

WYROK

z dnia 24 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2022 r. przez odwołującego: PROTE-TECHNOLOGIE DLA ŚRODOWISKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Franciszka Firlika 26, 60-692 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wołomin (ul. Ogrodowa 4, 05-200 Wołomin),

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PROTE-TECHNOLOGIE DLA ŚRODOWISKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako oferty najkorzystniejszej;

W pozostałym zakresie odwołanie nie podlega uwzględnieniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Gminę Wołomin (ul. Ogrodowa 4, 05-200 Wołomin) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: PROTE-TECHNOLOGIE DLA ŚRODOWISKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Franciszka Firlika 26, 60-692 Poznań) kwotę 11.777 zł 55 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) poniesioną tytułem: wpisu od odwołania w kwocie 7.500 zł 00 gr, kosztu dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 626 zł 55 gr oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł i opłaty skarbowej w kwocie 51 zł 00 gr.

Stosownie 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 ze 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.

Sygn. akt: KIO 672/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 9 marca 2022 r. przez odwołującego:

PROTE-TECHNOLOGIE DLA ŚRODOWISKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wołomin w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Wykonanie remediacji powierzchni ziemi przy ul. Zielonej i Legionów w Wołominie z i. pn. „Uporządkowanie i przygotowanie terenu po „Oczyszczalni” przy ul. Legionów i ul. Zielonej w Wołominie”. Numer referencyjny: ZP.271.2.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod nr 2022/BZP 00019757/01. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec:

- czynności unieważnienia i wyboru oferty Odwołującego dokonanej dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 PZP,

- zaniechania podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie zaistniałych podstaw do unieważnienia niniejszego postępowania.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 255 pkt 6 PZP - bezpodstawne unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego dokonanej dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienie postępowania pomimo tego, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP - bezpodstawne zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie unieważnienia niniejszego postępowania oraz braku wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania oraz w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie unieważnienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do zawarcia umowy z Odwołującym.
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie);
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

I. Wskazał, że „Odwołujący - mając na względzie brzmienie art. 505 ust. 1 PZP - oświadcza, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) i ubiega się o udzielenie zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami Ustawy oraz nie zaniechałby dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy. W konsekwencji, Odwołujący zawarłby umowę o udzielenie zamówienia z Zamawiającym. Wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego czynność wyboru oferty Odwołującego nie powinna zostać unieważniona, a postępowanie również nie powinno zostać unieważnione. Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia oraz osiągnięcia zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 PZP Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania”.

II. (...)

III. PRZEBIEG POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie remediacji powierzchni ziemi na działkach o nr ew. 226/2, 275/2, 276/3, 276/6, 282/2, 283/2 obręb 0036 przy ul. Zielonej i Legionów w Wołominie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uporządkowanie i przygotowanie terenu po „Oczyszczalni” przy ul. Legionów i ul. Zielonej w Wołominie, Nr postępowania: ZP.271.2.2022, zostało wszczęte 14 stycznia 2022 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 24 stycznia 2022 r. Do wyznaczonego terminu składania ofert

zamówienia złożonych zostało dziewięć ofert, w tym oferta Odwołującego.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14 stycznia 2022 r., tekst jednolity SWZ z dnia 14 stycznia 2022 r., informacja z otwarcia ofert z dnia 24 stycznia 2022 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia). W dniu 22 lutego 2022 r. Zamawiający dokonał

czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 lutego 2022 r. (w

aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 04 marca 2022 r. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania.

Dowód: zawiadomienie o unieważnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu postępowania (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Odwołujący nie zgodził się z czynnością unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania, wyrazem czego jest wniesione odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

IV. UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego dokonanej dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienie postępowania pomimo tego, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, przesłanka określona w art. 255 pkt 6 PZP nie zmaterializowała się w toku przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do jego zastosowania i unieważnienia postępowania. Wskazany w art. 255 PZP katalog okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. Należy także wskazać, że instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a co za tym idzie przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający podejmując czynność unieważnienia postępowania winien udowodnić, iż w zaistniałych okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających dalsze kontynuowanie postępowania.

Zgodnie z zawiadomieniem o unieważnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu postępowania, Zamawiający dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zorientował się o rozbieżności postanowień w dokumentacji postępowania odnoszących się do kwestii wymogu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zgodnie z rozdz. XXI ust. 1 SWZ „Zamawiający nie wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. Zgodnie zaś z § 4 ust. 1 wzoru umowy „Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji w wysokości 5% wynagrodzenia brutto”. Zgodnie natomiast z pkt 6.5.) ogłoszenia o zamówieniu „Zamawiający wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy: Tak”. Zamawiający w treści zawiadomienia wskazał również, że usunięcie zaistniałej wady nie jest możliwe, z uwagi na to, że upłynął już termin składania ofert. Zamawiający jako podstawę prawną unieważnienia podał treść art. 255 pkt 6 PZP. W ramach uzasadnienia unieważnienia Zamawiający bardzo lakonicznie powołał się na treść art. 17 ust. 2 PZP oraz wskazał, że „celem każdego postępowania jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Ponadto w treści pisma Zamawiający przytoczył dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające, że Zamawiający ma każdorazowo prawo do korygowania własnych czynności poprzez ich unieważnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 PZP o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP następuje, jeżeli wystąpią łącznie podane w nim okoliczności, tj.

- postępowanie obarczone jest wadą,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia,
- wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oceniając zaistnienie wymienionych wyżej trzech przesłanek w pierwszej kolejności należy wskazać, że zaistniała rozbieżność nie stanowi wady, a tym bardziej wady istotnej. Treść ogłoszenia o zamówieniu oraz wzoru umowy jest ze sobą zbieżna, jedynie informacja w

zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest w tej kwestii odmienna. Biorąc jednak pod uwagę to, że wymóg złożenia wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania

umowy został przewidziany zarówno w dokumencie inicjującym postępowanie tj. w ogłoszeniu o zamówieniu oraz potwierdzony został we wzorze umowy, należy uznać, że postanowienia w tym zakresie były skuteczne. Postanowienie zawarte w SWZ, z kolei należy traktować w tym wypadku jako formalną omyłkę pisarską. Dodać w tym wypadku należy, że

w toku postępowania wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu składali wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia, przy czym żaden wykonawca nie zadał w przedmiocie omawianej rozbieżności pytania. Oznacza to, że treść dokumentacji postępowania była dla wykonawców jasna. Co więcej, wykonawcy korzystając ze wzoru formularza ofertowego załączonego do dokumentacji musieli oświadczyć zgodnie z ust. 6 lit d wzoru formularza w następujący sposób „Oświadczamy, że załączone do specyfikacji warunków zamówienia Projektowane Postanowienia Umowy zostały przez nas zaakceptowane i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.”. Oznacza to, że wykonawcy składając ofertę w pełni akceptowali projektowane postanowienia umowy, w tym także postanowienia dotyczące wymogu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Co więcej, wskazania wymaga fakt, że zaistniała rozbieżność w żaden sposób nie wpływała na treść składanych ofert. Zgodnie z rozdz. VII SWZ termin realizacji zamówienia wynosi 3 miesiące od dnia zawarcia umowy. Powyższe oznacza to, że w przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pieniężnej jedyny koszt wykonawcy ogranicza się do zamrożenia na okres trzech miesięcy kwoty stanowiącej równowartość 5% ceny ofertowej. Gdyby natomiast wykonawca zdecydował się na wniesienie zabezpieczenia w formie innej niż pieniężna, biorąc pod uwagę okres realizacji umowy koszt wykupu poręczenia lub gwarancji jest marginalny i znikomy.

Omawiane uchybienie nie wpłynęło także w żaden sposób na wynik postępowania. Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania lub oferta żadnego z wykonawców nie została odrzucona w wyniku przyjęcia nieprawidłowej interpretacji rozbieżnych postanowień zawartych w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się natomiast do kwestii niemożliwości usunięcia zaistniałej rozbieżności należy wskazać, że na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany treści SWZ na podstawie art. 286 ust. 1 PZP. Niemniej celem usunięcia wątpliwości oraz podjęcia dalszych czynności zmierzających do zawarcia umowy, Zamawiający powinien zastosować reguły interpretacyjne, skutkiem których zaistniałe wątpliwości zostałyby wyeliminowane. Jak wskazano wyżej Zamawiający powinien przyjąć stanowisko, iż złożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy było rzeczywiście wymagane.

Oceniając kwestię tego czy zaistniała wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy odnieść się do ustawowych przesłanek unieważnienia umowy. Przepis określony w art. 255 pkt 6 PZP powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 PZP, który zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia umowy. Z kolei w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 PZP.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 PZP 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.

Zamawiający w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania nie odniósł się do żadnej z wymienionych wyżej okoliczności. Jednakże z ostrożności procesowej gdyby w toku postępowania odwoławczego okazało się, że Zamawiający unieważniając postępowanie miał na myśli odwołanie do przytoczonych wyżej przepisów wskazujemy, że żadna z przytoczonych wyżej przesłanek w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania.

W art. 457 ust. 1 PZP wskazane zostały przypadki rażącego naruszenia przepisów PZP w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. W sytuacji ich wystąpienia, jeśli nie są spełnione okoliczności, określone w ust. 2, umowa podlega unieważnieniu. Przy czym samo naruszenie przepisów PZP w toku postępowania o udzielenie zamówienia, niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w komentowanym przepisie, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy.

Odnosząc się do przesłanki opisanej w punkcie pierwszym należy wskazać, że z przepisu wynika wprost, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. W omawianym przepisie chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z Ustawy. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy należy zatem odnosić do braku ww. ogłoszeń. Przemawia za tym także przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 PZP, zgodnie z którym nie podlega unieważnieniu umowa zawarta w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, jeżeli Zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z przepisami PZP, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, co należy odnosić np. do ogłoszenia właściwego dla trybu zamówienia z wolnej ręki. W związku z tym samo ewentualne naruszenie przepisów PZP w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które nie może być zakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w ww. przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy, czy to ze strony

Prezesa UZP, co wynika z art. 459 ust. 1 pkt 2 PZP, czy ze strony wykonawcy, co wynika z art. 460 PZP.

W omawianej sprawie opisana okoliczność nie materializuje się. Istotnie bowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 14 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00019757/01. W toku postępowania Zamawiający nie dokonywał także żadnych zmian, co oznacza, iż nie powstał wymóg dokonania zmiany ogłoszenia wszczynającego postępowania. Zatem gdyby nawet przyjąć, że zaistniała rozbieżność w zakresie wymogu złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowiła naruszenie przepisów Ustawy, to należy stwierdzić, że nie jest to naruszenie Ustawy w rozumieniu art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP. Dodatkowo jak wskazano wcześniej rozbieżność ta nie miała znaczenia dla sporządzenia ofert.

Odnosząc się do pozostałych okoliczności wskazanych w art. 457 ust. 1 PZP, zgodnie z punktem drugim wymienionego artykułu umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577 PZP, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Z oczywistych względów przesłanka ta nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu gdyż umowa nie została jeszcze zawarta.

Przesłanki wskazane w art. 457 ust. 1 pkt 3-5 PZP nie znajdują zastosowania w

przedmiotowej sprawie, gdyż niniejsze postępowanie nie jest prowadzone w określonych tam trybach.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że żadna ze wskazanych w art. 457 ust. 1 PZP przesłanek nie doprowadziłaby do unieważnienia umowy.

Należy również wskazać, że w treści postawionego zarzutu Odwołujący odniósł się także do czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na zaistniałe okoliczności sprawy czynność ta jest ściśle związana z czynnością unieważnienia całego postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający nie unieważnił postępowania, to nie dokonałby czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym stwierdzenie niezasadności unieważnienia postępowania powinno skutkować także stwierdzeniem niezasadności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 260 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP poprzez bezpodstawne zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie unieważnienia niniejszego postępowania oraz braku wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania oraz w konsekwencji naruszenie zasady przejrzystości postępowania.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 PZP o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania została sformułowana w bardzo

lakoniczny sposób. Po analizie zawartej w piśmie treści nie można stwierdzić, iż podane

informacje stanowią uzasadnienie prawne i faktyczne w zakresie podjęcia decyzji o

unieważnieniu postępowania. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa

do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a

brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 PZP. Zamawiający w piśmie informującym o

unieważnieniu nie uzasadnił z jakich powodów uznał, że dostrzeżona wada postępowania

uniemożliwia mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym. Z kolei w piśmie Zamawiający nie poświęcił żadnej uwagi tak istotnej kwestii. Czynność Zamawiającego jaką jest unieważnienie postępowania znosząca cel postępowania (udzielenie zamówienia) winna bezsprzecznie ujmować odwołanie do konkretnych przesłanek przepisów określonych w art. 457 PZP. 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 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 PZP.

Zamawiający w treści zawiadomienia nie powołał się na żaden przepis prawa wskazany w art. 457 ust. 1 PZP. Z tego też powodu nie można twierdzić, iż Zamawiający podał

uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania. Zamawiający ponadto w ogóle nie podał

przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania. W treści analizowanego pisma

ograniczono się jedynie do wymienienia rozbieżności zaistniałej w dokumentacji

postępowania i stwierdzenie, że na obecnym etapie postępowania nie jest ona możliwa do

usunięcia. Zamawiający całkowicie pominął natomiast kwestię tego w jaki sposób rzekoma wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Zamawiający, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, takiego

powiązania nie wykazał. Nadto w ocenie Odwołującego takie powiązanie w niniejszym postępowaniu nie zachodzi. Umowa zawarta z Odwołującym na podstawie złożonej przez Odwołującego oferty byłaby bowiem całkowicie zgodna z warunkami określonymi w

Postępowaniu i wypełniała jego cel. Należy więc stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania nie odpowiada chociażby zasadzie przejrzystości postępowania wskazanej w art. 16 pkt 2 PZP. Wykonawcy nie mogą być bowiem stawiani w sytuacji, w której mają się domyślać przyczyn, dla których Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno przedstawione w informacji o unieważnieniu postępowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec:

- a) czynności unieważnienia i wyboru oferty Odwołującego dokonanej dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp;
- b) zaniechania podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 tej ustawy.

W Zawiadomienie o unieważnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 marca 2022 r. Zamawiający wskazał: (...) po wyborze i ogłoszeniu oferty najkorzystniejszej powziął informację, iż w niniejszym postępowaniu, w poniższych dokumentach wystąpiła istotna rozbieżność w zapisach, tj.:

SWZ:

Pkt. XXI WYMAGANIA DOTYCZĄCE ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA

UMOWY 1. Zamawiający nie wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy PPU:

§ 4. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

1. Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji w wysokości 5% wynagrodzenia brutto:.....

Ogłoszenie o zamówieniu

SEKCJA VI 6.5.) Zamawiający wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy: Tak

Z uwagi na fakt, iż upłynął termin składania ofert, usunięcie wady przez Zamawiającego jest niemożliwe.

W świetle powyższego, Zamawiający unieważnia decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, która została zawarta w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 22.02.2022 r.

Jednocześnie Zamawiający zgodnie z art.255 pkt 6 ustawy Pzp (Dz.U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.), unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (...) zwanej dalej „Ustawą”, zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z art. 17 ust. 2 Ustawy wynika, że celem każdego postępowania jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1462/15 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że do czasu zawarcia umowy Zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności. Jeśli Zamawiający przed podpisaniem umowy stwierdzi, że nieprawidłowo wybrał ofertę, nie może zawrzeć umowy, gdyż byłaby to umowa potencjalnie nieważna. Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 23 września 2010 r., KIO 1939/10, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. W świetle powyższego, Zamawiający unieważnia decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, która została zawarta w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 22.02.2022 r. oraz unieważnia postępowanie”.

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu co do zarzutu zaniechania podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 tej ustawy.

Przepis art. 260 ust.1 ustawy Pzp stanowi: „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Jak wynika z cytowanego powyżej pisma z dnia 3 marca 2022 r. Zamawiający wskazał na faktyczne i prawne uzasadnienie jego decyzji o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22.02.2022 r. w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonanie remediacji powierzchni ziemi na działkach o nr ew. 226/2, 275/2, 276/3, 276/6, 282/2, 283/2 obręb 0036 przy ul. Zielonej i Legionów w Wołominie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uporządkowanie i przygotowanie terenu po „Oczyszczalni” przy ul. Legionów i ul. Zielonej w Wołominie oraz decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazany art. 260 ust.1 ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości jakie powinno zawierać uzasadnienie w jego elemencie faktycznym czy prawnym. Niewątpliwie przyczyny podane w informacji, w tym przypadku o unieważnieniu postępowania, warunkują możliwość i zakres składanych środków ochrony prawnej oraz ich uzasadnienie. Niemniej jednak w tej sprawie w zawiadomieniu z dnia 3.03.2022 r. wskazano informacje wymagane przepisem, które pozwoliły wykonawcy na kwestionowanie podjętej przez Zamawiającego decyzji co do czynności unieważnienia i wyboru oferty Odwołującego dokonanej dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp zarówno w aspekcie prawnym jak i faktycznym.

Z kolei zarzut dotyczący czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego z dnia 22 lutego 2022 r. oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego decyzją z dnia 3 marca 2022 r. na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 255 pkt 6 ustawy Pzp:

„Art. 255. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;(…)

W stanie faktycznym tej sprawy, przesłanka określona w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp - jak podnosił Odwołujący - nie zmaterializowała się w toku przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do jej zastosowania i unieważnienia postępowania.

Niewątpliwie instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a tym samym przesłanki unieważnienia postępowania, w tym określone art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wskazany w art. 255 Pzp katalog okoliczności obligujących do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Zamawiający zatem podejmując czynność unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania, a tym stanie faktycznym zawarcie umowy. Niewątpliwie unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp następuje, gdy spełnione są łącznie podane w nim okoliczności: (1) postępowanie obciążone jest wadą, (2) wada ta jest niemożliwa do usunięcia, (3) wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W kontekście podnoszonych przez Zamawiającego okoliczności w decyzji z dnia 3 marca 2022 r. Izba zgodziła się z Odwołującym, że wskazywana rozbieżność w pkt XXI nie stanowi wady, a tym bardziej wady istotnej. Treść ogłoszenia o zamówieniu oraz wzoru umowy jest ze sobą zbieżna, podobnie postanowienia OPZ. Informacja w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy we wskazanym punkcie ma charakter omyłki, formalne omyłki pisarskiej (jak wskazywał Odwołujący). Wymóg złożenia wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy został bezspornie przewidziany zarówno w dokumencie inicjującym postępowanie - w ogłoszeniu o zamówieniu, a następnie potwierdzony we wzorze umowy, które to postanowienia były skuteczne. Dodatkowo przyznać należy, że wskazana rozbieżność w żaden sposób nie wpływała na treść składanych ofert czy też na wynik postępowania. Tym samym także wykonawca, którego dotyczył wybór nie mógłby skutecznie uchylić się do wniesienia wymaganego w przedmiotowym postępowaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy PPU.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.