

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 11 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2024 roku przez wykonawcę Bax Baumaschinen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Suchy Las w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Gospodarowania Odpadami w Łodzi przy udziale wykonawcy Agrex-Eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Bax Baumaschinen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Suchy Las i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Bax Baumaschinen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Suchy Las 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 2343/24

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Gospodarowania Odpadami, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest dostawa mobilnego sita bębnowego, nr postępowania: 3/2024.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 7 maja 2024 r. pod numerem 270450-2024.

W dniu 3 lipca 2024 r. wykonawca Bax Baumaschinen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Suchy Las (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających zaniechaniu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 5 ustawy w zw. z art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 5 ustawy w zw. z art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego..

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania oraz udzielenie w jego wyniku w sposób niezgodny z prawem zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o zamówienie objęte postępowaniem.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z brzmieniem art. 515 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przedmiotowej sprawie informacja o wyborze przez Zamawiającego oferty wykonawcy AGREX-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej została zamieszczona na stronie prowadzonego postępowania w dniu 27 czerwca 2024 o godz. 20:50. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi w niniejszej sprawie element stanu faktycznego, którego wystąpienie w ocenie Odwołującego zaktualizowało

powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku unieważnienia postępowania podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 5 ustawy w zw. z art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego. Zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania od dnia 27 czerwca 2024 stanowi treść składanego przez Odwołującego się Odwołania. Zatem, niniejsze Odwołanie zostało złożone z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ termin na jego wniesienie mija 8 lipca 2024 r.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że Zamawiający w dniu 7 maja 2024 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę mobilnego sita bębnowego wyznaczając wykonawcom termin na składanie ofert do dnia 5 czerwca 2024, do godziny 09:00.

W dniu 5 czerwca 2024, o godzinie 09:37 Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informacje o zmianie treści SWZ oraz kopie ogłoszenia o zmianie SWZ opublikowanego w dniu 5 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W dniu 19 czerwca 2024 r. Odwołujący się skierował pismo do Zamawiającego, w którym zwrócił uwagę na fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że przywołany przepis dopuszcza możliwość zmiany treści SWZ w uzasadnionych przypadkach, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert. Natomiast zmiana SWZ po terminie składania ofert, jak również wydłużenie terminu składania ofert, po upływie terminu do ich składania stoi w jaskrawej sprzeczności z fundamentalnymi zasadami Praw zamówień publicznych.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2024 r., będącym odpowiedzią na pismo Odwołującego się Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. W takiej sytuacji udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku, gdy Zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Zamawiający wskazał w związku z tym, że pierwotny termin składania ofert upływał 5 czerwca 2024 r. godz. 9:00, a ogłoszenie o zmianie SWZ zostało przekazane przez Zamawiającego do publikacji 3 czerwca o godzinie 15:37. Z kolei, dnia 5 czerwca 2024 r. o godzinie 8:50 Zamawiający otrzymał z Urzędu Publikacji Unii Europejskiej „potwierdzenie”. Zamawiający nie doprecyzował jednak, czy otrzymane przez niego potwierdzenie dotyczyło otrzymania przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia, czy też jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamawiający wskazał również, że wszystkie ogłoszenia publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, który dostępny jest dla wszystkich. Publikacja w Dzienniku trwa kilka dni, a Zamawiający nie ma na to wpływu.

W dniu 10 czerwca 2024 o godz. 16:33 Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informacje z otwarcia ofert, a w dniu 27 czerwca 2024 o godz. 20:50 informacje o wyborze oferty wykonawcy AGREX-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 137 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Ponadto, w zgodnie z brzmieniem ust. 4 i 5 art. 137 w zw. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stosowane ogłoszenie. Udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją takiego ogłoszenia, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Z przywołanych przepisów wynika w pierwszym rzędzie, że uzasadniona zmiana treści SWZ może nastąpić wyłącznie przed upływem składania ofert. Reguła ta służy zagwarantowaniu przestrzegania podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że dokonanie zmiany SIWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty, a tym samym wydłużenie terminu na składania ofert, po upływie terminu składania ofert „jest niedopuszczalne i niewątpliwie wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania” (Wyrok NSA z 11.10.2016 r., II GSK 2382/15). Przywołane przepisy wskazują również, że dla ustalenia terminu dokonanej zmiany SWZ wiążące znaczenie ma udostępnienie zmiany na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a nie publikacji ogłoszenia o zmianie SWZ. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (zob. Wyrok KIO z dnia 23 marca 2022 r., KIO 624/22). Reguła ta wynika z faktu, że zmiana SWZ opublikowana na stronie internetowej prowadzonego postępowania dociera niezwłocznie do podmiotów zainteresowanych ubieganiem się o uzyskanie danego zamówienia. Natomiast informacja o zmianie SWZ zawarta w ogłoszeniu ma znaczenie jedynie porządkowe — dając dodatkową informację dla wykonawców, którzy nie zdecydowali się na zapoznanie z treścią SWZ zamieszczoną na stronie internetowej prowadzonego postępowania, że nadal mają taką możliwość w nowym, dłuższym terminie.

W ocenie Odwołującego wynikający z art. 137 ust. 5 ustawy Pzp zakaz udostępniania zmiany treści SWZ na

stronie internetowej prowadzonego postępowania przed publikacją stosowanego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE nie modyfikuje dopuszczalnego terminu na dokonywanie zmian SWZ, o którym mowa w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Momentem dokonania zmiany SWZ jest w każdym przypadku moment udostępniania informacji o zmianie SWZ na stronie prowadzonego postępowania. Art. 137 ust. 5 wskazuje jedynie na konieczność poprzedzenia zmiany SWZ poprzez zawarcie informacji na stronie prowadzonego postępowania zmianą ogłoszenia. W tym zakresie art. 137 ust. 5 realizuje zasadę pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym, o której mowa w art. 52 dyrektywie 2014/24/UE. Nie wyznacza jednak odmiennego terminu na dokonywanie dopuszczalnych zmian SWZ. Potwierdzeniem tego jest również okoliczność, o której mowa w art. 137 ust. 5 in fine. Zgodnie z nią zamawiający udostępniania zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania pomimo braku publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, przypadku gdy nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Wskazana reguła uwzględnia zatem staranność zamawiającego podejmowaną w celu urzeczywistnienia zasady pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym, potwierdzając jednocześnie znaczenie udostępniania informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania dla zachowania terminu dopuszczalnej zmiany SWZ. Zamawiający, który zamierza dokonać zmiany SWZ, musi więc liczyć się z zakazem określonym w art. 137 ust. 5 ustawy Pzp, także w kontekście oceny, czy zdąży we właściwym czasie zmianę prawidłowo przeprowadzić, czy też nie - i od zmiany odstąpić lub przetarg unieważnić. Fakt, że w niniejszej sprawie Zamawiający podjął ryzyko wprowadzenia zmiany, w świadomości, iż może nie zdążyć tego zgodnie z prawem wykonać, jest okolicznością obciążającą Zamawiającego, a nie działającą na jego korzyść, jak sugeruje w swojej odpowiedzi. W świetle powyższego za błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, w myśl którego zmiana SWZ w przedmiotowym postępowaniu nastąpiła zgodnie z przepisami ponieważ „Ogłoszenie do publikatora przekazano 3 czerwca o godzinie 15:37. Dnia 5 czerwca 2024 r. o godzinie 8:50 Zamawiający otrzymał potwierdzenie”. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informacje o zmianie treści SWZ w dniu 5 czerwca 2024, o godzinie 09:37, a wyznaczony przez niego termin na składanie ofert upłynął 5 czerwca 2024, o godzinie 09:00.

W rezultacie należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób rażąco naruszył przepisy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące prawidłowości dokonywania zamiast SWZ, a tym samym naruszył podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania oraz zasadę przejrzystości. Naruszenie wskazanych zasad wyraża się w dwóch fundamentalnych konsekwencjach:

- a) ograniczeniu dostępu do zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie zmian w SWZ w sposób uniemożliwiający pozyskanie w przeznaczonym do tego czasie przez wykonawców informacji o warunkach zamówienia;
- b) stworzenie sytuacji nieporównywalności ofert poprzez ukształtowanie sytuacji faktycznej, w której część wykonawców mogła złożyć oferty w oparciu o pierwotne warunki zamówienia, a część w oparciu o zmienione warunki zamówienia.

W świetle powyższego stwierdzić należy powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 5 ustawy w zw. z art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z brzmieniem art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie "obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu wystąpiła wada polegająca na zmianie SWZ w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp oraz w sposób naruszający zasady udzielenia zamówień publicznych. Wskazana wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia z uwagi na przeprowadzoną już przez Zamawiającego ocenę ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, zaistniała wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 70⁵ § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

W przedmiotowej sprawie zdaniem Odwołującego Zamawiający wpłynął na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z prawem poprzez niezgodną z przepisami zmianę SWZ skutkującą brakiem możliwości porównania złożonych ofert, a w konsekwencji brakiem możliwości prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty. W rezultacie naruszenia przepisów Zamawiający nie mógł ocenić (a) które oferty zostały złożone w terminie składania ofert, a które zostały złożone po upływie tego terminu (art. 226 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp) oraz (b) treść których ofert była zgodna, a która niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt.) ustawy Pzp). W konsekwencji Zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z przepisami, a dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej wpłynął na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem.

Dnia 8 lipca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Agrex-Eco spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezprzedmiotowego.

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

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jak jednoznacznie wynika z treści dokumentacji postępowania, jak również treści wniesionego odwołania Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informacje o zmianie treści SWZ oraz kopie ogłoszenia o zmianie SWZ opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2024 r, które to zmiany miały stanowić podstawę do unieważnienia postępowania.

W tej dacie – mając na uwadze treść art. art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp – rozpoczął swój bieg 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, który upłynął 15 czerwca 2024 r. Nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że dopiero czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana dnia 27 czerwca 2024 r. stanowi w niniejszej sprawie element stanu faktycznego, którego wystąpienie zaktualizowało powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku unieważnienia postępowania. Odwołujący pragnąc zakwestionować powyższą czynność Zamawiającego jako niezgodną z przepisami winien wnieść środek ochrony prawnej w terminie przewidzianym ustawą dla określonej czynności, w tym wypadku modyfikacji SWZ przez Zamawiającego. Ustawa nie dopuszcza bowiem możliwości kwestionowania określonych czynności jako dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy czy też ich następstw na późniejszym etapie postępowania, jeżeli wykonawca biorący udział

w postępowaniu nie podjął próby ich podważenia w terminie wynikającym z art. 515 ustawy Pzp.

Tym samym odwołanie wniesione 4 lipca 2024 r. podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 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), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: