Sygn. akt: KIO 425/23

WYROK

z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 1 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lutego 2023 roku przez odwołującego R. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. O. Przewóz osób z siedzibą w Strawczynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ciasna,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 10 lutego 2023 r., polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp i dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego 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 oraz po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego i Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr

(słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

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 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 425/23

UZASADNIENIE

Gmina Ciasna, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Ciasna 2023 rok na część 1 i 2", nr postępowania: RGK.SW.271.1.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 24 stycznia 2023 r., nr 2023/BZP 00053836/01.

W postępowaniu tym wykonawca R. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. O. Przewóz osób z siedzibą w Strawczynie (dalej: „Odwołujący") 15 lutego 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) i art. 260 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie 255 pkt 6) ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie ziściła się przesłanka do unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania, a przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, w jego ocenie, jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą co będzie skutkować udzieleniu Odwołującemu zamówienia publicznego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający 10 lutego 2023 roku, zawiadomił Odwołującego o czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący przywołał w treści odwołania treść uzasadnienia tej czynności, podaną przez Zamawiającego w piśmie informującym u unieważnieniu postępowania z 10 lutego 2023 r.

Odwołujący wskazał, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (zob. wyrok z dnia 17 marca 2016 r., KIO 314/16). Odwołujący argumentował, że owo usunięcie może nastąpić w dowolny sposób byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. Po trzecie, przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. który stanowi o unieważnienia umowy, co w niniejszej sprawie nie występuje.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał na jakąkolwiek wadę w prowadzonym postępowaniu a jedynie twierdzi, że brak wyraźnego zaznaczenia wprowadzonych zmian w SWZ teoretycznie może w przyszłości „spowodować błędne oszacowanie ofert przez Oferentów, oraz brak realnej możliwości porównania złożonych ofert a także porównania z cenami rynkowymi". Zdaniem Odwołującego nie jest to żadna wada prowadzonego postępowania (a tym bardziej wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy) a jedynie spekulacje Zamawiającego (w dodatku niczym nie poparte).

Odwołujący podkreślił, iż podane w SWZ kryteria oceny oferty jednoznacznie wskazują iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

1) Cena 60 %

2) Przedłużenie linii do Lublińca w ramach odrębnego biletu 15 %

3) Przedłużenie linii do Olesna w ramach odrębnego biletu 15 %

4) Cena biletu jednorazowego 10 %

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wyeliminowanie przez Zamawiającego 4 kursów w dni wolne dla obu części zamówienia nie pływa w żaden w sposób wykonywania umowy, tym bardziej iż w projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający wprost wskazał iż „Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 niniejszej umowy, WYKONAWCA/OPERATOR otrzyma wynagrodzenie miesięczne obliczone jako iloczyn zrealizowanych wozokilometrów na linii (danej części) oraz ceny (wartości wraz z podatkiem VAT) 1 wozokilometra."

Zdaniem Odwołującego, mając zatem na uwadze fakt, iż Wykonawca składa ofertę cenową jednego wozokilometra zaś już w samym formularzu ofertowym przewidziano „planowane wielkości pracy eksploatacyjnej wyrażonej w wozokilometrach" co w pełni koresponduje z postanowieniami projektowanej umowy (która zakłada rozliczanie według

wozokilometrów) to brak jest jakichkolwiek przesłanek to twierdzenia jakoby wyeliminowanie kursów w dni wolne od pracy w SWZ stanowiło niemożliwą do usunięcia wadę, która dodatkowo jeszcze uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że mając na uwadze powyższe, gdzie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania Zamawiający powinien dokonać badania i oceny ofert, a następnie podjąć odpowiednią decyzję co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

W złożonej pismem z 27 lutego 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że „Postępowanie zawierało błędy (sprzeczne) dane dotyczące SWZ Rozdziału VI pkt 11 Części 1 i Części 2. W pierwotnej wersji SWZ zamieszczonej w dniu 24.01.2023 r. podana była ilość 10 kursów w dni robocze oraz 4 kursów w dni wolne dla obu części zamówienia. Zmiana wprowadzona w dniu 31.01.2023 r., stanowiła, że będą tylko kursy w dni robocze w ilości 8 kursów. (…) Wprowadzona zmiana w zamówieniu mogła spowodować błędne oszacowanie ofert przez Oferentów, oraz brak realnej możliwości porównania złożonych ofert, a także porównania z cenami rynkowymi. Ponadto nieusuwalną wadą prowadzonego postępowania był sam fakt wadliwie zamieszczonego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 31 stycznia 2023 r., dotyczącego wprowadzenia przedmiotowych zmian w SWZ. Ogłoszenie to nie zostało przekazane a zarazem opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, a na stronie internetowej Zamawiającego został zamieszczony tylko projekt ww. ogłoszenia." Następnie Zamawiający wyjaśnił, że w postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, a Zamawiający nie odrzucił z postępowania żadnej z ofert. Zamawiający wskazał, że komisja przetargowa na etapie badania i oceny ofert powzięła wątpliwość, co do faktycznej prawidłowości dokonania zmian SWZ, skutkujących problemami w sposobie oceny i porównania ofert. Zamawiający szeroko powołał się na orzecznictwo Izby wydane w takich sprawach jak: sygn. akt KIO 1905/21, sygn. akt KIO 2348/20, sygn. akt KIO 184/10, sygn. akt KIO 308/17, sygn. akt KIO 262/17, sygn. akt KIO 1291/17sygna akt KIO 2176/19.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z

przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania nie zgłosił żaden wykonawca.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że pierwotne brzmienie SWZ z 24 stycznia 2023 r., w zakresie Rozdziału VI zawierającego Opis przedmiotu zamówienia, pkt 11, dla Części 1 i dla Części 2 było następujące:

„ 11. Zamówienie podzielone jest na następujące części:

1) Część 1 – Trasa nr TC1: Dla trasy nr TC1: Wędzina – Glinica przez: Sieraków Śląski, Jeżowa, Ciasna, Zborowskie,

Zamawiający przewiduje 10 kursów dziennie (przez kurs należy rozumieć: jako kurs z Wędziny do Glinicy oraz kurs powrotny z Glinicy do Wędziny, tj. Wędzina – Glinica -Wędzina) od poniedziałku do piątku oraz w dni wolne 4 kursy dziennie z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, które reguluje art. 1 Ustawy o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1920). Szacunkowa ilość dni, w których świadczone będą usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego dla trasy to 365 dni (z podziałem na dni robocze i świąteczne). Szacunkowa łączna wielkość pracy eksploatacyjnej wyrażonej w wozokilometrach wyniesie 116 800,00. Zamawiający dopuszcza zmianę ilości wozokilometrów ±15%.

Termin wykonania przedmiotu zamówienia dla części nr 1: od dnia zawarcia umowy, do dnia 31.12.2023 r.

2) Część 2 – Trasa nr TC2 : Panoszów – Glinica przez: Sieraków Śląski, Molna, Ciasna

Dla trasy nr TC2, Zamawiający przewiduje 10 kursów dziennie (przez kurs należy rozumieć: jako kurs z Panoszowa do Glinicy oraz kurs powrotny z Glinicy do Panoszowa, tj. Panoszów – Glinica - Panoszów) od poniedziałku do piątku oraz w dni wolne 4 kursy dziennie z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, które reguluje art. 1 Ustawy o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1920). Szacunkowa ilość dni w których świadczone będą usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego dla trasy to 365 dni (z podziałem na dni robocze i świąteczne) Szacunkowa łączna wielkość pracy eksploatacyjnej wyrażonej w wozokilometrach wyniesie 76 800,00. Zamawiający dopuszcza zmianę ilości wozokilometrów ±15%.

Termin wykonania przedmiotu zamówienia dla części nr 2: od dnia zawarcia umowy, do dnia 31.12.2023 r.”

Modyfikacja SWZ z 31 stycznia 2023 r. zmieniła powyższe postanowienie w sposób następujący:

„11. Zamówienie podzielone jest na następujące części:

1) Część 1 – Trasa nr TC1: Dla trasy nr TC1: Wędzina – Glinica przez: Sieraków Śląski, Jeżowa, Ciasna, Zborowskie,

Zamawiający przewiduje 8 kursów dziennie (przez kurs należy rozumieć: jako kurs z Wędziny do Glinicy oraz kurs powrotny z Glinicy do Wędziny, tj. Wędzina – Glinica -Wędzina) od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, które reguluje art. 1 Ustawy o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1920). Szacunkowa ilość dni, w których świadczone będą usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego dla trasy to 250 dni roboczych. Szacunkowa łączna wielkość pracy eksploatacyjnej wyrażonej w wozokilometrach wyniesie 116 800,00. Zamawiający dopuszcza zmianę ilości wozokilometrów ±15%.

Termin wykonania przedmiotu zamówienia dla części nr 1: od dnia zawarcia umowy, do dnia 31.12.2023 r.

2) Część 2 – Trasa nr TC2 : Panoszów – Glinica przez: Sieraków Śląski, Molna, Ciasna

Dla trasy nr TC2, Zamawiający przewiduje 8 kursów dziennie (przez kurs należy rozumieć: jako kurs z Panoszowa do Glinicy oraz kurs powrotny z Glinicy do Panoszowa, tj. Panoszów – Glinica - Panoszów) od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, które reguluje art. 1 Ustawy o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2020

r., poz. 1920). Szacunkowa ilość dni w których świadczone będą usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego dla trasy to 250 dni roboczych. Szacunkowa łączna wielkość pracy eksploatacyjnej wyrażonej w wozokilometrach wyniesie 76 800,00.

Zamawiający dopuszcza zmianę ilości wozokilometrów ±15%.

Termin wykonania przedmiotu zamówienia dla części nr 2: od dnia zawarcia umowy, do dnia 31.12.2023 r."

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w związku z wprowadzeniem ww. modyfikacji SWZ, zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 stycznia 2023 r., pod nr 2023/BZP 00073531.

Na podstawie załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy", ustaolo, że: „§ 9 WYNAGRODZENIE

1. Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 niniejszej umowy, WYKONAWCA/OPERATOR otrzyma wynagrodzenie miesięczne obliczone jako iloczyn zrealizowanych wozokilometrów na linii (danej części) oraz ceny (wartości wraz z podatkiem VAT) 1 wozokilometra.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 , wyraża się kwotą (łącznie z podatkiem VAT) w wysokości dla:

1) części 1 - Trasa nr C1: ……., ……..… zł (słownie złotych: ……..……), w tym: cena (wartość wraz z podatkiem VAT) za 1 wozokilometr: …….. zł;

2) części 1 - Trasa nr C1: ……., ……..… zł (słownie złotych: ……..……), w tym: cena (wartość wraz z podatkiem VAT) za 1 wozokilometr: …….. zł;

(ten punkt zostanie odpowiednio wypełniony w zależności od części, na które Wykonawca składa ofertę).

3. Powierzenie do wykonania usług w ilości nie powodującej osiągnięcia całkowitego wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2 dla każdej z części, nie daje WYKONAWCY/OPERATOROWI prawa do żądania dodatkowych zamówień. W takim wypadku wynagrodzenie WYKONAWCY/OPERATORA ulegnie zmniejszeniu.

4. W sytuacji, o której mowa w ust. 3, minimalna wielkość usług dla każdej z części zamówienia wynosi po 80 % ilości wskazanych w § 1 ust. 3 pkt. 1), 2), 3).

5. Ceny (wartości wraz z podatkiem VAT) za 1 wozokilometr dla każdej z części, określone w ust. 2 pkt. 1), 2) są ostateczne i nie podlegają zmianie w trakcie realizacji umowy.

6. Wozokilometry niewykonane na skutek wystąpienia obiektywnych, niezależnych od WYKONAWCY/OPERATORA okoliczności, bez zmiany załącznika numer 1 do umowy, będą rozliczane wg planu dziennego zgodnego z rozkładem jazdy. Do okoliczności tych zalicza się także wystąpienie zdarzeń drogowych, o których mowa w §11 ust. 3 umowy, przy czym za liczbę wozokilometrów niezrealizowanych z powodu tych zdarzeń drogowych uznaje się

liczbę wozokilometrów niewykonanych w kursie, w którym nastąpiło zdarzenie oraz w kursie następnym. (…)".

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 7 lutego 2023 r., Izba ustaliła, że w postępowaniu złożonych zostało 5 ofert.

Pismem z 10 lutego 2023 r., Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o jego unieważnieniu, podając następujące uzasadnienie prawne i faktyczne:

„Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 255 pkt. 6 powołanej wyżej ustawy, Zamawiający unieważnia postępowania, jeśli owo postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne:

W niniejszej sprawie postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – a mianowicie błędnymi (sprzecznymi) danymi dotyczącymi SWZ Rozdziału VI pkt. 11 Część 1 i Część 2. Mianowicie w pierwotnej wersji SWZ zamieszczonej w dniu 24.01.2023 r. podana była ilość 10 kursów w dni robocze oraz 4 kursów w dni wolne dla obu części zamówienia. Zmiana wprowadzona w dniu 31.01.2023 r. stanowiła, że będą tylko kursy w dni robocze w ilości 8 kursów. SWZ z wprowadzonymi zmianami, był umieszczony bez wyraźnego opisu wskazującego wprowadzone zmiany w zamówieniu oraz bez wyraźnego wskazania których rozdziałów i punktów zmiana dotyczy. Wprowadzone zmiany w SWZ, również nie były zaznaczone kolorem dla ułatwienia odnalezienia wprowadzonych zmian dla ułatwienia oszacowania ofert przez Wykonawców. Wprowadzona zmiana w zamówieniu mogła spowodować błędne oszacowanie ofert przez Oferentów, oraz brak realnej możliwości porównania złożonych ofert a także porównania z cenami rynkowymi.

W tym stanie rzeczy postępowanie musi być unieważnione."

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne, co skutkowało jego uwzględnieniem.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że jak stanowi 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. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności

skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Przypomnieć też należy, że sięgając po ww. podstawę unieważnienia postępowania należy mieć na uwadze, że w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że Prezes Urzędu Zamówień publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w tych samych, w których Zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą. Innymi słowy: „Podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku -Prawo zamówień publicznych jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Prawa Zamówień Publicznych do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.” (vide wyrok z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 881/22).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, Izba wskazuje, że po pierwsze uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania z 10 lutego 2023 r., nie spełnia powyższych wymogów. Zamawiający nie tylko bowiem nie podjął jakiekolwiek próby ale wręcz zaniechał zupełnie wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których

mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne jest nie tylko lakoniczne ale też zawarta w nim szczątkowa argumentacja nie jest jasna. W szczególności brak wyjaśnienia, co Zamawiający rozumie pod hasłem „błędnych (sprzecznych) danych dotyczących SWZ Rozdziału VI pkt. 11 Część 1 i Część 2” powoduje, że stanowisko Zamawiającego nie poddaje się jakiejkolwiek weryfikacji. Nie jest jasne, w czym Zamawiający upatruje wadliwości wprowadzonej zmiany. Stanowisko, zgodnie z którym „Zmiana wprowadzona w dniu 31.01.2023 r. stanowiła, że będą tylko kursy w dni robocze w ilości 8 kursów” nie oddaje w pełni wprowadzonej zmiany, gdyż pomija, że doszło również do zmniejszenia ilości dni, w których świadczona będzie usługa. W obu częściach zamiast „365 dni (z podziałem na dni robocze i świąteczne)”, wskazano „250 dni roboczych”. Odnosząc się do tej części uzasadnienia unieważnienia postępowania, w której Zamawiający wskazał, że: „SWZ z wprowadzonymi zmianami, był umieszczony bez wyraźnego opisu wskazującego wprowadzone zmiany w zamówieniu oraz bez wyraźnego wskazania których rozdziałów i punktów zmiana dotyczy. Wprowadzone zmiany w SWZ, również nie były zaznaczone kolorem dla ułatwienia odnalezienia wprowadzonych zmian dla ułatwienia oszacowania ofert przez Wykonawców.” Nie jest dla Izby jasne jak wskazane braki wpisują się w przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie pokusił się o wyjaśnienie tej kwestii, ponadto w tym miejscu uzasadnienia również nie nastąpiło powiązanie powołanych okoliczności faktycznych z jakąkolwiek przesłanką unieważnienia umowy wskazaną w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do wskazania, że „Wprowadzona zmiana w zamówieniu mogła spowodować błędne oszacowanie ofert przez Oferentów, oraz brak realnej możliwości porównania złożonych ofert a także porównania z cenami rynkowymi.” Izba wskazuje, że również w tym zakresie poza wyrażonym przypuszczeniem, Zamawiający nie wykazał w żaden sposób czy doszło do błędnego oszacowania ofert, na czym polegał błąd, a także czy rzeczywiście doszło do niemożności porównania złożonych ofert oraz porównania z cenami rynkowymi. Zacytowany fragment sugeruje, że do badania i oceny ofert nie doszło.

Zaprezentowane przez Zamawiającego podczas rozprawy stanowisko w zakresie w jakim wykraczało ponad powołane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania z 10 lutego 2023 r., okoliczności faktyczne, podlegało pominięciu, jako wykraczające poza zarzuty odwołania. Ponadto, słusznie wskazał Odwołujący, że ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Rzeczywiście ma miejsce wskazana przez Zamawiającego okoliczność, że mimo zmiany w obu częściach zamówienia ilości kursów, jednocześnie nie zmieniono ogólnej ilości wozokilometrów, jednak ta okoliczność nie została powołana w uzasadnieniu z 10 lutego 2023 r., stąd też Izba pominęła stanowisko o ewentualnej możliwości zaoferowania innej ceny za 1 wozokilometr oraz możliwości zmiany kręgu wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu.

W zakresie stanowiska o zaniechaniu zmiany treści formularza ofertowego mimo zmiany treści SWZ, Izba również wskazuje, że okoliczność ta nie znalazła się w piśmie z 10 lutego 2023 r., ponadto odnotować należy, że w dokumentacji zamówienia przekazanej przez Zamawiającego znajduje się plik „2023.01.31 zalacznik_nr_1_do_swz_formularz_oferty" zatem wywnioskować można że formularz ten został zaktualizowany. Przywołane w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo Izby wydane na nieaktualnym stanie prawnym zostało przez Izbę pominięte. Jak już wskazano w pierwszej części rozważań, aktualnie uprawnienie Prezesa UZP w zakresie wnioskowania o unieważnienie umowy o zamówienie, zostało ograniczone do okoliczności wynikających z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Słusznie natomiast w odwołaniu Odwołujący wskazał na zamieszczony w projektowanych postanowieniach umowy planowany sposób rozliczenia umowy, tj. „wynagrodzenie miesięczne obliczone jako iloczyn zrealizowanych wozokilometrów na linii (danej części) oraz ceny (wartości wraz z podatkiem VAT) 1 wozokilometra." oraz wskazał, że tym zakresie Zamawiający nie wykazał wystąpienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ponadto całkowita wartość wozokilometrów w każdej z części zamówienia jest jedynie szacowaną ilością, a sam Zamawiający w SWZ wskazał, że po pierwsze wartości te mogą ulec wahaniu o (+/-)15%. Dodatkowo w projektowanych postanowieniach umowy wskazano, że „Powierzenie do wykonania usług w ilości nie powodującej osiągnięcia całkowitego wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2 dla każdej z części, nie daje WYKONAWCY/OPERATOROWI prawa do żądania dodatkowych zamówień. W takim wypadku wynagrodzenie WYKONAWCY/OPERATORA ulegnie zmniejszeniu".

Reasumując, stwierdzić należy, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania z 10 lutego 2023 r., Zamawiający nie wykazał, że ziściły się wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania, konieczne do zastosowania podstawy prawnej wskazane w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający nie wskazał na żadną podstawę unieważnienia umowy, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie jest zasadne i nakazała unieważnienie czynności z dnia 10 lutego 2023 r., i dalsze prowadzenie postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) związku z § 2 ust. 1 pkt 1) i § pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: