czynności następczego unieważnienia.

Zamawiający zauważył, że w niniejszej sprawie występują okoliczności uzasadniające unieważnienie na ww. podstawach prawnych. Okoliczności te zostały wyjaśnione w uzasadnieniu unieważnienia. Jak m.in. wskazano w uzasadnieniu unieważnienia, wynikały one w szczególności z analiz zapytań, sugestii kierowanych do zamawiającego w toku postępowania przez wykonawców. Skłoniły one zamawiającego do dokonania korekty pierwotnych założeń oraz modyfikacji modelu zapewnienia rozwoju Systemu e-Zdrowie (P1). W szczególności zamawiający dostrzegł zasadność uwzględnienia (co najmniej kierunkowo) postulatów formułowanych w postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy P.z.p. Jednocześnie, potwierdzono, że planowane przez zamawiającego modyfikacje będą miały charakter istotnych zmian w dokumentacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że istotne zmiany zamówienia przyjmą kształt nowego postępowania, realizowanego w zupełnie innym charakterze i według innego modelu. Nowa (istotnie zmieniona) konstrukcja przybierze postać zamówienia w ramach umowy ramowej, w której docelowo będą zawierane umowy wykonawcze. W szczególności na zmianę koncepcji wpłynęły m.in. pytania wykonawców nr 51, 52, 54, 55, 71, 72, 77 (złożone w trakcie postępowania). Wskazują one na daleko idące trudności w stosowaniu przyjętego modelu realizacji zamówienia w kształcie przewidzianym w postępowaniu. Wskazują na adekwatność innego modelu zamówienia, tj. m.in. umowy ramowej. Zakres tak dalekiego przekształcenia charakteru zamówienia i dokumentacji postępowania wykracza poza dopuszczalne ramy zmian i z tej przyczyny niezbędne było unieważnienie postępowania oraz wszczęcie nowego (istotnie zmienionego) postępowania. Bez znaczenia jest tu fakt, że zamawiający już raz na etapie postępowania odmówił wprowadzenia zmian poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania do SWZ. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania przed upływem terminu składania ofert może skorygować odpowiedzi udzielone na pytania do SWZ.

Zamawiający stwierdził, że przygotowuje nowe postępowanie, które zostanie opublikowane, a które ma w szczególności istotnie inny charakter prawny, inną formułę realizacyjną, inne zasady współpracy i znacznie zmieniony zakres zamówienia. Mając jednak na względzie zasady ustawy P.z.p., w szczególności wynikające z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. obowiązki zapewnienia przez zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości, zamawiający nie może wskazywać i odnosić się do szczegółowego określenia zmienionego zakresu zamówienia oraz

przewidzianych zmian, obecnie w przygotowaniu. Na tym etapie sprawy faworyzowałoby to część potencjalnych wykonawców nowego, przygotowywanego postępowania, którzy śledzą dokumentację unieważnionego postępowania, a w szczególności faworyzowałoby to odwołującego, pozwalając na wgląd i umożliwiając wcześniejsze podjęcie przygotowań do udziału w nowym (istotnie zmienionym) zamówieniu.

Zamawiający wskazał, że nie jest żadnym rzeczywistym argumentem wykorzystanie przez zamawiającego w unieważnieniu określenia „relatywnie” istotne modyfikacje, na co powołuje się odwołujący. Jest to jedynie zabieg językowy, który zamawiający zastosował, a który nie zmienia w żadnym razie wydźwięku, czy charakteru treści unieważnienia – wskazania że chodzi o istotne modyfikacje. Należy go traktować w danym kontekście treści. Trudno nawet zakładać, że zamawiający, miałby formułować treść unieważnienia, niejako sprzecznie z samym unieważnieniem, w szczególności jego podstawami prawnymi.

Zamawiający podniósł, że doszczegółowienie i głębsze wyjaśnienie okoliczności uzasadniających unieważnienie może nastąpić w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Zamawiający powołał się tu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt KIO 2132/22.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest rozwój systemu e-zdrowie (P1). W ramach zamówienia wykonawca zobowiązany będzie do rozbudowy i zmiany Systemu P1 wraz z rozbudową i zmianą Dokumentacji P1 realizowanej przez wykonawcę w ramach świadczenia usługi tworzenia oprogramowania, na podstawie i w zakresie wynikającym z poszczególnych dyspozycji składanych przez Zamawiającego. Zamówienie zostało podzielone na 3 części, przy czym zgodnie z rozdz. III SWZ - jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część zamówienia.

W toku postępowania, w związku z zapytaniami ze strony wykonawców, zamawiający kilkakrotnie dokonywał zmian opisu przedmiotu zamówienia, zmieniał również kilkakrotnie termin składania ofert. Ostatecznie termin składania ofert wyznaczony został na 19 lipca 2024 r., natomiast dniu 17 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 256 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.

W piśmie z dnia 17 lipca 2024 roku zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający, działając na podstawie art. 256 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 137 ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) dalej zwana „ustawą Pzp” zawiadamia o unieważnieniu Postępowania we wszystkich trzech częściach.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE

Zamawiający, działając w oparciu o art. 137 ust. 7, art. 90 ust. 3 oraz art. 256 ustawy PZP podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania, ponieważ po wszczęciu Postępowania ujawniły się okoliczności powodujące, że jego dalsze prowadzenie w dotychczasowym kształcie jest nieuzasadnione.

Przedmiotem Postępowania są usługi informatyczne polegające na rozbudowie i zmianie systemu e- zdrowie (P1) (dalej jako „System P1”), a także usługi związane z rozbudową i zmianą odnoszącej się do tego systemu dokumentacji. Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie z należytą starannością, opierając się na wieloletnim doświadczeniu w organizowaniu podobnych procesów zakupowych, a także uwzględniając dobre praktyki na rynku usług informatycznych, w tym rekomendacje opracowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Utrzymując najwyższą staranność oraz respektując podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Zamawiający z uwagą badał zapytania, sugestie kierowane do Zamawiającego w toku Postępowania przez wykonawców oraz na bieżąco korzystał z możliwości konsultowania określonych rozwiązań z wyspecjalizowanymi instytucjami administracji rządowej.

Prowadzone na tej podstawie analizy skłoniły Zamawiającego do dokonania korekty pierwotnych założeń oraz modyfikacji modelu zapewnienia rozwoju Systemu e-Zdrowie (P1). W szczególności Zamawiający dostrzega zasadność uwzględnienia (co najmniej kierunkowo) postulatów formułowanych w Postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy PZP.

Mając na uwadze potrzebę wprowadzenia relatywnie istotnych zmian do dokumentów zamówienia, które miałyby doprowadzić do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zgodnie z art. 137 ust. 7 ustawy PZP, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 ustawy PZP. Z powyższą regulacją koresponduje art. 90 ust. 3 ustawy PZP, który stanowi, że w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 ustawy PZP. Z kolei stosownie do treści art. 256 ustawy PZP, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Jednocześnie analiza rozważanych przez Zamawiającego modyfikacji dokumentów zamówienia, dokonana przez pryzmat wskazanych wyżej przepisów, także z uwzględnieniem odnoszącego się do tych przepisów ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jednoznacznie wskazuje na konieczność unieważnienia Postępowania – kontynuowanie tego Postępowania w obecnym kształcie byłoby nieuzasadnione z uwagi na fakt, że planowane przez Zamawiającego modyfikacje będą miały charakter istotnych zmian w dokumentacji zamówienia.

Mając zatem na uwadze, iż:

a) Zamawiający planuje wprowadzić relatywnie istotne modyfikacje do przyjętych pierwotnie założeń wyrażonych w dokumentach zamówienia w Postępowaniu,

b) zgodnie z ww. przepisami ustawy PZP oraz dotyczącymi ich orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej kontynuowanie istotnie modyfikowanego postępowania nie jest możliwe, lecz powinno prowadzić do decyzji o jego unieważnieniu,

c) nie upłynął jeszcze termin składania ofert

- spełnione zostały przesłanki do unieważnienia Postępowania, o których mowa w art. 90 ust. 3, art. 137 ust. 7 oraz art. 256 ustawy P.z.p.

Mając na uwadze, iż termin składania ofert został wyznaczony w niniejszym Postępowaniu we wszystkich

częściach na dzień 19 lipca br., godz. 11.00, Zamawiający dokonał unieważnienia Postępowania w terminie określonym w art. 256 ustawy PZP.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2024 roku, iż odwołującemu nie przysługuje legitymacja czynna do wniesienia odwołania, ponieważ w postępowaniu upłynął termin składania ofert wyznaczony na 19 lipca 2024 roku.

Izba wskazuje, że w rozpoznawanym przypadku nie może być mowy o upływie terminu składania ofert, ponieważ w dniu 17 lipca 2024 roku zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania oznacza unieważnienie wszystkich czynności podjętych w postępowaniu, w tym również wyznaczenia terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W sytuacji, w której nie doszło do złożenia ofert, krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania jest bardzo szeroki. Uprawnienie to przysługuje bowiem wszystkim podmiotom, które odpowiadają definicji wykonawcy zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy P.z.p. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie zatem jedynie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą. Wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia przysługuje również uprawnienie do wniesienia odwołania na czynność unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonanej przed upływem terminu wyznaczonego na składanie ofert. Czynność unieważnienia postępowania uniemożliwia wykonawcy uzyskanie zamówienia publicznego i może być przyczyną szkody polegającej na utracie korzyści, które mógłby osiągnąć realizując przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że jest wykonawcą, który świadczy usługi związane z przedmiotem zamówienia, zamierzał więc złożyć ofertę w postępowaniu i poczynił w związku z tym odpowiednie przygotowania i poniósł szereg konkretnych nakładów finansowych celem przygotowania się do ubiegania o to konkretne zamówienie. Jednak na skutek podjętej przez zamawiającego czynności, polegającej na unieważnieniu postępowania, odwołujący został tej możliwości pozbawiony. Powyższe powoduje, że odwołujący może całkowicie utracić szansę pozyskania przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji – osiągnięcia zysku z jego realizacji.

W ocenie Izby powyższe przesądza o tym, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 256 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 256 ustawy P.z.p. zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Celem art. 256 ustawy P.z.p. jest umożliwienie zamawiającym zakończenia prowadzonych postępowań w sytuacji wystąpienia innych niż przewidziane w art. 255 ustawy P.z.p. okoliczności, które powodują, że dalsze prowadzenie tych postępowań mija się z celem. Przepis ma przeciwdziałać pozyskiwaniu nieodpowiednich lub niepożądanych świadczeń. Urzeczywistnia więc zasady celowości i efektywności wydatków publicznych. Z drugiej strony regulacja uwzględnia potrzebę ochrony wykonawców przed ponoszeniem daremnych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Z tego względu art. 256 ustawy P.z.p. daje możliwość unieważnienia postępowania odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert.

Ze wskazanym przepisem korelują przepisy zawarte w art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. w przypadku gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.

Z kolei, w myśl art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p., 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.

Podkreślenia wymaga, że przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 256 ustawy P.z.p. ma – co do zasady – charakter fakultatywny. Zamawiający może, ale nie musi unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia tej przesłanki. Niemniej jednak, w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 3 oraz 137 ust. 7 ustawy P.z.p., zamawiający obowiązany jest unieważnić postępowanie na podstawie art. 256 ustawy P.z.p.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający, unieważniając postępowanie, jako podstawę unieważnienia wskazał art. 256 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p. Zamawiający uznał zatem, że zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniły charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym (w szczególności znacznie zmieniły zakres zamówienia) oraz że zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje na konieczność podkreślenia celu każdego wszczynanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazówki co do tego, jak należy rozumieć ów cel, zawarte są w art. 7 pkt 18 ustawy P.z.p., zawierającym definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Otóż, zgodnie z przywołanym przepisem, przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć 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.

Dokonując analizy przytoczonej wyżej definicji wskazać należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie to – co do zasady – winno zakończyć się zawarciem umowy. Co prawda ustawodawca przewiduje również możliwość zakończenia postępowania poprzez jego unieważnienie, niemniej jednak unieważnienie to może nastąpić wyłącznie w wyniku zaistnienia przesłanek, które są ściśle określone w ustawie (art. 255 i nast., pośrednio – art. 90 ust. 3, art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.). W sytuacji, w której nie nastąpi żadna z ustawowych przesłanek unieważnienia postępowania, zamawiający nie będzie uprawniony do dokonania takiego unieważnienia. Tym samym przyjąć należy, że zamawiający, wszczynając postępowanie, winien zmierzać do jego zakończenia poprzez zawarcie umowy. Taki też cel wszczęcia i prowadzenia postępowania zakładają wykonawcy, którzy decydują się na wzięcie udziału w danym postępowaniu. Oznacza to, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania podlega kontroli wykonawców, którzy kontrolę tę realizują poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej. W szczególności przedmiotem kontroli wykonawców jest ustalenie istnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Realizację tego uprawnienia gwarantuje przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, do czego zobowiązuje zamawiającego zawarta w art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. zasada przejrzystości.

Zasada przejrzystości, nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez ustawę P.z.p., informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza zaś, że motyw, którymi kieruje się zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmiennie w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 554/17).

Przykładem przepisu, który uwzględnia w swej dyspozycji zasadę przejrzystości, jest art. 260 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym 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.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że zamawiający, unieważniając postępowanie, winien w informacji o tej czynności wskazać jej podstawy w taki sposób, by wykonawcy mieli możliwość oceny, czy przesłanki te w istocie zaszyły. W sytuacji, w której zamawiający powołuje się na przesłanki unieważnienia postępowania wskazane w art. 90 ust. 3, art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p., winien wskazać, które zmiany treści ogłoszenia i

SWZ istotnie zmieniły charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym i doprowadziły do zmiany zakresu zamówienia.

Z analizy treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 17 lipca 2024 roku wynika, że zamawiający nie wskazał informacji, o których mowa wyżej. Informacje zawarte w zawiadomieniu są bardzo ogólne i sprowadzają się do zapewnień o zaistnieniu podstaw do unieważnienia postępowania oraz o dbałości zamawiającego o przestrzeganie przepisów ustawy P.z.p. Nie zostały one jednak poparte żadnymi konkretnymi pozwalającymi wykonawcom na ustalenie, czy w istocie wypełniają przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 3 i art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazuje, iż: *Prowadzone na tej podstawie (zapytań, sugestii od wykonawców – przyp. wł.) analizy skłoniły Zamawiającego do dokonania korekty pierwotnych założeń oraz modyfikacji modelu zapewnienia rozwoju Systemu e-Zdrowie (P1). W szczególności Zamawiający dostrzega zasadność uwzględnienia (co najmniej kierunkowo) postulatów formułowanych w Postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy PZP.* W ślad za tym nie idą jednak informacje, jakiego rodzaju zapytania i sugestie od wykonawców spowodowały decyzję o zmianie charakteru postępowania ani też na czym owe zmiany miałyby polegać.

Wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2024 roku, dla zachowania wymogów zawartych w przepisach ustawy P.z.p., w tym w szczególności w art. 260 ust. 1 oraz art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p., nie wystarczy, by podstawy faktyczne unieważnienia postępowania znalazły się w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał więcej informacji mających uzasadnić unieważnienie postępowania oraz przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2022 r., sygn. akt KIO 2132/22, gdzie Izba wskazała, że: *Zamawiający nie wykazał istnienia okoliczności powodujących, że dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania jest nieuzasadnione. Podstaw do takiego uznania nie ma ani w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamieszczonym przez Zamawiającego na stronie prowadzonego postępowania w dniu 9 sierpnia 2022 r., ani też nie daje ich odpowiedź na odwołanie udzielona pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r.*

W ocenie Izby dokonana przez zamawiającego wykładnia treści wskazanego wyroku świadczy o jego niezrozumieniu i nie uwzględnia dyspozycji wskazanej w cytowanym już wyżej art. 260 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia postępowania winno znaleźć się w informacji o unieważnieniu.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie dokonała oceny, czy informacje zawarte w odpowiedzi na odwołanie uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 137 ust. 7 ustawy P.z.p. Izba, zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy P.z.p. bada zgodność z ustawą czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku czynnością tą jest unieważnienie postępowania, a jej emanacją – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 17 lipca 2024 roku. Ta czynność następnie stała się przedmiotem zaskarżenia i tylko ona podlega ocenie Izby.

Jako że Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z uwagi na niewskazanie w informacji o unieważnieniu realnych podstaw tego unieważnienia, decyzja co do dalszych czynności będzie należała do zamawiającego, w zależności od okoliczności mających miejsce w postępowaniu. W sytuacji, gdy zamawiający zadecyduje o ponownym unieważnieniu postępowania, jego decyzja w tym zakresie wymagać będzie stosownego powiadomienia wykonawców i uzasadnienia zgodnie z wytycznymi zawartymi w niniejszym orzeczeniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:.....