Sygn. akt: KIO 1580/21

WYROK
z dnia 13 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Hetman" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/9A, 40-161 Katowice oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/21,40-161 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, ul. Plebiscytowa 196, 40-035 Katowice**

orzeka:

uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiskai Gospodarki Wodnej w Katowicach, ul. Plebiscytowa 196, 40-035 Katowice** i:

[redacted]

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Hetman" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/9A, 40-161 Katowice oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/21,40-161 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od **Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnejw Katowicach, ul. Plebiscytowa 196, 40-035 Katowice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Hetman" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/9A, 40-161 Katowice oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Sp. z o.o., al. Korfantego 51/21,40-161 Katowice** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

stownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Wykonywanie usługi fizycznej ochrony mienia w obiekcie Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej zlokalizowanym w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19 w okresie 01.06.2021 r. do 31.05.2023 r." przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach,ul. Plebiscytowa 196, 40-035 Katowice (dalej „zamawiający") wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., Al. Korfantego 51/9A, 40-161 Katowice oraz PrzedsiębiorstwoHandlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., Al. Korfantego 51/21,40-161 Katowice (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) [dalej „ustawa Pzp"], poprzez uznanie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy wady takiej w postępowaniu nie ma, a zamawiający może zawrzeć prawidłowo umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania o uwzględnienie w całości oraz o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz o powtórzenie oceny i badania ofert.

Odwołujący stanął na stanowisku, że postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego – niedoskonałości SWZ nie powinny skutkować unieważnieniem postępowania, gdyż zamawiający może prawidłowo wybrać ofertę w postępowaniu.

Odwołujący podał, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji, publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznychnr 2021/BZP 00044871/01 w dniu 30 kwietnia 2021 r., wyznaczając termin składania ofert na 12 maja 2021 r.

Podał także, że oferty złożyło 5 wykonawców, a nadto, że 19 maja 2021 r. zamawiający poinformował go, że dokonał czynności unieważnienia postępowania.

Wskazał, że zgodnie z treścią 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.

Wskazał dalej, że zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania uzasadnił: „*w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowano kryterium „Doświadczenie Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przedmiotowe kryterium dotyczy właściwości wykonawcy*"**.**

Odwołujący podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być dokonywane przez zamawiającego z należytą starannością, która objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy

ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Podniósł także, że przesłanki unieważnienia postępowania muszą być intepretowane ściśle, a wykazanie ich zaistnienia obciąża zamawiającego; rozszerzająca wykładnia tych przesłanek jest niedopuszczalna, mogłaby bowiem prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

Podkreślił, jako szczególnie istotne, trzy okoliczności:

1. w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert zostały złożone wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, a zamawiający wyjaśniał kwestie związane z tym kryterium,
2. zamawiający zdecydował się unieważnić postępowanie 7 dni po otwarciu ofert, znając już krąg zainteresowanych wykonawców oraz złożone przez nich ceny,
3. zamawiający, niezwłocznie po unieważnieniu postępowania, zdecydował się na wszczęcie kolejnego, którego przedmiot jest tożsamy z niniejszym, nie czekając nawet na odwołania, które wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli złożyć.

Zdaniem odwołującego z powyższego wyłania się obraz, że zamawiający zdaje się być „niezadowolony" ze złożonych ofert (lub z tego, czyja oferta winna zostać najwyżej oceniona).

Stwierdził, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu.

Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania).

Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia i mieć przy tym charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Odwołujący podniósł, że kryteria oceny ofert są jednoznaczne, nie zawierają wątpliwości co do zakresu przyznawanych punktów, a zamawiający opisał je w tożsamy sposób w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ wobec czego nie ma wątpliwości, że zamawiający ma możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone przez siebie kryteria oceny ofert; jeżeli jednak zamawiający nie jest „zadowolony" z postawionych kryteriów oceny ofert, to mógł dokonać stosownej modyfikacji na etapie przed upływem terminu na składanie ofert, po upływie tego terminu musi się trzymać postanowień SWZ.

Gdyby Zamawiający, wywodził odwołujący, popełnił jakieś błędy w opisaniu kryteriów oceny ofert (np. nie byłoby wiadomo, za co dokładnie mogą zostać przyznane punkty i zamawiający mógłby nierówno potraktować wykonawców), to wtedy taka przesłanka unieważnienia postępowania mogłaby zaistnieć.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 16 października 2020 r., sygn. akt KIO 2438/20, zgodnie z którym: *zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak - co oczywiste - wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem w sytuacji, gdy stwierdzona i opisana konstrukcja kryteriów oceny ofert nie gwarantuje zachowania tych zasad to wybór najkorzystniejszej oferty nie może zostać dokonany. W konsekwencji wskazać należy, iż gdyby Zamawiający, wobec opisanych wyżej wad kryteriów, zdecydował się kontynuować postępowanie i doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty, to miałby wszelkie podstawy liczyć się z możliwością unieważnienia umowy na skutek realizacji wynikającego z art. 146 ust. 6 p.z.p. Z tego względu niewątpliwym jest, że Zamawiający ma podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*"

Podniósł, że uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający, zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy przepisem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp a art. 457 ust. 1 art. 459 ust. 1, ponieważ warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 czy 459 ustawy Pzp.

Uznał, że zamawiający, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, takiego powiązania nie wykazał.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18, zgodnie z którym: „*powołanie się przez Zamawiającego na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poza zakres przesłanek wynikających z art. 146 ust. 1 p.z.p., w tym między innymi dopuszczenie możliwości unieważnienia postępowania w każdym przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie może nastąpić w oderwaniu od regulacji kodeksu cywilnego. Ustawodawca wyraźnie wskazuje bowiem, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wymaga wykazanie, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tym samym wyjście poza przesłanki wskazane w art. 146 ust. 1 p.z.p. wymaga wykazania przez zamawiającego, iż zachodzą podstawy określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy. W szczególności dotyczy to oświadczeń woli złożonych pod wpływem błędu, podstępu lub groźby bezprawnej, art. 388 k.c. stanowiącego, że strona umowy pokrzywdzona wyzyskiem drugiej strony może w ciągu dwóch lat żądać unieważnienia umowy przez sąd, jeśli przywrócenie ekwiwalentności świadczeń jest nadmiernie utrudnione czy art. 70 k.c.*"

Stwierdził, że zamawiający ani nie został wprowadzony w błąd, ani też nie ma okoliczności, że istnieje jakaś niejasność w SWZ i wykonawcy mogli złożyć nieporównywalne oferty. Uzupełnił, że zamawiający sam argumentował elementy dotyczące treści kryterium oceny ofert w wyjaśnieniach treści SWZ, a jednocześnie każdy z potencjalnie zainteresowanych wykonawców wiedział, jakie będzie pozacenowe kryterium oceny ofert i jak będą przyznawane punkty w tym zakresie, co dodatkowo oznacza, że ewentualny błąd zamawiającego nie miał wpływu na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców oraz na wynik postępowania stąd zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 7 czerwca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki

dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy wady takiej w postępowaniu nie ma, a zamawiający może zawrzeć prawidłowo umowę w sprawie zamówienia publicznego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia – „*Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert"* (dalej „SWZ") zamawiający podał, że obok ceny (waga 60%) zastosuje kryterium „Doświadczenie Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia" (waga 40%).

Zamawiający wskazał, że w kryterium tym będzie oceniał „*doświadczenie Wykonawcy polegające na długości świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach załączając oświadczenie dokumentujące doświadczenie w realizacji podmiotowego zamówienia wraz z wykazem podmiotów, w których realizowane były usługi w poszczególnych latach.*

- *za doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach poniżej 5 - 1 punkt,*
- *za doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach powyżej 5 - 10 punktów,*
- *za doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach powyżej 10 - 20 punktów,*
- *za doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach powyżej 15 - 30 punktów,*
- *za doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej w latach powyżej 20 - 40 punktów."*

Pismem z dnia 7 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na 3 pytania wykonawców – udzielił wyjaśnień treści SIWZ. Dwa z pytań dotyczyły kryterium „*Doświadczenie Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia*".

Na pytania zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

„*Pytanie nr 1:*

Proszę o odpowiedź na następujące pytanie. Czy w kryterium doświadczenie w zakresie usług ochrony w budynkach użyteczności publicznej można sumować doświadczenia (np. w jednym budynku użyteczność publicznej sprawowaliśmy usługę ochrony przez 5 lat w innym dłużej) czy też w celu otrzymania maksymalnej ilości punków trzeba przedstawić wykaz usługi ochrony budynku użyteczności publicznej w której w sposób ciągły była sprawowana ochrona przez 20 lat?

Pytanie nr 2:

W kryterium doświadczenie w celu uzyskania 40 punktów należy wykazać się 20-letnim doświadczeniem w ochronie obiektów użyteczności publicznej. Czy to oznacza wykazanie się np. 10 usługami wykonywanymi po 2 lata każda a rozpoczętymi w 2000 r. np. w 2000 r. ochranialiśmy.... a w 2002 ochranialiśmy....itd. Proszę o wyjaśnienie w jaki sposób to zapisać i udokumentować.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w celu wykazania doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia, w formularzu ofertowym należy wpisać długość świadczenia usługi w każdym obiekcie użyteczności publicznej. Należy tu wykazać usługi inne niż te, które potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie wymaga wykazania jednej usługi trwającej nieprzerwanie 20 lat, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów.

Jeżeli Wykonawca jednocześnie wykonywał usługę ochrony mienia w kilku różnych obiektach użyteczności publicznej, to należy wykazać każą usługę osobno, z uwagi na fakt, że jest to odrębne zamówienie.

Zamawiający jako doświadczenie w zakresie realizacji zamówienia uzna zsumowaną liczbę lat sprawowania usługi ochrony mienia przez wykonawcę na poszczególnych obiektach użyteczności publicznej."

Termin składania ofert upłynął 12 maja 2021 r.

Pismem z dnia 19 maja 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postepowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w następujący sposób uzasadniając swoją decyzję: „W *przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowano kryterium „Doświadczenie Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia". Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przedmiotowe kryterium dotyczy właściwości wykonawcy***".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp brzmi: „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*".

Art. 457 ust. 1 (1) oraz art. 459 ust. 1 pkt 2 (2) ustawy Pzp brzmią:

1. „*Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów",

2. „*Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie: (…) 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1."*

Zgodzić należy się z odwołującym (podobne stanowisko prezentował zamawiający), że przesłanka unieważnienia

postępowania z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp składa się z koniunkcji okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu, tj.

1. musi wystąpić naruszenie 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 (pkt 3.1.8 odwołania).

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że odwołanie zostało złożone wobec czynności unieważnienia postępowania z uzasadnieniem wskazanym w piśmie z dnia 19 maja 2021 r., informującym wykonawców o podjętej przez zamawiającego decyzji.

Powyższe oznacza, że z jednej strony odwołujący mógł złożyć odwołanie wobec tej czynności uzasadnionej wyłącznie pismem z dnia 19 maja 2021 r., z drugiej strony zamawiający nie mógł – czy to w ramach odpowiedzi na odwołanie, czy w toku rozprawy powoływać się na nowe powody unieważnienia – nowe uzasadnienie (czy to faktyczne, czy to prawne) tejże czynności.

Analizując treść uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania podaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 19 maja 2021 r., stwierdzić należy, że w uzasadnieniu zamawiający wskazał tyle tylko, iż zastosował kryterium, którego zastosować nie powinien (kryterium zastosowane dotyczy właściwości wykonawcy, a winno być związane z przedmiotem zamówienia).

Choć strony nie miały wątpliwości, że zastosowane takiego kryterium było niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i stanowi wadę postępowania, to zaznaczyć należy, że zamawiający ani nie wskazał przepisu ustawy Pzp, z którego niedopuszczalność zastosowania kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy by wynikała, ani swojej kwalifikacji, że jest to wada postępowania.

Strony nie miały nadto wątpliwości, czego także zamawiający nie podał, że wada ta jest nieusuwalna, tj. że wada dotyczy ustalonego w SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert toteż jego zmiana po upływie terminu składania ofert (skoro SWZ nie może już zostać zmodyfikowana), co nastąpiło 12 maja 2021 r., nie jest możliwa, a tym samym jest to wada nieusuwalna.

Kluczowym w sprawie, wobec koniunkcji wystąpienia przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest to, że zamawiający w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. nie uzasadnił z jakich powodów uznał, że dostrzeżona nieusuwalna wada postępowania uniemożliwia mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na zamawiającym.

Tej istotnej kwestii zamawiający nie poświęcił w piśmie z 19 maja 2021 r. żadnej uwagi. Podkreślić przy tym należy, że tak ważka czynność zamawiającego (unieważnienie postępowania) znosząca cel postępowania, tj. udzielenie zamówienia winna bezsprzecznie ujmować dlaczego zachodzą przesłanki do uznania, że Prezes UZP miałby podstawy do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy – winna ujmować odniesienie się do przepisu art. 457 ust. 1 w zw. z art. 459 ust. 1 pkt 2.

Brak ten eksponował odwołujący, wskazując w odwołaniu: *„Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 PZP zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy przepisem art. 255 pkt 6 Pzp a art. 457 ust. 1 art. 459 ust. 1 PZP, bowiem warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 PZP jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 czy 459 PZP. Zamawiający, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, takiego powiązania nie wykazał."* (pkt 3.1.11 odwołania).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził toteż orzekł jak w sentencji.

Skład zamawiający Izby nie nakazał zamawiającemu, jak żądał odwołujący, ponowienia czynności badania i oceny ofert, ponieważ z nadesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynikało iżby zamawiający w ogóle przystąpił do oceny i badania ofert. O ile zamawiający uzna, że pomimo rozstrzygnięcia składu orzekającego Izby zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania związane z zastosowaniem niedopuszczalnego kryterium oceny ofert to zamawiający może taką czynność podjąć, adekwatnie ją uzasadniając. Rozstrzygnięcie składu orzekającego Izby dotyczy „jedynie" czynności zamawiającego z 19 maja 2021 r. uzasadnionej w piśmie zamawiającego z tego samego dnia. W przeciwnym przypadku zamawiający winien przeprowadzić czynność badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 5 pkt 1 lit. a) 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).

Przewodniczący: ……