

WYROK

Warszawa, dnia 1 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 1 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2025 r. przez wykonawcę: M.K. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K. z siedzibą w Busku- Zdroju w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Busko- Zdrój z siedzibą w Busku- Zdroju

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Busko Zdrój z siedzibą w Busku- Zdroju, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.K. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno- Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K. z siedzibą w Busku- Zdroju, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego gminy Busko- Zdrój z siedzibą w Busku- Zdroju na rzecz wykonawcy M.K. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K. z siedzibą w Busku- Zdroju kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Gmina Busko- Zdrój z siedzibą w Busku- Zdroju (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest: „Uporządkowanie gospodarki wodami deszczowymi na terenie miasta Busko-Zdrój z uwzględnieniem małej retencji poprzez budowę ogrodów deszczowych w formie zbiorników retencyjnych”; numer referencyjny postępowania RSID.271.04.2025(dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej niższej od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00053196/01 w dniu 21 stycznia 2025 r.

W dniu 10 marca 2025 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu postępowania.

W dniu 14 marca 2025 r. przez wykonawcę: M.K. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K. z siedzibą w Busku- Zdroju (dalej „odwołujący” lub „HYDROCOMPLEX”) zostało wniesione odwołanie na czynności podjęte przez zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy brak jest ustawowych przesłanek do unieważnienia tego postępowania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania,

wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie.

Jego oferta nie została odrzucona, a odwołujący nie został wykluczony z postępowania. W ocenie odwołującego, w toku badania i oceny ofert, oferta złożona przez odwołującego winna zostać oceniona najwyżej, co skutkować powinno finalnie uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, odwołujący miałby szansę uzyskać zamówienie, zawrzeć umowę i osiągnąć zysk z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i załączone do odwołania, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że w Rozdziale III pkt 1 SWZ zamawiający opisał przedmiot zamówienia: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki wodami deszczowymi na terenie miasta Busko-Zdrój z uwzględnieniem małej retencji poprzez budowę ogrodów deszczowych w formie zbiorników retencyjnych”.

W Rozdziale II pkt 5 SWZ zamieszczono następującą informację: „Zadanie dofinansowane w ramach umowy nr FEPW.02.02-IW.01-0003/23 o dofinansowanie Projektu Nr FEPW.02.02-IW.01-0003/23 „Adaptacja do zmian klimatu poprzez zmniejszenie podatności miasta Busko-Zdrój na niekorzystne zjawiska pogodowe z uwzględnieniem małej retencji” w ramach programu Fundusze Europejskie dla Polski Wschodniej 2021-2027, Priorytet FEPW.02 Energia i klimat Działania 2.2. Adaptacja do zmian klimatu”.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 stycznia 2025 r. pod nr 2025/BZP 00053196/01 (ze zmianą wynikającą z ogłoszenia nr 2025/BZP 00098948/01) zamawiający zamieścił w SEKCJI V

- KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.1) informację odnośnie fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowan zaznaczając odpowiedź: „NIE”.

Z kolei w rozdziale V ust. 7.2. specyfikacji warunków zamówienia zamawiający podał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp tj.: „Wykonawcę który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska: będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego”.

Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej swoje oferty w postępowaniu złożyło sześciu wykonawców. Wszyscy ubiegający się o zamówienie wykonawcy złożyli oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SWZ, w tym oświadczyli: „Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ustawy Pzp w zakresie jaki Zamawiający wymagał tj. art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a)”.

W dniu 10 marca 2025 r. zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania, wskazując jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając czynność unieważnienia postępowania zamawiający, jako powód unieważnienia postępowania podał: „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Dalej wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego stwierdzona wada sprowadza się do rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem a SWZ w zakresie dotyczącym fakultatywnych podstaw wykluczenia: Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 21.01.2025 r. nr 2025/BZP 00053196/01 w SEKCJI V KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.1) wskazał „NIE”, odpowiadając na pytanie czy przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia, co stoi w sprzeczności z zapisami SWZ rozdz. V ust. 7.2, gdzie zamawiający wskazał, że wykluczeniu podlega wykonawca na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, tj.: „Wykonawca który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska: będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego”.

Zamawiający stwierdził, że z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wynika, że wada wskazana w tym przepisie musi być niemożliwa do usunięcia, mieć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. W jego ocenie stwierdzona wada ma charakter istotny i jest wadą nieusuwalną, gdyż zamawiający dopuścił zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu do postępowania wykonawców którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, a w SWZ zamawiający wskazał, że wykluczy z postępowania tych wykonawców.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

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.

Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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.

Na wstępie należy przypomnieć, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp możliwe jest w przypadku łącznego wykazania po pierwsze, że postępowanie jest obarczone wadą, po drugie, że jest to wada niemożliwa do usunięcia, po trzecie, że wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Wszystkie one muszą wystąpić łącznie, aby zamawiający był uprawniony do podjęcia decyzji w tym przedmiocie. Podkreślić należy bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia

umowy, a unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy i może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie, przy czym przesłanki tego unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

W konsekwencji należy zaznaczyć, że nie każde uchybienie przepisom i zasadom postępowania może być podstawą unieważnienia umowy, a jedynie wada, którą uznać można za istotną. Ocena czy w danym postępowaniu wada taka wystąpiła dokonywana będzie każdorazowo przez zamawiającego, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania. Ponadto, aby unieważnienie postępowania było możliwe pomiędzy jego wadą, a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy musi zachodzić adekwatny związek przyczynowy. Poszukując kryteriów oceny czy zachodzi opisana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp podstawa unieważnienia postępowania, jaką jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, sięgnąć należy do regulacji art. 457 ustawy Pzp, określającego przesłanki unieważnienia umowy. Przy czym, z uwagi na podstawę unieważnienia postępowania wskazaną przez zamawiającego w decyzji z dnia 10 marca 2025 r.,

w rozpoznawanej sprawie kluczowe znaczenie ma treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem ustawy. Przy tym naruszenie to musi być kwalifikowane (rażące).

Następnie zaznaczyć należy, że ciężar udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, zawsze spoczywa na zamawiającym (tak też M. Jaworska w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, red. M.J., D.G., J.J., A.M., wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2023 r.).

Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Powyższy przepis wskazuje, że zamawiający ma obowiązek wykazać i wyczerpująco uzasadnić wystąpienie okoliczności faktycznych

i prawnych powodujących obowiązek unieważnienia postępowania. Przywołany przepis, służący realizacji zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał,

że postępowanie nie zakończy się wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy.

Wykonawca, na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a jeśli na to się zdecyduje

na podstawie uzasadnienia faktycznego decyduje jakie zarzuty sformułować w odwołaniu

i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne informacji o unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego

nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

O ile niektóre z przesłanek unieważnienia postępowania mają charakter oczywisty, niewymagający szczególnie rozbudowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego

(np. w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone), o tyle

w przypadku nieusuwalnej wady postępowania w każdej takiej sprawie konieczne staje się wykazanie i przeanalizowanie wszystkich okoliczności leżących u podstaw takiej oceny.

Z kolei w sytuacji wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kognicja lzby ogranicza się

do zbadania zasadności tej decyzji, w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia. Szczegółowo odniósł się do tej kwestii Sąd Okręgowy

w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia

11 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 27/22 który w orzeczeniu zwrócił uwagę na doniosłe znaczenie jakie ma informacja o unieważnieniu, kierowana do wykonawców. wskazując,

co następuje: „(...) Zgodnie bowiem z art. 260 Pzp w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania. Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia

i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika,

że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości (...). Ponadto z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy (por. art. 7 pkt 18 ustawy Pzp) instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Przesłanki unieważnienia postępowania opisane w art. 255 ustawy Pzp powinny być więc wykładane z dużą ostrożnością i w sposób zawężający. Podkreślić przy tym należy, że ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania zarówno w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych, zawsze spoczywa na zamawiającym (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M.J., D.G., J.J., A.M., Warszawa 2023, art. 255 ustawy Pzp; por. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 776, art. 254 ustawy Pzp).

W rozpoznawanej sprawie zamawiający z kolei w uzasadnieniu unieważnienia postępowania wskazał po pierwsze na rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem a SWZ w zakresie podanych fakultatywnych podstaw wykluczenia, po drugie zaś, że wada powyższa (owa rozbieżność) ma charakter istotny i jest wadą nieusuwalną, gdyż zamawiający dopuścił zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu do postępowania wykonawców którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp z kolei w treści SWZ zamawiający wskazał, że wykluczy z postępowania tych wykonawców.

Tym samym zamawiający w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania wskazał jedynie na jego wady, jakie dostrzegł, nie wykazując pozostałych przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w szczególności tego, że owe wady są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Bez takiej szczegółowej analizy, jak wskazywała Izba powyżej - zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o zakończeniu postępowania w taki sposób tj. poprzez jego unieważnienie.

Należy wskazać, że już tylko z tego powodu unieważnienie należy uznać za nieprawidłowe, a odwołanie za zasadne.

Niezależnie od powyższego, Izba nie dopatrzyła się we wskazanych przez zamawiającego okolicznościach podstaw do stwierdzenia, że uzasadniają one unieważnienie postępowania.

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. Z przepisu tego wynika zatem, że przesłankami unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego na jego podstawie, jest wada tego postępowania, która z jednej strony jest niemożliwa do usunięcia, a z drugiej wada ta musi być tego rodzaju,

że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przy czym aby unieważnienie postępowania było dopuszczalne obie przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Innymi słowy sama wada postępowania, która da się wyeliminować w dalszym jego toku nie uzasadnia unieważnienia, nawet jeżeli wada ta uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Z drugiej zaś strony nawet jeżeli wada postępowania jest nieusuwalna, ale jest tego rodzaju, że nie uniemożliwia zawarcia umowy, jej wystąpienie nie uzasadnia unieważnienia postępowania.

Powyższe z kolei oznacza, że nie każde uchybienie przepisom i zasadom postępowania może być podstawą unieważnienia umowy, a jedynie wada, którą uznać można za istotną.

Poszukując kryteriów oceny czy zachodzi opisana w tym przepisie podstawa unieważnienia postępowania, jaką jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, sięgnąć należy do regulacji art. 457 ustawy Pzp, określającego przesłanki unieważnienia umowy. Przy czym, z uwagi na podstawę unieważnienia postępowania wskazaną przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu w rozpoznawanej sprawie kluczowe znaczenie będzie miała treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający udzielił zamówienia

z naruszeniem ustawy. Przy czym naruszenie to musi być kwalifikowane (rażące).

Ten przepis może stanowić podstawę do unieważnienia umowy w przypadku, gdy została ona zawarta na skutek

udzielenia zamówienia publicznego z ustawy Pzp, które miało wpływ na przygotowanie ofert lub wynik postępowania. Niemniej sytuacja taka w niniejszej sprawie nie wystąpiła.

W istocie zamawiający w treści ogłoszenia nie przewidział fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania, podczas gdy SWZ takie podstawy przewidywała, jednak wskazywana rozbieżność pozostaje bez wpływu na wynik tego postępowania, jak też nie skutkowałą ograniczeniem dostępu do zamówienia potencjalnych wykonawców, a tylko

w takim wypadku unieważnienie postępowania byłoby zasadne.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że każdy podmiot, zanim złoży swoją ofertę powinien szczegółowo przeanalizować wszystkie zapisy zawarte w dokumentach zamówienia, gdyż tylko to stanowi gwarancję, że możliwe będzie złożenie przez niego oferty ważnej i niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto na tym etapie każdemu wykonawcy przysługuje uprawnienie w postaci zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia, a jeśli uzna, że zapisy SWZ są sprzeczne z obowiązującymi przepisami - może złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej kwestionując jej postanowienia. Jeśli tego nie uczyni, ponosi konsekwencję swoich zaniechań, a SWZ staje się wiążąca dla wszystkich ubiegających się o zamówienie, na równych zasadach. Na obowiązek w tym zakresie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 28 marca 2024 r., sygn. akt ZS 7/24 wskazując: „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 tej sprawy z kolei żaden wykonawca nie wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia, stąd należy przyjąć, że istniejąca w dokumentacji postępowania rozbieżność nie budziła wątpliwości pod kątem tego

czy wykonawca ubiegający się o zamówienie może podlegać wykluczeniu na podstawie fakultatywnych przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, czy też nie.

Trafnie przy tym dostrzegł odwołujący, że nawet jeśli po lekturze ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy dowiadywali się, że nie ma wobec nich sformułowanych wymogów w zakresie ich sytuacji podmiotowej co do fakultatywnej przesłanki wykluczenia, to już na etapie SWZ uzyskiwali informacje w zakresie tych podstaw i zobowiązani byli na tą okoliczność złożyć stosowne oświadczenie.

Jak wynika z akt sprawy wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli w postępowaniu oświadczenie, że nie podlegają wykluczeniu, w tym w zakresie wskazanych fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania. Nie doszło zatem do sytuacji, w której jakiś podmiot, po lekturze ogłoszenia powoływałby się na niejednoznaczność

czy nieprecyzyjność zapisów dokumentacji. W okolicznościach tej sprawy nie doszło zatem do takiej sytuacji, w której można mówić o braku adekwatności ofert i ich nieporównywalności, które może być kwalifikowane jako naruszenie ustawy w rozumieniu art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba pragnie wskazać, że art. 255 statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Umożliwienie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z powodu rozbieżności i niejasności

w SWZ, bez wskazania w jaki sposób wpływają one na możliwość zawarcia przez zamawiającego niepodlegającej unieważnieniu umowy - stanowiłby istotne zagrożenia dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty

te bowiem pozbawione byłoby jakiegokolwiek pewności co do zakończenia postępowania

i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie

od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowania wskazując

na rzekome błędy czy nieścisłości w opisie swoich wymagań argumentując, że postępowanie obarczone jest wadą.

Takie działanie jest niedopuszczalne.

Stanowisko powyższe znajduje także potwierdzenie w przywoływanych przez odwołującego i, załączonych do odwołania, wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Administracyjnych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Orzeczenia cytowane przez odwołującego są także istotne w kontekście tego, że przedmiotowe

zamówienie jest dofinansowane ze źródeł zewnętrznych, o czym stosowna informacja została zawarta w Rozdziale II pkt 5 SWZ. Sąd analizowane orzeczenia odnoszą się nie tylko do kwestii unieważnienia postępowania w świetle przepisów ustawy Pzp, ale także do stwierdzonej w postępowaniu wady, w kontekście możliwości nałożenia korekty przez podmiot finansujący i wskazują na przesłanki kiedy nałożenie takiej korekty jest możliwe.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zamawiający, bezpodstawnie unieważniając postępowanie, naruszył przepisy ustawy w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie, stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....