Sygn. akt: KIO 4359/24

WYROK

Warszawa, dnia **16 grudnia 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gmina Przyrów, Urząd Miasta i Gminy Przyrów z siedzibą w Przyrowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto i Gmina Przyrów, Urząd Miasta i Gminy Przyrów z siedzibą w Przyrowie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwotę **257 zł 00 gr** (słownie: dwieście pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,
   2.2. zasądza od **Miasta i Gminu Przyrów, Urzędu Miasta i Gminy Przyrów z siedzibą w Przyrowie**na rzecz wykonawcy **Light On sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **11.374 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

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 4359/24

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

Miasto i Gmina Przyrów, Urząd Miasta i Gminy Przyrów z siedzibą w Przyrowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest modernizacja oświetlenia ulicznego i miejsc publicznych w Gminie Przyrów w oparciu o wydajną energetycznie technologię LED.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 września 2024 r., nr 2024/BZP 00493234.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 20 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Light On sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu

postępowania, załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Art. 457 ust. 1 Pzp stanowi, że *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.

Art. 457 ust. 5 Pzp stanowi, że *Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. − Kodeks cywilny.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja oświetlenia ulicznego i miejsc publicznych w Gminie Przyrów w oparciu o wydajną energetycznie technologię LED.

Ustalono także, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

Rozdział II Opis przedmiotu zamówieni

W celu potwierdzenia parametrów i właściwości oferowanych opraw LED zamawiający przewiduję złożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegają uzupełnieniu i mają zostać dołączone do oferty.

Przedmiotowe środki dowodowe do złożenia wraz z ofertą:

Na potwierdzenie zasadności zastosowania oferowanych opraw LED oferent winien przedłożyć:

• Wykonane obliczenia fotometryczne w celu potwierdzenie spełnienia opisanych w dokumentacji założeń fotometrycznych dla dróg oraz dla obiektów w formie pliku PDF (na wezwanie zamawiającego także obliczenia w wersji roboczej, edytowalnej właściwego programu w jakim zostały wykonane w formie pliku wsadowego do programu fotometrycznego np. „.dlx" dla Dialux lub inny właściwy format zgodnie z użytym programem do symulacji fotometrycznych).

• Przedstawienie technicznych kart katalogowych oferowanych opraw LED.

• Przedstawienie dokumentu certyfikatu ZD4i dla oferowanych opraw – lub równoważny

• Przedstawienie dokumentu pełnego certyfikatu ENEC dla oferowanych opraw – lub równoważny

• Przedstawienie kompletnej listy komponentów z raportu z badania do certyfikatu ENEC dla oferowanych opraw – lub równoważnego certyfikatu, który przedstawia się zamiast ENEC

• Przedstawienie dokumentu certyfikatu ENEC+ dla oferowanych opraw – lub równoważny

• Przedstawienie instrukcji montażu i instalacji oferowanych opraw LED

• Przedstawienie plików fotometryczny w formacie ".ltd" oferowanych opraw LED

• Przedstawienie certyfikatów i dopuszczeń CE dla oferowanych opraw LED

• Przedstawienie raportów z badania żywotności źródła światła zainstalowanego w oferowanej oprawie LED

Rozdział IV Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia

3. Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy: (…)

3.5. Dokumenty składane wraz z ofertą:

3.5.8. Przedmiotowe środki dowodowe:

Na potwierdzenie zasadności zastosowania oferowanych opraw LED oferent winien przedłożyć:

• *Wykonane obliczenia fotometryczne w celu potwierdzenie spełnienia opisanych w dokumentacji założeń fotometrycznych dla dróg oraz dla obiektów w formie pliku PDF (na wezwanie zamawiającego także obliczenia w wersji roboczej, edytowalnej właściwego programu w jakim zostały wykonane w formie pliku wsadowego do programu fotometrycznego np. „dlx" dla Dialux lub inny właściwy format zgodnie z użytym programem do symulacji fotometrycznych).*

• *Przedstawienie technicznych kart katalogowych oferowanych opraw LED.*

• *Przedstawienie dokumentu certyfikatu ZD4i dla oferowanych opraw – lub równoważny*

• *Przedstawienie dokumentu pełnego certyfikatu ENEC dla oferowanych opraw – lub równoważny*

• *Przedstawienie kompletnej listy komponentów z raportu z badania do certyfikatu ENEC dla oferowanych opraw – lub równoważnego certyfikatu, który przedstawia się zamiast ENEC*

• *Przedstawienie dokumentu certyfikatu ENEC+ dla oferowanych opraw – lub równoważny*

• *Przedstawienie instrukcji montażu i instalacji oferowanych opraw LED*

• *Przedstawienie plików fotometryczny w formacie ".ltd" oferowanych opraw LED*

• *Przedstawienie certyfikatów i dopuszczeń CE dla oferowanych opraw LED*

• *Przedstawienie raportów z badania żywotności źródła światła zainstalowanego w oferowanej oprawie LED*

3.8. Dokument, o którym mowa w ust. 4.2 i 4.3 należy złożyć w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.

Uwaga: (dotycząca wszystkich oświadczeń i dokumentów):

f) W sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp zamawiający może wezwać do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postepowaniu, jeżeli są one niekompletne lub zawierają błędy.

ROZDZIAŁ XV OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYI OFERTY, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następują-cymi kryteriami i ich wagami:

Nazwa kryterium Waga

1 Cena całkowita brutto (C) 60% = 60 pkt

2 Kryterium jakościowe, w tym: 40% = 40 pkt

(Kryterium prąd wysterowania (Kg) 15% = 15 pkt)

(Kryterium technologiczne (Rs) 25% = 25 pkt)

2.2 KRYTERIUM JAKOŚCIOWE

W celu pozyskania jakościowych rozwiązań w kontekście opraw oświetlenia LED wprowadza się jakościowe kryteria oceny oferty mające na celu ostatecznie dostawę opraw o możliwie najlepszej jakości oraz gwarantujących wysoki komfort użytkowy i żywotność. Parametry oceny jakościowej stawia się oprawą LED i opiera o parametry techniczne i technologiczne reprezentowane przez wiele różnych produktów, rożnych niepowiązanych z sobą producentów sprzętu oświetleniowego. Spełnienie parametrów jakościowych powinno mieć swoje potwierdzenie w załączonych środkach dowodowych, a Wykonawca powinien wskazać materiał dowodowy będący potwierdzeniem spełnienia kryterium. Zamawiający dopuszcza do udziału w postępowaniu rożne oprawy LED, także te nierealizujące postawionego kryterium jakościowego, a niespełnienie kryterium nie oznacza odrzucenia oferty a jedynie nie uzyskanie przez oferenta punktów dodatkowych w ocenie oferty.

1. Kryterium technologiczne technologia wykonania układu optycznego (Rs) będzie rozpatrywane na podstawie technologii wykonania układu optycznego odpowiedzialnego za dystrybucję bryły fotometrycznej w wszystkich oferowanych oprawach LED, zgodnie z deklaracją wykonawcy, która zostanie potwierdzona w materiałowych środkach dowodowych. Oferent może otrzymać dodatkowo punkty, jeśli oferowane są oprawy drogowe LED z układem odpowiedzialnym za dystrybucję bryły fotometrycznej wykonane w technologii reflektorowej – aluminiowy układ odbłyśnikowy. Kryterium ma na celu pozyskanie rozwiązań wyposażonych w układ optyczny z ekologicznego i pożądanego materiału do recyklingu, aluminium, który dzięki swoim właściwością realizuje niższe olśnienie przykre ze względu na charakterystykę światła odbitego, nie soczewkową projekcję bezpośrednią oraz zapewnia dłuższą żywotność i sprawność dzięki charakterystyce samego materiału w postaci aluminium zamiast mniej trwałego i odpornego na UV i wysokie temperatury plastiku PMMA lub PC.

Waga kryterium 25% (maksymalnie 25 punktów) Jeśli oferent oferuje oprawy z układem odpowiedzialnym za dystrybucję bryły fotometrycznej w innej technologii (np.: soczewkowej lub innej) lub nie określi materiału wykonania układu optycznego otrzyma 0 punktów. Kryterium technologia wykonania układu optycznego oznacza możliwość doliczenia do punktacji maksymalnie 25 punktów.

Układ optyczny oprawy LED odpowiedzialny za dystrybucję bryły fotometrycznej wykonany w technologii reflektorowej – aluminiowy układ odbłyśnikowy	*Liczba punktów:*	*potwierdzający środek dowodowy:*
TAK	*25*	*np.: techniczna karta katalogowa lub lista komponentów z raportu z badania do certyfikatu ENEC lub instrukcja montażu i instalacji*
NIE lub nie określono	*0*	

2. Zamawiający nie wskazuje jaki prąd wysterowania mają realizować oferowane oprawy LED i dopuszcza do udziały w postępowaniu produkty, których źródła światła są wysterowane prądem do maksymalnie 500mA. Zamawiający wprowadza do oceny oferty kryterium prąd wysterowania, które będzie rozpatrywane na podstawie prądu wysterowania źródła LED w oferowanych oprawach podanego w mA, przez wykonawcę w formularzu ofertowym – waga 15% (maksymalnie 15 punktów). Kryterium ma na celu pozyskanie opraw w których źródło światła LED jest wysterowane możliwe najniższym prądem wyrażonym w mA, a co za tym idzie najmniej wysilone i obciążone, osiągając możliwie najniższą temperaturę na złączu diody LED, co pozytywnie wpływa na efektywność i żywotność opraw LED. Jak wynika z informacji technicznych od różnych producentów, ten sam produkt niezależnie od producenta, wysterowany niższymi wartościami mA każdorazowo poprawia realizowaną wartość efektywność świetlnej wraz z spadkiem prądu wy-sterowania, co potwierdzają prezentowane przez różnych producentów opraw LED dane techniczne.

Kryterium prąd wysterowania oznacza doliczenia do punktacji maksymalnie 15 punktów. Kryterium będzie rozpatrywane dla najwyższego przypadku (najwyższego prądu wysterowania źródła LED podanego w mA) ze wszystkich oferowanych opraw LED.

Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana zgodnie z poniższą tabelą:

Oprawa LED wyposażona w wylewane uszczelki poliuretanowe jako uszczelnienie korpusu układu optycznego oraz korpusu układu zasilania	*Liczba punktów:*	*potwierdzający środek dowodowy:*
W przedziale od 0 mA do 200 mA	*15*	*np.: pełny certyfikat ENEC oraz karta katalogowa oferowanych produktów oraz uzupełniona i podpisana tabela oferowanych produktów zgodnie z wzorem zawartym w dokumentacji*
W przedziale od 200 mA do 300 mA	*10*	
W przedziale od 300 mA do 400 mA	*5*	
W przedziale powyżej 400 mA	*0*	

WAŻNE; Informację należy wskazać w formularzu ofertowym potwierdzając oczekiwanymi środkami dowodowymi.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:.

1)ELTAK Sp. z o. o., Żory,

2)odwołującego,

3)wykonawcy OBI COMPLEX R.Z., Żory,

4)wykonawcy KRZ R.Z., Sokołowice.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z 14 listopada 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na odstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

1. W związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz dokonując ponownej analizy dokumentów z postępowania, ustalono, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie weryfikacji i uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą przez wykonawców. W pkt. 5.9 ogłoszenia o zamówieniu, oraz w rozdziale II SWZ, Zamawiający nie przewidział uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, natomiast w rozdziale III pkt. 3.8 f), przewiduje się uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Zapisy te wzajemnie się wykluczają, a mają istotne znaczenie dla prawidłowego przeprowadzenia procesu wyłonienia Wykonawcy. Tym bardziej, ze ustalając kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał:

1. Kryterium technologiczne technologia wykonania układu optycznego (Rs) będzie rozpatrywane na podstawie technologii wykonania układu optycznego odpowiedzialnego za dystrybucję bryły fotometrycznej w wszystkich oferowanych oprawach LED, zgodnie z deklaracją wykonawcy, która zostanie potwierdzona w materiałowych środkach dowodowych. Oferent może otrzymać dodatkowo punkty, jeśli oferowane są oprawy drogowe LED z układem odpowiedzialnym za dystrybucję bryły fotometrycznej wykonane w technologii reflektorowej – aluminiowy układ

odbłyśnikowy. Kryterium ma na celu pozyskanie rozwiązań wyposażonych w układ optyczny z ekologicznego i pożądanego materiału do recyklingu, aluminium, który dzięki swoim właściwością realizuje niższe olśnienie przykre ze względu na charakterystykę światła odbitego, nie soczewkową projekcję bezpośrednią oraz zapewnia dłuższą żywotność i sprawność dzięki charakterystyce samego materiału w postaci aluminium zamiast mniej trwałego i odpornego na UV i wysokie temperatury plastiku PMMA lub PC.
Waga kryterium 25% (maksymalnie 25 punktów) Jeśli oferent oferuje oprawy z układem odpowiedzialnym za dystrybucję bryły fotometrycznej w innej technologii (np.: soczewkowej lub innej) lub nie określi materiału wykonania układu optycznego otrzyma 0 punktów. Kryterium technologia wykonania układu optycznego oznacza możliwość doliczenia do punktacji maksymalnie 25 punktów.

Układ optyczny oprawy LED odpowiedzialny za dystrybucję bryły fotometrycznej wykonany w technologii reflektorowej – aluminiowy układ odbłyśnikowy	*Liczba punktów:*	*potwierdzający środek dowodowy:*
TAK	*25*	*np.: techniczna karta katalogowa lub lista komponentów z raportu z badania do certyfikatu ENEC lub instrukcja montażu i instalacji*
NIE lub nie określono	*0*	

2. Zamawiający nie wskazuje jaki prąd wysterowania mają realizować oferowane oprawy LED i dopuszcza do udziały w postępowaniu produkty, których źródła światła są wysterowane prądem do maksymalnie 500mA. Zamawiający wprowadza do oceny oferty kryterium prąd wysterowania, które będzie rozpatrywane na podstawie prądu wysterowania źródła LED w oferowanych oprawach podanego w mA, przez wykonawcę w formularzu ofertowym – waga 15% (maksymalnie 15 punktów). Kryterium ma na celu pozyskanie opraw w których źródło światła LED jest wysterowane możliwe najniższym prądem wyrażonym w mA, a co za tym idzie najmniej wysilone i obciążone, osiągając możliwie najniższą temperaturę na złączu diody LED, co pozytywnie wpływa na efektywność i żywotność opraw LED. Jak wynika z informacji technicznych od różnych producentów, ten sam produkt niezależnie od producenta, wysterowany niższymi wartościami mA każdorazowo poprawia realizowaną wartość efektywność świetlnej wraz z spadkiem prądu wy-sterowania, co potwierdzają prezentowane przez różnych producentów opraw LED dane techniczne.
Kryterium prąd wysterowania oznacza doliczenia do punktacji maksymalnie 15 punktów. Kryterium będzie rozpatrywane dla najwyższego przypadku (najwyższego prądu wysterowania źródła LED podanego w mA) ze wszystkich oferowanych opraw LED.
Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana zgodnie z poniższą tabelą:

Oprawa LED wyposażona w wylewane uszczelki poliuretanowe jako uszczelnienie korpusu układu optycznego oraz korpusu układu zasilania	*Liczba punktów:*	*potwierdzający środek dowodowy:*
W przedziale od 0 mA do 200 mA	*15*	*np.: pełny certyfikat ENEC oraz karta katalogowa oferowanych produktów oraz uzupełniona i podpisana tabela oferowanych produktów zgodnie z wzorem zawartym w dokumentacji*
W przedziale od 200 mA do 300 mA	*10*	
W przedziale od 300 mA do 400 mA	*5*	
W przedziale powyżej 400 mA	*0*	

WAŻNE; Informację należy wskazać w formularzu ofertowym potwierdzając oczekiwanymi środkami dowodowymi.

Posłużenie się sformułowaniem np./lub w tym zakresie może świadczyć o tym, że nie wszystkie wymagane dokumenty muszą zostać przedłożone dla dokonania oceny czy zostały spełnione przesłanki do przyznania punktów za spełnienie tego kryterium. Błąd, sprzeczność w zapisach SWZ uniemożliwiają przeprowadzenie prawidłowych czynności związanych z oceną ofert i wyłonieniem Wykonawcy.

Zamawiający, kierując się stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 12 maja 2023r. KIO 1189/23 uznał, że „Biorąc pod uwagę, że zasadniczym celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość instytucji zamawiającej, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i w pełni uzasadniona. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy zamawiającego o określonych faktach czy nieprawidłowościach, umowa w sprawie zamówienia publicznego zostałaby zawarta z wykonawcą, którego oferta może być obarczona istotną wadą" .Zgodnie bowiem z art. 17 ust. 2 ustawy niedopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli czynności podjęte w postępowaniu z naruszeniem zasad wynikających z ustawy miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Również zaniechanie czynności, która winna nastąpić może skutkować unieważnieniem czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty.
(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).
Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie zostało skierowane przeciwko czynności unieważnienia postępowania z 14 listopada 2024 r. doręczonej odwołującemu następnego dnia.

Zgodnie z 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.*

Jak wynika z ww. przepisu, aby unieważnić postępowanie na jego podstawie konieczne jest spełnienie łącznie wszystkich przesłanek z niego wynikających:

a)wada niemożliwa do usunięcia,

b)uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dostrzeżenia wymagało również, że zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie i przesłanie wykonawcy stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania. Obowiązek podania uzasadniania faktycznego czynności unieważnienia stanowi przejaw zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 Pzp. Podkreślenia wymagało również, że podanie podstawy faktycznej czynności unieważnienia jest kluczowe celem zapewnienia wykonawcy pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. Poznanie motywacji zamawiającego ma wpływ nie tylko na podjęcie przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej ale także wywiera wpływa na kształt i treść środka odwoławczego. Dopiero należycie uzasadniona czynność unieważnienia postępowania pozwala wykonawcy prawidłowo sformułować i uzasadnić zarzuty odwołania.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania z 14 listopada 2024 r., zamawiający zidentyfikował wyłącznie następujące wady postępowania:

1)*w pkt. 5.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale II SWZ, Zamawiający nie przewidział uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, natomiast w rozdziale III pkt. 3.8 f), przewiduje się uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Zapisy te wzajemnie się wykluczają, a mają istotne znaczenie dla prawidłowego przeprowadzenia procesu wyłonienia Wykonawcy,*
2)w odniesieniu do opisu kryteriów oceny ofert zawartego w rozdziale XV SWZ -*Posłużenie się sformułowaniem "np." lub w tym zakresie może świadczyć o tym, że nie wszystkie wymagane dokumenty muszą zostać przedłożone dla dokonania oceny czy zostały spełnione przesłanki do przyznania punktów za spełnienie tego kryterium. Błąd, sprzeczność w zapisach SWZ uniemożliwiają przeprowadzenie prawidłowych czynności związanych z oceną ofert i wyłonieniem Wykonawcy.*

W odniesieniu do pierwszej z okoliczności Izba stwierdziła, że postanowienia rozdziału II SWZ, rozdziału IV pkt 3.8. f) SWZ oraz pkt 5.9. ogłoszenia o zamówieniu nie wykluczały się wzajemnie.

W rozdziale II SWZ zamawiający opisał wymagane przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający sprecyzował, że mają one zostać złożone wraz z ofertą i nie będą podlegały uzupełnieniu. Tym samym zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 107 ust. 2 Pzp i nie przewidział, aby niezłożone lub niekompletne przedmiotowe środki dowodowe podlegały uzupełnieniu. Z powyższą regulacją korespondowały zapisy pkt 5.9. ogłoszenia o zamówieniu, w których zamawiający także przesądził, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu.

Faktem jest również, że w rozdziale IV SWZ w pkt 3.8. f SWZ zamawiający przewidział*W sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp zamawiający może wezwać do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postepowaniu, jeżeli są one niekompletne lub zawierają błędy*.

W postanowieniu tym zamawiający faktycznie omyłkowo wskazał, że procedurze z art. 128 ust. 1 Pzp będą podlegały także przedmiotowe środki dowodowe. Omyłka ta okazała się jednak oczywista. Kwestię uzupełnialności przedmiotowych środków dowodowych reguluje art. 107 Pzp, a zamawiający stosownie do tego przepisu przewidział, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu. Natomiast procedura z art. 128 ust. 1 Pzp dotyczy generalnie podmiotowych środków dowodowych. W szczególności zaś, procedurze tej nie podlegają przedmiotowe środki dowodowe, gdyż kwestię ich ewentualnej uzupełnialności reguluje art. 107 Pzp.

Powyższe rozróżnienie znajduje odzwierciedlenie w systematyce ustawy Pzp. Art. 107 Pzp znajduje się w dziale II Pzp, w rozdziale 1 „Przygotowanie postępowania”, w oddziale 5 „Przedmiotowe środki dowodowe”. Z kolei przepis art.

128 ust. 1 Pzp znajduje się w dziale II Pzp, w rozdziale 2 „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców", w oddziale 4 ustawy Pzp zatytułowanym „podmiotowe środki dowodowe".
Podkreślenia wymagało także, że omawiane rozróżnienie znalazło także odbicie w systematyce SWZ sporządzonej przez zamawiającego. Sporne postanowienie pkt 3.8. f SWZ zamawiający zawarł bowiem w rozdziale IV SWZ zatytułowanym „*Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia".* Z kolei pkt 3 w rozdziale IV SWZ zatytułowany został:*Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy*.

W tej sytuacji, kierując się wskazówkami z art. 65 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp izba stwierdziła, że właściwa wykładnia wszystkich postanowień SWZ i ogłoszenia o zamówieniu powinna prowadzić do wniosku, że wolą zamawiającego było to, iż przedmiotowe środki dowodowe nie będą podlegały procedurze z art. 107 Pzp. Zapis z rozdziału IV pkt 3.8. f SWZ powinien zaś być odnoszony wyłącznie do dokumentów i oświadczeń, o których literalnie mowa w art. 128 ust. 1 Pzp. Na powyższą intencję wskazywało po pierwsze wyraźne odwołanie się w tym postanowieniu przez zamawiającego właśnie do art. 128 ust. 1 Pzp, który – jak wskazano wcześniej - nie odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych. Po drugie, na taką wolę zamawiającego wskazywała także sama systematyka treści SWZ, z której wynikało, że sporny zapis został zamieszczony w rozdziale SWZ poświęconym warunkom udziału w postępowaniu i podmiotowym środkom dowodowym. Z kolei regulacja dotycząca przedmiotowych środków dowodowych z zapisem dotyczącym ich nieuzupełnialności stosownie do art. 107 Pzp, znajdowała się w innej jednostce redakcyjnej – to jest w rozdziale II SWZ. Skoro zatem reguły wykładni prawniczej pozwalały odczytać zgodne z prawem intencje zamawiającego, to nie można było utrzymywać, że analizowane zapisy SWZ i ogłoszenia wzajemnie się wykluczały.

Przy wyrokowaniu izba wzięła pod uwagę także fakt, że analogiczną niespójnością w postanowieniach SWZ cechowały się inne postępowania prowadzone przez zamawiającego. Były to następujące postępowania:

1. Zwiększenie poziomu cyberbezpieczeństwa w Gminie Przyrów" Część 1: Zakup i dostawa: serwera, rozbudowy licencji oprogramowania antywirusowego o moduł XDR oraz licencji dla urządzenia UTM. PLP.271.3.2024,

2. Budowa i modernizacja infrastruktury społeczno - sportowej w Gminie Przyrów. PLP.271.1.2024,

3. Budowa ścieżki turystyczno-rekreacyjnej wzdłuż rzeki Wiercicy w miejscowości Przyrów PLP.271.4.2023,

4. Przebudowa dróg gminnych i mostu na terenie gminy Przyrów PLP.271.1.2023,

5. Zakup i dostawa sprzętu oraz oprogramowania w ramach projektu Cyfrowa Gmina PLP.271.3.2022.

Pomimo tych niespójności, każde z ww. postępowań kończyło się wybraniem przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wiedział zatem, jak w drodze interpretacji SWZ, usunąć taką niespójność i nie uznawał jej za wadę uzasadniającą unieważnienie postępowania. Powyższe wynikało z dowodów, stanowiących załącznik nr 4 i nr 5 do odwołania.

Nie można było się także zgodzić z zamawiającym jakoby istniała jakaś sprzeczność pomiędzy postanowieniami SWZ dotyczącymi przedmiotowych środków dowodowych, a postanowieniami SWZ opisującymi kryteria jakościowe oceny ofert. W rozdziale II SWZ zamawiający opisał wymagane przedmiotowe środki dowodowe, które należało złożyć wraz z ofertą i które nie podlegały procedurze uzupełniającej z art. 107 Pzp. Z kolei w opisie pozacenowych kryteriów oceny ofert zamawiający sprecyzował, że punkty zostaną przyznane wykonawcy za zadeklarowanie w formularzu ofertowym spełniania dodatkowo punktowanych cech przedmiotu oferty. Zamawiający sprecyzował ponadto, że deklaracja taka musi być wsparta co najmniej jednym środkiem dowodowym. Zamawiający dodatkowo wskazał przykładowo takie środki dowodowe używając sformułowania „np.".

W związku z powyższym nie można było się zgodzić z zamawiającym, że przez użycie słów „np." oraz „lub" w opisie kryteriów oceny miało powstać niedopowiedzenie, czy wszystkie dokumenty należy przedstawić wraz z ofertą. Przeciwnie, jak wskazano wcześniej, z SWZ wynikało jednoznacznie, że wszystkie przedmiotowe środki dowodowe należało złożyć wraz z ofertą i nie podlegały one procedurze uzupełniającej. W sytuacji zaś gdyby wykonawca w formularzu ofertowym zadeklarował posiadanie dodatkowo punktowanych cech przedmiotu świadczenia, to dostałby dodatkowo punkty jeśliby ta deklaracja znalazła potwierdzenie w którymkolwiek przedmiotowym środku dowodowym, w tym takim, który przykładowo wymieniono w opisie kryterium oceny ofert. Gdyby zaś z żadnego przedmiotowego środka dowodowego spełnienie tej dodatkowej cechy nie wynikało, to wykonawca uzyskałby zero punktów. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że postanowienia SWZ dotyczące przedmiotowych środków dowodowych i te dotyczące kryteriów oceny ofert okazały się ze sobą zgodne i spójne. Postępowanie nie zostało zatem, wbrew twierdzeniom zamawiającego, obarczone jakąkolwiek wadą, o której wspomniano w uzasadnieniu czynności unieważnienia

postępowania.

Jak wynikało z treści odwołania, sporne miedzy stronami okazało się także spełnienie drugiej przesłanki unieważnienia, a zatem czy opisane w uzasadnieniu rzekome wady postępowania uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że nie każda wada postępowania uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp. Przepis art. 255 pkt 6 Pzp łączy bowiem obowiązek unieważnienia postępowania wyłącznie z takimi wadami, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja ta nakazuje zatem odwołanie się przez zamawiającego i wykazanie jednej z przesłanek unieważnienia umowy, które z kolei zostały opisane przez ustawodawcę w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp a także w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp z zw. z art. 70^5 § 1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania nie wskazał natomiast, który konkretnie przypadek unieważnialności umowy zaszedłby w sytuacji, gdyby umowa została zawarta.

W konsekwencji izba stwierdziła, że zaskarżona w odwołaniu czynność unieważnienia postępowania z 14 listopada 2024 r., z takim uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i powinna zostać unieważniona.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie 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 naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem

zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, koszty dojazdu odwołującego na posiedzenie izby w wysokości 257 zł oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……