Sygn. akt: KIO 2513/21

WYROK

z dnia 24 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 24 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2021 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „HETMAN spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „PARASOL" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i gospodarki Wodnej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „HETMAN spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „PARASOL" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i:

2.1 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 zamówienie Przedsiębiorstwo

Handlowo - Usługowe „HETMAN spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „PARASOL" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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: .....

Sygn. akt: KIO 2513/21

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa serwerów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/ BZP 44871/01

23 sierpnia 2021 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i art. 505 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawa", wniósł odwołanie wobec unieważnienia postępowania z uwagi na to, 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 przez 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 - co już raz zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł:

- ✓ merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- ✓ dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- ✓ unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- ✓ powtórzenie oceny i badania ofert,
- ✓ zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania. Podał, 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.

Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1580/21, to nie doprowadziłby do ponownego unieważnienia postępowania na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, podczas gdy Krajowa Izba Odwoławcza w ww. wyroku stwierdziła nieprawidłowość takiego działania.

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem ma być wykonywanie usługi fizycznej ochrony mienia w obiekcie WFOŚiGW w Katowicach zlokalizowanym przy ul. Plebiscytowej 19 w okresie 01.06.2021 r. do 31.05.2023 r. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00044871/01 w dniu 30 kwietnia 2021 r.

Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji. Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z 30 kwietnia 2021 r.

Termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 12. maja 2021 r. Dowód: SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania) Odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców (w dokumentacji Postępowania)

W ustalonym terminie składania ofert w Postępowaniu, swoje oferty złożyło 5 wykonawców. W dniu 19 maja 2021 r. Zamawiający poinformował, mailowo, Odwołującego o tym, że dokonał czynności unieważnienia postępowania. Dowód: informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 19 maja 2021 r. (w dokumentacji Postępowania).

W dniu 24. maja 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Dowód: kopia odwołania z dnia 24. maja 2021 r. (w dokumentacji Postępowania)

W dniu 13. lipca 2021 r. Izba wydała wyrok nakazujący Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Dowód: kopia wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1580/21).

W dniu 11 sierpnia 2021 r. na podstawie wyroku Izby Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania. Dowód: informacja o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 11 sierpnia 2021 r. (w dokumentacji Postępowania).

W dniu 18 sierpnia 2021r . Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, że dokonał czynności unieważnienia postępowania. Dowód: informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 18 sierpnia 2021 r. (w dokumentacji Postępowania)

W ZAKRESIE ZARZUTU

Naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy.

Zgodnie z treścią 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. Podstawą unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 ust. 6 ustawy jest istnienie wady przede wszystkim istotnej tj. wady mającej wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania z dnia 18 sierpnia 2021 r. wskazał, że unieważnia niniejsze postępowanie, a „SWZ została poddana przez Zamawiającego ponownej weryfikacji w zakresie wskazanych kryteriów oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że naruszył zasady uczciwej konkurencji przez podanie kryterium „doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia w budynkach użyteczności publicznej". Wobec zakazu modyfikacji postanowień SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, będących jednym z obligatoryjnych elementów SWZ, a wynikających z przepisu art. 137 ust. 1 Prawa zamówień publicznych uznać należy, że nie ma możliwości naprawy postępowania poprzez wprowadzanie określonych zmian w SWZ i działając na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych zamawiający unieważnił postępowanie o zamówienie publiczne. Wady postanowień SWZ w zakresie kryterium oceny uniemożliwiają złożenie poprawnej oferty, co powoduje konieczność unieważnienia postępowania. Nadto błąd w opisie kryterium oceny ofert przesądza o wadzie postępowania. Ocena ofert powinna być dokonywana z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania". Zamawiający dokonując ponownego unieważnienia postępowania starał się przywołać ustawowe przesłanki czynności unieważnienia, wskazując na ich rzekome łączne wystąpienie, nie biorąc jednocześnie pod uwagę stanowiska Izby wyrażonego w wyroku nakazującym unieważnienie czynności unieważnienia postępowania — wydanym w tym samym postępowaniu, w oparciu o te same przesłanki prawne i faktyczne. Przypomnieć bowiem należy, że poprzednio Zamawiający również „próbował" unieważnić postępowanie na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy z uwagi na zastosowanie „podmiotowych" kryteriów oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r. jasno wskazała, że takie unieważnienie postępowania jest nieprawidłowe i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powrót

do czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający po raz drugi nie wykazał i nie udowodnił, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu w oparciu o przyjęte przez niego argumenty, co jest kluczowym elementem dla czynności unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że podana przez Zamawiającego argumentacja jest wyłącznie czysto teoretycznym wywodem dotyczącym możliwości i przesłanek unieważnienia postępowania, nie zaś realnym uzasadnieniem (formalno-prawnym) konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby tj. wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 99/20). Podał, że w prowadzonym postępowaniu nie zachodzi bowiem niemożność zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu potwierdzeniem czego jest treść i uzasadnienie wyroku wydanego dla tego postępowania, w którym Izba zauważyła, że Zamawiający „nie uzasadnił z jakich powodów uznał, że dostrzeżona nieusuwalna wada uniemożliwia mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy". Podkreślić przy tym należy, mając na uwadze treść pisma z dnia 18 sierpnia 2021 r. o unieważnieniu postępowania, że nie każda stwierdzona wada postępowania skutkować będzie koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał w tym miejscu wyrok Izby z dnia 22 września 2017 r., sygn. akt KIO 1893/17.

Odwołujący podkreślił ponownie, że ewentualny błąd Zamawiającego nie miał wpływu na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców oraz na wynik postępowania, co potwierdza brak odwołania na postanowienia SWZ, treść zadawanych przez wykonawców pytań oraz liczne oferty złożone w prowadzonym postępowaniu, które Zamawiający był i jest w stanie zbadać i ocenić według określonych przez siebie kryteriów oceny ofert.

Oznacza to, że o ile zaistniała w takim przypadku wada jest nieusuwalna, o tyle nie jest ona istotna - co ma dla rozstrzygnięcia sprawy niebagatelne znaczenie. W żadnym bowiem momencie Zamawiający nie wskazał (ani w pierwszym unieważnieniu, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie, ani w drugim unieważnieniu), że nie jest w stanie wybrać oferty najkorzystniejszej w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert. Co więcej, biorąc pod uwagę wykonawców biorących udział w postępowaniu i posiadane przez nich doświadczenie, nie sposób uznać, aby którykolwiek z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał być takim kryterium „pokrzywdzony". Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby wyrok z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 226/17. Zamawiający popełnił błąd w SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, ale wada ta nie uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 457 i 459ustawy i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" (art. 255 pkt 6 PZP). Okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności podstawa faktyczna podana przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, już drugi raz taka sama, dalej nie pozwalają na uznanie, by została wypełniona którakolwiek z podstaw wskazanych w odnośnych przepisach dotyczących unieważnienia umowy. Z uzasadnienia informacji o unieważnieniu wynikało, iż Zamawiający przyczynę nieważności upatrywał w wadliwie skonstruowanym kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia. W ocenie Odwołującego, okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie uzasadniały możliwości ewentualnego unieważnienia umowy z uwagi na przesłanki podane w ww. przepisach. Wskazać należy, że art. 459 ustawy, w przeciwieństwie do art. 457 ustawy, nie stwierdza w sposób definitywny, że umowa podlega unieważnieniu, lecz przewiduje uprawnienie do fakultatywnego żądania jej unieważnienia. Przepis ten wymaga zaistnienia czynności lub zaniechań, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że okoliczności wskazywane przez Zamawiającego musiałyby koncentrować się na opisie kryterium doświadczenia.

Zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 17 ustawy, SWZ zamówienia zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający w treści SWZ szczegółowo opisał kryteria oceny ofert, podał ich wagę oraz sposób obliczenia punktów na ich podstawie. Tym samym stwierdzić należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi określonemu w tym przepisie. Obecne stanowisko Zamawiającego odnośnie do wadliwego określenia kryterium oceny ofert w SWZ nie może zostać uznane za okoliczności, które czyniłyby tę część specyfikacji na tyle wadliwą, by nie można było porównać złożonych ofert i dokonać ich oceny, zgodnie z przyjętym w specyfikacji sposobie oceny ofert. Podkreślić należy, że wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu posiadali jednakową informację dotyczącą skalkulowania ceny,

a od indywidualnego ukształtowania kryteriów oceny ofert zależało to, jaką zajmą pozycję w rankingu. Tym samym stwierdzić należy, że treść specyfikacji była jasna, wystarczająca i pozwalająca na sporządzenie ofert oraz na przeprowadzenie ich merytorycznej oceny. Zamawiający zawarł w treści SWZ element w pełni porównywalny, weryfikowalny i możliwy do rzetelnego wyliczenia i wskazania przez zainteresowanych wykonawców. Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza fakt, iż w postępowaniu zostały złożone oferty, które czyniły zadość wymaganiom SWZ, tj. wskazywały na realizację usług zgodnie z kryterium doświadczenia. Z perspektywy czasu zawsze można przyjąć, że pewne kwestie można było bardziej uszczegółowić, aby lepiej zabezpieczyć interes Zamawiającego, jednakże powyższe nie musi oznaczać, że postępowanie w danym kształcie jest w całości obarczone tak poważną wadą, by była konieczność jego unieważnienia. Wykonawca składając ofertę sporządzoną zgodnie z wymogami SWZ nie może być narażony na negatywne konsekwencje braku przewidzenia przez Zamawiającego w SWZ jakichś dodatkowych szczegółów czy innych elementów. Jeżeli bowiem dany wykonawca dołożył starań, by dostosować się do istoty treści specyfikacji, sporządził ofertę, oparł wyliczenia tej oferty na wymogach podanych mu przez Zamawiającego, to unieważnienie postępowania z uwagi na to, że ostatecznie Zamawiający uznał, że powinien zawrzeć inne kryterium oceny ofert, traktować raczej należy jako naruszenie zasady równego traktowania, a nie jako działanie nakierowane na realizację tej zasady. Stąd, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wbrew nakazowi Izby. W niniejszej sprawie Zamawiający ograniczył się w uzasadnieniu unieważnienia postępowania jedynie do ogólnych twierdzeń i nie sprostał, w ocenie Odwołującego, ciężarowi dowodowemu. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający próbuje wskazać, iż mogłoby dojść do unieważnienia umowy z uwagi na treść przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na to, że „Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy udzielił zamówienia" — takie stwierdzenie pojawia się w jednym ze zdań uzasadnienia unieważnienia postępowania. Nie sposób się jednak zgodzić z taką argumentacją, gdyż przeczy ona w całości istocie tej przesłanki unieważnienia umowy w sprawie Zamówienia publicznego, a Zamawiający próbuje traktować ją instrumentalnie, aby uzasadnić konieczność unieważnienia postępowania, bez znaczenia jaką rzeczywistą treść ma przepis art. 457 ust. I pkt 1 ustawy. Żaden z istniejących komentarzy do PZP nie popiera takiego rozumienia ww. przepisu, w szczególności: 1) J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457; 2) E. Wiktorowska [w:] A. GawrońskaBaran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457; 3) P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 ; 4) (red.) Marzena Jaworska, Dorota GrześkowiakStojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;

5) (red.) H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;

6) (red.) W. Jarzyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021. Na 6 wskazanych pozycji, żadna nie przewiduje takiego rozumienia przesłanki unieważnienia umowy, jak stara się to zaprezentować Zamawiający. Wprost przeciwnie mówią o przesłankach stosowania ustawy jako takiego, przesłankach stosowania trybów udzielania zamówień oraz publikacji w odpowiednich publikatorach.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na przebieg Postępowania. 4.2 W związku z powyższym wnoszę jak w petitum.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa" lub „Pzp").

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 sierpnia 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 6 września 2021 roku, oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy. Zamawiający nie przybył na posiedzenie i rozprawę z udziałem stron, jednakże zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony prawidłowo zawiadomionej o terminie nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Zamawiający, co wynika z akt postępowania odwoławczego o terminie i miejscu posiedzenia i rozprawy został zawiadomiony w dniu 20 września 2021 roku oraz potwierdził otrzymanie tej informacji w dniu 21 września 2021 roku. Mając powyższe na uwadze sprawa odbyła się bez udziału Zamawiającego.

W sprawie nie zostały przedstawione przez Odwołującego żadne dowody, tym samym bezprzedmiotowe były wnioski zawarte w odwołaniu w odniesieniu do dopuszczenia dowodów w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) z Rozdziałem XIX - „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający podał wymagania w zakresie kryteriów oceny ofert, ceny (waga 60%) oraz „Doświadczenie Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia” (waga 40%) - 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. ”

W zakresie powyższego Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania nr 1 i 2.

Termin składania ofert - 12 maja 2021 rok. W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert.

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2021 roku Krajowa Izba Odwoławcza: uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania - Izba nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 19 maja 2021 roku.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała między innymi:

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.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2021 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców:

Informacja o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości mniejszej niż progi unijne o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na: „Wykonywanie usługi fizycznej ochrony mienia w obiekcie Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej zlokalizowanym w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19 w okresie 01.06.2021r. do 31.05.2023r.”.

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach działając na podstawie pkt 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1580/21 w związku z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2021, poz. 1129) unieważnia czynność

unieważnienia postępowania z dnia 19 maja 2021 roku.

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 wyroku z dnia 13 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1580/21 w wyniku rozpatrzenia odwołania Konsorcjum firm w składzie;

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Hetman" Sp. z o.o. w Katowicach, Al. Korfantego 51/9A, 40-161 Katowice,

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Parasol" Spółka z o.o. w Katowicach Al. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice,

nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 19 maja 2021 roku.

W związku z tym Zamawiający wykonując prawomocny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1580/21 unieważnia czynność unieważnienia postępowania z dnia 19 maja 2021 roku.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2021 roku „Unieważnienie postępowania" Zamawiający podał:
UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości mniejszej niż progi unijne o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na: „Wykonywanie usługi fizycznej ochrony mienia w obiekcie Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i

Gospodarki Wodnej zlokalizowanym w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19 w okresie 01.06.2021r. do 31.05.2023r.".

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2021, poz. 1129) unieważnia postępowanie.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu zaistniały wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z ww. przepisu: 1) W postępowaniu wystąpiła wada polegająca na zastosowaniu niewłaściwego kryterium „doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia w budynkach użyteczności publicznej". Z art. 241 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, że właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą stanowić kryteriów oceny ofert. Poza wymienionymi w powołanym przepisie przykładowo, wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy, w tym doświadczenie wykonawcy. Doświadczenie wykonawcy ma bowiem charakter podmiotowy i nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

2) Wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia. Wada dotyczy ustalonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia pozacenowego kryterium oceny ofert, dlatego jego zmiana po upływie terminu do składania ofert jest niemożliwa (12 maja 2021 roku) - art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3) Wada ma charakter trwały i nieusuwalny, co wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że umowa może podlegać unieważnieniu. Nieusuwalna wada postępowania powoduje niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, na podstawie art. 457 ust. 1 w związku z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Taka okoliczność zachodzi w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem art. 241 ust. 3 ustawy. Pomiędzy dokonaniem przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy a wynikiem

postępowania musi zaistnieć związek pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej. Wada ta może mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ zastosowanie niedozwolonego kryterium wpływa na krąg oferentów przystępujących do postępowania.

W art. 255 Prawa zamówień publicznych w pkt od 1 do 8 wskazane przyczyny unieważnienia postępowania sprecyzowano wąsko i konkretnie. Nie może to jednak prowadzić to wniosku, że zamawiający nie może unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych dyspozycją żadnego z ośmiu punktów art. 255 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem sądu. Powodowałoby to stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byliby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie nie może być zaakceptowane, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego.

Orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający decydując o unieważnieniu postępowania na podstawie wyżej wymienionego art. 255 są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 457 Prawa zamówień publicznych, ale również okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów nie powinno stać na przeszkodzie niedopuszczeniu przez zamawiającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które wpływają na ważność umowy. Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem art. 241 Prawa zamówień publicznych, gdyż ustanowił kryterium o charakterze podmiotowym. Poza kryterium cenowym zastosowane przez Zamawiającego kryterium „doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia w budynkach użyteczności publicznej" jest wadliwe. Wada ma charakter nieusuwalny, skoro postępowanie znalazło się na etapie po upływie terminu składania ofert, a zatem nie ma możliwości zmiany postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert.

Wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustalenie w tym postępowaniu przez Zamawiającego dodatkowego wadliwego kryterium „doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia w budynkach użyteczności publicznej" stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 241 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Kryteria oceny ofert mają kluczowe znaczenie dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty, co wynika z art. 239 Prawa zamówień publicznych. W postępowaniach dotyczących zarówno zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne jak i zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert zastosowanie ma art. 241 nowego Prawa zamówień publicznych. W art. 241 ust. 3 nowego Prawa zamówień publicznych ustawodawca wskazał, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Opierając się na powyższym, w przedmiotowym postępowaniu nie można ustanawiać podmiotowych kryteriów oceny ofert.

SWZ została poddana przez Zamawiającego ponownej weryfikacji w zakresie wskazanych kryteriów oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że naruszył zasady uczciwej konkurencji przez podanie kryterium „doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia w budynkach użyteczności publicznej". Wobec zakazu modyfikacji postanowień SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, będących jednym z obligatoryjnych elementów SWZ, a wynikających z przepisu art. 137 ust.1 Prawa zamówień publicznych uznać należy, że nie ma możliwości naprawy postępowania poprzez wprowadzanie określonych zmian w SWZ i działając na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych zamawiający unieważnił postępowanie o zamówienie publiczne. Wady postanowień SWZ w zakresie kryterium oceny uniemożliwiają złożenie poprawnej oferty, co powoduje konieczność unieważnienia postępowania. Nadto błąd w opisie kryterium oceny ofert przesądza o wadzie postępowania. Ocena ofert powinna być dokonywana z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zgodnie z art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Poprzez zastosowanie niedozwolonego kryterium oceny ofert, SWZ została sporządzona w taki sposób, że udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem ustawy, a w konsekwencji

zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, podlegałaby unieważnieniu, zaś wobec braku możliwości usunięcia dostrzeżonej wady, została wypełniona przesłanka przewidziana w art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Izba zważyła:

Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że Odwołujący wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust.1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy przez 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 - co już raz zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

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.

Izba w pierwszej kolejności podnosi, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1580/21 nie zostało w żadnym miejscu potwierdzone, że Zamawiający może zawrzeć prawidłowo umowę w sprawie zamówienia publicznego na co w treści podniesionego zarzutu w odwołaniu wskazywał Odwołujący. Izba wskazała dyrektywy jakie powinien przyjąć Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz podała, że Zamawiający nie uzasadnił powodów z jakich uznał, że dostrzeżona nieusuwalna wada postępowania o udzielnie zamówienia publicznego uniemożliwiała mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

W odniesieniu do zarzutu odwołania niespornym było, że postępowanie obarczone jest wadą polegającą na zastosowaniu kryterium oceny ofert mającego charakter podmiotowy. Zgodnie z art. 241 ust. 3 ustawy kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca wprowadził bezwzględny zakaz stosowania takich kryteriów oceny ofert, podkreślając to jednoznacznie w przepisie. Wymaga podkreślenia, że ta regulacja prawna odpowiada tej z art. 91 ust. 3 ustawy z 2004 roku, tym samy w zakresie powyższym pozostaje aktualne wypracowane przez lata stanowisko doktryny jak i prezentowane w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych. Z treści przepisu i wypracowanych stanowisk wysnuwa się jednoznaczny wniosek bezwzględnego zakazu określenia kryteriów oceny

ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy. Od roku 2007 ugruntowane jest w orzecznictwie Izby, że cechy podmiotowe wykonawcy mogą stanowić warunek udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny ofert. W zakresie rozpoznawanej sprawy odwoławczej Izba wskazuje, że Odwołujący przyznał również ową okoliczność w odwołaniu.

Kolejną dyrektywą w ramach art. 266 ust. 6 ustawy wymagającą odnotowania jest fakt zaistnienia obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą. W tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wada postępowania dotyczy kryterium oceny ofert zawartego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ). Termin składania ofert upłynął w dniu 12 maja 2021 roku. Oznacza to, że bezdyskusyjna wada postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest niemożliwa do usunięcia na tym etapie postepowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do ostatniego z elementów, a dotyczącej tego, czy jest to wada uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego Izba podnosi, że zgodnie z art. 471 ust. 1 pkt 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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. Przepis ten odnosi się do naruszenia przepisów ustawy - odmiennie jak to miało miejsce w ustawie z 2004 roku w art. 146 ust. 1 pkt 2, gdzie ustawodawca odnosił się jedynie do obowiązków publikacyjnych natomiast w pkt 2 ww. przepisu do naruszenia przepisów ustawy zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Odwołanie w art. 471 ust. 1 pkt 1 ustawy do „naruszenia ustawy" stanowi inne i szersze określenie przesłanek niż miało to miejsce na podstawie wcześniej obowiązującego aktu prawnego.

Ustawodawca jednoznacznie odnosi się do naruszenia ustawy przez Zamawiające przy udzieleniu zamówienia. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej wada postępowania polega na zastosowaniu kryterium oceny ofert mającego charakter podmiotowy - wprowadzenie do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego takiego kryterium oceny ofert, a w konsekwencji (choć to nie nastąpiło w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia, co należy podkreślić) dokonanie wyboru oferty w oparciu o takie kryterium i zawarcie umowy powodowałoby konieczność unieważnienia umowy na podstawie art. 471 ust. 1 pkt 1 ustawy, ponieważ takie zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy - w tym wypadku bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 241 ust. 3 ustawy. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz prawidłowo zidentyfikował podstawę unieważnienia oparta na art. 266 pkt 6 ustawy.

W ocenie Izby w zupełności niedającym się bronić, i nie możliwą do uznania za właściwą jest argumentacja Odwołujące z rozprawy a odnosząca się do tego, że Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane kryteria oceny ofert - w tym bezwzględnie niedopuszczalne w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego kryterium podmiotowe. Izba w tym miejscu zaznacza, że Zamawiający nie poddał ofert badani oraz ocenie i nie dokonał wyboru ofert, czego wydaje się nie dostrzegł Odwołujący formułując wniosek „o powtórzenie oceny i badania ofert". W ocenie Izby słusznym w tym miejscu jest postawienie pytania: czy Zamawiający mógł poddać ocenie oferty złożone w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego? W odpowiedzi należy wskazać, że oczywiście wszystko jest możliwe, jednakże poddanie ofert w ocenie Izby Zamawiający nie powinien był poddawać ofert ocenie w ramach nieprawidłowo ukształtowanego w postępowaniu o udzielnie zamówienia kryterium - co też miało miejsce w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Natomiast, gdyby ocena ofert została dokonana w oparciu o to bezwzględnie nieważne kryterium podmiotowe to i tak nie mogłaby stanowić podstawy do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że dokonanie wyboru oferty w wyniku oceny w oparciu o niedopuszczalne kryteria oceny ofert - nawet w okolicznościach takich jak w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, gdzie złożono pięć ofert - nie konwaliduje postępowania o udzielnie zamówienia publicznego tylko dlatego, że zostało złożonych w tym postępowaniu kilka ofert. Nie zmienia tego również to, że Zamawiający w oparciu o te kryteria oceny ofert prowadził postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego i nawet w zakresie ukształtowanych kryteriów oceny ofert udzielał wyjaśnienia (odpowiedzi na pytania). Nie sposób również uznać, a co również nie ma stanowiłoby podstawy konwalidacji tego postępowania, że Zamawiający prowadził

postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego jedynie dla samego jego prowadzenia i tylko po to aby je unieważnić. Izba podkreśla, że zarówno Odwołujący jak i Zamawiający obowiązani są do znajomości przepisów ustawy. Tym samym Odwołujący związany przepisami ustawy w okolicznościach, gdy dostrzegł nieprawidłowości w zakresie prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia miał możliwość to podnieść i wskazać Zamawiającemu. Oznacza to, że miał możliwość sygnalizacji wady postępowania, która w przyszłości mogłaby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania. Jednakże tego nie uczynił, a na tym etapie postępowania jedynie można wskazać, że mógł nie chcieć tego podnieść bądź, podobnie jak Zamawiający, wady postępowania nie dostrzegł.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....