Sygn. akt: KIO 227/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MB EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu oraz Lajon T. Z. Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Świętoszowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 227/24

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

Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Sukcesywny odbiór, transport i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 01 12 (żużle i popioły inne niż wymienione w 19 01 11*) wytwarzanego przez Zakład Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie sp. z o.o. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2023 r. pod numerem 2023/S 181-566582.

W dniu 22 stycznia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MB EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu oraz Lajon T. Z. Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Świętoszowicach, dalej „Odwołujący", wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 70^5 Kodeksu Cywilnego przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że przyczyny wskazane przez Zamawiającego nie są wadami postępowania i nie uniemożliwiają zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także Zamawiający nie wykazał, że wskazane w uzasadnieniu przyczyny unieważnienia - uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że postępowanie nie podlega unieważnieniu, a oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu i stanowiła ofertę najwyżej ocenioną, a wykonawca uczynił zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie procedury odwróconej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 9 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, oferty wykonawców, informację o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 lutego 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywny odbiór, transport i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 01 12 (żużle i popioły inne niż wymienione w 19 01 11*) wytwarzanego przez Zakład Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie sp. z o.o.

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 2.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Wykonawca musi wykazać, że: a) posiada wpisy i uprawnienia do prowadzania działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, b) posiada wpisy i uprawnienia do prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia. Jeżeli Wykonawca zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

Stosownie do Rozdziału X pkt 2 SWZ W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych: a) Stosowne wpisy i decyzje dotyczące gospodarowania odpadami, tzn. decyzje właściwych organów ochrony środowiska niezbędne do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia, ważne przez cały okres trwania umowy, tj.:

i. indywidualny nr rejestrowy wynikający z wpisu do rejestru BDO (dot. transportu oraz przetwarzania), o którym mowa w art. 54 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797, ze zm.), oraz

ii. decyzję (zezwolenie) do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie oraz

iii. decyzję (zezwolenie) do prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie. Jeżeli Wykonawca zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

W związku z pytaniem wykonawcy o następującej treści:

W pkt. X SWZ ppkt 2a) ust. ii Zamawiający żąda, aby Wykonawca złożył:

„decyzję (zezwolenie) do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie;'

Czy poprzez ww. zapis należy rozumieć, że Zamawiający żąda posiadania przez Wykonawcę wpisu do rejestru BDO w zakresie transportu odpadów o kodzie 19 01 12? Aktualnie ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 779 późn. zm.) nie przewiduje uzyskiwania zezwoleń na transport odpadów. Wykonawca wskazuje także, że w rejestrze BDO w zakresie transportu odpadów nie są wskazywane ilości odpadów, do przewozu których uprawniony jest wykonawca.

Zamawiający udzielił poniższej odpowiedzi w dniu 5 października 2023 r.:

Poprzez zacytowany zapis Zamawiający żąda posiadania przez Wykonawcę wpisu do rejestru BDO w zakresie możliwości transportu odpadów o kodzie 19 01 12.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert. Pierwotnie ustalony terminu składania ofert wyznaczony na dzień 26 października 2023 r. nie został zmieniony. Oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym Odwołujący.

Pismem z dnia 17 października 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wskazując, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 70[1] ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (dalej: k.c.). z uwagi na

fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ugruntowana praktyka orzecznicza wskazuje, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom ustawy Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (wyrok sygn. KIO 314/16).

Dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. art. 255 pkt 6 ustawy PZP jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Sformułowanie dokumentów zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy PZP zawsze będzie działaniem sprzecznym z prawem. Jeśli waga tych błędów jest taka, że uznać trzeba, iż wpłynęły one na wynik postępowania, to powyższe przepisy nakazują zamawiającemu unieważnienie postępowania. Dodatkowo w takich okolicznościach wątpliwości winna budzić celowość dalszego prowadzenia postępowania z uwagi na niemożność dokonania zmiany SWZ po otwarciu ofert.

Zgodnie z art. 112 ust. 1. ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Nie ulega wątpliwości, że sformułowane na potrzeby Zamawiającego, warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione, racjonalne i obiektywne, a w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, muszą wynikać z odrębnych przepisów.

Zamawiający może określać warunki w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, o ile nie powoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie Wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać.

W niniejszym postępowaniu dokumenty zamówienia zawierają błędne określenie warunków udziału w postępowaniu, a przez co też błędne wskazanie podmiotowych środków dowodowych składanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Błąd popełniono przy uszczegóławianiu jednego z warunków jako posiadanie wpisów i uprawnień do prowadzania działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, na potwierdzenie czego Zamawiający żądał m.in. decyzji (zezwolenia) do prowadzenia działalności w zakresie

transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia. Jednak zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5) lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587) podmiot transportujący odpady zobowiązany jest uzyskać wpis rejestrowy w BDO na podstawie wniosku rejestrowego.

Zatem uprawnienie do transportu odpadów przyjmuje formę jedynie wpisu do rejestru BDO, nie zaś decyzji.

Z uwagi na fakt, że termin składania ofert upłynął, Zamawiający mimo iż dostrzegł ww. uchybienia w prowadzonym postępowaniu, nie ma możliwości dokonania jego konwalidacji. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpiłoby zgodnie z art. 17 ust. 2 pzp. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający nie może zmienić katalogu podmiotowych środków dowodowych, gdyż nie są to czynności, które można powtórzyć na tym etapie prowadzonej procedury. Zamawiający po otwarciu ofert nie może w zakresie błędów w SWZ/ogłoszeniu dokonać czynności naprawczych, treść SWZ można zmienić tylko do upływu terminu składania ofert. (…)

Naruszenie ustawy PZP poprzez określenie podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób w sposób de facto niemożliwy do spełnienia przez jakiegokolwiek Wykonawcę należy bezsprzecznie uznać za wadę uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.(…)

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym

samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający udzielając w dniu 5 października 2023 r. odpowiedzi na pytanie dokonał

modyfikacji SWZ, która była już zgodna z obowiązującymi przepisami, tj. art. 50 ust. 1 pkt. 5 b) w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 54 ust 2 ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz.U. 2023 poz. 1587). Odpowiedź Zamawiającego została sformułowana w sposób jasny i czytelny. Sam Zamawiający w oświadczeniu o unieważnieniu postępowania również potwierdził, iż uprawnienie do transportu odpadów przyjmuje formę jedynie wpisu do rejestru BDO.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania powołując się na art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, bowiem nie zaistniała pierwsza przesłanka - wada postępowania. Nawet jeśli uznać, iż postanowienie SWZ określające jaki dokument ma posiadać wykonawca celem potwierdzenia uprawnienia do transportu odpadów został w SWZ nieprecyzyjnie sformułowany, to w dniu 5 października 2023 r. Zamawiający publikując wyjaśnienia dokonał w tym zakresie modyfikacji SWZ i tym samym wymóg posiadania wpisu do rejestru BDO został przez Zamawiającego określony w sposób prawidłowy. Nie można również mówić o wadzie niemożliwej do usunięcia, gdyż usunięcie nieścisłości, o której mowa powyżej, nastąpiło już w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro wada została usunięta w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, to nie sposób twierdzić, iż nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy o udzielnie zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający może unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Zamknięty katalog nie daje możliwości unieważniania postępowania na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego. Katalog przesłanek z ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do dokonania czynności z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać

spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, 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. (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 967/16).

W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający jako podstawę unieważnienia wskazał sformułowanie dokumentów zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy jako działanie sprzeczne z prawem. Zamawiający pominął jednak okoliczność, iż w tym zakresie dokonał modyfikacji SWZ, odpowiadając na pytanie nr 3, w dniu 5 października 2023 r., a tym samym na dzień składania przez Zamawiającego oświadczenia o unieważnieniu postępowania nie miał do tego podstaw, gdyż nowe postanowienia SWZ stanowiły integralną części dokumentów zamówienia.

Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Stosownie do art. 135 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 23 marca 2022 r., sygn. akt KIO 658/22 ratio legis ww. przepisu polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SWZ i w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty niepodlegające odrzucenia. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej postanowieniom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (vide wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11).

Jak stanowi art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Zgodnie z art. 137 ust. 6

ustawy Pzp w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Przepisy ust. 4 i 5 stosuje się.

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie przepisów ustawy Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (vide wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1615/18). W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać

żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, odpowiedziom na pytania dotyczące treści SWZ przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15). Zatem, samo udzielenie odpowiedzi jest wiążące dla każdej ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a na Zamawiającym nie ciążą żadne dodatkowe obowiązki w zakresie modyfikacji treści dokumentacji postępowania, jak np. sporządzenie tekstu jednolitego SWZ, czy jej załączników.

Wskazując na powyższe Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie unieważnił przedmiotowe postępowanie, bowiem dokonując uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania nie uwzględnił treści odpowiedzi na pytanie do SWZ z dnia 5 października 2023 r. Zatem, nie sposób twierdzić, że wymóg Zamawiającego został sformułowany nieprecyzyjnie, skoro publikując wyjaśnienia dokonał w tym zakresie modyfikacji postanowień SWZ i tym samym wymóg posiadania wpisu do rejestru BDO został przez Zamawiającego określony jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

Dalej, Izba wskazuje, że uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania powinno zawierać co najmniej ustalenie faktów i wskazanie dowodów, na których zamawiający się oparł, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej unieważnienia, a każda nowa argumentacja na etapie postepowania odwoławczego jest spóźniona. Zatem okoliczności, które nie zostały wprost podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, nie podlegają ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym. Dlatego też Izba pominęła

argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie dotyczącą zaniechania dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz zaniechania wydłużenia terminu na składanie ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach.

Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający przedstawił uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania pomijając zupełnie okoliczność udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 3 w dniu 5 października 2023 r.

W ocenie składu orzekającego nie zostało wykazane, aby postępowanie było obarczone wadą, tym bardziej wadą nieusuwalną, która mogłaby skutkować unieważnieniem postępowania. Ciężar udowodnienia wypełnienia się zastosowanej przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 225 pkt 6 ustawy Pzp, spoczywał na Zamawiającym. Zgodnie bowiem z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zamawiający nie udźwignął tego ciężaru. Dlatego też Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……