

WYROK

Warszawa, 14 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2024 r. przez wykonawcę E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Baranów, Rynek 21; 63-604 Baranów,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 18 października 2024 roku.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Baranów, Rynek 21; 63-604 Baranów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 503 zł 24 gr (słownie: pięćset trzy złote i dwadzieścia cztery grosze) poniesioną przez wykonawcę E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno, tytułem dojazdu na rozprawę,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Baranów, Rynek 21; 63-604 Baranów rzecz wykonawcy Ewy Peter prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno łączną kwotę 19 103 zł 24 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzy złote i dwadzieścia cztery grosze) poniesioną przez wykonawcę E.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61; 63-600 Kępno, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 3976/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Baranów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych w granicach administracyjnych gminy Baranów w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2026 r.*”.

18 października 2024 roku, zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

28 października 2024 roku, wykonawca E.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, w sytuacji gdy w zaistniałym stanie faktycznym nie doszło do kumulatywnego ziszczenia ustawowych przesłanek, obligujących zamawiającego do unieważnienia postępowania, a zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że wystąpiła nieusuwalna wada postępowania, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone żadną niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z 18 października 2024 r.,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści odwołania na okoliczności

wskazane w jego uzasadnieniu,

3)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na posiedzeniu albo rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej – „KIO”).

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem złożył w postępowaniu jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, zaoferowana w niej cena jest realna

i pozwala odwołującemu na realizowanie zamówienia z zyskiem. Ponadto odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, co w pełni uzasadnia wniosek, że gdyby zamawiający nie dokonał zaskarżonej odwołaniem, niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia postępowania, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i z odwołującym zostałaby zawarta umowa.

Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby odwołujący, realizując zamówienie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością unieważnienia postępowania, albowiem w ocenie odwołującego zaistniały w sprawie stan faktyczny nie uzasadniał uznania, iż doszło do kumulatywnego ziszczenia się przesłanek ustawowych, określonych w art. 255 pkt 6) Pzp, warunkujących unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na jego obarczenie niedającą się usunąć wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Znamienne, że owa rzekoma wadliwość postępowania została zidentyfikowana przez zamawiającego dopiero rok po wszczęciu postępowania, w którym to okresie żaden z wykonawców nie wniósł odwołania wobec treści SWZ, za to odwołujący dwukrotnie kwestionował w trybie środka ochrony prawnej prawidłowość wyboru oferty PKT Wencel jako najkorzystniejszej, doprowadzając finalnie do nakazania jej odrzucenia, co zamawiający uczynił 9 października 2024 r. Tydzień po odrzuceniu oferty PKT Wencel zamawiający unieważnił postępowanie wykrywając w nim nieusuwalne wady, których zamawiający nie dostrzegał, póki oferta PKT Wencel znajdowała się na pierwszym miejscu rankingu ofert. Argumentacja zamawiającego przedstawiająca uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia postępowania jest niejasna, chaotyczna, nieprzekonująca i nie znajduje potwierdzenia w treści SWZ. Co więcej, treść SWZ oraz udzielanych przez zamawiającego wyjaśnień treści SWZ w toku postępowania potwierdza, że zidentyfikowane przez zamawiającego rzekome wady postępowania w ogóle nie istnieją.

Chaotyczna jest również wskazana przez zamawiającego podstawa prawna dokonanej czynności unieważnienia postępowania, albowiem część przywołanych w jej ramach przepisów prawa albo nie znajduje zastosowania do postępowania albo zakres normowania całkowicie niezwiązany z instytucją unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność unieważnienia postępowania jako dokonana z rażącym naruszeniem przepisów Pzp wskazanych w podstawie prawnej podniesionych przez odwołującego zarzutów, winna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - brak podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jako podstawę prawną czynności unieważnienia postępowania, wskazał m.in. przepis art. 255 pkt 6 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 18 października 2024 r. zamawiający wskazał m.in., że „zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 nie tylko w przypadkach, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp, ale również

w przypadku wystąpienia przesłanek z art. 70⁵ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp, a także w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy (art. 611 pkt 2 Pzp)”.

Zamawiający oparł swoje stanowisko na wyrwanych z kontekstu fragmentach uzasadnień wyroków KIO, dotyczących zgoda odmiennych stanów faktycznych, tj.:

- wyroku KIO z 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 871/23 - w ramach którego ocenie prawnej poddano dopuszczalność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w sytuacji wadliwego ustalenia kryteriów oceny ofert (zamawiający nie przewidział możliwości wycenienia jednego z elementów przedmiotu zamówienia, dodatkowo punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, na 0 (zero) złotych, w konsekwencji czego

w następstwie podstawienia cyfry 0 do wzoru matematycznego określonego przez zamawiającego w ramach kryterium nr 1, nie dało się w ogóle przyznać punktacji ofercie wyceniającej ten element na cenę 0 zł, ponieważ w takim przypadku cyfra 0 była dzielnikiem, co w świetle reguł matematycznych jest niedopuszczalne;

- wyroku KIO z 17 czerwca 2024 r. sygn. akt: KIO 1808/24 – w której to sprawie stan faktyczny dotyczył sprzeczności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a specyfikacją warunków zamówienia w zakresie tak fundamentalnej kwestii jak

wymóg wniesienia wadium (treść specyfikacji warunków zamówienia obowiązek taki nakładała, zaś zamawiający dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu omyłkowo wskazał, że nie wymaga wniesienia wadium), która to sprzeczność zidentyfikowana została dopiero po upływie terminu składania ofert.

Powołane przez zamawiającego orzeczenia dotyczą zatem innych sytuacji, w których faktycznie zaistniała wada postępowania i to dotycząca fundamentalnych kwestii związanych z wymaganiami stawianymi wykonawcom, prowadząca do stanu nieporównywalności ofert.

W konsekwencji stanowisko KIO zaprezentowane w uzasadnieniu ww. orzeczeń nie powinno znaleźć odniesienia do oceny stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu. Nie sposób również podzielić przyjętego w obu tych orzeczeniach poglądu o rozszerzającej wykładni art. 255 pkt 6 Pzp i objęcia zakresem normowania tego przepisu również innych sytuacji, aniżeli przypadki uzasadniające unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego wyspecyfikowane w art. 457 ust. 1 Pzp. W doktrynie akcentuje się bowiem konieczność ścisłej interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania jako wyjątku od zasady zakończenia postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym kontekście

w piśmiennictwie podkreśla się, że: *„Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia*

z powołaniem się na komentowany pkt 6 w zakresie potencjalnego wpływu nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczone. Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 p.z.p. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych

w ustawie” (Gawrońska-Baran Andrzeja i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2024).

Konieczność stosowania do przesłanek unieważnienia postępowania naczelnej zasady wykładni prawa, zakazujące rozszerzającej wykładni wyjątków znajduje potwierdzenie również w bogatym orzecznictwie KIO, które jednoznacznie wiąże wady postępowania, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp z przesłankami unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonymi w art. 457 ust. 1 Pzp. Jedynie tytułem przykładu można w tym zakresie przywołać następujące wyroki: z 30 listopada 2023 r. sygn. akt: KIO 3384/23,

z 17 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 882/23, z 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 878/23,

z 17 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 562/23, z 11 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 3472/22.

W orzecznictwie podkreśla się również, że nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest bowiem dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia (tak m.in. wyrok KIO z 5 lipca 2024 r., sygn. akt: KIO 1999/24).

Obligatoryjne jest także powiązanie przez zamawiającego sytuacji faktycznej, stanowiącej podstawę unieważnienia postępowania, z jedną z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp, na co KIO zwróciła uwagę m.in. w wyroku z 6 grudnia 2022 r., sygn. akt: KIO 3049/22.

Dodatkowo zamawiający dokonuje wadliwej wykładni normy wywodzonej z art. 457 ust. 1 Pzp, której zakres zastosowania jest bardzo wąski. Jak podkreśla się w komentarzu UZP:

„W przesłance, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, ustawodawca nieco inaczej niż

w Pzp2004 r. sformułował podstawę do unieważnienia umowy ze względu na pominięcie właściwego ustawowego trybu udzielenia zamówienia (zawarcia umowy ramowej). Przepis ten nie stanowi (jak w Pzp2004) o naruszającym ustawę zastosowaniu trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, a odwołuje się ogólnie do zawarcia umowy

z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy literalnie obejmuje szerszy zakres sytuacji, w szczególności przypadki tzw. bezpośredniego udzielenia zamówienia, tj. bez żadnego trybu przewidzianego ustawą, np. pod pretekstem, że podlega on wyłączeniu spod działania ustawy lub stanowi nieistotną zmianę umowy. Unieważnieniu podlega umowa w sprawie zamówienia publicznego,

tj. umowa, która powinna być poprzedzona postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, umowa zawarta w procesie dynamicznego systemu zakupów, wykonawca umowa udzielająca zamówienia objętego umową ramową, jak również sama umowa ramowa (poprzedzona postępowaniem, tj. zawierana z więcej niż jednym wykonawcą) w zamówieniach klasycznych, do której zgodnie z dyspozycją art. 311 ust. 2 Pzp stosuje się przepisy działu VII Pzp. Naruszenie polega na braku przekazania do publikacji w DUUE ogłoszenia wszczynającego postępowania, tj. ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów albo braku publikacji odpowiedniego ogłoszenia

o zamówieniu w BZP. Brak publikacji w BZP bądź przekazania do publikacji w DUUE ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające jest również objęty sankcją wzruszalności umowy, jeżeli zmiany miały znaczenia dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Należy przy tym przyjąć, że znaczenie

będą miały wszelkie zmiany warunków zamówienia dotyczące opisu jego przedmiotu, terminu składania ofert lub wniosków, kryteriów oceny ofert oraz kwalifikacji podmiotowej" (zob. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023).

W świetle całokształtu wyżej podniesionej argumentacji nie może budzić wątpliwości, że przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, czyli z powołaniem się na obarczenie tego postępowania nieusuwalną wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest ściśle związana z regulacją art. 457 ust. 1 Pzp. Przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp (podobnie jak pozostałe przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w art. 457 ust. 1 Pzp) wskazuje na wyjątkowe okoliczności, w jakich możliwe jest unieważnienie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego i te przypadki dotyczą kwestii fundamentalnych dla całego mechanizmu udzielania zamówień publicznych. W konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp wymaga nie tylko zidentyfikowania fundamentalnej, nieusuwalnej wady, ale również wykazania związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wadą, a co najmniej jedną, konkretnie wskazaną przez zamawiającego, przesłanką unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, uregulowaną w art. 457 ust. 1 Pzp.

W realiach niniejszej sprawy zamawiający uznał za „nieusuwalne wady dokumentów zamówienia, które mogą skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego” rzekome:

- zastrzeżenie przez zamawiającego, że w przypadku składania oferty przez wykonawców występujących wspólnie, warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6 ppkt II.2 SWZ (dalej – „Warunek Udziału”) musi spełniać każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
- nieprecyzyjne określenie liczby worków i pojemników na odpady w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik do SWZ (dalej – „OPZ”).

Stanowisko zamawiającego jest rezultatem ustalenia nieprawidłowego stanu faktycznego i oparcia się o własne, wadliwe wyobrażenia co do treści SWZ, w tym OPZ, a nie jej faktycznej treści. Ponadto zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że zidentyfikowane przez niego rzekome wady postępowania pozostają w związku przyczynowo-skutkowym z którąkolwiek przesłanką unieważnienia postępowania, określoną w art. 457 ust. 1 Pzp.

A. Rzekoma wada związana ze sposobem wykazania Warunku Udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania, za jedną z wad postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, uznał sposób opisanie wymagań w zakresie wykazania spełniania Warunku Udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający w SWZ po treści warunków udziału w postępowaniu zamieścił następujące zastrzeżenia:

„Uwaga I: Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp - warunki opisane powyżej, muszą zostać spełnione w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca - brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

UWAGA II Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, Zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełniać każdy z Wykonawców” dowód: SWZ (w aktach postępowania)

Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania zaprezentował interpretację, zgodnie z którą cytowana wyżej treść SWZ oznacza, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członek tzw. konsorcjum) musi spełniać warunki udziału w postępowaniu – jest to twierdzenie nieprawdziwe, ponieważ w Uwadze I zamawiający wprost dopuścił sytuację, w której wystarczy, że tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnia te warunki. Wobec tego, skoro zachodzi sprzeczność pomiędzy zapisem z Uwagi I i następną uwagą, w której wskazuje się, że każdy członek konsorcjum musi spełnić warunki, to prawidłowym działaniem zamawiającego, zgodnym z ugruntowaną linią orzecniczą zarówno KIO, jak i sądów powszechnych, które orzekały w sprawach skarg na orzeczenie KIO, powinno być dokonanie interpretacji sprzecznych postanowień SWZ z

zastosowaniem zasady *in dubio contra proferentem*

i przyjęcia wykładni postanowień SWZ korzystniejszej dla wykonawców. Działanie takie skutkowałoby uznaniem, że treści SWZ oznaczonych jako UWAGA I i UWAGA II wynika, że zamawiający wymagał, by tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jeden członek konsorcjum) spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Konieczność oparcia się w ww. sytuacji faktycznej o regułę interpretacyjną *in dubio contra proferentem* potwierdza w swoim orzecznictwie również Sąd Najwyższy, m.in. w wyroku z 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18 wskazując, że: *„Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji”*.

W świetle powyższego nie jest zatem tak, jak błędnie twierdzi zamawiający, że SWZ wymagał spełnienia Warunku Udziału odrębnie przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu. Aktualnie prezentowane przez zamawiającego stanowisko co do rozumienia treści SWZ oznaczonych jako UWAGA I i UWAGA II, jawi się jako przykład albo braku znajomości podstawowych zasad dokonywania interpretacji dokumentów, na podstawie których udzielane są zamówienia publiczne, albo wyraz z góry przyjętej taktyki, zmierzające do osiągnięcia celu w postaci nieudzielenia zamówienia jakiegokolwiek innemu wykonawcy, aniżeli PKT Wencel, którego ofertę, po uprzednim dwukrotnym wyborze przez zamawiającego, KIO nakazała odrzucić.

B. Rzekoma wada polegająca na nieprecyzyjnym określeniu liczby worków i pojemników na odpady w OPZ.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu wskazał, że wystąpiły następujące błędy w OPZ:

- zamawiający nie wskazał 6 budynków wielorodzinnych, do których należy dostarczyć pojemniki na odpady – odwołujący wskazuje, że nie stanowi to wady opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zmiana liczby nieruchomości w toku realizacji umowy nawet

o dziesiątki czy setki po np. otwarciu nowego osiedla itp. stanowi normalne zdarzenie i nie powoduje unieważnienia umowy nie jest to zatem podstawa do unieważnienia postępowania;

- zamawiający wprowadził rzekome rozbieżności w OPZ i Wzorce Umowy - raz wskazano, że umowa będzie realizowana w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2026 r., a innym razem że 36 miesięcy od zawarcia umowy – ta kwestia w ogóle nie stanowi rozbieżności, jest bowiem oczywiste, że realizacja zamówienia udzielanego w postępowaniu następować miała przez 36 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ inna wykładnia prowadziłaby do niemożliwego wyniku, a więc taka wykładnia jest nieprawidłowa – nie jest to zatem podstawa do unieważnienia postępowania, określenie przez zamawiającego okresu realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu przez wskazanie dat dziennych interpretować można co najwyżej w kategorii zamyślenia, że intencją zamawiającego jest zachowanie ciągłości realizacji usług odbioru o zagospodarowania odpadów (która to intencja – mając na uwadze datę wszczęcia postępowania i określone w Pzp terminy na dokonywanie czynności w przetargu nieograniczonym od początku miała minimalne szanse realizacji);

- nieprecyzyjny zapis w pkt II pkt 5 w OPZ, polegający na opisie dodatkowych 150 „awaryjnych” wyjazdów przez cały czas trwania umowy, przy czym zamawiający nie określił czy wyjazd jest rozumiany jako: wyjazd do jednego punktu, czy jeden wyjazd to trasa do kilku punktów, czy wyjazd do jednej czy do kilku frakcji – nie ma tu braku precyzji, ponieważ brak ograniczenia tego obowiązku poprzez wprowadzenie szczegółowej definicji prowadzi do wniosku, że wykonawca musi uwzględnić 150 wyjazdów, niezależnie od liczby punktów czy frakcji odpadów - nie jest to zatem podstawa do unieważnienia postępowania, co więcej –

w praktyce nie ma znaczenia czy wyjazd „awaryjny” dotyczy jednego czy kilku punktów, albowiem jest faktem znanym wykonawcom usług dotyczących odbioru odpadów, że każdy taki wyjazd byłby realizowany jedną trasą pojazdu, w ramach której kierowca mógłby dotrzeć do kilku punktów odbioru odpadów;

- rozbieżności w pkt I, pkt 1, ppkt 2) OPZ gdzie przewidziano ilość pojemników dla każdej z frakcji 2000 szt., a w pkt IV. 5. liczba gospodarstw domowych wynosi 2165, przy czym każde gospodarstwo należy wyposażać w jeden pojemnik do każdej frakcji. Faktyczna liczba rozdanych pojemników jednej frakcji w styczniu 2024 r. wynosiła 2145 szt.

Opisane powyżej rzekome „rozbieżności i nieprecyzyjności” treści OPZ w rzeczywistości w ogóle nie występują, a ich identyfikowanie przez zamawiającego i przypisywanie rangi wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wydaje się wynikać albo z nieznaności treści dokumentów zamówienia dla postępowania (których autorem jest przecież zamawiający), albo być swoistą formą kontestacji stanu rzeczy, w którym zamawiający, z uwagi na treść wyroku KIO z 14 lutego 2024 r.

w sprawie o sygn. akt: KIO 248/24, nie może dokonać trzeciego wyboru oferty PKT Wencel jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie bowiem z zapisami z pkt I.1.2 OPZ przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu obejmuje między innymi:

„2) Wyposażenie wskazanych przez Zamawiającego nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w:

- czarny pojemnik - przeznaczony do zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,
- brązowy pojemnik - przeznaczony do zbierania bioodpadów w przypadku gospodarstw niekompostujących bioodpady spełniających wymogi bezpieczeństwa i jakości oraz atesty PZH i certyfikat zgodności z Polską Normą,
- żółty pojemnik - przeznaczony do zbierania tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych,
- niebieski pojemnik - przeznaczony do zbierania papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury,
- zielony pojemnik - przeznaczony do zbierania szkła.

Ponadto Zamawiający dopuszcza wyposażenie mieszkańców w następujące worki (przekazane/dostarczane przez Zamawiającego) przeznaczone do odbioru:

- tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych w kolorze żółtym;

- papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury w kolorze niebieskim;
- szkła w kolorze zielonym;
- odpadów Bio w kolorze brązowym.

Przewidziana ilość pojemników dla każdej frakcji ok. 2000 szt. w tym ok. 1420 pojemników o objętości 0,12 m³ (120 l) oraz ok. 580 pojemników o objętości 0,24 m³ (240 l). Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od właściciela nieruchomości zamieszkałej, a w przypadku jego nieobecności od dowolnego domownika, pisemne potwierdzenie dostarczenia pojemnika o odpowiedniej pojemności.

Przewidziano jeden pojemnik dla każdej frakcji o objętości 0,12 m³ (120 l) dla max 4 mieszkańców natomiast pojemnik o objętości 0,24 m³ (240 l) powyżej 4 mieszkańców.

W uzgodnieniu z Zamawiającym wielkość oraz ilość pojemników dostarczonych do gospodarstw może ulec zmianie.

Zamawiający w dniu zawarcia umowy przekaże Wykonawcy drogą elektroniczną szczegółowy wykaz nieruchomości objętych zbieraniem odpadów i sposobie zbierania bioodpadów” dowód: OPZ (w aktach postępowania).

W toku postępowania wykonawcy skorzystali z procedury wynikającej z art. 135 Pzp i zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Pytania dotyczyły między innymi konieczności wyjaśnienia treści OPZ w odniesieniu do obowiązku wyposażenia przez wykonawcę nieruchomości w pojemniki na gromadzenia każdej frakcji odpadów

i równoległego zapisu dotyczącego możliwości wyposażenia mieszkańców w worki do gromadzenia czterech frakcji odpadów. I tak, jeden z wykonawców zadał zamawiającemu następujące pytanie (pytanie nr 1) prosząc o wyjaśnienie: „[...] zapisu dotyczącego dopuszczenia wyposażenia mieszkańców w worki. Jaki procent wyposażenia powinny stanowić pojemniki, a jakie worki?”. Na to pytanie zamawiający odpowiedział następująco: „Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca jest zobowiązany wyposażyć wszystkie wskazane przez Zamawiającego nieruchomości w:

czarny pojemnik - przeznaczony do zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, brązowy pojemnik - przeznaczony do zbierania bioodpadów w przypadku gospodarstw niekompostujących bioodpady spełniających wymogi bezpieczeństwa i jakości oraz atesty PZH i certyfikat zgodności z Polską Normą żółty pojemnik - przeznaczony do zbierania tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, niebieski pojemnik - przeznaczony do zbierania papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury, zielony pojemnik - przeznaczony do zbierania szkła; w terminie do 31.12.2023 r. w ilości podanej w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Z kolei worki przeznaczone do odbioru odpadów Wykonawca będzie dostarczał w trakcie realizacji zamówienia w porozumieniu i w uzgodnieniu z Zamawiającym” - dowód: odpowiedzi na pytania do SWZ i zmiana treści SWZ z 23 października 2023 r. (w załączeniu do odwołania).

Zamawiający jednoznacznie więc określił, że wszystkie nieruchomości, których dotyczy przedmiot zamówienia, mają zostać wyposażone w pojemniki, w których mieszkańcy mają gromadzić odpady każdej z pięciu frakcji odpadów komunalnych. Obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki został przy tym nałożony na wykonawcę składającego ofertę w tym postępowaniu. Worki zaś są elementem dodatkowym, w które wykonawca będzie miał dodatkowo wyposażać nieruchomości już na etapie realizacji zamówienia i w uzgodnieniu z zamawiającym.

W kolejnym pytaniu (pytanie nr 2) wykonawcy prosili o wskazanie liczby pojemników, jakie wykonawca powinien dostarczyć w terminie do 31 grudnia 2023 r. I tak, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego: „Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisem Opisem Przedmiotu Zamówienia do 31.12.2023 r. Wykonawca winien dostarczyć:

„pojemniki dla każdej frakcji ok. 2000 szt. w tym ok. 1420 pojemników o objętości 0,12 m³ (120l) oraz ok. 580 pojemników o objętości 0,24 m³ (240l). Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od właściciela nieruchomości zamieszkałej, a w przypadku jego nieobecności od dowolnego domownika, pisemne potwierdzenie dostarczenia pojemnika o odpowiedniej pojemności. Przewidziano jeden pojemnik dla każdej frakcji o objętości 0,12 m³ (120 l) dla max 4 mieszkańców natomiast pojemnik o objętości 0,24 m³ (240 l) powyżej 4 mieszkańców. W uzgodnieniu z Zamawiającym wielkość oraz ilość pojemników dostarczonych do gospodarstw może ulec zmianie. Zamawiający w dniu zawarcia umowy przekaże Wykonawcy drogą elektroniczną szczegółowy wykaz nieruchomości objętych zbieraniem odpadów i sposobie zbierania bioodpadów. Zamawiający informuje, że do wskazanych w OPZ budynków wielorodzinnych należy dostarczyć pojemniki 1100 l w przewidywanej ilości ok. 60 szt. Zamawiający uzgodni z Wykonawcą ostateczną ilość dostarczanych pojemników” dowód: odpowiedzi na pytania do SWZ i zmiana treści SWZ z 23 października 2023 r. (w załączeniu do odwołania).

Wskazana przez zamawiającego szacunkowa ilość pojemników dla posesji jednorodzinnych wynosząca 2000 szt. na każdą frakcję okazuje się przy tym być niezwykle dokładna. W treści SWZ wskazano bowiem, że łączna liczba posesji, dla których mają być realizowane usługi, stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu, to 2165 posesje. Z kolei w OPZ (Rozdział IV pkt 5 OPZ) zamawiający wskazał, że liczba posesji wielorodzinnych wynosi 167. Dane te umożliwiają dokonanie wyliczenia arytmetycznego, którego wynikiem będzie faktyczna liczba posesji jednorodzinnych. Wynikiem tym jest liczba 1998. dowód: OPZ (w aktach postępowania).

Odwolujący podnosi ponadto, że zamawiający, po wszczęciu postępowania, w którym toczyło się postępowanie odwoławcze pod sygn. akt KIO 248/24 oraz postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych sygn. akt XXIII Zs 50/24 wszczął tzw. postępowanie „pomostowe” pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych gminy Baranów w okresie od 1 stycznia 2024 r. przez co najmniej dwa miesiące, aż do rozstrzygnięcia postępowania przetargowego przez Krajową Izbę Odwoławczą”, w ramach którego udzielił zamówienia nie komu innemu, a wykonawcy PTK Wencel. W ramach nadal trwającej realizacji zamówienia udzielonego w tzw. „postępowaniu pomostowym, wykonawca PTK Wencel powinien był rozstawić około 2145 „czarnych” pojemników, a także zapewnić worki na pozostałe 4 frakcje odpadów: papier, szkło, bio, metale i tworzywa sztuczne. Dokumentacja zamówienia „pomostowego” w ogóle nie określała dokładnej liczby worków, które należy zapewnić dla każdej z frakcji odpadów, a mimo to zamawiający nie dostrzegł podstaw dla unieważnienia umowy zawartej w tzw. „postępowaniu pomostowym”, które realizuje PKT Wencel.

Powyższa praktyka zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna i potwierdza, że rzekome wady występujące w OPZ stanowią jedynie pretekst do unieważnienia postępowania i nieudzielenia zamówienia wykonawcy innemu niż PKT Wencel, co potwierdza fakt, że zamawiający nie unieważnił umowy realizowanej równolegle w tzw. zamówieniu pomostowym z tym wykonawcą i pozostaje zaskakująco „niewrażliwy”, na możliwość występowania faktycznych niezgodności w treści umowy na tzw. „zamówienie pomostowe”.

Okoliczności opisane powyżej wydają się uzasadniać konkluzję, że unieważnienie postępowania nie było determinowane troską zamawiającego o zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a o zawarcie w postępowaniu umowy z konkretnym wykonawcą, którym, jednakże nie jest odwołujący.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że odwołujący w treści odwołania sformułował zarzut sprowadzający się do naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył przepisu art. 457 ust. 1 ponieważ go nie zastosował. Jak wynika z informacji w przedmiocie unieważnienia postępowania zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp i art. 70⁵ k.c. oraz art. 611 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie zaskarżył zastosowania ww. przepisów jako podstawy unieważnienia. W istocie odwołujący zarzuca zastosowanie przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, którego zamawiający nie zastosował jako podstawy unieważnienia postępowania. Jak wynika z orzeczeń przytoczonych w decyzji o unieważnieniu postępowania - nie jest konieczne powiązanie podstawy unieważnienia z przesłankami z art. 457 ust. 1 pzp. Przepis art. 255 pkt 6 pzp nie zawiera odesłania do art. 457 ust. 1 pzp, jak próbuje to wykazywać odwołujący: „Art. 255 ust. 6 p.z.p. nawiązuje do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast w żaden sposób nie odsyła wyłącznie do art. 457 ust. 1 p.z.p. Z tego też względu ww. przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 ust. 1 p.z.p. Należy jednak zwrócić uwagę, że p.z.p. nie wyłącza możliwości stwierdzenia nieważności umowy w drodze powództwa określonego w art. 189 k.p.c. (o ile powód powołuje się

na inne okoliczności niż określone w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 p.z.p.), jak również unieważnienia umowy w oparciu o art. 70(5) k.c. (art. 457 ust. 5 p.z.p.). Poza przypadkami wzruszalności umowy, o których mowa wyżej, może zachodzić również przypadek bezwzględnej nieważności umowy na podstawie art. 58 § 1, § 2 KC, zgodnie z którym § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Nie można tracić z pola widzenia, że zgodnie z art. 611 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może: 2) wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Przy czym, co równie istotne, pkt 2 ww. przepisu nie referuje wyłącznie do naruszenia przepisów ustawy w zakresie wskazanym w art. 459 ust. 1 ustawy Pzp" (KIO 1808/24).

Przyjęcie stanowiska forsowanego przez odwołującego, jakoby unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp mogło nastąpić tylko w przypadkach, o których mowa w art. 457 ust. 1 pzp, jest niezgodne nie tylko z art. 457 ust. 5 pzp, art. 70⁵ k.c, art. 611 pkt 2 pzp, ale prowadziłoby do sytuacji absurdalnych z punktu widzenia funkcjonowania systemu udzielania zamówień publicznych. Takie rozumienie przepisów ustawy prowadziłoby do sytuacji, w których zamawiający dostrzegając wadę postępowania (np. opisanie przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, błędy w działaniu systemu informatycznego itp., wadliwa konstrukcja kryteriów oceny ofert), musi udzielić zamówienia narażając się na odpowiedzialność z tytułu m.in. dyscypliny finansów publicznych, nałożenie tzw. korekt finansowych w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

W przepisach poprzednio obowiązującej ustawy na podstawie art. 146 ust. 6 Prezes Urzędu mógł 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. Na podstawie tego przepisu wywodzono,

że sam zamawiający może unieważnić postępowanie, jeżeli dostrzeże, że postępowanie obarczone jest wadą, która miała lub może mieć wpływ na jego wynik (np. KIO/KD 7/21; KIO 237/21; KIO/KD 37/20), gdyż bezcelowym byłoby zawarcie umowy a następnie oczekiwanie na jej unieważnienie na drodze sądowej. Obecnie obowiązująca ustawa przyznaje Prezesowi UZP szersze kompetencje, ponieważ może on wystąpić do sądu o unieważnienie umowy „w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy” (art. 611 pkt 2 pzp), a więc nie tylko gdy naruszenie przepisów miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania: „Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 p.z.p. powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obarczone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 p.z.p.” (KIO 871/23).

Ponieważ zamawiający nie zastosował przepisu art. 457 ust. 1 pzp nie można się zgodzić z twierdzeniami odwołującego jakoby dokonał błędnej wykładni tego przepisu. W treści informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający jako podstawy swoich działań nie wskazuje art. 457 ust. 1 pzp, w związku z czym zarzuty odwołującego w tym zakresie winny podlegać oddaleniu. Analiza treści odwołania wskazuje na fakt, iż sam odwołujący przeczy swoim twierdzeniom. Z jednej strony przytacza szereg orzeczeń wskazujących na możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 tylko w zw. z 457 ust. 1 pzp, z drugiej w odniesieniu do wyroków KIO, na których oparł się zamawiający podejmując decyzję

o unieważnieniu, dopuszczających unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 i art. 70⁵ Kodeksu cywilnego Odwołujący wskazuje, iż w akurac tych stanach faktycznych nie zaistniała wada postępowania nie wymieniona w art. 457 ust. 1 pzp, ale w jego ocenie istotna a więc uzasadniająca stanowisko Krajowej Izby wyrażone w orzeczeniach. Zatem sam odwołujący wskazuje, że jest możliwe unieważnienie postępowania w przypadku stwierdzenia wad istotnych postępowania mogących mieć wpływ na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców, w przypadkach innych niż wskazane w art. 457 ust. 1 pzp.

W ocenie zamawiającego błędne zapisy dotyczące sposobu spełniania warunków udziału przez podmiotu ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia jak i nieprecyzyjne zapisy opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być usunięte na tym etapie postępowania. Błędne zapisy co do sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i opisu przedmiotu zamówienia mogły mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności na krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Stwierdzenie zawarte w treści swz: „W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełniać każdy z wykonawców” przeczy idei konsorcjum i de facto ustanawia inne warunki udziału dla podmiotów startujących samodzielnie w postępowaniu w porównaniu do podmiotów chcących wystartować wspólnie. Wprowadzenie do swz takiego wymogu,

a następnie udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp).

Nie można się zgodzić z twierdzeniami odwołującego jakoby nieścisłości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub też sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu miały być rozstrzygane przy pomocy wykładni zapisów swz. Już sama konieczność dokonywania wykładni zapisów swz w zasadzie wskazuje na jej nieprecyzyjność. Aprobując stanowisko odwołującego – również w przypadku rozbieżności między treścią ogłoszenia a swz w zakresie wadium nie byłoby przesłanki do unieważnienia postępowania (KIO 1808/24), podczas gdy sam odwołujący w treści odwołania przyznaje, iż są to kwestie fundamentalne i mogące stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zgodnie z jego argumentacją, wystarczyłoby w przypadku rozbieżności stwierdzić, że wymagania wniesienia wadium nie było). Dla naruszenia przepisów w zakresie formułowania opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu wystarczająca jest sama możliwość naruszenia równego traktowania i uczciwej konkurencji. Jak wielokrotnie podkreślał Naczelny Sąd Administracyjny:

- „Wymaganie od każdego z konsorcjantów spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (poprzez nieuzasadnione zwielokrotnienie wymogu nałożonego na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w stosunku do pojedynczego wykonawcy) prowadzić może do złamania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i skutkować rezygnacją części oferentów z udziału w postępowaniu” (Wyrok NSA z 22.02.2017 r., II GSK 1853/15, LEX nr 2269996);

- „Skoro zgodnie z art. 23 ust. 3 u.p.z.p. w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, to jest było podstaw do żądania, aby zdolnością finansową, ekonomiczną, czy też doświadczeniem w wykonywaniu robót odpowiadających rodzajem i wartością robotom budowlanym objętym zamówieniem, zapewniające wykonanie zamówienia wykazał się każdy z wykonawców w ramach konsorcjum. W takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byłiby inaczej traktowani niż wykonawcy składający wnioski indywidualnie, gdyż musieliby wykazywać np. posiadanie zdolności finansowej czy kredytowej na kwoty wielokrotnie większe niż indywidualni wykonawcy, co nie jest niczym uzasadnione i naruszałoby podstawową zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 u.p.z.p.” (Wyrok NSA z 3.02.2017 r., II GSK 1919/15, LEX nr 2241902);

- „W sytuacji, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi, towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu, poprzez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim, w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, to jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania” (Wyrok NSA z 23.06.2020 r., I GSK 250/20, LEX nr 3050586).

Mając na uwadze okoliczności faktyczne podniesione w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, w ocenie zamawiającego zaistniała konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 i art. 70⁵ Kodeksu cywilnego oraz art. 611 pkt 2 pzp. Dokumenty zamówienia nie mogą być zmienione na obecnym etapie postępowania a poprzez zapisy naruszające ustawę pzp zawarta umowa może podlegać unieważnieniu. Z tego względu zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany 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 stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zgodnie z przepisem 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.

Przepis powyższy traktowany jako wyjątek od zasady zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, podlega ścisłej interpretacji i nie może być wykładany rozszerzająco, tzn. nie jest możliwe jego prawidłowe zinterpretowanie z oparciem o przesłanki nie wynikające bezpośrednio z przepisów ustawy Pzp.

Tym samym konieczne jest ustalenie, czy w postępowaniu wystąpiła wada, która uniemożliwia zawarcie umowy, jest to wada nieusuwalna i czy zawarcie umowy w przypadku stwierdzenia określonej wady nie będzie powodowało obowiązku unieważnienia takiej umowy.

Powyższe oznacza, że wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.

Z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy (por. art. 7 pkt 18 PZP) instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Przesłanki unieważnienia postępowania opisane w art. 255 p.z.p. powinny być więc wykładane z dużą ostrożnością

i w sposób zawężający. Podkreślić przy tym należy, że ciężar udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, zawsze spoczywa na zamawiającym (tak np. M. Jaworska w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2023 r.).

Przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych, która daje możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone jest taką wadą, która na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a stwierdzona wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia (vide: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2022 roku, sygn. KIO/KD 32/22).

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 28 marca 2024 roku, o sygn. XXIII Zs 7/24 wyraźnie wskazał, że „Przy tak zarysowanym przebiegu będącego przedmiotem oceny w niniejszej sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie do pogodzenia z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jest stanowisko zamawiającego, że treść dokumentacji zamówienia mogła budzić jakiejkolwiek wątpliwości wykonawców w zakresie wskazanym w decyzji o unieważnieniu zamówienia. Wątpliwości takich nie miał żaden z wykonawców, nie tylko przed złożeniem ofert, ale również później, mimo że w postępowaniu wzięło udział 11 wykonawców, z których każdy z uwagi na skalę prowadzonej działalności dysponuje rozbudowanymi działami kosztorysowania. Ich zadaniem jest dogłębna analiza dokumentacji przetargowej, tak by na jej podstawie przygotować ofertę nie tylko taką, która będzie miała na wygraną, ale przede wszystkim taką, która nie spowoduje wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Wątpliwości takie powziął natomiast, niejako w imieniu wykonawców i zastępując ich aktywność w postępowaniu, zamawiający, dopatrując się wątpliwości tam, gdzie sami wykonawcy ich nie mieli. Co więcej wątpliwości takie zamawiający powziął nie od razu, nawet nie bezpośrednio po otwarciu ofert, ale wiele miesięcy później. Podkreślić zaś należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest pewną całością, owszem składa się z pewnych etapów, ale na kolejnych nie można ignorować i pomijać tego co działo się wcześniej, tym działania lub bierności wykonawców. Dlatego zdaniem Sądu Okręgowego, w sytuacji, kiedy wykonawcy, mimo iż dysponują przewidzianymi w ustawie środkami prawnymi, nie zgłaszali żadnych wątpliwości co do dokumentacji przetargowej, w szczególności nie wskazywali na wariantowość sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ani wadliwości przedmiaru, trudno sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający mógłby skutecznie unieważnić postępowanie na podstawach takich jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Podsumowując, jakkolwiek teoretycznie, hipotetycznie wskazane przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania mogłyby wywołać wątpliwości wykonawców i być przedmiotem kierowanych przez nich do zamawiającego wniosków o udzielenie wyjaśnień, to w rozpoznawanej sprawie tak się nie stało, a nie jest

rolą zamawiającego doszukiwanie się wątpliwości tam, gdzie nie mieli ich wykonawcy. Tym bardziej, jeżeli wątpliwości te, nawet jeżeli w ogóle były, z całą pewnością nie miały charakteru istotnych (kwalifikowanych)”.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, nie zaistniały podstawy faktyczne do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszystkie wskazywane przez zamawiającego wady dokumentacji przetargowej nie mają charakteru istotnego, tj. takiego, który uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie Izba w całości podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego podkreślając, iż wszelkiego rodzaju mogące występować normy kolizyjne występujące w dokumentacji postępowania dają się wyjaśnić i ustalić

w oparciu o prawidłową wykładnię oświadczenia woli wykonawcy. Nadto, w ugruntowanym już orzecznictwie Izby, Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego ustabilizował się pogląd, który nakazuje zamawiającemu rozstrzyganie wszelkich wątpliwości interpretacyjnych wynikających z dokumentacji przetargowej na korzyść wykonawców. W przedmiotowej sprawie, jeżeli chodzi o zakres zamówienia oraz termin jego realizacji, zdaniem Izby, nie występują takie rozbieżności czy wady, które kwalifikowałyby postępowanie do unieważnienia. Charakter zamówienia, jego specyfika, jak i sposób rozliczania z wykonanych zadań daje podstawy do twierdzenia, że wykonawcy nie mieli wątpliwości interpretacyjnych przy kalkulowaniu ceny ofertowej, w konsekwencji zachowana została możliwość porównywalności złożonych ofert. Odnosząc się zaś do opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

w ocenie Izby, nie skutkuje on tak istotną wadą postępowania, która sankcjonowałaby czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania w trybie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Ponadto przyjmując stanowisko Sądu Okręgowego w wyżej cytowanym orzeczeniu, skoro wykonawcy nie mieli wątpliwości, jak należy prawidłowo odczytywać postanowienia SWZ, to zamawiający na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości do kwestionowania wadliwości takiej dokumentacji. Jeżeli bowiem zaistniałaby sytuacja, w której w postępowaniu ofertę chcieliby złożyć wykonawcy wspólnie (konsorcjum), to z dużą dozą prawdopodobieństwa, w przypadku stwierdzenia nieścisłości w SWZ, zwróciliby się do zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości. Skoro zatem, w omawianym zakresie żadne wątpliwości, po stronie wykonawców nie było, to nie sposób uznać, aby wadliwość zgłaszana na obecnym etapie postępowania (ok. rok po składaniu ofert) uznać za wadę istotną.

Przepis art. 516 ust. 1 pkt 8, 9 i 10) ustawy Pzp, reguluje kwestie związane z zawartością odwołania, cyt. Odwołanie zawiera: zwięzłe przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zarzutem podstawowym, postawionym przez odwołującego było naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tym samym Izba działając zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp, pozostała w granicach zarzutu odwołania, rozstrzygając je zgodnie z ustalonym stanem faktycznym sprawy.

Izba stwierdziła, że dowody złożone przez odwołującego w trakcie prowadzonej rozprawy, nie mają istotnego znaczenia do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, albowiem kwestią rozstrzygającą było ustalenie stwierdzonych przez zamawiającego wad dokumentacji przetargowej w zakresie ich istotności i możliwego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....