

Sygn. akt: KIO 1188/23

WYROK z dnia 16 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Suwałki, Urząd Miejski w Suwałkach,

przy udziale wykonawcy M. Marol prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAROL M. O. w Suwałkach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach i
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1188/23

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

Zamawiający – Miasto Suwałki, Urząd Miejski w Suwałkach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r.” Część I - Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku, nr postępowania ZP.271.92.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: S236 681666-2022-PL z dnia 07 grudnia 2022 r.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. wykonawca Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach wniósł odwołanie w zakresie części I na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

- niezgodnej z przepisami ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r.: Część I - Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku” na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp, pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności;
- zaniechania wyboru oferty Cz. A. prowadzącego Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" w prowadzonym postępowaniu pn. „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r. Część I - Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku”, pomimo iż oferta ta była najkorzystniejsza.

Odwołujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp poprzez unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pomimo braku przesłanek upoważniających Zamawiającego do takiego działania oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o podniesione zarzuty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że:

#### 1. Stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o nr ZP.271.92.2022, którego przedmiotem jest „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r. Część I -Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku”. Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 1.000. 000 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U./S 236 681666-2022-PL, w dniu 07 grudnia 2022 r.

Dowód: SWZ z 07 grudnia 2022 r.

W dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający w części I - „Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku” dokonał oceny złożonych ofert, w wyniku której odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp ofertę Pensjonatu dla zwierząt „Cyganowo” Cz. A., ul. Mickiewicza 44, 16-500 Sejny i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę „MAROL” M. O., ul. Pułaskiego 60/50, 16-400 Suwałki.

03 marca 2023 r. Cz. A. wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 16 marca 2023 r. o sygn. akt: KIO

586/23 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu w części I postępowania:

- 1) Unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) Unieważnić czynności odrzucenie oferty odwołującego,
- 3) Dokonać ponownej czynności oceny ofert.

W dniu 18 kwietnia 2023 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego na adres e-mail zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Również w dniu 18 kwietnia 2023 r. ukazało się na stronie BIP Zamawiającego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

Dowód: zawiadomienie z 18 kwietnia 2023 r. o unieważnieniu postępowania.

#### 2. Uzasadnienie zarzutów.

Na wstępie należy wskazać, iż od początku spornego postępowania Zamawiającego jasno wynika, iż nie ma on woli zawarcia umowy z Odwołującym, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Potwierdza ten fakt również wypowiedź Prezydenta Suwałk Cz. R. zamieszczona na stronie internetowej Radia Białystok w dniu 7 kwietnia 2023 r., z której wynika, że główną przyczyną jest problem z dzierżawieniem przez miasto prywatnego schroniska i niechęć właściciela schroniska do dopuszczenia do działalności na tym dzierżawionym schronisku innych podmiotów (konkurentów).

Dowód: wypowiedź Prezydenta Suwałk Cz. R. z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Poza sporem jest, że Zamawiający w rozdziale 22 Specyfikacji Warunków Zamówienia pn. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” (str. 34-35), wskazał między innymi jako kryterium: „Ilość działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku (D)” przyznając mu wagę procentową 35%.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zaoferowana liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku nie może być mniejsza niż 5, oferty proponujące liczbę działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku mniejszej niż 5 będą odrzucane na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią SWZ, a maksymalna liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby

bezdomych zwierząt w skali roku podlegającej ocenie wynosi 12. Oferty proponujące liczbę działań większą niż 12 będą

liczone jak oferty proponujące maksymalną ilość podlegającą ocenie.

Odwołujący twierdzi, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający opisał kryteria oceny ofert za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazywane przez Zamawiającego rzekome błędy nie stanowią naruszenia prawa zamówień publicznych, gdyż Zamawiający może ocenić złożone oferty w przyjętych przez siebie kryteriach pozacenowych. W konsekwencji może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą się o nie ubiegać na równych zasadach, oferując swoje usługi.

Ponieważ zapisy rozdziału 22 Specyfikacji Warunków Zamówienia są jednoznaczne i jasne, to zgodnie z paremią clara non sunt interpretanda nie wymagają dodatkowej interpretacji, tym bardziej sprzecznej z ich jednoznaczną treścią.

Wskazanie ilości działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku było możliwe, co potwierdza fakt złożenia w postępowaniu dwóch ofert. Wymagania ukształtowane przez zamawiającego w swz co do sposobu realizacji usługi, obowiązki wykonawcy oraz sposób obliczenia ceny wskazują, że - zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego - przedmiot zamówienia można zrealizować, przedmiot tego zamówienia istnieje i jest opisany. Fakt, że kryterium pozacenowe nie zostało opisane w sposób, w jaki Zamawiający wskazuje w informacji o unieważnieniu postępowania nie przesądza o tym, że jest ono opisane w sposób niewłaściwy. W stanowisku wyrażonym w wyroku z dnia 3 lipca 2013 r., KIO zauważyło, iż najbardziej obiektywnym weryfikatorem opisu przedmiotu zamówienia i jego wpływu na wyliczenie wartości usługi, jakie zostało zaoferowane, są sami wykonawcy w postępowaniu, którzy działając w konkurencji w stosunku do siebie, a zarazem będąc profesjonalistami w swojej branży, dokonali wyliczenia wartości zamawianej usługi.

W cytowanym przez Zamawiającego, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 610/23, Izba stwierdziła, iż „Opis przedmiotu zamówienia, który obarczony jest takimi brakami, które prowadzą do nieporównywalności ofert, stanowiłyby przesłankę unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ponieważ jest takim naruszeniem przepisów, które ma znaczenie dla sporządzenia ofert. W tej samej kategorii mieści się wadliwe kryterium oceny ofert, prowadzące do tego, że ofert nie da się porównać”.

W przedmiotowej sprawie nie zachodzi taki przypadek.

Po pierwsze, Zamawiający w dniu 22 lutego 2023 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmę „MAROL” M. O., ul. Pułaskiego 60/50, 16-400 Suwałki i wówczas sporne kryterium pozacenowe nie stanowiło żadnego problemu przy dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po drugie, Zamawiający nie zwrócił uwagi, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w każdym kryterium jej oceny: cenowym (Cena jednostkowa za dobowy pobyt każdego psa lub kota przyjętego do schroniska) oraz dwoma pozacenowymi: Liczba działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku oraz Dzienny czas pracy biura schroniska.

Gdyby nawet obaj oferenci złożyli oferty z równą ilością "Liczby działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku" to i tak oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza.

Po trzecie, Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazuje, że "Generalnie rzecz biorąc przesłanki unieważnienia postępowania mają charakter wysoce sankcyjny i powinny być interpretowane możliwie wąsko, jednak jakakolwiek interpretacja musi uwzględniać sens i cel przepisu", i Odwołujący w pełni podziela ten pogląd.

Ponadto sporne kryterium oceny ofert nie budziło wątpliwości oferentów: nikt nie zadał pytań Zamawiającemu, nikt nie zwrócił się o wyjaśnienie tych kwestii oraz każdy wpisał do swojej oferty ilość wspomnianych działań edukacyjnych.

Słusznie Zamawiający w SWZ nie wskazał rodzaju informacji którymi będzie się kierować w toku dokonywania weryfikacji oświadczeń wykonawców w zakresie wskazanego pozacenowego kryterium oceny ofert, jak i nie wskazał metody i sposobu oceny tego kryterium, tak aby możliwe było skuteczne porównanie twierdzeń Wykonawców w zakresie pozacenowego kryterium - „, liczba działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku”, ponieważ przy tak przyjętym pozacenowym kryterium nie jest to właściwe.

Jak właściwie porównać działania np. "Dzień otwarty w schronisku" z konkursem plastycznym dla dzieci: "Mój przyjaciel pies" czy z zamieszczeniem filmu w internecie zachęcającym do adopcji psów i kotów lub dogoterapią dla seniorów czy akcjami wolontariuszy w schronisku.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2015 r., KIO 2308/15 wyjaśniła, iż „celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy (udzielenie zamówienia), a unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest szczególną sytuacją”.

Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2013 r., KIO 304/13 słusznie zauważono, iż „1. Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie k.c., jaki i pzp, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarne unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę.

2. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający de facto zobowiązuje się do zawarcia

umowy z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, a wykonawcy temu przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 k.c.

3. Ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia jest porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 k.c. ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać".

W myśl art. 16 pkt PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania, zatem jego decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona, a postępowanie kontynuowane zgodnie z przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych procedurą od momentu, w którym zostało przerwane.

Zdaniem Odwoływającego nie wystąpiła żadna z okoliczności pozwalających na unieważnienie postępowania. Zamawiający nie wykazał, aby podane przez niego okoliczności miały wpływ na możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego też, zdaniem Odwoływającego, zamawiający, dokonując czynności unieważnienia postępowania, w sposób rażąco naruszył przepisy Pzp, co uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny, wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1420/13, zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 ustawy, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, że w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie.

W ocenie Odwoływającego zamawiający nie wykazał ewentualnego wpływu stwierdzonej wady na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, iż stanowisko zamawiającego w kwestii unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 czerwca 2016 r., KIO 967/16 stwierdziła, że „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono

dokonywane przez zamawiającego z należytą starannością.

2. Staranność ta objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania".

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2021 r., KIO 2800/21 wyjaśniono, że „podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem 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. Dopuszczalność bowiem usunięcia wady postępowania, powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania".

Trzeba bowiem podkreślić, że art. 255 pkt 6 Pzp, stanowiący o niemożliwej do usunięcia wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu, umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozostaje w ścisłym związku z art. 457 ust 1 Pzp, który zawiera zamknięty i ściśle określony katalog sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Pojęcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest pojęciem ustawowym, a przesłanki unieważnienia umowy zostały wyczerpująco wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp. Tylko i wyłącznie przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazane w art. 457 ust. 1 Pzp mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Analogicznie, na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r.

poz. 1843, dalej jako "Pzp2004"), w orzecznictwie KIO wskazywano konsekwentnie na ścisły związek pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7a art. 146 ww. ustawy (por. wyrok z dnia 29 kwietnia 2015, sygn. akt KIO 782/15, wyrok z dnia 17 czerwca 2013, sygn. akt KIO 1307/13, wyrok z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12).

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. 42,2 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.

Podkreślić należy, iż żadna z sytuacji przewidzianych w art. 457 ust. 1 Pzp nie obejmuje takiej podstawy faktycznej, jaka została wskazana przez Zamawiającego, tj. naruszenia art. 240 Pzp poprzez zastosowanie niewłaściwego pozacenowego kryterium oceny ofert.

W art. 457 ust. 1 Pzp, zawarto zamkniętą listę ściśle określonych i zarazem bardzo poważnych naruszeń przepisów, których popełnienie przez zamawiającego skutkuje unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma wśród nich generalnego wskazania na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Ustawa Pzp, jakkolwiek wśród przesłanek unieważnienia postępowania wskazanych w art. 255 wymienia również przesłankę dotyczącą niemożliwej do usunięcia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to jednak nie zawiera regulacji analogicznej do tej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp2004 r. Innymi słowy Pzp nie uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 459 ust. 1 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie wyłącznie:

- 1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455;
- 2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.

Zatem, aby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł na drodze sądowej dochodzić unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp. Analogicznie Zamawiający, jeśli chce unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, musi wykazać, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy, że w literaturze przedmiotu zgodnie przyjmuje się, że dyspozycją przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp są objęte przypadki, w których Zamawiający z naruszeniem przepisów:

- 1) w ogóle nie zamieścił lub nie przekazał do publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie, lub
- 2) nie zamieścił w BZP lub nie przekazał do publikacji Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, przy czym w takim przypadku umowa nie będzie podlegała unieważnieniu, jeżeli zmiany tego ogłoszenia nie miały znaczenia dla sporządzenia wniosków albo ofert.

Jest poza sporem, że w niniejszej sprawie taki przypadek nie zachodzi i nie na taką sytuację wskazał Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania.

Podsumowując, aby rzekome naruszenie art. 240 Pzp poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które rzekomo nie pozwala Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, mogło stanowić podstawę unieważnienia postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 Pzp, Zamawiający musiałby wykazać, że naruszenie to pociąga za sobą (przynajmniej potencjalnie) możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający tymczasem niczego takiego nie wykazał i nie jest w stanie wykazać, gdyż Pzp nie przewiduje przesłanki unieważnienia

umowy, opartej na naruszeniu art. 240 Pzp w toku postępowania poprzedzającego zawarcie umowy. Tym samym unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 Pzp było i jest pozbawione jakichkolwiek podstaw, a zostało dokonane z rażącym naruszeniem powyższego przepisu.

Odwolujący pragnie zaznaczyć, że Pzp w art. 255 wylicza w sposób wyczerpujący wszystkie sytuacje w których Zamawiający musi unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie może unieważnić postępowania w żadnej innej sytuacji

niż wskazana wprost w przepisach Pzp. Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych jest bowiem zasada trwałości postępowania oraz realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą. Tym samym unieważnienie postępowania zawsze należy traktować jako wyjątek od zasady. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu zasady *exceptiones non sunt extendendae*, przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować jako wyjątek od zasady, a zatem w sposób ścisły. Pogląd powyższy wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza. Jak wskazała KIO w wyroku z 31 marca 2010 r. (KIO/UZP 315/10): "niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Przesłanki określone w art. 255 Pzp nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na Zamawiającym (por. wyroki KIO: z 11 kwietnia 2017 r., KIO 593/17; z 12 lutego 2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16). Powyższe nie budzi także wątpliwości w orzecznictwie Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego. Przykładowo, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt IV Ca 429/10, podkreślił, iż wykładnia rozszerzająca jednej z podstaw unieważnienia postępowania powodowałaby powstanie nowej przesłanki unieważnienia postępowania, nie przewidzianej przez ustawodawcę.

Z kolei Sąd Najwyższy w uchwale z 27 stycznia 2005 r., III CZP 78/04, wskazał, że katalog przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy Pzp2004 r. (obecnie art. 255 Pzp), stanowiących przyczynę unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Ustawa nie przewiduje bowiem innych przesłanek unieważnienia, poza wskazanymi w omawianym przepisie i powinny być one traktowane jako wyjątkowy sposób zakończenia postępowania.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów Pzp oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 maja 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający działając na podstawie art. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, unieważnił postępowanie.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający otrzymał kopię odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 p.z.p.

Zarzuty zawarte w treści odwołania pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone.

Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert, w wykonaniu orzeczenia KIO z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt KIO 586/23, postanowił dokładnie przeanalizować postanowienia SWZ, w tym w odniesieniu do postawionych warunków, jak i kryteriów oceny ofert. Po analizie SWZ Zamawiający stwierdził, iż przy sporządzaniu SWZ nie wskazał rodzaju informacji, którymi będzie się kierował w toku dokonywania weryfikacji i oświadczeń wykonawców w zakresie wskazanego pozacenowego kryterium oceny ofert, jak i nie wskazał metody i sposobu oceny tego kryterium, tak aby możliwe było skuteczne porównanie twierdzeń Wykonawców w zakresie pozacenowego kryterium — „liczba działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku”. Tym samym Zamawiający uznał za konieczne unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 PZP.

Przechodząc do zarzutów odwołującego, wskazać należy, iż treść odwołania wskazuje, że sam Odwołujący — pośrednio wprawdzie przyznaje, iż doszło do naruszenia przepisu art. 240 ust. 2 PZP, wskazując że naruszenie art. 240 Pzp nie zostało wymienione jako przesłanka prowadząca do nieważności umowy, wskazana w art. 457 ust. 1 PZP .

Zamawiający poprzez brak wskazania informacji w SWZ, na podstawie których będzie weryfikował pozacenowe kryterium oceny ofert naruszył ustawę, gdyż ustalone w SWZ kryteria sprowadzają się wyłącznie do uznania treści oferty w zakresie tego kryterium jako

nieweryfikowalnej deklaracji danego wykonawcy, co uniemożliwia rzetelne sprawdzenie pod tym kątem ofert złożonych przez Wykonawców. W doktrynie podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i

porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak zauważa J. Pieróg: "Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych." (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Zamawiający nie dał sam sobie możliwości w SWZ weryfikacji tego pozacenowego kryterium i jego sprawdzenia, co przy aż 35% „ważności” tego kryterium prowadzi do naruszenia art. 240 ust. 2 PZP, bowiem narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek sine qua non równego traktowania wykonawców, a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne, a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. (tak wyrok SO XXIII 35/21).

Art. 240 ust. 2 PZP stanowi zaś, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Owszem, ogłoszenie przetargu w trybie PZP jest niejako zobowiązaniem Zamawiającego do zawarcia umowy, ale wyłącznie w sytuacji gdy postępowanie nie jest obciążone wadą, w tym wadą dotyczącą podstawowej zasady postępowania zasady równego traktowania

wykonawców. Stosownie zaś do art. 255 ust. 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutuące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), ' obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. (tak A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/e1. 2023, art. 255.). Wadą, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania w rozumieniu poprzedniego art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, a aktualnie art. 255 ust. 1 PZP są wszystkie wymienione w art. 255 ust. 1 PZP przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania. Jednak — jak już wskazano powyżej — art. 255 ust. 1 pkt 6 PZP nie można ograniczyć tylko do wyżej wskazanych naruszeń. W szczególności KIO w wyr. z 12.11.2019 r. (KIO 2176/19, Legalis), uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Bowiem po złożeniu ofert wadliwości tej nie można usunąć.

Zatem wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. przesłanką unieważnienia z art. 255 ust. 1 pkt 6 PZP odwołuje się nie tylko do podstaw zawartych w art. 457 ust. 1 PZP, ale również do innych wad postępowania, z powodu których Prezes UZP jest upoważniony do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy (np. wyr. KIO z 27.5.2014 r., KIO 914/14, Legalis; wyr. KIO z 12.11.2019 r., KIO 2176/19, Legalis). Tak więc katalog wad postępowania mogący skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 PZP jest zatem katalogiem otwartym. Jednak możliwość zastosowania art. 255 ust. 1 pkt 6 PZP będzie miała miejsce tylko w sytuacji kumulatywnego wystąpienia przesłanek w nim wskazanych, czyli zmiana powinna nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie mając charakter realny a nie potencjalny.

Brak weryfikowalności pozacenowego kryterium oceny ofert któremu przyznano aż 35% wagi, a zatem ponad 1/3, nie może być uznany jako brak wady niewpływający na postępowanie w sposób umożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zwrócić należy uwagę, iż w swojej ofercie Odwołujący zaoferował aż 200 eventów które planował zrealizować do końca roku, co dawało niemal 1 event dziennie. Pomijając wątpliwość czy takie zobowiązanie (200 eventów) mogłoby być rzeczywiście zrealizowane, to zastawienie w tym zakresie z ofertą drugiego wykonawcy prowadzić musi do konkluzji zakres tych działań i ich koszt jest nieporównywalny. Zwrócić należy uwagę, iż deklaracje wykonawców powinny być uzasadnione i realne oraz możliwe do zweryfikowania. Zamawiający stwierdził, iż brak możliwości sprawdzenia/weryfikacji kryterium „działań edukacyjnych” i w konsekwencji brak możliwości ich oceny stanowi wadę nieusuwalną na tym etapie postępowania, skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania.

W orzecznictwie, wskazano, iż przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP. sformułowany jest mało przejrzysto, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca, jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związany z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominał inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności

umowy zawartej z naruszeniem przepisów PZP, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 610/23). Zgodnie z art. 457 ust. 3 i 4, sądy powszechne nadal w pełni zachowują właściwość w zakresie powództw o ustalenie (opartych na art. 189 k.p.c.) dotyczących umów w sprawach zamówień publicznych. Instytucja unieważnienia umowy na podstawie art. 457 PZP, nie wyłączyła możliwości domagania się ustalenia niestnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 189 k.p.c., lecz jedynie uniemożliwiła oparcie takiego powództwa na podstawach wskazanych w art. 457 PZP.

Ponadto jak wskazuje doktryna „poza przypadkami wzruszalności umowy określonymi w art. 457 ust. 1 i art. 459 ust. 1 pkt 2 p.z.p., mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy, wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego (np. art. 58, 73, 76 k.c.). (...) W ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. stronom umowy lub innym podmiotom posiadającym interes prawny przysługuje prawo wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie art. 189 k.p.c. (powództwo o ustalenie stwierdzenia istnienia lub niestnienia stosunku prawnego).” (tak A.Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 255.).

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że unieważnienie postępowania zostały przez Zamawiającego podjęte zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazuje końcowo, iż nie jest prawdziwe twierdzenie, jakoby nie miał woli zawarcia Umowy z Odwołującym. Na unieważnienie postępowania nie miały wpływu inne czynniki poza wskazanymi w treści unieważnienia uchybieniami przepisów ustawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: S236 681666-2022-PL z dnia 07 grudnia 2022 r.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. wykonawca Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach wniósł odwołanie w zakresie części I na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia:

- niezgodnej z przepisami ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r.: Część I - Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku" na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp, pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności;
- zaniechania wyboru oferty Cz. A. prowadzącego Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" w prowadzonym postępowaniu pn. „Kompleksowa opieka nad zwierzętami bezdomnymi i wolno żyjącymi w 2023 r. Część I - Wyłonienie operatora schroniska dla bezdomnych zwierząt w 2023 r. wraz z opieką nad zwierzętami w schronisku", pomimo iż oferta ta była najkorzystniejsza.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp poprzez unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pomimo braku przesłanek upoważniających Zamawiającego do takiego działania oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Cz. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pensjonat dla Zwierząt "CYGANOWO" Cz. A. w Sejnach, ul. Adama Mickiewicza 44, 16-500 Sejny, Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca M. Marol prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAROL M. O. w Suwałkach, ul. Generała Kazimierza Pułaskiego 60/50, 16-400 Suwałki.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2023 r. (pismo z dnia 11 maja 2023 r.) wniósł o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, 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.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 240 ustawy PZP:

1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji

postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 240 Pzp i art. 99 ust. 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pomimo braku przesłanek upoważniających Zamawiającego do takiego działania oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem 22 SWZ, Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający wskazał w części I w kryterium pozacenowym: ilość działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku, wagę procentową w wysokości 35%, przy czym jednocześnie określił, że: „Zaoferowana liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku nie może być mniejsza niż 5. Oferty proponujące liczbę działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku mniejszej niż 5 będą odrzucane na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią SWZ. Maksymalna liczba działań edukacyjnych i działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku podlegającej ocenie wynosi 12. Oferty proponujące liczbę działań większą niż 12 będą liczone jak oferty proponujące maksymalną ilość podlegającą ocenie”.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 240 ustawy PZP, Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (ust. 1), a dodatkowo kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (ust. 2).

Z kolei w myśl art. 99 ust. 1 ustawy PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ

na sporządzenie oferty.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby, brak wskazania w spornym kryterium oceny ofert informacji wraz ze wskazaniem metody i sposobu jego oceny, na podstawie których Zamawiający będzie weryfikował pozacenowe kryterium, powoduje, że postanowienia SWZ w obecnym kształcie sprowadzają się wyłącznie do uznania treści oferty w ramach tego kryterium jako nieweryfikowalnej deklaracji danego wykonawcy, co de facto uniemożliwia Zamawiającemu rzetelne sprawdzenie ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zważa, że z uwagi na fakt, na jakim etapie znajduje się niniejsze postępowanie, Zamawiający nie może już dokonać zmiany SWZ i opisać działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku ani uzupełnić opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 99 ust.1 oraz art. 240 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2807/22 stwierdziła, że „Zamawiający powinien żądać w ofertach informacji, które byłyby możliwe do weryfikacji i podlegałyby weryfikacji zarówno przez Zamawiającego przy ocenie ofert, jak i przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zamawiający, opisując kryterium oceny ofert, powinien wskazać rodzaj informacji jakich oczekuje, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie ofert w danym zakresie. Wszelkie deklaracje wykonawców powinny być uzasadnione i realne oraz przede wszystkim możliwe do zweryfikowania. Tymczasem podstawowym wymogiem wynikającym z ww. przepisów ustawy Pzp, jest takie ukształtowanie kryterium, które umożliwia weryfikację informacji przedstawianych w ofertach co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Izba zważa, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Co wymaga podkreślenia, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie przy spełnieniu wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady, a z taką sytuacją, w ocenie Izby, mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy PZP nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy PZP, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdziłaby niezgodność postanowień SWZ z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, byłoby nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie zmian w ich treści. W ocenie Izby, kontynuowanie przedmiotowego postępowania w obecnym kształcie prowadziłoby do naruszenia ustawy, co miałoby wpływ na wynik tego postępowania.

Istotne jest również to, że przepis art. 255 pkt 6 ustawy PZP ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 457 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Izba wskazuje, że art. 70<sup>5</sup> § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Zdaniem Izby przepis ten może być również podstawą unieważnienia umowy w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą PZP opisanie przedmiotu zamówienia (w przedmiotowym postępowaniu w ramach spornego kryterium oceny ofert), doprowadza do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływając tym samym na wynik postępowania.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie opisując swoich wymagań stawianych działaniom edukacyjnym w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działaniom zmierzającym do zmniejszenia liczby

bezdomych zwierząt, doprowadził do sytuacji, w której Zamawiający nie miał żadnej możliwości zweryfikowania tego, jakie działania edukacyjne w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działania zmierzające do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku, oferują wykonawcy. Innymi słowy, zaistniała sytuacja, w której Zamawiający nie wiedziałby, jakie świadczenie oferują mu wykonawcy, a brak takiej wiedzy uniemożliwiłaby Zamawiającemu prawidłowe porównanie złożonych ofert.

Tym samym, Izba nie podziela poglądu Odwołującego, który stwierdził na rozprawie, że „kryterium pozacenowe jest

precyzyjnie opisane”.

Nadto Izba zważa, iż ze względu na to, że wada postępowania dotyczyła niedookreślenia postanowień kryterium oceny ofert, konieczne stało się dookreślenie postanowień kryterium, które miałyby polegać na „wskazaniu konkretnych działań edukacyjnych i ich ilości”, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie.

Poza tym brak weryfikowalności pozacenowego kryterium oceny ofert, któremu przyznano aż 35% wagi, zdaniem Izby nie może być uznany jako brak wady niewpływający na postępowanie w sposób umożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że już samo zaoferowanie przez Odwołującego 200 działań, a przez Przystępującego 6 działań, zgodnie z wypełnionymi formularzami ofertowymi stanowiącymi załącznik nr 1 do SWZ, prowadzi w ocenie Izby do sytuacji, że zakres tych działań, jak również ich koszt jest nieporównywalny.

Na marginesie Izba wskazuje, że brak możliwości porównania ofert w kryterium liczby działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami, humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku jest okolicznością de facto przyznaną przez Odwołującego, który na stronie 4 odwołania jednoznacznie stwierdza: „Jak właściwie porównać działania np. "Dzień otwarty w schronisku" z konkursem plastycznym dla dzieci: "Mój przyjaciel pies" czy z zamieszczeniem filmu w internecie zachęcającym do adopcji psów i kotów lub dogoterapią dla seniorów czy akcjami wolontariatusy w schronisku”.

Konkludując, zdaniem Izby, brak określenia pojęcia „działań edukacyjnych” w części I zamówienia, jak również brak opisanego wymaganych uprawnień koniecznych do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, spowodował brak możliwości weryfikacji, jak również oceny kryterium działań edukacyjnych w zakresie opieki nad zwierzętami i

humanitarnego traktowania zwierząt oraz działań zmierzających do zmniejszenia liczby bezdomnych zwierząt w skali roku, co w konsekwencji skutkowało koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności działania Zamawiającego z ustawą, przy czym zarzut powinien być precyzyjnie uzasadniony. Ze względu na to, że okoliczności faktyczne i prawne wskazane w uzasadnieniu odwołania nie odnosiły się do projektowanych postanowień umowy, a okoliczności te wskazane zostały na rozprawie w kontekście § 1 ust. 2 pkt 7 projektu umowy, jak również zawartych tam kar umownych, nie mogły być one wzięte pod uwagę przez Izbę, ze względu na to, iż nie były one objęte zakresem zaskarżenia.

Tym samym dowód wniesiony przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci projektu umowy nr ZP/.../2022 stanowiący załącznik nr 3.1 do SWZ nie mógł być brany pod uwagę przez Izbę. Pozostałe dowody Odwołującego w postaci wypowiedzi Prezydenta Suwałk Cz. R. z dnia 7 kwietnia 2023 r. (dołączony do odwołania), jak również dowód w postaci wezwania do złożenia dokumentu z dnia 31 marca 2023 r. (wniesiony na posiedzeniu), w ocenie Izby, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W konsekwencji zdaniem Izby, Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców ani zasady zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....