sygn. akt: **KIO 4861/24**

WYROK

Warszawa, 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,
ul. Traktorowa 126 lok. 301; 91-204 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „Szpital Powiatowy we Wrześni" sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Słowackiego 2; 62-300 Września,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 299 zł 60 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego „Szpital Powiatowy we Wrześni" sp. z o.o. w restrukturyzacji, tytułem dojazdu na rozprawę,
   2.2. zasądza od wykonawcy Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzina rzecz zamawiającego „Szpital Powiatowy we Wrześni" sp. z o.o. w restrukturyzacji kwotę 299 zł 60 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego „Szpital Powiatowy we Wrześni" sp. z o.o. w restrukturyzacji, 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 4861/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – „Szpital Powiatowy we Wrześni" sp. z o.o. w restrukturyzacji - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Usługa gastronomiczna obejmująca przygotowanie i dostawę posiłków dla pacjentów szpitalnych"*.

23 grudnia 2024 roku, wykonawca Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi(dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności dokonania przez zamawiającego: unieważnienia postępowania; uzasadnienia faktycznego
i prawnego czynności unieważnienia postępowania; - z naruszeniem Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1-5 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających

w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku

z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie poprzez unieważnienie postępowania z powodu zaistnienia rzekomego błędu polegającego na tym,

że zamawiający w toku postępowania nie uwzględnił i nie zweryfikował w stosunku do mocy art. 1 pkt 23) rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku

z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111

z 8 kwietnia 2022 r.), który według zamawiającego stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania z powodu obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, choć w rzeczywistości nie wystąpiła wada, na którą się powołuje zamawiający w tym względzie, gdyż Rozporządzenie (UE) nr 833/2014 jest przepisami bezwzględnie obowiązującymi a wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o

udzielenie zamówienia, a więc również po etapie składania i otwarcia ofert, a także mimo że nie wpisał tych podstaw wykluczenia wykonawcy do SWZ, ma obowiązek je uwzględnić i zweryfikować w trakcie procedury przetargowej;

2.art. 260 ust. 1 Pzp przez brak podania wyczerpującego i niewzbudzającego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania

w zawiadomieniu z 12 grudnia 2024 r. o unieważnieniu postępowania, na skutek czego nie sposób stwierdzić:

1) odnośnie uzasadnienia prawnego – jakiej okoliczności potencjalnego unieważnienia umowy upatruje zamawiający w wystąpieniu błędu w SWZ polegającego na braku wskazania przesłanek wykluczenia określonych w art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie , na obecnym etapie postępowania;

2) odnośnie uzasadnienia faktycznego – jaka okoliczność faktyczna spowodowała,

że zamawiający nie mógł zbadać podstaw wykluczenia po otwarciu ofert a ewentualnie, dlaczego zawarta umowa będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2)dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,

3)dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu, zaś ze względu na fakt, iż na obecnym etapie postępowania nie dokonano oceny ofert oraz nie wybrano najkorzystniejszej oferty to jednak oferta odwołującego zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, iż 12 grudnia 2024 r. zamawiający dokonał zawiadomienia o unieważnieniu postępowania o następującej treści:

Odwołujący nie zgadza się z taką czynnością oraz z takim stanowiskiem Zamawiającego z przyczyn szczegółowo podanych poniżej.

1) Uzasadnienie zarzutu nr 1

Unieważnienie postępowania musi być oparte na ustawowej przesłance. W obecnej sytuacji jedyną podstawą takiego unieważnienia mogłaby być nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy z wykonawcą. Umowa podlega jednak unieważnieniu w sytuacjach określonych w art. 457 Pzp, z których żadna nie odpowiada tej wskazanej przez zamawiającego. Jak wskazała KIO w wyroku z 3 lipca 2013 roku (KIO 1420/13) *„Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 [*aktualnie art. 457 Pzp – uwaga własna odwołującego*] ustawy, dla Zamawiających znacząco ograniczone [...].*"

W kontekście powyższego, aby dopuszczalne było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, konieczne jest spełnienie łącznie dwóch przesłanek:

- postępowanie musi być obarczone nieusuwalną wadą,
- wada ta musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wskazuje, że brak uwzględnienia i brak weryfikacji przesłanek wykluczenia, na które powołuje się zamawiający, w ogóle nie są „wadą", o której mowa w przepisie art. 255 pkt 6 Pzp, gdyż obligatoryjne podstawy wykluczenia, mimo że nie zostały wskazane w SWZ, wciąż obowiązują i mogą zostać weryfikowane przez zamawiającego na każdym etapie postępowania w myśl art. 110 Pzp – *„1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia*". Jak wynika z komentarza Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza do ww. przepisu: *„Z zastosowania przepisu art. 110 ust. 1 Pzp wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, że wykluczenie może nastąpić na dowolnym etapie postępowania, gdy tylko ujawnią się podstawy wykluczenia. Konieczne jest jedynie, aby postępowanie było wszczęte i niezakończone. Wykonawca może zatem zostać wykluczony z postępowania aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia albo unieważnienia postępowania. Po drugie zaś, że powodem wykluczenia są zarówno okoliczności powstałe przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*".

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zakończonym postępowaniem, a więc zamawiający nadal może zweryfikować podstawy wykluczenia bez konieczności unieważniania postępowania. Ponadto jak wynika z odpowiedzi na

pytania Urzędu Zamówień Publicznych w jakiś sposób można weryfikować przesłanki wykluczenia z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku
z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie: „*Zamawiający może sprawdzić tę podstawę wykluczenia przez żądanie od Wykonawców: na ww. podstawie prawnej przykładowo może być: oświadczenie własne wykonawcy o braku postaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych*" (link: dostęp: 2024.12.23):

A więc mając na względzie powyższe nawet brak zastrzeżenia takiej podstawy wykluczenia w dokumentach zamówienia, nie powoduje, że zamawiający nie może jej zweryfikować, choćby wzywając do złożenia oświadczenia przez wykonawców oraz sprawdzenie powszechnie dostępnych - Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej oraz Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Obecnie nie ma podstaw do unieważnienia ewentualnie zawartej Umowy. Po weryfikacji wykonawców przez odwołującego, którzy złożyli ofertę w postępowaniu (w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych oraz KRS i CEIDG) nie wynika, aby były one podmiotami, które wypełniają dyspozycję art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.

Warto zaznaczyć, że przepis ten ustanawia zakaz udziału rosyjskich wykonawców
w zamówieniach publicznych i koncesjach udzielanych we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, przy czym przez „rosyjskich wykonawców" należy rozumieć: obywateli rosyjskich, osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy z siedzibą w Rosji; osoby prawne, podmioty lub organy, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji; osoby fizyczne lub prawne, podmioty lub organy działające
w imieniu lub pod kierunkiem: obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji lub osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji. Powyższe dotyczy również podwykonawców.

Nawet jeśli przyjąć, że istotnie wystąpiła nieusuwalna wada w postępowaniu, nie sposób przyjąć, że zawarcie umowy prowadziłoby w tych warunkach do jej unieważnienia. Nie ma bowiem takiej możliwości w świetle zamkniętego katalogu przyczyn unieważnienia, który
w sposób enumeratywny wskazuje na następujące (art. 457. [Unieważnienie umowy]).

Żadna z wad wymienionych w powyższym przepisie nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego zamawiający nie mógł skorzystać z wyżej wskazanej podstawy unieważnienia. Tak też: Nowicki Józef Edmund w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych (LEX): *„Do zastosowania art. 255 pkt 6 p.z.p. konieczne jest zatem wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Należy do nich zaliczyć następujące okoliczności:*

- musi wystąpić wada postępowania;

- wada musi być niemożliwa do usunięcia;

- niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu;

- zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw

- unieważnienia określonych w art. 457 p.z.p.".

2) Uzasadnienie zarzutu nr 2.

Przepis art. 260 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania przy okazji zawiadamiania
o jej dokonaniu (vide: wyrok Krajowej lzby Odwoławczej z 19 lipca 2021 r., KIO 1487/21).

W konsekwencji, uzasadnienie unieważnienia postępowania powinno być wyczerpujące
i nie wzbudzać wątpliwości. Tymczasem, z uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego nie wynika:

1)odnośnie uzasadnienia prawnego – jakiej okoliczności potencjalnego unieważnienia umowy upatruje zamawiający, na obecnym etapie postępowania; w wystąpieniu błędu w SWZ polegającego na braku wskazania przesłanek wykluczenia określonych w art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w z art. 1 pkt 23) Rozporządzenia Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku
z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, na obecnym etapie postępowania;

2)odnośnie uzasadnienia faktycznego – jaka okoliczność faktyczna spowodowała, że zamawiający nie mógł zbadać podstaw wykluczenia po otwarciu ofert a ewentualnie, dlaczego zawarta umowa będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego postępowanie o zamówienie publiczne jest obarczone nieusuwalną wadą, bowiem zamawiający nie uwzględnił przesłanki wykluczenia z art. 5k ust.1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w art. 1 pkt. 23 Rozporządzenia Rady (EU) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2024 dotyczącego środków ograniczających w związku z działami destabilizującymi sytuację na Ukrainie, dalej rozporządzenie (UE), a tym samym naruszył art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz
w sposób przejrzysty. „*Zamawiający o zasadach płynących z tego artykułu powinien myśleć zawsze i podejmować każdą czynność w postępowaniu przez ich pryzmat. Każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy, czyli uczciwej konkurencji*" - tak Adam Wiktorowski w Komentarzu A. Gawrońska-Baran,
E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik - Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022. Stanowisko doktryny potwierdza równie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dalej KIO, w myśl którego „*zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji*" – wyrok KIO z 29 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 43/24.

Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w sposób przejrzysty, wskazując na obowiązki wykonawców w zakresie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych. Te wymogi – w ocenie zamawiającego - powinny zostać określone w SWZ. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, postępować w odmienny sposób, niż wynika to
z dokumentów zamówienia i żądać np. oświadczeń innych niż wynikające z SWZ lub sprawdzać w rejestrach wskazanych przez odwołującego, bez wskazania w SWZ i innych dokumentach zamówienia, że podejmie takie czynności wobec wykonawców. Zamawiający może oczywiście podejmować takie działania w toku toczącego się postępowania
o zamówienie publiczne, o ile zamieścił takie informacje w SWZ i innych dokumentach postępowania. Gdy w trakcie oceny ofert zostaną ujawnione okoliczności, które wskazują na konieczność wykluczenia wykonawcy, a dokumenty zamówienia nie przewidują takiej procedury, zamawiający może narazić się na zarzuty ze strony wykonawców dotyczące naruszenia art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie zamieszczenia stosownej informacji.

Przesłanki wykluczenia z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) mają charakter obligatoryjny, niezależny od wyartykułowania ich w dokumentach zamówienia, co jednak nie zwalnia zamawiającego od przestrzegania naczelnej zasady zamówień publicznych zawartej w art. 16 ustawy Pzp i zamieszczania w dokumentach zamówienia informacji w jaki sposób będzie je sprawdzał.

Ponadto podkreślenia wymaga, że zamawiający wskazał w postępowaniu przesłanki obligatoryjnego wykluczenia z art. 108 ust. 1 w zw. z art. 154 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp oraz
z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2024 r. poz. 507 z późn. zm.). Niezamieszczenie informacji
o przesłankach z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) powoduje, że dokumenty postępowania są niepełne i mogą wprowadzać w błąd wykonawców co do wszystkich podstaw wykluczenia.

Wykonawca, analizując dokumenty zamówienia, powinien dysponować całym kompletem informacji odnośnie wymagań zamawiającego i wiedzieć, co jest od niego oczekiwane na poszczególnych etapach postępowania. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być prowadzone według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł. Zamawiający, tworząc dokumenty zamówienia, zobligowany jest do jednoznacznego
i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców, co przejawia się
w obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz takiego określenia warunków czy też kryteriów oceny, jakie będą wiązać go w toku postępowania, aby dla wszystkich uczestników danego postępowania było jasne, jak zamawiający oceni każdego z nich.

Trzeba zgodzić się z odwołującym, że wykonawca może zostać wykluczony w każdym momencie postępowania, ale chodzi o takie sytuacje faktyczne, gdy przyczyna wykluczenia ujawniła się lub powstała w trakcie postępowania o zamówienia publiczne. Zamawiający do upływu terminu składania ofert mógł zmodyfikować SWZ, wprowadzając informacje
o przesłankach wykluczenia z art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) i sposobach ich weryfikacji, jednakże dopiero po otwarciu zauważył popełniony błąd. Po upływie terminu składania ofert na przeszkodzie zmiany SWZ stoi treść art. 286 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym zamawiający może dokonywać zmian i modyfikacji SWZ tylko i wyłącznie przed

upływem terminu składania ofert, „*Wraz z upływem terminu składania ofert postanowienia SIWZ, w tym wzory formularzy cenowego i ofertowego stają się ostateczne i wiążące zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Modyfikacja SIWZ, a więc i wzorów formularzy ofertowego i cenowego, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert (art. 38 p.z.p.). Wykonawcy zaś nie mogą zmieniać ich treści i są zobowiązani do złożenia wypełnionego formularza cenowego i ofertowego zgodnych z narzuconymi wzorami*" - wyrok KIO z 26 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1560/19, „*Z perspektywy wykonawcy kluczowa jest możliwość powzięcia wiedzy o zmianie treści SWZ lub opisu potrzeb i wymagań. Wykonawca może powziąć wiedzę o zmianach w informacji zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego postępowania i ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Podstawowym źródłem informacji będzie jednak zawsze strona internetowa prowadzonego postępowania. Nie każda bowiem zmiana SWZ lub opisu potrzeb i wymagań znajdzie odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu. Informacja o zmianie musi zostać opublikowana w tym samym miejscu, w którym publikowane były zmieniane dokumenty. W tym samym miejscu zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia informacji o zmianie terminu składania ofert i jest to obowiązek niezależny od obowiązku publikacji ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu. Jedyny wyjątek od zasady udostępniania treści zmiany na stronie internetowej prowadzonego postępowania dotyczy sytuacji, w której zmiana dotyczy części odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań, które nie zostały udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 280 ust. 2 i 3 p.z.p. Wówczas dokonaną zmianę treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań przekazuje w inny sposób wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie dotyczy to jednak informacji o zmianie terminu składania ofert, która nawet jeżeli jest powodowana zmianą dotykającą informacji o ograniczonej jawności, zawsze musi być zamieszczona zarówno w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, jak i na stronie internetowej prowadzonego postępowania*", P. Wójcik w: A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 286.

Mając na uwadze powyższe, jedynym rozwiązaniem na tym etapie postępowania było jego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp.

„*Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli - w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu - doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 p.z.p. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania*" - uchwała KIO z 25 marca 2021 r., sygn. KIO/KD 7/21.

Zamawiający nie może dopuścić do postępowania osób i podmiotów, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE), a brak stosownych zapisów i wymagań w tym zakresie wprowadzonych przed upływem terminu składania ofert uniemożliwia zamawiającemu weryfikację wykonawców, którzy złożyli oferty. Z kolej przepisy ustawy Pzp, zabraniają zmian i modyfikacji SWZ po upływie terminu składania ofert. Kompilacja zdarzeń i braków powoduje, że mamy do czynienia z wadą postępowania o charakterze istotnym, która powoduje, że nie możliwym jest zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Cytowane przez odwołującego stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące możliwych podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów, za pomocą których zamawiający może weryfikować podstawy wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia (UE) takie jak: (…) przesądza o sposobach/metodach weryfikacji wykonawców, pozostawia natomiast swobodę zamawiającemu w zakresie ich określenia w dokumentach zamówienia.

W wyroku KIO z 26 sierpnia 2022 r. wskazano „*Wprawdzie w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania, gdyż celem każdego postępowania jest wybór oferty i zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, to jednak istnieją takie sytuacje i takie wady postępowania, kiedy na określonym etapie nie jest możliwe naprawienie przez zamawiającego popełnionych przez niego błędów, a dostrzeżona (bądź nie) wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy*" (sygn. akt KIO 2113/22 LEX nr 3419853).

W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na

podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że wady dokumentacji postępowania lub ogłoszenia o zamówieniu ujawnione na etapie po otwarciu ofert powinny zmierzać do unieważnienia postępowania (vide: wyrok sygn. akt KIO 1804/14 LEX nr 1538396, wyrok
z 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 49/14, LEX nr 1430949).

Zamawiający kwestionuje również drugi zarzut podniesiony przez odwołującego dotyczący braku wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności unieważnienia postępowania. Wyrok KIO (sygn. akt KIO 1487/21), którym posiłkuje się odwołujący został wydany w okolicznościach faktycznych, w których zamawiający w ogóle nie zamieścił uzasadnienia faktycznego wskazując je dopiero na rozprawie.

Podniesienie tego zarzutu przez odwołującego pozostaje w sprzeczności z uzasadnieniem pierwszego z zarzutów, z którego wynika wprost, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu była dla odwołującego jasna i czytelna. Unieważniając postępowanie zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne.

Reasumując, zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania, kierował się podstawową zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

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,
iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (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.

Zdaniem Izby, czynność zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający po zidentyfikowaniu wady postępowania przez nieuwzględnienie w dokumentacji postępowania przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 5k rozporządzenia UE, zasadnie stwierdził, że jest to wada, której nie można usunąć na obecnym etapie postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba stoi na stanowisku, że przesłanki podmiotowe dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania muszą być ujawnione wykonawcom na etapie opublikowania ogłoszenia oraz SWZ. W przeciwnym razie może zaistnieć sytuacja, w której podmiot, który mógłby podlegać takiemu wykluczeniu nie będzie mógł być wykluczony, gdyż zamawiający nie przewidział takiej przesłanki.

Izba za niezasadne uznała twierdzenia odwołującego, wynikające z treści odwołania,
że możliwość zastosowania przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp musi ściśle powiązany z art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nie odsyła bowiem do przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, co oznacza, że przesłanki do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy odczytywać w ten sposób, że jeżeli zamawiający stwierdzi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to każda taka wada stwierdzona przez zamawiającego (np. wynikająca
z przepisów kodeksu cywilnego) może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 15 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1687/22, KIO 1691/22 *„Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą*
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję. Z kolei zasada przejrzystości oznacza, że procedura udzielania zamówień publicznych powinna być prowadzona według czytelnych reguł. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Wyrazem zasady przejrzystości jest między innymi to,
że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie".

W wyroku z 4 stycznia 2022 r., KIO 3629/21, Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniła swoje rozstrzygnięcie następująco: „*Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy zamawiający stwierdza, na etapie po upływie terminu składania ofert, niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, która doprowadziła do naruszenia zasady przejrzystości*
i równego traktowania wykonawców, jedynym narzędziem pozwalającym na usunięcie stanu niezgodności z prawem, jest unieważnienie postępowania, nie jest już bowiem możliwie dokonanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Art. 705 § 1 k.c. stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten stanowi podstawę unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu
i naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wpływa na wynik tego postępowania".

Okoliczności, na które powołuje się odwołujący, cytując stanowisko UZP (strona internetowa) oczywiście są zasadne, jednakże w sytuacji, w której zamawiający przewidzi możliwość wykluczenia wykonawcy na ww. podstawie w dokumentach zamówienia.
W przedmiotowym postępowaniu taka okoliczność nie wystąpiła.

Co do zarzutu braku podania wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny. Z informacji zamawiającego da się bowiem wywieść, na jakiej podstawie prawnej zamawiający unieważnił postępowanie oraz jaka była faktyczna podstawa tej czynności. Okolicznością potwierdzającą powyższe stanowisko jest prawidłowo zidentyfikowana przez odwołującego czynność zamawiającego, która stanowiła podstawę do wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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:……