

WYROK

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę KOMA sp. z o.o. z siedzibą w Elku (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Grajewo z siedzibą w Grajewie (dalej: „Zamawiający”)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania.

2. Kosztami postępowania obciążyć 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 552 zł 00 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 517 zł 50 gr (słownie: pięćset siedemnaście złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 152 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Miasto Grajewo z siedzibą w Grajewie (dalej: „Zamawiający” lub „Miasto Grajewo”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbieranie odpadów komunalnych na terenie miasta Grajewo od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i części nieruchomości niezamieszkałych w okresie 12 miesięcy od dnia 08.07.2024 r.” (Nr referencyjny: GK.271.1.2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 maja 2024 r. pod numerem: 288460-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

14 października 2024 r. wykonawca KOMA sp. z o.o. z siedzibą w Elku (dalej: „Odwołujący” lub „KOMA”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania pomimo braku ku temu uzasadnionych podstaw.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) dołączenie do akt niniejszego postępowania akt sprawy KIO 2453/24 oraz KIO 2827/24,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,
- 4) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania KOMA podniósł, że aby możliwe było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp muszą zaistnieć trzy przesłanki tj.: a) wada, b) nieusuwalność wady, c) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Odwołujący wskazał, że w przypadku większości uchybień w dokumentacji zamówienia nazwanych przez Zamawiającego wadami, rzekoma wada faktycznie nie występuje. W pojedynczych sytuacjach nawet jeśli wada postępowania ma miejsce to – w ocenie KOMA – nie ma ona charakteru kwalifikowanego tzn. nie miała ona wpływu na wynik Postępowania lub przygotowanie ofert. Odwołujący szczegółowo odniósł się do poszczególnych błędów Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wskazanych przez Miasto Grajewo w piśmie z dnia 4 października 2024 r.

Ponadto – zdaniem KOMA – uzasadnienie przyczyn unieważnienia Postępowania nie jest wystarczająco precyzyjne, w szczególności w części gdy Zamawiający zbiorczo na stronie 6 pisma z dnia 4 października 2024 r. uzasadnia do wszystkich wskazanych przyczyn (wad postępowania) ich kwalifikowany charakter tj. to jaki mają one wpływ na wynik Postępowania, w sytuacji gdy rzetelne uzasadnienie dokonanej czynności powinno polegać na wykazaniu wpływu na wynik Postępowania każdej z wad z osobna.

28 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału III SWZ przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych na terenie miasta Grajewo od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i części nieruchomości niezamieszkałych w okresie 12 miesięcy od dnia 8 lipca 2024 r.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 19 czerwca 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

- ✓ wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Grajewie;
- ✓ wykonawcy MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku;
- ✓ wykonawcy KOMA sp. z o.o. z siedzibą w Elku.

Wyrokiem z dnia 2 września 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2827/24 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części odwołanie wykonawcy KOMA sp. z o.o. z siedzibą w Elku wniesione w dniu 8 sierpnia 2024 r. i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Grajewie, złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych zabezpieczonego przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczonego przed działaniem czynników atmosferycznych. Izba ustaliła, że żadna ze stron nie wniosła skargi na wyżej wymienione orzeczenie do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Kolejno skład orzekający ustalił, że Miasto Grajewo nie dokonało czynności zgodnie z rozstrzygnięciem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2827/24, natomiast pismem z dnia 4 października 2024 r., Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, podając następujące uzasadnienie:

„Uzasadnienie faktyczne i prawne

W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia Zamawiający:

1) określił jako jeden z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, warunek posiadania aktualnego zezwolenia na transport odpadów komunalnych. Tego warunku nie jest w stanie spełnić żaden z wykonawców z uwagi na fakt, że zezwolenia na transport odpadów utraciły ważność w dniu 24 lipca 2018 r. (aktualnie na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach

wykonawca winien legitymować się wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta Grajewa, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzonego przez właściwy organ oraz wpisem do rejestru przedsiębiorców BDO na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wynikającego z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach). Wymaganie jest więc niezgodne z przepisami prawa i nie może go spełnić żaden z wykonawców.

2) określił jako jeden z warunków udziału w postępowaniu: *posiadanie co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, jeden pojazd o gabarytach umożliwiających wjazd na posesję z utrudnionym dostępem (szerokość do 2 m) dostosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych i jeden hakowiec - razem co najmniej 7 samochodów* (6 pojazdów) żądając przy tym jednocześnie wykazania się przez wykonawców dysponowaniem:

a) co najmniej 2 samochodami specjalnymi (śmieciarki) przystosowanymi do opróżniania pojemników o pojemnościach od 110 l do 1100 l - do odbioru odpadów zmniejszanych,

b) co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,

c) co najmniej 1 pojazdem skrzyniowym dostosowanym do bezpyłowego przewozu odpadów,

d) co najmniej 1 pojazdem o gabarytach umożliwiających wjazd na posesję z utrudnionym dostępem (szerokość do 2 m) dostosowanym do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,

e) co najmniej 1 pojazd typu „hakowiec” przystosowany do odbierania pojemników z popiołem,

co wprowadza w błąd i narusza zasady przewidziane w art. 16 Pzp;

3) wskazał podstawy wykluczenia zawarte w art. 108 ust. 1 Pzp, żądając przy tym złożenia przez wykonawców oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, która to podstawa wykluczenia nie mieści się w katalogu wymienionym w art. 108 ust. 1 Pzp i nie została określona w dokumentacji postępowania. Żądanie złożenia oświadczenia jest więc niezgodne z Pzp;

4) nie zawarł podstaw wykluczenia wynikających z art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, do czego był obowiązany. Zapisy SWZ są więc niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

5) nie żądał, mimo istnienia takiego obowiązku wynikającego z art. 124 pkt 1 w zw. z art. 108 ust. 1 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego. W szczególności pomimo istnienia takiego obowiązku, nie żądał oświadczenia o aktualności informacji w zakresie braku istnienia podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp:

6) określił pozacenowe kryterium oceny ofert o wadze 15% w następujący sposób: *wykonawca, który do realizacji zamówienia zatrudni na umowę o pracę, w ciągu miesiąca od podpisania umowy z Zamawiającym, co najmniej 3 osoby bezrobotne z terenu Grajewa otrzyma 15 pkt, 2 osoby – 10 pkt, 1 osobę 5 pkt. Brak zatrudnienia osób bezrobotnych skutkuje otrzymaniem 0 punktów. Do oferty należy dołączyć oświadczenie o zamiarze zatrudnienia określonej liczby osób. Następnie, po wyborze oferty i podpisaniu umowy, Wykonawca we wskazanym wyżej terminie dostarczy dokumenty potwierdzające skierowanie bezrobotnego do pracodawcy i jego zatrudnienie. Warunek uważa się za spełniony również w przypadku, gdy Wykonawca już zatrudnił w 2023 r. określoną liczbę bezrobotnych. W takim przypadku Wykonawca dostarczy kopie dokumentów potwierdzających skierowanie bezrobotnego do pracodawcy i jego zatrudnienie (z zachowaniem ochrony danych osobowych). Okres zatrudnienia winien obejmować co najmniej termin wykonania zamówienia, które to kryterium:*

a) faworyzuje osoby bezrobotne z konkretnie wskazanego obszaru,

b) wprowadza nierówne traktowanie wykonawców, którzy nie zatrudnili w 2023 r. bezrobotnych i takich, którzy zatrudnili bezrobotnych w tym okresie, w zakresie w którym odpowiednio w przypadku wykonawców niezatrudniających w 2023 r. osób bezrobotnych żądał zatrudnienia osób bezrobotnych z terenu Grajewa, natomiast wobec wykonawców zatrudniających bezrobotnych w 2023 r. takiego wymogu nie ustanowił,

- co w konsekwencji jest kryterium dyskryminacyjnym, niezgodnym z art. 242 ust. 2 Pzp i art. 16 Pzp, niepozwalającym na porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia;

7) określił termin realizacji zamówienia w następujący sposób: *w okresie 12 miesięcy od dnia 08.07.2024 r.* Wskazana data tj. 8 lipca 2024 r. już upłynął. W chwili obecnej nie jest więc możliwe zawarcie umowy od dnia wskazanego w warunkach zamówienia. Zawarcie umowy wymagałoby zmiany terminu realizacji zamówienia poprzez zmianę terminu początkowego obowiązywania umowy i skrócenie terminu jej obowiązywania. Taka zmiana nie może zaś zostać

wprowadzona bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż jest zmianą istotną. Taka zmiana może mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Istnieje możliwość, że gdyby potencjalni wykonawcy wiedzieli na etapie prowadzonego postępowania, że rozpoczęcie świadczenia usług nie nastąpi w konkretnej dacie to być może wzięliby udział w postępowaniu. Możliwe jest, że część wykonawców nie wzięła udziału w postępowaniu gdyż na dzień, kiedy zamawiający wymagał rozpoczęcia realizacji umowy, mieli swoje zasoby ulokowane w innym miejscu, co uniemożliwiłoby im realizację zamówienia. Zmiana terminu realizacji zamówienia doprowadziłaby więc również do nierównego traktowania wykonawców;

8) nie przewidział we Wzorze umowy zapisów w zakresie obowiązków wykonawcy w zakresie zapewnienia, że pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia będą zgodne z art. 68a ust. 1 w zw. z art. 68b pkt 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Realizacja umowy bez nałożenia na wykonawcę ww. obowiązków może więc zagrażać wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązków wynikających z ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

(...)

W przedmiotowym postępowaniu, wyżej wymienione błędy SWZ, uwzględniając łącznie wymienione kategorie okoliczności, z pewnością miały wpływ na proces przygotowania ofert, jak również ich oceny. Tym samym te błędy nie miały marginalnego charakteru i należało je zaklasyfikować jako naruszenia kwalifikowane, skutkujące możliwością zastosowania art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp w przypadku zawarcia w przedmiotowym postępowaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nienależyte skonstruowanie SWZ poprzez wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, przyjęcie dyskryminacyjnego pozacenowego kryterium oceny ofert, brak zawarcia obligatoryjnych wymogów w zakresie podstaw wykluczenia w stosunku do wykonawców, niespójność dokumentacji postępowania, upływ określonego w dokumentacji terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia itd. stanowią (łącznie i każde z osobna) wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jest to wada niemożliwa do usunięcia na tym etapie postępowania, której stwierdzenie nastąpiło dopiero na tym etapie postępowania. Powyższe nieprawidłowości rzutują 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 tej stają wyżej wymienione nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny.

(...)"

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...); 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)”.

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

Art. 457 ustawy Pzp stanowi:

„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia

umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.

3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.15).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutu odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kognicja Izby ogranicza się do zbadania zasadności tej decyzji w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia. Należy zauważyć, że szczegółowo odniósł się do tej kwestii Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 27/22 wskazując, co następuje: „(...) Zgodnie bowiem z art. 260 Pzp w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania. Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. 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. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości (...).” Ponadto z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy (por. art. 7 pkt 18 ustawy Pzp) instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Przesłanki unieważnienia postępowania opisane w art. 255 ustawy Pzp powinny być więc wykładane z dużą ostrożnością i w sposób zawężający. Podkreślić przy tym należy, że ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania zarówno w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych, zawsze spoczywa na zamawiającym (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 255 ustawy Pzp; por. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 776, art. 254 ustawy Pzp).

Odnosząc się natomiast konkretnie do przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zasadnym jest podkreślenie, że samo wskazanie na przywołany przepis bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 637/23). Jak bowiem wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem kumulatywne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy Pzp 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 (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 667/22). Zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych enumeratywnie w ust. 1 wyżej wymienionego przepisu lub na podstawie sytuacji określonych w kodeksie

cywilnym np. art. 70⁵ (arg. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp). Podkreślić należy również, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zaistniałą wadą postępowania a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ustawy Pzp lub określone przepisy kodeksu cywilnego (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23, KIO 2081/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3075/22). Izba zauważa również, że art. 457 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog pięciu kategorii okoliczności związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy Pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku których zajścia umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Przesłanki te nie mogą być rozszerzane w drodze interpretacji, a postępowanie zamawiającego w tym zakresie powinno być pozbawione jakichkolwiek cech uznaniowości. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest zatem możliwe m.in. wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednej z tych pięciu stypizowanych w art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp sytuacji (co w przypadku odpowiednio pkt 1 oraz pkt 4 lub 5 dodatkowo wymaga zbadania, czy nie zachodzą okoliczności sanujące, o których mowa w art. 457 ust. 2 ustawy Pzp, odpowiednio w pkt 1 lub 2). Istotne jest także, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), 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”. W aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika bowiem, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W zmienionych ramach prawnych szczególnego znaczenia nabiera więc przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis art. 457 ust. 1 ustawy Pzp (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.). Jednocześnie wymaga dostrzeżenia, że podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp 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. Nadto, 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 (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 425/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 582/23).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie z dnia 4 października 2024 r. To w tym piśmie Miasto Grajewo zawarło podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności. Podejmując decyzję o unieważnieniu Postępowania Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego też obliguje go treść art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem przypomnieć, że unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być na tyle jasne i precyzyjne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości co do rzeczywistych podstaw unieważnienia Postępowania. To właśnie z uzasadnienia dokonanej czynności wykonawca powinien uzyskać wyczerpujące informacje w tym zakresie. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o unieważnieniu Postępowania. Dlatego też nie może być akceptowane dążenie przez Miasto Grajewo do uzupełniania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etapie postępowania odwoławczego, na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie bądź też podczas rozprawy. Wszelkie nowe kwestie, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści przekazanego przez Zamawiającego pisemnego zawiadomienia z dnia 4 października 2024 r. należało zatem uznać za spóźnione i jako takie co do zasady pozostawały bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Zdaniem składu orzekającego takie działanie Miasta Grajewo jednocześnie potwierdza, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania nie jest wystarczająca do uznania, że Miasto Grajewo wykazało łączne wystąpienie trzech okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Przystępując więc do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że przekazane uzasadnienie tej czynności z dnia 4 października 2024 r. jest lakoniczne, ogólnikowe i niepełne tj. nie spełnia omówionych powyżej wymogów odnośnie wykazania kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek umożliwiających unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Miasto Grajewo w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania co prawda podjęło próbę wykazania, że w przedmiotowym Postępowaniu zaistniało osiem „wad postępowania”, jednak – w ocenie Izby – okazała się ona bezskuteczna. Zamawiający ograniczył się bowiem w tej kwestii de facto do przywołania postanowień SWZ, które jego zdaniem są niezgodne z przepisami prawa, w tym naruszają przepisy ustawy Pzp bądź wskazania, że pomimo ciążącego na nim obowiązku nie zawarł on w dokumentach zamówienia pewnych zapisów wynikających z obowiązujących przepisów prawa. Argumentacja Miasta Grajewo odnośnie dostrzeżonych uchybień w dokumentach zamówienia jest zatem niezwykle lakoniczna i z pewnością nie wykazuje istotności zidentyfikowanych błędów SWZ, które uzasadniałyby unieważnienie prowadzonego Postępowania. Innymi słowy Zamawiający nie wykazał, dlaczego stwierdzone przez niego uchybienia w dokumentach zamówienia uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. W przypadku unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy bowiem wykazać związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą postępowania a koniecznością unieważnienia umowy. Trafnie podniósł Odwołujący, że w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania Miasto Grajewo nie wykazało wpływu stwierdzonych błędów w dokumentach zamówienia na wynik Postępowania. Nie można bowiem uznać, że ogólnikowe i zbiorcze stwierdzenie na stronie 6 pisma z dnia 4 października 2024 r., że „W przedmiotowym postępowaniu, wyżej wymienione błędy SWZ, uwzględniając łącznie wymienione kategorie okoliczności, z pewnością miały wpływ na proces przygotowania ofert, jak również ich oceny” stanowi właściwe uzasadnienie trzeciej przesłanki umożliwiającej unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że skoro Zamawiający stwierdził, że w Postępowaniu zaistniało osiem „wad postępowania” to powinien wykazać wpływ na wynik Postępowania każdego z wykrytych uchybień w dokumentach zamówienia z osobna. Taka argumentacja w pewnym zakresie została przedstawiona dopiero na etapie postępowania odwoławczego, jednak – jak już wskazano powyżej – należy ją uznać za spóźnioną. Skład orzekający dostrzega również, że jedynie w odniesieniu do upływu określonego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia Zamawiający w niezwykle lakoniczny sposób wskazał, że zmiana początkowego terminu obowiązywania umowy może mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu. Miasto Grajewo stwierdziło, że „(...) gdyby potencjalni wykonawcy wiedzieli na etapie prowadzonego postępowania, że rozpoczęcie świadczenia usług nie nastąpi w konkretnej dacie to być może wzięliby udział w postępowaniu (...)”. Zacytowany fragment wyraża jednakże wyłącznie przypuszczenie wystąpienia sytuacji nierównego traktowania wykonawców. Ponadto znamienne jest, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł z kolei, że oferty złożone w Postępowaniu nie są porównywalne, gdyż zostały sporządzone w oparciu o różne warunki zamówienia (termin realizacji). Miasto Grajewo w toku postępowania odwoławczego przywoływało więc nowe okoliczności w odniesieniu do siódmej przyczyny unieważnienia Postępowania, w konsekwencji czego stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie nie było spójne z tym przedstawionym w piśmie z dnia 4 października 2024 r. Powyższe okoliczności obrazują zatem, że sam fakt rozbieżności pomiędzy argumentacją wyrażaną przez Zamawiającego potwierdza, że Miasto Grajewo nie sprostало spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania łącznego wystąpienia trzech przesłanek umożliwiających unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie był bowiem w stanie zdecydować, w czym upatruje rzeczywiste powody swojej decyzji.

Reasumując, stwierdzić należy, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania, Miasto Grajewo nie wykazało, że ziszczyły się wszystkie przesłanki unieważnienia Postępowania, konieczne do zastosowania podstawy prawnej wskazanej w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym – biorąc pod uwagę dokonaną ocenę treści zawiadomienia z dnia 4 października 2024 r. – brak było podstaw do uznania czynności unieważnienia Postępowania za prawidłową i odpowiadającą przepisom ustawy Pzp.

Ponadto odnosząc się do dowodów z dokumentów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego Izba stwierdziła, że dowody te służyły do wykazania faktów niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w kontekście sporządzonego przez Miasto Grajewo uzasadnienia zaskarżonej czynności, które Izba uznała za niepełne, nieprecyzyjne i budzące wątpliwości.

W świetle powyższego – w ocenie Izby – rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego Postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574

oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....