

WYROK

Warszawa, dnia 3 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2024 przez TRONUS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Główny Urząd Statystyczny w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Głównemu Urzędowi Statystycznemu w Warszawie - unieważnienie czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1 i 3;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - Główny Urząd Statystyczny w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez TRONUS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Głównego Urzędu Statystycznego w Warszawie na rzecz TRONUS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie kwotę 18 700 zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset złotych) tytułem zwrotu poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania w zakresie wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (100 zł).

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 5018/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Główny Urząd Statystyczny w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest: „Zakup i dostawa wyposażenia oraz mebli pracowniczych i gabinetowych do Głównego Urzędu Statystycznego”, zn.9/DB/PN/2024, o ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 148/2024 w dniu 31.07.2024 r., numer ogłoszenia: 459045-2024.

Odwołujący TRONUS POLSKA sp. z o.o. z/s w Warszawie w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 6 ustawy pzp – przez unieważnienie postępowania w częściach nr 1 i 3, pomimo iż nie zostały opisane w tym przepisie przesłanki, w szczególności nie wystąpiła w postępowaniu niemożliwość do usunięcia wada postępowania powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne w zakresie tych części,

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadzące w konsekwencji do zaniechania dokonania wyboru w ramach części nr 1 i 3 jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy kryteriach oceny ofert ustalonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1 i 3,

2) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach nr 1 i 3.

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta Odwołującego byłaby wybrana w częściach nr 1 i 3 jako najkorzystniejsza. Była jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą w niniejszym postępowaniu.

W tych częściach oferty złożył także wykonawca Mikomax Warszawa sp. z o.o. (Mikomax), ale jego oferta została odrzucona w części nr 1 (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 pzp) oraz w części nr 3 (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp).

UZASADNIENIE 1) Zarzut nr 1

W wyniku ponownego badania i oceny ofert, prowadzonych po wydaniu wyroku KIO 3784/24, Zamawiający ponownie dokonał wyboru Mikomax w części nr 1 26.11.2024 r.

Odwołujący ponownie złożył odwołanie, m.in. ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Mikomax na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. Przed rozpoznaniem tej sprawy (KIO 4607/24) Zamawiający 19.12.2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty w części nr 1 z 26.11.2024 r., co prowadzi do umorzenia w sprawie KIO 4607/24 na podstawie art. 568 pkt 2 pzp ze względu na następczy brak substratu zaskarżenia (zaskarżony ponowny wybór oferty został unieważniony już po wniesieniu odwołania).

Jednocześnie 19.11.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w części 1 i 3. W obu częściach podstawą unieważnienia postępowania jest wskazany art. 255 pkt 6 pzp. Uzasadnienie unieważnienia dla obu tych części jest oparte na tej samej podstawie prawnej i przedstawia takie samo uzasadnienie faktyczne.

Wg Zamawiającego ww częściach nr 1 i 3 miała rzekomo zaistnieć niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. To miało wg Zamawiającego wynikać z faktu, że 10.12.2024 r. miał upłynąć określony datą końcowy termin realizacji zamówienia.

Termin ten w pkt 6 SWZ dla obu ww. części był określony następująco: „Przedmiot zamówienia Wykonawca zrealizował będzie od dnia podpisania Umowy do dnia 10 grudnia 2024 r. lub do wyczerpania kwoty łącznego, maksymalnego wynagrodzenia, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi jako pierwsze, z zastrzeżeniem, że Zamawiający dopuszcza częściowe dostawy przedmiotu Umowy.”

Wg Zamawiającego dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w tych częściach po 10.12.2024 r. powodowałoby, że wybór ten następowałby rzekomo niezgodnie z art. 17 ust. 2 pzp, czy też z wyrażonymi w art. 16 ustawy pzp zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To ostatnie miałyby wynikać z tego, że wybór oferty Odwołującego w części nr 1 lub 3 wiązałby się w sposób z koniecznością przedłużenia terminu wykonania umowy. Z tego ma wynikać wg Zamawiającego rzekome „regresywne” naruszenie konkurencyjności w postępowaniu, ze względu na to, że inne podmioty mogłyby w nim wziąć udział i ubiegać się o zamówienie.

Wbrew stanowisku Zamawiającego w nie zaszyły jednak przesłanki umożliwiające unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p., ani innej podstawie prawnej.

Unieważnienie postępowania na podstawie którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 255 p.z.p. ma charakter wyjątkowy, przesłanki te muszą być interpretowane w sposób ścisły. Dlatego do zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania muszą bezsprzecznie zająć wszystkie przesłanki określone w tym przepisie. Wynika to z tego, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty i zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Unieważnienie postępowania prowadzi do unicestwienia postępowania i tym samym – uniemożliwia dojście do celu postępowania.

Przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 p.z.p. składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada musi być niemożliwa do usunięcia (np. wyrok KIO z 17.02.2011 r., KIO 242/11).

Sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a tym samym nie może stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp (art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzedniej ustawy P.z.p. z 2004 r.). Orzecznictwo w tym zakresie wskazuje m.in. że: „Odnosząc się do przesłanki unieważnienia postępowania w zadaniach 1 - 5 zamówienia, powołanej w piśmie z 5 stycznia 2009 r, Izba zważyła, że upływ terminu realizacji zamówienia wyznaczony przez Zamawiającego 15 grudnia 2008 roku nie stanowi obiektywnej wady samego postępowania, skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy. Brak istnienia także związku przyczynowo -

skutkowego pomiędzy upływem terminu realizacji a niemożliwością zawarcia ważnej umowy.

Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 k.c. musi mieć charakter obiektywny, pierwotny oraz nieprzemijający. W zaistniałym stanie faktycznym niemożliwość świadczenia nie ma charakteru nieprzemijającego, gdyż można ją usunąć przez zmianę terminu realizacji zamówienia, skutkiem czego świadczenie stanie się możliwe do wykonania. W ocenie Izby, nie istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu realizacji zamówienia.” (KIO/UZP 125/09). Podobne stanowisko prezentują np. wyroki z KIO 154/13, 1155/14, KIO/UZP 333/09 852/09, 755/13, 622/14, 481/10, 206/10, 2700/17, 2713/17, uchwała KIO z 30.10.2012 r., KIO/KD 86/12. Z najnowszego orzecznictwa np. KIO 185/24.

Nie ma przeszkód, aby zmiana umowy dopuszczalna zgodnie z art. 455 ustawy p.z.p. została wprowadzona nie tylko po zawarciu umowy, ale także po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Stanowisko zawarto w wielu orzeczeniach sądów (wyrok SO w Nowym Sączu III Ca 262/05) oraz KIO (wyrok KIO/UZP 125/09, uchwała KIO z 30.10.2012 r. KIO/KD 86/12).

Także w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przyznał terminowi wykonania zobowiązania kluczowego charakteru. W szczególności zaś nie zostało z tym terminem powiązane żadne kryterium oceny ofert.

W decyzjach o unieważnieniu postępowania w częściach nr 1 i 3 z 19.12.2024 r. Zamawiający nie wykazał żadnej okoliczności, która mogłaby powodować konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. Zamawiający w tych decyzjach nie wykazał też w ogóle, aby zaistniała jakakolwiek podstawa, która mogłaby prowadzić do unieważnienia umowy o zamówienie dotyczące części nr 1 czy też nr 3. Tymczasem ustawa pzp w art. 457 przewiduje także zamknięty katalog sytuacji, w których dopuszczalne jest unieważnienie umowy o zamówienie publiczne. Żadna z określonych tam przesłanek nie dotyczy sytuacji takiej, jak w przedmiotowej sytuacji, czyli ze względu na długi czas trwania postępowania i przekroczenie terminu jego wykonania zakreślonego przez podanie daty. Zamawiający nawet nie wskazał, która dokładnie podstawa dla unieważnienia umowy miałyby rzekomo zaistnieć. Tym bardziej więc nie wykazał, aby faktycznie mogła ona zająć w niniejszym przypadku.

Przedstawione orzecznictwo KIO jednoznacznie kwalifikuje, że dokonana w sytuacjach takich, jak zaistniała w postępowaniu, zmiana terminu wykonania zamówienia jest zmianą nieistotną, a więc zgodną z art. 455 ust. 2 p.z.p. (art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z 2004 r.).

Okoliczności takie, jak czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest okolicznością leżącą po stronie Zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i powinien przygotować i wszcząć postępowanie z takim wyprzedzeniem, aby umożliwiło to wybór oferty i podpisanie umowy i realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z odpowiadającym Zamawiającemu harmonogramem. Rzekome „regresywne” naruszenie postępowania jest efektem naruszeń przepisów pzp po stronie Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Te wady postępowania nie są jednak wadami nieusuwalnymi – przeciwnie, stosownie do przepisów ustawy pzp Zamawiający jest zobowiązany wyeliminować naruszające przepisy decyzje i zaniechania i ponownie prawidłowo przeprowadzić czynności badania i oceny ofert (np. wyrok KIO 3784/24).

Wybór oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu w częściach nr 1 i 3 jest nadal możliwy. Wymaga on tylko tego, aby Zamawiający zaniechał dalszych naruszeń przepisów, wezwał Odwoływającego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą (art. 239 ust. 2 ustawy pzp).

Powyższe powoduje także, że niezasadny jest użyty przez Zamawiającego w decyzjach z 19.12.2024 r. argument o rzekomym wpływie takiej zmiany na warunki konkurencji w postępowaniu. Ogłoszenie i SWZ została opublikowany zgodnie z ustawą i każdy potencjalnie zainteresowany Wykonawca mógł się z nią zapoznać. W postępowaniu w częściach nr 1 i 3 zostały złożone po dwie oferty – Odwoływającego i wykonawcy Mikomax. Te oferty podlegają badaniu w postępowaniu.

Przedłużenie czasu trwania postępowania wynikające ze składania skutecznych środków ochrony prawnej (np. wyrok Izby z dnia 12.11.2024 r., sygn. akt KIO 3784/24) nie może być uzasadnieniem dla wystąpienia takiego rzekomego „regresywnego” naruszenia konkurencyjności i nie może być podstawą do stwierdzenia nieusuwalnej wady postępowania. Przyjęcie założeń Zamawiającego przedstawionych w uzasadnieniu decyzji z 19.12.2024 r. prowadziłoby do pozostawienia Zamawiającemu dowolności w podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania, skoro wymagałoby to jedynie opóźniania czynności wyboru oferty. Założenie, że Zamawiający mógłby przez takie opóźnianie czynności prowadzić do stanu, w którym mógłby unieważniać postępowanie ze względu na „regresywne” naruszenie konkurencyjności, jest sprzeczne z zasadą, że postępowanie prowadzi się w celu zawarcia umowy, a jego unieważnienie ma charakter ściśle wyjątkowy.

2) Zarzut nr 2. Konsekwencją naruszenia objętego zarzutem nr 1 jest to, że Zamawiający w postępowaniu w częściach nr 1 i 3 zaniechał dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Nie ma przeciwwskazań do dokonania wyboru. Oferta Odwołującego jest jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą w tych częściach. Brak jej wyboru wynika wyłącznie z unieważnienia postępowania w części nr 1 i 3, czyli z czynności dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Zamawiający: Główny Urząd Statystyczny w odpowiedzi na odwołanie wniosł o oddalenie odwołania w całości

Uzasadnienie stanowiska zamawiającego:

Zamawiający wskazuje, że z uwagi na inny stan faktyczny i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla Części 1 i Części 3 zasadne jest odniesienie się rozpatrywanie zarzutów do każdej z części niezależnie. Zamawiający wszczął postępowanie dzielone na 3 części z zastrzeżeniem, że dopuszcza składanie ofert częściowych. Część 1 i 3 są przedmiotem odwołania.

Zamawiający wskazuje, że w zakresie Części 1 oferta Wykonawcy Mikomax została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 pzp, z uwagi na fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę, co było bezpośrednim wynikiem braku zgody Zamawiającego na zmianę terminu wykonania po dacie 10 grudnia 2024 r. Wobec twierdzeń Odwołującego, że obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty i zawarcie umowy po tym terminie, (w stanie rzeczywistym rozpatrywania odwołania) ziszcza się sytuacja nierównego traktowania Wykonawców i braku konkurencyjności w działaniach Zamawiającego. Zamawiający, nie wyraża zgody na przedłużenie terminu wykonania zamówienia czego bezpośrednią konsekwencją jest nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez Wykonawcę Mikomax Warszawa Sp. z o. o. i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 pzp i zdaniem Odwołującego w tych samych realiach tego samego postępowania Zamawiający powinien w stosunku do Tronus Polska Sp. z o. o. dokonać przedłużenia terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia (terminu, który upłynął 10 grudnia 2024 r.), dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i zawrzeć umowę. Odwołujący nie widzi w tej sytuacji żadnych przesłanek braku konkurencyjności i nierównego traktowania Wykonawców i nie dostrzega faktu, że gdyby nie brak zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu wykonania umowy i dalsze tego konsekwencje, to oferta Tronus Polska Sp. z o. o. nie byłaby najkorzystniejsza i nie doszłoby do jej wyboru ponieważ oferta Mikomax Warszawa Sp. z o. o. spełniała wszystkie warunki postępowania w zakresie Części 1 i doszłoby do wyboru tej oferty.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów ustawy pzp stanowi także naruszenie interesu Odwołującego i grozi mu doznaniem szkody, obejmującej utratę szans na uzyskanie zamówienia, Zamawiający wskazuje, że znane jest mu orzeczenie TSUE, który w wyroku z 6 czerwca 2024 r C-547/22. Zamawiający zwraca jednak uwagę, że wyrok ten dotyczył zgola odmiennego stanu faktycznego – sytuacji, w której Wykonawca został pozbawiony możliwości uczestniczenia w postępowaniu poprzez jego wykluczenie z jednoczesną możliwością uczestniczenia w procedurze przez innych uczestników postępowania. w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania powyższa sytuacja nie występuje. Zamawiający mając na uwadze równe traktowanie Wykonawców oraz wobec braku możliwości równego i jednakowego potraktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu, co zostało wskazane powyżej, procedurę unieważnił. Tym samym wobec absolutnej niemożności wstecznego doprowadzenia do równego traktowania Wykonawców w zakresie terminu wykonania umowy oraz skutków nieprzedłużenia terminu związania ofertą, przez unieważnienie procedury został przywrócony stan konkurencyjności i równego potraktowania wszystkich uczestników postępowania.

W ZAKRESIE ZARZUTU naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy pzp – przez unieważnienie postępowania w częściach nr 1 i 3 pomimo iż nie zostały opisane w tym przepisie przesłanki, w szczególności nie wystąpiła w postępowaniu niemożliwość do usunięcia wada postępowania powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne w zakresie tych części.

Zamawiający przytoczył uzasadnienie zarzutu i wskazał na przebieg postępowania i postanowienia swz, wg których określił dla Części 1, że przedmiot zamówienia

Wykonawca realizował będzie od dnia podpisania Umowy do dnia 10 grudnia 2024 r. lub do wyczerpania kwoty łącznego, maksymalnego wynagrodzenia, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi jako pierwsze, z zastrzeżeniem, że Zamawiający dopuszcza częściowe dostawy przedmiotu Umowy.

Przypomniał, że dla obu części (1 oraz 3) oferty złożyli dwaj wykonawcy, po pierwotnym wyborze, wobec wyniku postępowania odwoławczego, dokonał ponownej oceny ofert, a dnia

25 listopada 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawców, którzy złożyli oferty dla Części 1 postępowania z

wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 31.01.2025 r., z terminem udzielenia odpowiedzi do dnia 28.11.2024 r. do godz. 14:00.

26 listopada 2024 r. Zamawiający dokonał, dla Części 1, drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty nr wykonawcy Mikomax Warszawa.

27 listopada 2024 r. Wykonawca Mikomax Warszawa Sp. z o. o. przekazał Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, że:

1)w przypadku, jeżeli Zamawiający bierze pod uwagę realizację Umowy 9/DB/PN/2024 dla Części 1 w 2025 r., a termin realizacji wynosił będzie do 8 tygodni od dnia podpisania umowy, Wykonawca wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego, natomiast

2)w przypadku, jeżeli Zamawiający nie bierze pod uwagę realizacji Umowy 9/DB/PN/2024 dla Części 1 w 2025 r. oraz jeżeli termin realizacji nie będzie wynosił do 8 tygodni od dnia podpisania umowy, Wykonawca nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe oświadczenie Wykonawcy oraz przepisy:

1)art. 220 ust. 1 pkt 1) ustawy, Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni;

2)art.220 ust. 2 ustawy, Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty;

3)art. 220 ust. 3 ustawy, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni;

4)art. 220 ust. 4 ustawy, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;

5)art. 220 ust. 5 ustawy, w przypadku gdy Zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofert,

Zamawiający stwierdził, że ustawa jednoznacznie normuje, że Zamawiający jest uprawniony do tego, aby przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się jednokrotnie do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni, a przedłużenie terminu związania ofertą, wymaga od Wykonawcy złożenia przez niego pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofert, jeżeli Zamawiający żąda wniesienia wadium.

Ustawa nie dopuszcza warunkowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca składa ofertę na wykonanie zamówienia publicznego na określonych w dokumentach zamówienia warunkach i nie może jej zmienić, tak jak Zamawiający nie może dokonać zmian, określonych w dokumentach zamówienia, warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym oraz z warunkowością udzielonej przez Wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą dla Części 1 Zamawiający, na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy, 28 listopada 2024 r. zwrócił się do Wykonawcy Mikomax Warszawa Sp. z o. o. z wnioskiem o przekazanie, do dnia 29.11.2024 r. do godz. 12:00, jednoznacznej decyzji o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 31.01.2025 r., w zakresie Oferty złożonej dla Części 1 postępowania, wskazując jednocześnie, że w przypadku niezłożenia w wyznaczonym terminie jednoznacznej bezwarunkowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 31.01.2025 r. lub pozostawienie pisma Zamawiającego bez odpowiedzi, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy.

Do upływu terminu wskazanego w wezwaniu Zamawiającego z dnia 28 listopada 2024 r., Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

W związku z brakiem zgody Wykonawcy Mikomax Warszawa Sp. z o. o. na przedłużenie terminu związania ofertą, Zamawiający w dniu 2 grudnia 2024 r. odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę Mikomax Warszawa Sp. z o. o. z/s w Warszawie dla Części 1, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy, ponieważ Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający, w dniu 19 grudnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1 postępowania, dokonaną 26 listopada 2024 r.

19-12-2024 r. Zamawiający unieważnił Część 1 postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący (iuris cogentis), nakłada zatem na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w każdym przypadku, w którym stwierdzi on, że ziszczyły się zawarte w tej normie przesłanki. Obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w każdym przypadku, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

1. dojdzie do naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),
2. wada musi być niemożliwa do usunięcia,
3. wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Do unieważnienia postępowania dochodzi wyłącznie wtedy, gdy zamawiający nie może dokonać czynności sanującej popełnione uchybienie, która umożliwiłaby mu kontynuowanie postępowania w sposób wolny od wad. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpi zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jednym z dogmatów Prawa zamówień publicznych jest zasada, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy). Na podstawie art. 16 pkt 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy to zatem do obowiązków zamawiającego, aby zarówno przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jego przeprowadzenie zapewniło równe traktowanie wszystkich wykonawców, którzy będą chcieli przystąpić do danego zamówienia publicznego. Równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania, co sprawia, że zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych są ze sobą ściśle powiązane, przenikają się wzajemnie i w połączeniu doprowadzają do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Orzecznictwo Izby wskazuje na to, że zasada równego traktowania jest naruszana najczęściej na etapie zapewniania dostępu wykonawców do zamówień publicznych. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych przenikają się wzajemnie i można stwierdzić, że zasada równego traktowania znajduje swój wyraz w nakazie ochrony konkurencji na rynku publicznego nabywcy. Obie te zasady łącznie służą zapewnieniu efektywności wydatków publicznych, ponieważ jednym z najistotniejszych przejawów zasady równości stron jest dopuszczenie jak najszerszego kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, dających rękojmię należytego jego wykonania. Jakiegokolwiek ograniczenia konkurencji muszą być uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia, zwłaszcza w świetle specyfiki danego przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązane z nią obowiązki przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów w całym przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań, które dotyczą warunków podmiotowych oraz odnoszą się do przedmiotu zamówienia, jak również stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania oraz niedopuszczeniu do sytuacji, w której mogłoby dojść do regresywnego naruszenia konkurencyjności, czyli sytuacji, w której gdyby nie ziszczyły się określone działania zamawiającego to oferty w postępowaniu mogłyby zostać złożone przez szerszy krąg wykonawców lub wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu nie znaleźliby się w sytuacji mniej korzystnej niż inne podmioty.

Zamawiający mają zatem obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (w tym zakresie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 7 kwietnia 2016 r w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; wyroku z 24 maja 2016 roku w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; wyroku z 16 grudnia 2008 roku w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasísi Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731). Na gruncie polskim, SO w Bydgoszczy w postanowieniu z 17 marca 2008 r (akt: VIII Ga 22/08) wskazał, że przestrzeganie zasady równości stron polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących

się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert. Nie jest zatem możliwe stosowanie ulg, przywilejów, środków dyskryminujących wobec niektórych wykonawców i odmienne traktowanie pozostałych.

W przedmiotowym postępowaniu (Część 1 postępowania), 27 listopada 2024 r. Wykonawca Mikomax Warszawa Sp. z o. o. przekazał Zamawiającemu cytowane wyżej pismo.

Wykonawca uzależnił swój udział w postępowaniu od przedłużenia przez Zamawiającego terminu wykonania przedmiotu umowy do 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą oferta Wykonawcy została odrzucona. 10 grudnia 2024 r. upłynął termin wykonania umowy dla Części 1. Wybór oferty Wykonawcy następnego w kolejności wiązałby się w sposób oczywisty z koniecznością przedłużenia terminu wykonania umowy, co jednocześnie prowadziłoby do złamania zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że w stanie faktycznym postępowania dochodzi również do regresywnego złamania konkurencyjności w stosunku do innych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w dużej mierze wymaga zorganizowania toku produkcji nastawionej na realizację konkretnego zamówienia, gdyby więc od początku postępowania Wykonawcy mający zdolność wykonania przedmiotu zamówienia mieli świadomość, że termin wykonania umowy może zostać przedłużony oraz, że termin określony bezwzględnie na 10 grudnia 2024 r. nie jest terminem nieprzekraczalnym to należy domniemywać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógłby wziąć udział szerszy krąg Wykonawców i mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze. W związku z powyższym zasła przesłanka z art. 255 pkt 6) ustawy, która mówi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ziściły się 3 niezbędne w tym zakresie przesłanki łącznie (wyżej wskazane tj.:

1.doszło do naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), poprzez fakt, że niemożliwe jest zachowanie fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców,

2.wada jest niemożliwa do usunięcia, poprzez fakt, że ewentualna realizacja umowy wymaga zmiany terminu realizacji, co będzie korzystne tylko dla jednego Wykonawcy i jednocześnie będzie skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wobec pozostałych Wykonawców”,

3.wada skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy w warunkach naruszenia prawa, w szczególności art.17 ust. 2 ustawy.

W ZAKRESIE ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH CZĘŚCI 3

3 października 2024 r., w zakresie Części 3 Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy - Mikomax w Warszawie. Wykonując postanowienia KIO 3784/24 Zamawiający unieważnił, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 3 i wezwał Wykonawcę Mikomax do uzupełnienia wskazanych w wyroku przedmiotowych środków dowodowych dla Części 3.

W dniu 20 listopada 2024 r. po zapoznaniu się z treścią dokumentów uzupełnionych dla Części 3 postępowania przez Wykonawcę Mikomax Warszawa Sp. z o. o. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca uzupełnił:

1)wydany przez niezależną, akredytowaną jednostkę uprawnioną do wydawania tego rodzaju zaświadczeń dokument potwierdzający, że proponowane w Części 3 w pozycji 10 biurko pracownicze MARO model Q-EM, jest wykonane zgodnie z normami PN-EN 527-1 PN-EN 527-2, potwierdzającymi trwałość, wytrzymałość, stateczność oraz bezpieczeństwo użytkowania. Uzupełniony dokument potwierdzał spełnienie przez biurko pracownicze, MARO model Q-EM, wymagań Zamawiającego dotyczących wykonania, zgodnie z normami PN-EN 527-1 PN-EN 527-2 potwierdzającymi trwałość, wytrzymałość, stateczność oraz bezpieczeństwo użytkowania.

2)w zakresie zaoferowanych w Części 3 w pozycji 3 stołów konferencyjnych do gabinetu DTZ - model Verona SK168X80 – Wykonawca przedłożył kartę produktu oraz oświadczenie Rehau Sp. z o. o. z siedzibą w Baranowie (złożone także wraz z ofertą), z których wynikało jaką odpornością charakteryzuje się wyrób ABS Raukantex (obrzeże meblowe). Zamawiający stwierdził, że przedstawione dokumenty nie są jednak zgodne z wymaganiem Zamawiającego, który w Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazał, że w zakresie potwierdzenia odporność zastosowanej doklejki na promieniowanie UV, oczekuje przedłożenia dokumentu wystawionego przez niezależną jednostkę uprawnioną do wydawania tego rodzaju dokumentów, a żadnego z uzupełnionych przez Wykonawcę dokumentów, dotyczących obrzeże meblowego, nie można uznać za wystawiony przez niezależną jednostkę badawczą. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów potwierdzających, że zaoferowane w

zakresie Części 3 w pozycji 3 stoły konferencyjne do gabinetu DTZ - model Verona SK168X80 – spełniają wymagania Zamawiającego, odnoszące się do odporności zastosowanej doklejki na promieniowanie UV, poprzez co nie wykazał, iż zaofiarowany w ofercie przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Zamawiający uznał, iż oferta Wykonawcy Mikomax Warszawa Sp. z o. o. złożona dla Części 3 postępowania, jest niezgodna z warunkami zamówienia i w dniu 21 listopada 2024 r. odrzucił ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo Zamówień, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 25 listopada 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawców, którzy złożyli oferty dla Części 3 postępowania z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 31.01.2025 r.

W terminie wskazanym w wezwaniu: Wykonawca Mikomax Warszawa Sp. z o. o. przekazał Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, że:

1)w przypadku, jeżeli Zamawiający bierze pod uwagę realizację Umowy 9/DB/PN/2024 dla Części 3 w 2025 r., a termin realizacji wynosił będzie do 8 tygodni od dnia podpisania umowy, Wykonawca wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego, natomiast

2)w przypadku, jeżeli Zamawiający nie bierze pod uwagę realizacji Umowy 9/DB/PN/2024 dla Części 3 w 2025 r. oraz jeżeli termin realizacji nie będzie wynosił do 8 tygodni od dnia podpisania umowy, Wykonawca nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe oświadczenie Wykonawcy Mikomax Warszawa Sp. z o. o. oraz:

1)art. 220 ust. 1 pkt 1) ustawy, Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni;

2)art.220 ust. 2 ustawy, Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty;

3)art. 220 ust. 3 ustawy, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni;

4)art. 220 ust. 4 ustawy, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;

5)art. 220 ust. 5 ustawy, w przypadku gdy Zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium /.../.

Zamawiający stwierdził, że ustawa nie dopuszcza warunkowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca składa ofertę na wykonanie zamówienia publicznego na określonych w dokumentach zamówienia warunkach i nie może jej zmienić, tak jak Zamawiający nie może dokonać zmian, określonych w dokumentach zamówienia, warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym oraz z warunkowością udzielonej przez Wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą dla Części 3 postępowania Zamawiający, działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy, w dniu 28 listopada 2024 r. zwrócił się do Wykonawcy Mikomax o przekazanie, jednoznacznej decyzji o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 31.01.2025 r., w zakresie Części 3. Do upływu terminu wskazanego w wezwaniu Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 25 listopada 2024 r. Zamawiający, biorąc pod uwagę obliczenia punktacji w ocenie ofert na podstawie kryteriów przyjętych w przedmiotowym postępowaniu, z uwzględnieniem decyzji Zamawiającego z dnia 21 listopada 2024 r. o odrzuceniu oferty Mikomax Warszawa Sp. z o. o. stwierdził, że Oferta nr 1 złożona przez Tronus Polska Sp. z o. o. z/s w Warszawie, otrzymała najwyższą liczbę 100 punktów i jest zgodna z SWZ, w związku z czym Tronus Polska wezwany został, na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 pkt 1) i 2) ustawy.

6 grudnia 2024 r., tj. w terminie, Wykonawca przedłożył podmiotowe środki dowodowe.

W dniu 10 grudnia 2024 r. upłynął termin wykonania umowy dla Części 3 postępowania.

W dniu 19 grudnia 2024 r. Zamawiający unieważnił Część 3 przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie

obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący (iuris cogentis), nakłada zatem na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w każdym przypadku, w którym stwierdzi on, że ziściły się zawarte w tej normie przesłanki. Obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w każdym przypadku, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

1. dojdzie do naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),

2. wada musi być niemożliwa do usunięcia,

3. wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Do unieważnienia postępowania dochodzi wyłącznie wtedy, gdy zamawiający nie może dokonać czynności sanującej popełnione uchybienie, która umożliwiłaby mu kontynuowanie postępowania w sposób wolny od wad. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpi zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy). Na podstawie art. 16 pkt 1) ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy do obowiązków zamawiającego, aby zarówno przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jego przeprowadzenie zapewniło równe traktowanie wszystkich wykonawców, którzy będą chcieli przystąpić do danego zamówienia publicznego. Równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania, co sprawia, że zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych są ze sobą ściśle powiązane, przenikają się wzajemnie i w połączeniu doprowadzają do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówień publicznych.

Orzecznictwo wskazuje na to, że zasada równego traktowania jest naruszana najczęściej na etapie zapewniania dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych przenikają się wzajemnie i można stwierdzić, że zasada równego traktowania znajduje swój wyraz w nakazie ochrony konkurencji na rynku publicznego nabywcy. Obie te zasady łącznie służą zapewnieniu efektywności wydatków publicznych, ponieważ jednym z najistotniejszych przejawów zasady równości stron jest dopuszczenie jak najszerszego kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, dających rękojmię należytego jego wykonania. Jakiegokolwiek ograniczenia konkurencji muszą być uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia, zwłaszcza w świetle specyfiki danego przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości /ponownie przytoczono argumenty z orzecznictwa, jak dla części 1 – przyp. KIO/

W dniu 10 grudnia 2024 r. upłynął termin wykonania umowy dla Części 3 postępowania. Wybór oferty Wykonawcy wiązałby się w sposób oczywisty z koniecznością przedłużenia terminu wykonania umowy, co jednocześnie prowadziłoby do złamania zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że w stanie faktycznym postępowania dochodzi również do regresywnego złamania konkurencyjności w stosunku do innych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w dużej mierze wymaga zorganizowania toku produkcji nastawionej na realizację konkretnego zamówienia, gdyby więc od początku postępowania Wykonawcy mający zdolność wykonania przedmiotu zamówienia mieli świadomość, że termin wykonania umowy może zostać przedłużony oraz, że termin określony przez Zamawiającego bezwzględnie na 10 grudnia 2024 r. nie jest terminem nieprzekraczalnym to należy domniemywać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógłby wziąć udział szerszy krąg Wykonawców i mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze. W związku z powyższym zaszła przesłanka z art. 255 pkt 6) ustawy, która mówi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ziściły się 3 niezbędne w tym zakresie przesłanki łącznie:

1. doszło do naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), poprzez fakt, że niemożliwe jest zachowanie fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców,

2. wada jest niemożliwa do usunięcia, poprzez fakt, że ewentualna realizacja umowy wymaga zmiany terminu realizacji,

co będzie korzystne tylko dla jednego Wykonawcy i jednocześnie będzie skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wobec pozostałych Wykonawców”,

3. wada skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy w warunkach naruszenia prawa, w szczególności art. 17 ust. 2 ustawy.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Odwołującego, mając na uwadze art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający wskazuje, że niewątpliwie zaszły obydwie przesłanki wskazane w opozycji przez Odwołującego. Po pierwsze wystąpiło naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) poprzez wystąpienie okoliczności, w których dalsze procedowanie postępowania prowadziłyby do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą zasadą prawną Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy to zatem do obowiązków zamawiającego, aby zarówno przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jego przeprowadzenie zapewniło równe traktowanie wszystkich Wykonawców, którzy będą chcieli przystąpić do danego zamówienia publicznego. Równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania, co sprawia, że zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych są ze sobą ściśle powiązane, przenikają się wzajemnie i w połączeniu doprowadzają do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówień publicznych.

Ta wada postępowania doprowadziła do okoliczności wtórnych skutkujących niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu jest na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy ponieważ ważna jest tylko umowa, która zostaje zawarta bez złamania przepisów powszechnie obowiązujących, w tym przypadku art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający podobnie wskazuje wyroki KIO z 17.02.2011 r., KIO 242/11 argumentując, że niemożliwy jest prawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach wadliwego postępowania wobec braku możliwości zachowania fundamentalnej zasady równego traktowania Wykonawców (sytuacja opisana powyżej) i w sytuacji przedmiotowego postępowania wada ta ma charakter nieusuwalny.

Oferta wybrana w takich realiach postępowania nigdy nie byłaby ofertą najkorzystniejszą wybraną prawidłowo i jako taka nie mogłaby również być podstawą do zawarcia ważnej umowy.

Zamawiający wskazuje, że nigdy nie wskazywał, aby powodem prawnym lub formalnym unieważnienia postępowania był upływ terminu wykonania świadczenia. Gdyby taki upływ terminu miał charakter samodzielny i nie wiązał się z okolicznością braku możliwości takiego samego potraktowania wykonawców w postępowaniu czyli wystąpienia złamania zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców nie prowadziłby do czynności wykonanych w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że okoliczność opisana przez Odwołującego jest okolicznością opisaną przez Odwołującego na okoliczność odwołania i nigdy nie nastąpiła w stanie faktycznym sprawy. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o jej pominięcie.

Jest przy tym powszechnie przyjmowane w orzecznictwie, że nie ma przeszkód, aby zmiana umowy dopuszczalna zgodnie z art. 455 ustawy p.z.p. została wprowadzona nie tylko po zawarciu umowy, ale także po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Stanowisko to zostało zawarte w wielu orzeczeniach /z uzasadnienia odwoania/.

STANOWISKO ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający wskazuje, że przytoczona przez Odwołującego okoliczność nie może mieć wpływu na ocenę zaistniałego stanu faktycznego. Zarówno w przypadku zmiany terminu wykonania umowy w trakcie trwania postępowania, jak i po wyborze oferty najkorzystniejszej i przed zawarciem umowy w sposób jednakowy doszłoby do nierównego traktowania Wykonawców, co Zamawiający podnosił w uzasadnieniu unieważnienia oraz w wstępie odpowiedzi na odwołanie.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego termin wykonania przedmiotu umowy miał dla Zamawiającego istotne znaczenie z uwagi na cel zamówienia, który wyraża się koniecznością zapewnienia właściwych warunków pracy pracownikom zamawiającego oraz realizacjom celów budżetowych. Dlatego Zamawiający nie zastosował terminu wykonania przedmiotu umowy jako kryterium pozacenowego oceny ofert. Gdyby Zamawiający to uczynił, to sytuacja taka świadczyłaby właśnie o mobilności podejścia Zamawiającego do tej kwestii.

Zamawiający absolutnie nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego wskazując jak wyżej, że konieczność zachowania zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców jest jedną z kluczowych zasad prawidłowego prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego a wskazywane przez Odwołującego orzeczenia odnoszą się do sytuacji, w których do zmiany terminu wykonania umowy dochodziło ale z równoczesnym zachowaniem zasad

wynikających z art. 17 ust. 2 pzp. Podstawą unieważnienia postępowania przez Zamawiającego nie jest niemożność zmiany umowy ale sytuacja zaburzenia w sposób jednoznaczny i trwały fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania czego Odwołujący zdaje się nie dostrzegać.

Zamawiający potwierdza, że jest gospodarzem postępowania i jako gospodarz postępowania ustalił obowiązujące w postępowaniu terminy. Również jako gospodarz postępowania jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób zgodny z treścią obowiązujących przepisów prawa. W każdej sytuacji, w której kiedy Zamawiający stwierdza niezgodność prowadzonej procedury z przepisami prawa jest zobowiązany do podjęcia kroków w celu przywrócenia prawidłowego toku postępowania, a w przypadku kiedy staje się to niemożliwe, do unieważnienia postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu wada ma charakter trwały.

Do unieważnienia postępowania dochodzi wyłącznie wtedy, gdy zamawiający nie może dokonać czynności sanującej popełnione uchybienie, która umożliwiłaby mu kontynuowanie postępowania w sposób wolny od wad. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpi zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jednym z dogmatów Prawa zamówień publicznych jest zasada, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy). Na podstawie art. 16 pkt 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy to zatem do obowiązków zamawiającego, aby zarówno przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jego przeprowadzenie zapewniło równe traktowanie wszystkich wykonawców, którzy będą chcieli przystąpić do danego zamówienia publicznego. Równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania, co sprawia, że zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych są ze sobą ściśle powiązane, przenikają się wzajemnie i w połączeniu doprowadzają do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na to, że zasada równego traktowania jest naruszana najczęściej na etapie zapewniania dostępu wykonawców do zamówień publicznych. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych przenikają się wzajemnie i można stwierdzić, że zasada równego traktowania znajduje swój wyraz w nakazie ochrony konkurencji na rynku publicznego nabywcy. Obie te zasady łącznie służą zapewnieniu efektywności wydatków publicznych, ponieważ jednym z najistotniejszych przejawów zasady równości stron jest dopuszczenie jak najszerszego kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, dających rękojmię należytego jego wykonania. Jakiegokolwiek ograniczenia konkurencji muszą być uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia, zwłaszcza w świetle specyfiki danego przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązane z nią obowiązki przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów w całym przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań, które dotyczą warunków podmiotowych oraz odnoszą się do przedmiotu zamówienia, jak również stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełnienia oraz niedopuszczeniu do sytuacji, w której mogłoby dojść do regresywnego naruszenia konkurencyjności, czyli sytuacji, w której gdyby nie ziściły się określone działania zamawiającego to oferty w postępowaniu mogłyby zostać złożone przez szerszy krąg wykonawców lub wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu nie znaleźliby się w sytuacji mniej korzystnej niż inne podmioty.

Zamawiający mają zatem obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny. Nie jest możliwe stosowanie ulg, przywilejów, środków dyskryminujących wobec niektórych wykonawców i odmienne traktowanie pozostałych.

W przedmiotowym postępowaniu (Część 1 postępowania), w dniu 27 listopada 2024 r. Wykonawca Mikomax Warszawa Sp. z o. o. przekazał Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, że uzależnia swój udział w postępowaniu od faktu przedłużenia przez Zamawiającego terminu wykonania przedmiotu umowy do 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą oferta Wykonawcy została odrzucona. 10 grudnia 2024 r. upłynął termin wykonania umowy dla Części 1 postępowania. Wybór oferty Wykonawcy następnego w kolejności wiązałby się w sposób oczywisty z koniecznością przedłużenia terminu wykonania umowy, co jednocześnie prowadziłoby do złamania zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że w stanie faktycznym postępowania dochodzi również do regresywnego złamania konkurencyjności w stosunku do innych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu. Przedmiot zamówienia w dużej mierze wymaga zorganizowania

toku produkcji nastawionej na realizację konkretnego zamówienia, gdyby więc od początku postępowania Wykonawcy mający zdolność wykonania przedmiotu zamówienia mieli świadomość, że termin wykonania umowy może zostać przedłużony oraz, że termin określony przez Zamawiającego bezwzględnie na 10 grudnia 2024 r. nie jest terminem nieprzekraczalnym to należy domniemywać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógłby wziąć udział szerszy krąg Wykonawców i mogłyby zostać złożone oferty korzystniejsze. W związku z powyższym zaszła przesłanka z art. 255 pkt 6) ustawy, która mówi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zišciły się 3 niezbędne w tym zakresie przesłanki łącznie:

1. doszło do naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), poprzez fakt, że niemożliwe jest zachowanie fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców,

2. wada jest niemożliwa do usunięcia, poprzez fakt, że ewentualna realizacja umowy wymaga zmiany terminu realizacji, co będzie korzystne tylko dla jednego Wykonawcy i jednocześnie będzie skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wobec pozostałych Wykonawców”,

3. wada skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy w warunkach naruszenia prawa, w szczególności art. 17 ust. 2 ustawy.

W ZAKRESIE ZARZUTU naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadzące w konsekwencji do zaniechania dokonania wyboru w ramach części nr 1 i 3 jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy kryteriach oceny ofert ustalonych w SWZ.

Zamawiający przypomniał, że jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób zgodny z treścią przepisów prawa. W każdej sytuacji, w której kiedy Zamawiający stwierdza niezgodność prowadzonej procedury z przepisami prawa jest zobowiązany do podjęcia kroków w celu przywrócenia prawidłowego toku postępowania, a w przypadku kiedy staje się to niemożliwe do unieważnienia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu wada ma charakter trwały i uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu należy wskazać, że postępowanie odwoławcze w swej naturze powinno rozstrzygać o czynnościach dokonanych przez Zamawiającego, a zarzut Odwołującego mający charakter roszczenia jest w swej istocie, biorąc pod uwagę powyższe wywody Odwołującego w zakresie możliwości zawarcia i zmiany umowy, roszczeniem o zawarcie umowy poprzez złożenie zastępczego oświadczenia woli i w takim przypadku występuje niewłaściwość drogi dochodzenia co do właściwości organu orzekającego. W związku z powyższym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przedłożona przez zamawiającego i stanowiska przedstawione przez strony na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

I. Odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia:

1. art. 255 pkt 6 ustawy pzp – przez unieważnienie postępowania w częściach nr 1 i 3, pomimo iż nie zaszły opisane w tym przepisie przesłanki, w szczególności nie wystąpiła w postępowaniu niemożliwa do usunięcia wada postępowania powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne w zakresie tych części,

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, prowadzące w konsekwencji do zaniechania dokonania wyboru w ramach części nr 1 i 3 jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy kryteriach oceny ofert ustalonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1 i 3,

2) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach nr 1 i 3.

Skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego, który podstaw nieważności postępowania upatruje w art. 225 pkt 6 w związku z art. 16 ustawy pzp. Zamawiający uznał, że w toku postępowania doszło do regresywnego złamania

konkurencyjności w stosunku do innych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu, gdyby dysponowały wiedzą, że termin realizacji zamówienia będzie późniejszy niż wskazany w pierwotnych dokumentach zamówienia. W konsekwencji zawarta umowa z wykonawcą, który złożył ofertę, byłaby obciążona wadą, a ten wykonawca niezasadnie uprzywilejowany.

Przedstawiony w skrócie wywód i wnioski zamawiającego niewątpliwie świadczą o profesjonalnym i kreatywnym stosowaniu przepisów ustawy. Jednakże rozważanie i wnioski oparte są na znacząco hipotetycznym i niesprawdzalnym założeniu o szerokim kręgu wykonawców zdolnych i zainteresowanych złożeniem zamówienia, a faktycznie nie składających oferty li tylko z uwagi na zbyt krótki okres przygotowań do realizacji zamówienia. Hipoteza taka ma pewne wady. Oto bowiem można założyć, że rzeczywiście potencjalnie zainteresowany mógłby w stosownym czasie wnioskować o zmianę treści swz, w tym projektu umowy i terminów jej realizacji.

Powyższe założenie zamawiającego jest tym bardziej niezasadne, iż w ocenie izby przyjętej z prawdopodobieństwem bliskim pewności jest stwierdzenie, że w razie, gdyby wykonawca Mikomax przedłużył okres związania ofertą stosownie do wniosku zamawiającego, w efekcie czego złożona przez niego oferta nie zostałaby odrzucona, zamawiający nie podjąłby decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawach faktycznych i prawnych, które powołał obecnie.

A przecież stan faktyczny byłby tożsamy, w tym wynikający z upływu czasu i w efekcie wada postępowania, którą to kategorią zamawiający się posłużył.

Ponadto izba zauważa, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania zwrócił się do wykonawców, w trybie przewidzianym w art. 220 ust. 3 ustawy pzp, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni, co, racjonalnie oceniając oznacza, że zakładał, iż w tym okresie dokona kolejnych czynności postępowania, w tym wyboru oferty i zawarcia umowy, co było celem przedmiotowego postępowania. W odmiennym stanie sprawy, to jest założeniu, że kontynuacja postępowania nie leży w interesie zamawiającego, czynności zmierzających do przedłużenia okresu by on nie podjął albo wskazałby okres krótszy, na co przepis zezwala, wobec treści przepisu „nie dłuższy niż 60 dni”.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołania podlega uwzględnieniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp i 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 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Przewodniczący:.....