

**WYROK**

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę S.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.S. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez 105 Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach z siedzibą w Żarach (dalej: „Zamawiający”)

**orzeka:**

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

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zaliczyć 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 3871/24

**Uzasadnienie**

105 Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach z siedzibą w Żarach (dalej: „Zamawiający” lub „Szpital Wojskowy”) 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: „Zakup aparatu cyfrowego RTG kostno-płucnego z zawieszeniem sufitowym lampy” (Nr referencyjny: 105.KSzWzPSPZOZ-DZP-2612-9/UE/2024/MP, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 lipca 2024 r. pod numerem: 424087-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

21 października 2024 r. wykonawca S.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.S. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący” lub „Kosmed” lub „S.O.”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 6 i art. 16 ustawy Pzp przez niewystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia Postępowania w postaci niepodania konkretnych okoliczności i powodów, które pozwalałyby ocenić i stwierdzić, a także zakwestionować wystąpienie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ale ograniczenie uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności jedynie do lakonicznych twierdzeń o charakterze ogólnym;

*ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1)*

2) art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania pomimo tego, że w rozpatrywanym przypadku nie zaszła i nie zachodzi przesłanka unieważnienia opisana w tym przepisie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Kosmed podniósł, że Postępowanie zostało unieważnione w dniu 10 października 2024 r. na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, czyli jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że w świetle

uzasadnienia faktycznego wyżej wymienionej czynności, Szpital Wojskowy rzeczoną wadę zidentyfikował i opisał w ten sposób: „Zamawiający po wnikliwym zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego, uznał kryterium oceny ofert „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne” w brzmieniu nadanym Informacją nr 10 z dnia 19.09.2024 r. za wadliwe”. S.O. podkreślił, że powyższe stanowi literalnie całość uzasadnienia w przedmiocie tego, na czym według Zamawiającego polega wada Postępowania i dlaczego Szpital Wojskowy kwalifikuje ją właśnie w ten sposób. Cała pozostała część pisma dotyczy bowiem objaśnienia, dlaczego wskazana wada Postępowania nie może być sanowana na etapie po otwarciu ofert, i w żadnym razie nie uzasadnia, a nawet nie wskazuje, na czym według Zamawiającego polega wadliwość kryterium „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne” w brzmieniu nadanym Informacją nr 10 z dnia 19 września 2024 r.

W ocenie Odwołującego opisany powyżej właściwie zupełny brak uzasadnienia „wadliwości” kryterium ceny za usługi serwisowe przesądza o niezgodności czynności unieważnienia Postępowania z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp i samo w sobie winno stanowić podstawę do unieważnienia tej czynności. Kosmed nadmienił, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Natomiast w myśl art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. S.O. podkreślił, że z przywołanego przepisu wynika zatem, że dokonanie tej czynności przez zamawiającego wymaga kumulatywnego wystąpienia w prowadzonym postępowaniu: (1) naruszenia przepisów ustawy Pzp, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Szpital Wojskowy uzasadnił właściwie tylko przesłankę (2), podając, dlaczego uważa, iż wskazane, rzekomo „wadliwe” kryterium oceny ofert, nie może być na tym etapie Postępowania poprawione. W pozostałym zakresie żadnego rzeczowego uzasadnienia nie podano. S.O. wskazał, że w świetle ustalonego i jednolitego orzecznictwa, przepisy dotyczące uzasadnienia czynności podejmowanych przez zamawiających mają gwarancyjny charakter. Służą nie tylko ochronie podstawowych zasad udzielania zamówień (takich jak przejrzystość i pisemność postępowania), ale również warunkują zakres i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców. Wykonawcy nie powinni domyślać się i zgadywać rzeczywistych powodów i faktycznych podstaw odrzucenia ich oferty czy unieważnienia postępowania. Tylko przy należyтым uzasadnieniu czynności wykonawcy mogą ją w pełni ocenić oraz sformułować konkretne zarzuty polemizujące ze stanowiskiem zamawiającego. Jasne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne niezbędne jest w celu oceny przez wykonawcę – oraz przez organ odwoławczy – czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy została dokonana w sposób właściwy (tak: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 260 ustawy Pzp, także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2021 r. o sygn. akt KIO 3529/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2016 r. o sygn. akt KIO 967/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2013 r. o sygn. akt KIO 763/13). Kolejno Kosmed zaznaczył, że także w przypadku decyzji o unieważnieniu postępowania, której uzasadnienie uniemożliwia dokonanie oceny prawidłowości tej czynności, jest to wadliwość mogąca mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przyczyny i okoliczności faktyczne warunkujące unieważnienie postępowania, które zamawiający zobowiązany jest podać, obiektywnie mogą przecież nie istnieć lub nie być wystarczające, a decyzja o unieważnieniu może okazać się niesłuszna (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1114/16 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2013 r. o sygn. akt KIO 763/13). Ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na zamawiającym (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2155/18). Natomiast podanie należytego, wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania, nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 260 ustawy Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 r. o sygn. akt KIO 523/13).

Odwołujący podniósł, że w rozpatrywanym przypadku uzasadnienie unieważnienia Postępowania tego typu standardów nie spełnia. W opinii Kosmed zapewnienie o wnikliwej analizie rozległego i chaotycznego odwołania nie stanowi podania i opisanie, na czym polega wada Postępowania, która ponadto winna mieć tak daleko idący skutek w postaci konieczności unieważnienia Postępowania. Innymi słowy, na podstawie informacji o unieważnieniu Postępowania z dnia 10 października 2024 r. nie sposób stwierdzić, dlaczego według Zamawiającego treść SWZ dotycząca kryterium ceny za usługi serwisowe, jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, a na dodatek dlaczego w ocenie Szpitala Wojskowego niezgodność ta występuje w takiej wadze i zakresie, że aż uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. S.O. nadmienił, że w szczególności z uzasadnienia czynności Zamawiającego nie wynika, z którymi przepisami ustawy Pzp wskazane kryterium oceny ofert jest niezgodne oraz w jaki sposób, dlaczego Szpital Wojskowy dokonał tego rodzaju kwalifikacji.

Ponadto, z ostrożności, na wypadek braku uwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum odwołania i uznania przez Izbę,

że Zamawiający w sposób należyty i wyczerpujący przedstawił uzasadnienie czynności unieważnienia Postępowania, a Odwołujący w ramach odwołania mógł i powinien podjąć merytoryczną polemikę z tak uzasadnioną czynnością, S.O. postawił również zarzut w tym zakresie, podnosząc, co następuje.

W pierwszej kolejności Kosmed wskazał, że zasadniczym celem i sposobem zakończenia postępowania na gruncie przepisów ustawy Pzp jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia, a instytucja unieważnienia postępowania nie powinna być nadużywana. Czynność unieważnienia postępowania powinna być pozbawiona uznaniowości, a rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania jego wynikiem, w szczególności, gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia. Innymi słowy, instytucja unieważnienia postępowania nie może być wykorzystywana do dowolnego unieważniania postępowania, gdy jego zakładany wynik się zamawiającemu „nie podoba”.

Odwołujący podniósł, że jak już wskazano powyżej, Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, czyli jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wystąpienie wady Postępowania Szpital Wojskowy upatruje w wadliwym jego zdaniem kryterium oceny ofert dotyczącym ceny za świadczenie usług serwisowych. Według S.O. taka wada w tym przypadku w ogóle nie występuje – wyżej wymienione kryterium oceny ofert jest jak najbardziej zgodne z przepisami ustawy Pzp. Kosmed nadmienił, że w związku ze wskazanym brakiem konkretnego i szczegółowego uzasadnienia dla czynności Zamawiającego, Odwołujący na podstawie zapewnień Szpitala Wojskowego o „wnikliwym przeanalizowaniu zarzutów”, może jedynie domyślać się, że Zamawiający taką niezgodność stwierdził w związku z zarzutami podnoszonymi względem rzeczzonego kryterium w odwołaniu PFMS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „PFMS”) o sygn. akt KIO 3541/24 (dalej: „Odwołanie dot. SWZ”). S.O. zauważył, że w Odwołaniu dot. SWZ w odniesieniu do wyżej wymienionego kryterium zarzucono, iż nie jest ono powiązane z przedmiotem zamówienia i nie wynika z uzasadnionych potrzeb Szpitala Wojskowego oraz że zostało ukształtowane w sposób zakłócający uczciwą konkurencję, a tym samym, iż doszło do naruszenia art. 239 ust. 2 i art. 241 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego tego typu zarzuty są niezasadne, a nawet wręcz niezrozumiałe, stąd równie niezasadne i niezrozumiałe jest ewentualnie oparte o te zarzuty stanowisko Zamawiającego w przedmiocie wadliwości kryterium. Kosmed wskazał, że zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Natomiast art. 241 ust. 1 ustawy Pzp wymaga, aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący nadmienił, że kwestionowane kryterium zostało sformułowane w rozdziale X.1. pkt 1 ppkt 3) Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w następujący sposób: „W ramach kryterium „Cena za usługi serwisowe” oceniana będzie cena całkowita brutto za wykonanie jednego serwisu podana w formularzu asortymentowo-cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 10 do SWZ”. Jak wynika z licznych postanowień SWZ, opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, świadczenie usług serwisowych jest elementem przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu (por. np. § 7 ust. 32 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia pełnej odpłatnej usługi serwisowej na rzecz Zamawiającego”). Tym samym – w opinii S.O. – w oczywisty sposób rzeczzone kryterium dotyczy usługi objętej przedmiotem zamówienia i stanowiącej jego wyspecyfikowaną część/element, a więc jest związane z przedmiotem zamówienia, przez co zgodne z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Kosmed podniósł, że kryterium „Cena za usługi serwisowe” promuje niższy koszt świadczenia usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia i odnoszących się do wysoko zaawansowanego technologicznie urządzenia medycznego, a tym samym w oczywisty sposób wpisuje się w normę art. 239 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że również Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje stosowanie serwisu pogwarancyjnego jako kryterium (lub podkryterium) oceny ofert (zob. Urząd Zamówień Publicznych, Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk Pozacenowe kryteria oceny ofert ver 20.pdf), zaś w piśmiennictwie prawniczym wręcz wskazuje się, iż „... serwis może mieć priorytetowe znaczenie przy ocenie ofert, np. w dostawach urządzeń ratujących życie i zdrowie ludzkie” (tak: M. Gnela, Warunki serwisu dodatkowego jako kryterium oceny ofert przetargowych). Co więcej, przedmiotowe kryterium nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności nie dyskryminuje wykonawców niebędących producentem sprzętu, gdyż również tacy wykonawcy mogli złożyć oferty w tym Postępowaniu, czego dowodzi choćby oferta Odwołującego, który nie jest producentem oferowanego aparatu RTG. Innymi słowy – zdaniem Kosmed – każdy z potencjalnych wykonawców mógł wyćenić usługi serwisowe i dążyć do uzyskania jak najlepszej oceny jego oferty w tym kryterium.

W złożonej pismem z dnia 31 października 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia rzeczzonego wniosku – o oddalenie odwołania w całości. Szpital Wojskowy podniósł, że w jego ocenie w związku z obecnie wniesionym odwołaniem zachodzi przesłanka z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp albowiem odwołanie dotyczy czynności, którą

Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2024 r. o sygn. akt KIO 3541/24). Ponadto Szpital Wojskowy wskazał, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 3541/24) po stronie Zamawiającego przyłączył się podmiot, który obecnie wnosi odwołanie tj. S.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.S. z siedzibą w Kielcach. Szpital Wojskowy podkreślił, że wówczas na uznanie odwołania w całości przystępujący – S.O. nie wniósł sprzeciwu w trybie art. 523 ust.1 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego zachodzi zatem także przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp tj. odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

**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, w szczególności nie zaistniały podstawy z pkt 2 i pkt 5 wyżej wymienionego przepisu. Skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 528 ustawy Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...); 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony; (...); 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu; (...)”.

Mając na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 30 września 2024 r. o godz. 9:31 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie PFMS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wobec treści SWZ, w którym wyżej wymieniona spółka zarzuciła Szpitalowi Wojskowemu naruszenie art. 239 ust. 2 i art. 241 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1-4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ukształtowanie kryterium oceny ofert „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne (CS)” oraz przez ukształtowanie zakresu obowiązku świadczenia usług serwisowych pogwarancyjnych, powiązanego z tym kryterium w taki sposób, że nie są one powiązane z przedmiotem zamówienia i nie wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób zakłócający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. PFMS wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usług serwisowych pogwarancyjnych oraz zmianę opisu kryterium „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne (CS)” – ukształtowanych wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 20 września 2024 r. w ramach odpowiedzi na Pytanie nr 1 – przez przywrócenie poprzedniego brzmienia SWZ, OPZ i PPU sprzed modyfikacji dokonanej wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 20 września 2024 r.

Kolejno w dniu 10 października 2024 r. o godz. 10:53 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Szpital Wojskowy oświadczył, że uznaje odwołanie w całości i unieważnia Postępowanie ze względu na nieusuwalną wadę postępowania. Jednocześnie Szpital Wojskowy wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku ziszczenia przesłanki, o której mowa w art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, tj. braku sprzeciwu uczestników postępowania odwoławczego występujących po stronie Zamawiającego: S.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.S. z siedzibą w Kielcach oraz Philips Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Do odpowiedzi na odwołanie Szpital Wojskowy załączył pismo z dnia 10 października 2024 r. pn. „Informacja o unieważnieniu Postępowania”.

Następnie w dniu 10 października 2024 r. o godz. 13:43 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie PFMS o wycofaniu odwołania w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego Postępowania.

Zważywszy na powyższe okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 14 października 2024 r. (sygn. akt KIO 3541/24) umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający określił termin składania ofert do dnia 30 września 2024 r. do godz. 10:00.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30 września 2024 r. o godz. 10:10.

W Postępowaniu została złożona jedna oferta – wykonawcy S.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.S. z siedzibą w Kielcach.

Zamawiający udostępnił informację o unieważnieniu Postępowania na stronie internetowej prowadzonego Postępowania w dniu 10 października 2024 r. o godz. 10:39.

Odnosząc się zatem do wniosku Szpitala Wojskowego o odrzucenie odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, że nie ziszcza się przesłanka z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. S.O. bez wątpienia jest bowiem podmiotem uprawnionym do wniesienia niniejszego odwołania. Izba zauważyła, że ustawodawca określił krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Są to wykonawcy, uczestnicy konkursu, a także inne podmioty, jeżeli mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz ponieśli lub mogą

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ponadto podmiotami uprawnionymi, ale jedynie w przypadku wnoszenia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia, będą organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Niewątpliwie uprawnionymi do wniesienia odwołania mogą być wyłącznie podmioty wskazane w wyżej wymienionym przepisie, w tym w szczególności wykonawca, którego definicję legalną ustawodawca zawarł w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Za wykonawcę należy uznać osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że krąg podmiotów posiadających status wykonawcy ulega zawężeniu wraz z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na etapie poprzedzającym składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on faktycznie przysługiwał każdemu, kto z racji oferowania na rynku wykonania robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów bądź świadczenia usług, będzie potencjalnie zainteresowany postępowaniem, natomiast już po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on przysługiwał wyłącznie tym, którzy owe oferty lub wnioski złożyli (zob. P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 505 ustawy Pzp). Tym samym jakkolwiek na początkowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego krąg podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy jest szeroki, to po upływie terminu składania ofert za wykonawcę w rozumieniu definicji legalnej z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp można uznać tylko podmiot, który złożył ofertę (por. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 3777/23; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2022 r. o sygn. akt KIO 2958/22, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r. o KIO 424/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 715/21; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 2214/21). Nie ulega zatem wątpliwości, że status wykonawcy wiąże się przede wszystkim z czynnym uczestnictwem podmiotu w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Mając na uwadze brzmienie wyżej wymienionych przepisów zasadnym jest stwierdzenie, że do wniesienia odwołania uprawniony jest podmiot, który w objętym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili składania rzeczonego środka ochrony prawnej, jest wykonawcą – aktywnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z przedstawionych powyżej ustaleń faktycznych Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym Postępowaniu, a więc posiada on status wykonawcy. W konsekwencji złożone przez niego odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Kolejno skład orzekający uznał, że nie zaszła przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Należy wskazać, że zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dotyczy to zatem sytuacji, kiedy albo Izba określiła czynności nakazała wyrokiem, albo kiedy nakaz ten doszedł do skutku w wyniku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3541/24, na które Szpital Wojskowy powołał się w odpowiedzi na odwołanie, zostało umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą z powodu cofnięcia odwołania na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przed złożeniem przez PFMS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oświadczenia o cofnięciu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z dnia 10 października 2024 r., w którym Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w całości oraz załączył informację o unieważnieniu Postępowania wraz z uzasadnieniem. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że w myśl art. 520 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Z kolei stosownie do brzmienia art. 520 ust. 2 ustawy Pzp „Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”. Tym samym odwołujący pozostaje dysponentem odwołania i w każdym momencie, aż do zamknięcia rozprawy, podczas której rozpoznawane jest to odwołanie, może je wycofać. Cofnięcie odwołania oznacza brak wywołania skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania – traktuje się je jak niewniesione, przy czym znajdują zastosowanie szczególne regulacje dotyczące rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego. Krajowa Izba Odwoławcza jest związana oświadczeniem o cofnięciu odwołania i nie może orzekać w tym zakresie (zob. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 520 ustawy Pzp, por. M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2023, art. 520 ustawy Pzp oraz „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1349-1350, art. 520 ustawy Pzp). Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 20 grudnia 2018 r. o sygn. akt XXIII Ga 1429/18 „(...) odwołujący pozostaje

dysponentem odwołania i w każdym momencie, aż do zamknięcia rozprawy, podczas której rozpoznawane jest przedmiotowe odwołanie, może je wycofać. Z kolei Izba jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. Dlatego też niezależnie od dotychczasowego przebiegu rozprawy (o ile nie doszło do jej zamknięcia) zobowiązana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu odwołania. Umorzenie postępowania musi nastąpić pomimo ewentualnych stanowisk zamawiającego lub przystępujących, nawet tych którzy przystąpili po stronie odwołującego, którzy mieliby interes w popieraniu takiego odwołania i uzyskaniu orzeczenia co do meritum. Cofnięcie odwołania i umorzenie postępowania będzie w rezultacie miało taki sam skutek, jakby odwołanie zostało zwrócone lub nie zostało w ogóle wniesione – z wyjątkiem kwestii kosztów postępowania odwoławczego (...). W świetle treści art. 520 ust. 2 ustawy Pzp nie może więc ulegać wątpliwości, że cofnięcie odwołania powoduje, że złożone w toku postępowania odwoławczego oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy też ewentualne oświadczenie uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego o wniesieniu sprzeciwu przestaje wywoływać skutki prawne. Jak bowiem stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2708/21 „(...) skoro odwołanie wycofane nie wywołało skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem, to nie mogło również wywoływać skutków takich, jakie ustawa wiąże z jego uwzględnieniem. Innymi słowy, skoro odwołanie jest traktowane jak niebyłe, to nie mogą wystąpić skutki prawne uwzględnienia takiego odwołania (...)” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 680/23). Ponadto należy zwrócić uwagę, że cofnięcie odwołania nie wymaga uzasadnienia ani zgody pozostałych stron i uczestników postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Izba bada jedynie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania i jeśli weryfikacja ta ma wynik pozytywny cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej, która zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązana jest wydać postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1350, art. 520 ustawy Pzp). Zważywszy na powyższe rozważania prawne zasadnym jest stwierdzenie, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie ziszcila się przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Szpitala Wojskowego, odwołanie Kosmed wniesione na czynność unieważnienia Postępowania z dnia 10 października 2024 r. nie podlega odrzuceniu.

Odnosząc się dodatkowo do zarzutów Zamawiającego, że S.O. nie wniósł sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3541/24 należy wskazać, że – mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności – fakt ten ma charakter irrelevantny dla rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o odrzucenie odwołania. Skład orzekający dostrzega, że oświadczenie PFMS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o wycofaniu odwołania wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej niespełna trzy godziny po złożeniu przez Szpital Wojskowy oświadczenia o uznaniu odwołania w całości. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Izba jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania, dlatego też zobowiązana była do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. A zatem nawet gdyby S.O. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (KIO 3541/24) to w okolicznościach faktycznych tej sprawy takie oświadczenie w konsekwencji nie mogłoby wywoływać skutków prawnych z tym związanych.

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, iż w dniu 23 października 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie PFMS sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk stron i PFMS, działając na podstawie art. 526 ust. 2 zdanie 1 i ust. 3 ustawy Pzp postanowiła uwzględnić opozycję przeciw wniesionemu przystąpieniu zgłoszoną przez Odwołującego pismem z dnia 24 października 2024 r. i nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wyżej wymienionego podmiotu.

S.O. rzeczony wniosek uzasadniał w szczególności tym, że: po pierwsze – odwołanie inicjujące postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3871/24, do którego próbuje przystąpić PFMS, dotyczy czynności Zamawiającego podjętej po otwarciu ofert w Postępowaniu; po drugie – otwarcie ofert miało miejsce w dniu 30 września 2024 r. i jak wynika z informacji z otwarcia ofert PFMS nie złożył oferty w Postępowaniu; po trzecie – czynność unieważnienia Postępowania została podjęta 10 października 2024 r. i to ta czynność objęta jest odwołaniem złożonym przez Odwołującego. Ponadto Kosmed podniósł, że w sytuacji, w której PFMS nie złożył oferty w Postępowaniu, a odwołanie dotyczy czynności

Szpitala Wojskowego podjętej po terminie składania ofert, utracił on bezpowrotnie przymiot wykonawcy w Postępowaniu. S.O. wskazał, że – jak wynika z definicji legalnej z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp – status wykonawcy wiąże się przede wszystkim z czynnym uczestnictwem podmiotu w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia czy też z realizacją samego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że PFMS w terminie składania ofert w Postępowaniu nie złożył oferty, wobec czego nie bierze już udziału w Postępowaniu, tracąc nieodwracalnie status wykonawcy, a tym samym nie przysługuje mu prawo zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ocenie Kosmed PFMS również nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba w całości podziela argumentację S.O. zaprezentowaną w piśmie z dnia 24 października 2024 r. pn. „Opozycja Odwołującego przeciw przystąpieniu PFMS sp. z o.o.” i zauważa, że stosownie do brzmienia przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania może zgłosić wykonawca, określając stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Powyższe wskazuje, że do przystąpienia do postępowania odwoławczego uprawnione są jedynie te podmioty, które w objętym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili składania zawiadomienia o przystąpieniu, są wykonawcami. W ocenie składu orzekającego nie może więc przystąpić do tego postępowania odwoławczego podmiot, który status wykonawcy utracił. Jak już bowiem szczegółowo omówiono w uzasadnieniu niniejszego wyroku status wykonawcy jest skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie (por. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 90, art. 7 ustawy Pzp). Tym samym jakkolwiek na początkowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego krąg podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy jest szeroki, to po upływie terminu składania ofert, za wykonawcę można uznać podmiot, który ofertę złożył. Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy oraz wskazane okoliczności prawne Izba uznała, że skoro PFMS w terminie składania ofert nie złożył oferty to znaczy, że nie bierze już udziału w Postępowaniu (nie ma przymiotu wykonawcy) i w konsekwencji utracił możliwość skutecznego stania się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zasadnym jest bowiem przyjęcie, że od tego, czy dany podmiot wypełnia definicję wykonawcy zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, uzależniony jest – na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia – zakres jego uprawnień, w tym np. odnoszący się do skutecznego wnoszenia odwołania czy zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zważywszy już na powyższe trudno zatem przyjąć, że PFMS ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Ponadto należy zauważyć, że PFMS upatrywał swój interes, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp w tym, że w dniu 30 września 2024 r. wniósł odwołanie wobec treści SWZ, a więc – w ocenie wyżej wymienionego podmiotu – wykazywał on zainteresowanie Postępowaniem. Odnosząc się do przywołanej argumentacji PFMS skład orzekający nadmienia, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy znamionem jest, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3541/24 zostało umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w związku z wycofaniem odwołania przez PFMS na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Z kolei – jak już wskazano powyżej – cofnięcie odwołania i umorzenie postępowania na tej podstawie w rezultacie ma taki sam skutek, jakby odwołanie nie zostało w ogóle wniesione. Reasumując, stwierdzić należało, że zgłoszenie przystąpienia przez PFMS było nieskuteczne w świetle art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

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 ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest zakup aparatu cyfrowego RTG kostno-płucnego z zawieszeniem sufitowym lampy.

Pismem z dnia 10 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 prawne i faktyczne:

Zamawiający w dniu 10.10.2024 r. unieważnił niniejsze postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

a)Uzasadnienie prawne: art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

b)Uzasadnienie faktyczne:

W dniu 30.09.2024 r., o godzinie 8:50 wpłynęło do Zamawiającego odwołanie wykonawcy:

PFMS Sp. z o.o.

ul. Towarowa 39/149,

61-896 Poznań („Odwołujący”)

od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp zmiany kryterium oceny ofert, jakim była „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne”.

Jednocześnie w dniu 30.09.2024 r., o godzinie 10:00 upłynął termin składania ofert w postępowaniu. Otwarcie ofert nastąpiło tego samego dnia, o godzinie 10:10. W postępowaniu została złożona oferta:

K.S.

ul. Łazy 30a,

25-677 Kielce („Wykonawca”).

Zamawiający po wnikliwym zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego, uznał kryterium oceny ofert „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne” w brzmieniu nadanym Informacją nr 10 z dnia 19.09.2024 r. za wadliwe.

Ponieważ doszło do otwarcia ofert, co jest czynnością, której nie można powtórzyć Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie. „Zgodnie z art. 457 ust. 5 p.z.p. przepis ust. 1 tego artykułu (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego postępowania” (Wyrok KIO sygn. 229/22). W innym wyroku KIO potwierdza, że „niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek kryteriów oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Ustalone kryteria oceny ofert muszą pozwolić na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, a więc muszą pozwalać na porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Sposób oceny w ramach przyjętej metodologii oceny nie może mieć charakteru subiektywnego, to jest nie może prowadzić do subiektywnej oceny zamawiającego, którą propozycję z ofert uznać za korzystniejszą. Nie może istnieć dowolność przy ustalaniu rankingu ofert” (Wyrok sygn. akt KIO 137/22).

Czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. (...) (wyrok z dnia 4 lipca 2016 r., KIO 1096/16). Otwarcie ofert nie stanowi czynności prawnej, a czynność faktyczną. Ma ono charakter jednokrotny i ze swej natury nie może być ponawiane w danym postępowaniu” (wyrok z dnia 12 października 2009 r., KIO/UZP 1344/09). Sąd Okręgowy w całości podzielił wywoływy Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie niemożliwości powtórzenia czynności otwarcia oferty (...) i co za tym idzie nieusuwalności stwierdzonego naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp (Wyrok z dnia 2 lutego 2010 r., V Ca 2601/09).

To oznacza, że przedmiotowe postępowanie jest obarczone nieusuwalną wadą. Odwołanie wpłynęło w terminie tj. 30.09.2024 r, a Zamawiający tego samego dnia dokonał czynności otwarcia ofert. Ponieważ czynności tej nie można powtórzyć postępowanie jest obarczone wadą.

Tym samym należy uznać, że ziszcila się przesłanka z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

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 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania”.

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. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny”.

Przechodząc do rozpoznawania 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 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 marca 2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 7/24 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. 70<sup>5</sup> (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 niemożliwością 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). 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 10 października 2024 r. To w tym piśmie Szpital Wojskowy zawarł 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 uzasadnienie 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 Szpital Wojskowy do uzupełniania uzasadnienia 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 pismem z dnia 10 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 Szpitala Wojskowego jednocześnie potwierdza, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania nie jest wystarczająca do uznania, że Szpital Wojskowy wykazał 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 10 października

2024 r. jest lakoniczne, ogólnikowe, nieprecyzyjne 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. Po analizie treści pisma pn. „Informacja o unieważnieniu Postępowania” przede wszystkim nie sposób stwierdzić, w naruszeniu których konkretnie przepisów ustawy Pzp, Szpital Wojskowy dostrzega wadę Postępowania. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego podjętej czynności wskazał jedynie, że „(...) po wnikliwym zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego, uznał kryterium oceny ofert „cena za usługi serwisowe pogwarancyjne” w brzmieniu nadanym Informacją nr 10 z dnia 19.09.2024 r. za wadliwe”, a następnie zaznaczył, że „Ponieważ doszło do otwarcia ofert, co jest czynnością, której nie można powtórzyć Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie (...)”. Kolejno Szpital Wojskowy przytoczył dwa cytaty z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że nieprawidłowe opisanie kryterium oceny ofert, stwierdzone po terminie składania ofert, może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym może zostać uznane za wadę takiego postępowania. Ponadto Zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu okręgowego, w których uznano, że brak publicznego otwarcia ofert, stanowi wadę postępowania, która wywiera istotny wpływ na umowę. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Odwołującego, zgodnie z którym – biorąc pod uwagę brzmienie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia Postępowania – nie sposób jednoznacznie stwierdzić, w czym Szpital Wojskowy upatruje rzeczywiste powody swojej decyzji. Jak już wskazano powyżej, wykonawca nie powinien domyślać się i zgadywać co legło u podstaw decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że Szpital Wojskowy na etapie odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy stwierdził, że Kosmed mylnie uznał w odwołaniu, że wadę Postępowania stanowi okoliczność wadliwego opisanie kryterium oceny ofert, ponieważ faktyczną podstawą unieważnienia Postępowania jest otwarcie ofert pomimo wniesienia odwołania przez PFMS (nieusuwalna wada Postępowania). Już zatem przywołane okoliczności potwierdzają tezę odwołania, że uzasadnienie decyzji z dnia 10 października 2024 r. jest nieprecyzyjne, niejasne i wprowadza wykonawcę w błąd co do rzeczywistych podstaw unieważnienia Postępowania. Niemniej jednak, odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez Szpital Wojskowy, należy wskazać, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, fakt otwarcia ofert nie może sam w sobie stanowić takiej wady Postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą otwarcie ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną może stanowić uzasadnienie wyłącznie drugiej przesłanki unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp tj. tego, że stwierdzona wada Postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta, a więc-ma charakter nieusuwalny. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wyroki przedstawione przez Szpital Wojskowy w informacji o unieważnieniu Postępowania z dnia 10 października 2024 r., a następnie powtórzone w odpowiedzi na odwołanie, zostały wydane w odmiennych okolicznościach faktycznych, które nie przystają do tych zaistniałych w niniejszej sprawie. Nadto, Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważniania Postępowania nie wykazał, dlaczego dostrzeżone przez niego błędy w Postępowaniu 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. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym czynności unieważnienia Postępowania (pismo z dnia 10 października 2024 r.) poprzestał wyłącznie na wskazaniu treści przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Szpital Wojskowy nie odniósł się jednak do żadnej z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp bądź w kodeksie cywilnym (arg. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp). Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy skład orzekający uznał, że Zamawiający nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania, że prowadzone przez niego Postępowanie obarczone jest taką wadą, która powodowałaby, iż według przepisów art. 457 ust. 1 lub ust. 5 ustawy Pzp zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu i w konsekwencji uzasadnione byłoby unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Reasumując, stwierdzić należy, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania, Szpital Wojskowy nie wykazał, 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 10 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 (nr 2 i nr 3) przedłożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie skład orzekający stwierdził, że dowody te służyły do wykazania faktów niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w kontekście sporządzonego przez Szpital Wojskowy uzasadnienia zaskarżonej czynności, które Izba uznała za niepełne, nieprecyzyjne i budzące wątpliwości.

Kolejno Izba wskazuje, że rozpoznawanie zarzutu z pkt 2 petitum odwołania, jako postawionego na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum (tzw. zarzut ewentualny), okazało się zbędne.

W przekonaniu składu orzekającego zarzut ewentualny na gruncie postępowania odwoławczego należy postrzegać analogicznie do powszechnie przyjętego i uznanego cywilistycznie roszczenia ewentualnego. Co prawda ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1568 ze zm., dalej: „k.p.c.”) nie precyzuje pojęcia zarzutu ewentualnego, jednakże w doktrynie i w judykaturze uznaje się, że nie stoi to na przeszkodzie możliwości posłużenia się taką konstrukcją w postępowaniu cywilnym. Skoro uznaje się za dopuszczalne podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie k.p.c., również w postępowaniu odwoławczym, które ma zbliżony charakter, nie ma przeszkód dla funkcjonowania analogicznej konstrukcji zarzutu ewentualnego. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 wskazał bowiem, że „Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp”. W orzecnictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne, zgłaszane dodatkowo na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego sąd w ogóle nie orzeka o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (zob. wyroki z dnia: 31 stycznia 1996 r. o sygn. akt III CRN 58/95, 12 stycznia 2012 r. o sygn. akt IV CSK 219/11, 4 października 2012 r. o sygn. akt I CSK 100/12). Podobnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 października 2013 r. wydanej w sprawie oznaczonej sygn. akt III CZP 58/13 (OSNC 2014 nr 6, poz. 62) stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Tożsame stanowisko wyrażono w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. o sygn. akt IV CR 403/78 (OSNC 1979 nr 10, poz. 193), gdzie wskazano, że zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie – mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Ponieważ potwierdził się zarzut główny z pkt 1 petitum odwołania Izba nie rozpoznawała zarzutu ewentualnego z pkt 2 petitum odwołania, który został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 6 i art. 16 ustawy Pzp.

W świetle powyższego – w ocenie składu orzekającego – 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 art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 6 i art. 16 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 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....