Sygn. akt:KIO 2062/23
KIO 2066/23

WYROK

z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik
Elżbieta Dobrenko
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Meden-Inmed sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie**,

w postępowaniach prowadzonych przez **Szpital w Puszczykowie im. prof. S.T. Dąbrowskiego S.A.**,

orzeka:

I.Sygn. akt KIO 2062/23

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 5 lipca 2023 r. polegającej na unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 4 zamówienia oraz unieważnienie dalszych czynności podjętych w tym postępowaniu w dniu 12 lipca 2023 r.;

2.Kosztami postępowania obciąża Szpital w Puszczykowie im. prof. S.T. Dąbrowskiego S.A. i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

II.Sygn. akt KIO 2066/23

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 4 zamówienia;

2.Kosztami postępowania obciążą Szpital w Puszczykowie im. prof. S.T. Dąbrowskiego S.A. i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

……

……..

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

W dniu 17 lipca 2023 r. wykonawca Meden-Inmed Sp. z o.o. wniósł odwołania w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego przez Szpital w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A.:

- *Zakup nowoczesnego sprzętu dla Szpitala w Puszczykowie* nr Szp.12/9/2023, sygn. akt KIO 2062/23 (dalej: pierwsze postępowanie); wartość zamówienia jest większa niż progi unijne; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ;
- *Zakup nowoczesnego sprzętu dla Szpitala w Puszczykowie* nr Szp.12/16/2023, sygn. akt KIO 2066/23 (dalej: drugie postępowanie); wartość zamówienia jest większa niż progi unijne, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem .

W zakresie pierwszego postępowania Odwołujący zakwestionował unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części nr 4, dokonanie wyboru oferty wykonawcy Casiomed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że postępowanie w tej części zostało ostatecznie unieważnione. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2, art. 257, art. 260, art. 255 ust. 6 oraz art. 522 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 5 lipca 2023 r., w której Zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 4 postępowania, unieważnienia czynności z 12 lipca 2023 roku dotyczącej rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części nr 4 (wybór oferty Casiomed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Odwołującego).

W odniesieniu do drugiego postępowania Odwołujący zaskarżył czynność unieważnienia postępowania w zakresie części 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 oraz art. 257, art. 260, art. 255 ust. 6 oraz art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 4.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

W dniu 18 kwietnia 2023 r. Zamawiający wszczął pierwsze postępowanie na zakup sprzętu medycznego, z podziałem na 5 części. Otwarcie ofert zostało wyznaczone na 24 maja 2023 r. W dniu 26 maja 2023 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, powołując się na art. 257 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powołując się na tę przesłankę wskazał, że w dacie rozstrzygnięcia niniejszego postępowania nie zostały mu przyznane środki finansowe (środki publiczne) pozwalające na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. w dniu 5 czerwca 2023 r. zaskarżył unieważnienie pierwszego postępowania, ale tylko w zakresie cz. 1 i 5. Zamawiający uwzględnił wniesione odwołanie i w dniu 16 czerwca 2023 r. poinformował, że unieważnia czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania. Jako że odwołanie wniesione przez wykonawcę Philips dotyczyło wyłącznie części 1 i 5 postępowania, w dniu 19 czerwca 2023 r. Zamawiający sprostował informację o unieważnieniu postępowania, wskazując, że decyzja o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania dotyczy wyłącznie części nr 1 i 5. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający zamierzał prowadzić pierwsze postępowanie w zakresie części 1 i 5, a w odniesieniu do części nr 2, 3 i 4 podtrzymał decyzję o unieważnieniu postępowania.

Następnie, w dniu 5 lipca 2023 r. Zamawiający wskazał, że unieważnia czynność unieważnienia pierwszego postępowania również w zakresie części 2, 3 i 4. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że *w związku z unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania na część nr 1 i 5, zgodnie z treścią postanowień Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 1608/2023 i KIO 1751/2023, w konsekwencji zasadne unieważnienie jest również czynności unieważnienia postępowania na część nr 2, 3 i 4, gdyż środki finansowe przyznane na zadanie dotyczą całości postępowania, a nie tylko części nr 1 i 5.* W konsekwencji, w dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia pierwszego postępowania w zakresie części nr 4, w ramach którego dokonał odrzucenia oferty Odwołującego oraz wybrał ofertę Casiomed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

W dniu 7 czerwca 2023 r. (a zatem po tym, jak unieważnienie pierwszego postępowania w częściach 2, 3 i 4 stało się prawomocne), Zamawiający ogłosił drugie postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, z podziałem na 5 takich samych części.

W dniu 21 czerwca 2023 r. wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie w drugim postępowaniu, ale tylko w zakresie części 1 i 5. Odwołanie to zostało uwzględnione, w konsekwencji czego Krajowa Izba Odwoławcza w

dniu 3 lipca 2023 r. w sprawie KIO 1751/23 umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający uwzględniając odwołanie w nowym postępowaniu zgodnie z żądaniami tego odwołania powinien zatem dokonać unieważnienia nowego postępowania wyłącznie w zakresie części 1 i 5, ponieważ tego dotyczyło wniesione w sprawie KIO 1751/23 odwołanie.

Zamiast tego jednak, w dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający unieważnił całe postępowanie, powołując się na art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że*w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 1751/2023 Zamawiający zobowiązany jest zgodnie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp do wykonania czynności zgodnych z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. m.in. do unieważnienia niniejszego postępowania z uwagi na okoliczność wszczęcia i niezakończenia postępowania o udzielenie zamówienia o nr referencyjnym Szp.12/9/2023*.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. zaskarżył w pierwszym postępowaniu czynność unieważnienia jedynie w zakresie cz. 1 i 5. Zarówno odwołanie, jak i uwzględnienie odwołania, dotyczyły części 1 i 5 postępowania. W zakresie części 2, 3 i 4 termin na wniesienie odwołania upłynął 5 czerwca 2023 r. i w tym terminie nie zostało wniesione żadne odwołanie. W konsekwencji – zdaniem Odwołującego – czynność unieważnienia postępowania w zakresie części 2, 3 i 4 stała się prawomocna i niepodważalna w dniu 6 czerwca 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że w dniu 7 czerwca 2023 r. (a zatem po tym jak unieważnienie pierwszego postępowania w częściach 2, 3 i 4 stało się prawomocne), Zamawiający ogłosił drugie postępowanie, którego przedmiot pokrywa się z opisywanym z pierwszym postępowaniem i również został podzielony na pięć takich samych części. W ocenie Odwołującego, skoro pierwsze postępowanie zostało ostatecznie unieważnione, to prawidłowe było wszczęcie drugiego postępowania i nie można w tym przypadku mówić o jakiejkolwiek wadzie tego postępowania. W konsekwencji niezrozumiała jest decyzja Zamawiającego o przywróceniu pierwszego postępowania w zakresie części nr 4 oraz unieważnieniu drugiego postępowania w tej części.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, unieważniając drugie postępowanie, nie wskazał, jaka to wada miałaby rzekomo uniemożliwiać prowadzenie tego postępowania. Powołał się wyłącznie na orzeczenia KIO w sprawach KIO 1608/23 oraz KIO 1751/23, jednak żadne z tych postępowań nie dotyczyło części nr 4 zamówienia, a zatem nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania w tym zakresie.

Odwołujący stwierdził, że wobec prawomocnego unieważnienia pierwszego postępowania w zakresie części nr 4, czynności Zamawiającego z 5 i 12 lipca 2023 r. w tym postępowaniu zostały podjęte bez żadnej podstawy prawnej czy faktycznej, gdyż w zakresie części 4 nie toczyło się żadne postępowanie odwoławcze, na które to powoływał się Zamawiający. Postępowanie toczyło się wyłącznie w zakresie części nr 1 i 5, a zatem to w zakresie tych części Zamawiający był zobowiązany do podejmowania czynności wynikających z uwzględnienia odwołania. W konsekwencji wadliwości decyzji o unieważnieniu unieważnienia pierwszego postępowania, kolejne czynności Zamawiającego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego, są sprzeczne z prawem jako podejmowanie w nieistniejącym z mocy prawa postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego nie może być tak, że Zamawiający w dowolnym czasie bez podstawy prawnej „przywraca" jakiekolwiek postępowanie prowadzone wcześniej. Jedynym prawidłowym postępowaniem dla zadania 4 jest drugie postępowanie i w jego ramach powinno dojść do rozstrzygnięcia postępowania w zakresie zadania nr 4.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego o braku legitymacji do wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2062/23. Po pierwsze wskazać należy, że brak takiej legitymacji nie może być wywodzony z niezaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający zdaje się pomijać okoliczność, że przedmiotem odwołania jest czynność wcześniejsza niż wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego (Odwołujący zaskarżył unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 5 lipca 2023 r., natomiast dalsze czynności miały miejsce 12 lipca 2023 r.). Zaznaczyć również należy, że w świetle orzecznictwa TSUE interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia może wyrażać się w dążeniu do unieważnienia postępowania i zapewnieniu możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Jak bowiem wskazał TSUE w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama), w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66,

pojęcie dane zamówienie może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby interes w uzyskaniu zamówienia w nowym postępowaniu należy odnosić do takiego samego przedmiotu zamówienia w tym znaczeniu, że w przypadku dostaw ich przedmiotem jest asortyment tego samego rodzaju, a ewentualne różnice w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w tym doprecyzowanie określonych parametrów nie może prowadzić do wniosku, że kolejne postępowanie dotyczy innego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji – do zanegowania interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do postępowania nr Szp.12/9/2023 (dalej: pierwsze postępowanie) Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

- Postępowanie pn. *Zakup nowoczesnego sprzętu dla Szpitala w Puszczykowie* zostało wszczęte 18 kwietnia 2023 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części. Otwarcie ofert zostało wyznaczone na 24 maja 2023 r.
- W dniu 26 maja 2023 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, jako podstawę wskazując art. 257 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności: *W niniejszym postępowaniu zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (2023/S 076-229298) w sekcji II.2.14) [Informacje dodatkowe] wskazał, że: „zamawiający działając na podstawie art. 275 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega sobie prawo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne (dofinansowanie z WRPO), które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostaną mu przyznane". W związku z powyższym, zamawiający informuje, że w dacie rozstrzygnięcia niniejszego postępowania nie zostały mu przyznane środki finansowe (środki publiczne) pozwalające na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.*
- Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. w dniu 5 czerwca 2023 r. zaskarżył czynność unieważnienia postępowania w zakresie cz. 1 i 5, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
- Zamawiający w dniu 16 czerwca 2023 r. przekazał informację, że *unieważnia czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania z dnia 26 maja 2023 r*. W dniu 19 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował, że *zawiadomienie o unieważnieniu czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania z dnia 26 maja 2023 r. dotyczyło części nr 1 i 5*. W związku z unieważnieniem zaskarżonej czynności Izba w dniu 19 czerwca 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne (sygn. akt KIO 1608/23).
- W dniu 5 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował, że unieważnił czynność unieważnienia pierwszego postępowania również w zakresie części 2, 3 i 4. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że *w związku z unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania na część nr 1 i 5, zgodnie z treścią postanowień Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 1608/2023 i KIO 1751/2023, w konsekwencji zasadne unieważnienie jest również czynności unieważnienia postępowania na część nr 2, 3 i 4, gdyż środki finansowe przyznane na zadanie dotyczą całości postępowania, a nie tylko części nr 1 i 5*.
- W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia pierwszego postępowania w zakresie części nr 4, odrzucając ofertę Odwołującego oraz wybierając ofertę Casiomed Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

W odniesieniu do postępowania nr Szp.12/16/2023 (dalej: drugie postępowanie) Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

- Postępowanie zostało wszczęte 7 czerwca 2023 r. Przedmiot zamówienia jest tożsamy z przedmiotem zamówienia w pierwszym postępowaniu i został podzielony na 5 części.
- Otwarcie ofert miało miejsce 20 czerwca 2023 r.
- W dniu 21 czerwca 2023 r. Philips Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące części 1 i 5, domagając się unieważnienia postępowania w zakresie tych części. Odwołanie to zostało uwzględnione, w konsekwencji czego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 3 lipca 2023 r. w sprawie KIO 1751/23 umorzyła postępowanie odwoławcze.
- W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający unieważnił drugie postępowanie we wszystkich częściach, na podstawie na art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że *w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 1751/2023 Zamawiający zobowiązany jest zgodnie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp do wykonania czynności zgodnych z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. m.in. do unieważnienia niniejszego postępowania z uwagi na okoliczność wszczęcia i niezakończenia postępowania o udzielenie zamówienia o nr referencyjnym Szp.12/9/2023*.

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. Unieważnienie postępowania na tej podstawie prawnej wymaga więc 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.

Następnie zaznaczyć należy, że ciężar wykazania okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania spoczywa na zamawiającym. 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. Oznacza to, 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 oraz 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. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy po pierwsze podejmują decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – 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 konieczne jest wykazanie i przeanalizowanie wszystkich okoliczności leżących u podstaw takiej oceny.

Unieważniając drugie postępowanie Zamawiający przedstawił wyjątkowo krótkie i ogólnikowe uzasadnienie czynności unieważnienia, nie podejmując nawet próby wykazania, że zaistniały wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał jedynie, że *w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 1751/2023 Zamawiający zobowiązany jest zgodnie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp do wykonania czynności zgodnych z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. m.in. do unieważnienia niniejszego postępowania z uwagi na okoliczność wszczęcia i niezakończenia postępowania o udzielenie zamówienia o nr referencyjnym Szp.12/9/2023*. Zamawiający nie wykazał żadnej wady unieważnianego postępowania ani pozostałych przesłanek określonych w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że fakt podjęcia na nowo unieważnionego wcześniej postępowania na ten sam przedmiot zamówienia nie stanowi wady postępowania wszczętego później, w szczególności takiej, która uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Trudno mówić o wadzie później wszczętego postępowania, gdy w dacie jego wszczęcia upłynął już termin na zaskarżenie czynności unieważnienia wcześniejszego postępowania. Zatem wszczęcie drugiego postępowania nie nastąpiło w sytuacji prowadzenia innego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia.

W odniesieniu do podjęcia na nowo pierwszego postępowania wskazać należy, że Zamawiający bezpodstawnie powołał się na orzeczenia sygn. akt KIO 1608/2023 i KIO 1751/2023, wywodząc z nich zasadność unieważnienia postępowania m.in. w części nr 4. Po pierwsze zauważenia wymaga, że ww. orzeczenia zapadły w sprawach, które nie dotyczyły części 4, ale wyłącznie części 1 i 5. Orzeczenia te nie odnosiły zatem skutku prawnego w odniesieniu do części, które nie były objęte odwołaniami. Po drugie orzeczenia te są postanowieniami o umorzeniu postępowania (w sprawie KIO 1608/23 – ze względu na to, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, w sprawie KIO 1751/23 – z uwagi na uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego), co oznacza, że w ww. sprawach Izba nie dokonała merytorycznej oceny zasadności zarzutów. Nie można zatem wywodzić konieczności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 4 z zasadności zarzutów podniesionych w odniesieniu do części 1 i 5, zasadność tych zarzutów nie została bowiem zweryfikowana przez Izbę. Zarówno w sytuacji zbędności postępowania, jak i uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznej kontroli prawidłowości działań zamawiającego. Nie można zatem twierdzić, że skoro zarzuty dotyczące części 1 i 5 były zasadne, to tym samym należy analogiczne czynności podjąć w pozostałych częściach – zasadność zarzutów dotyczących części 1 i 5 nie została bowiem stwierdzona.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że chociaż przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii prawomocności czy ostateczności czynności zamawiającego, to zasada przejrzystości postępowania oraz konieczność zagwarantowania pewności obrotu prawnego stoją na przeszkodzie temu, aby zamawiający mógł w dowolnej chwili

podejmować na nowo unieważnione wcześniej postępowania. Należy przyjąć, że co do zasady upływ terminu na zaskarżenie czynności unieważnienia postępowania powinien powodować pewność co do ostatecznego zakończenia postępowania. Przyjęcie stanowiska przeciwnego mogłoby prowadzić do nieakceptowalnego wniosku, że zamawiający może unieważnić czynność unieważnienia postępowania i podjąć jego prowadzenie na nowo w dowolnym, nawet bardzo odległym terminie. W rozpoznawanej sprawie termin na wniesienie odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania m.in. w części 4 upłynął 5 czerwca 2023 r., a Zamawiający z niewiadomych powodów postanowił unieważnić to unieważnienie dopiero 5 lipca 2023 r. Dla takiego działania Zamawiającego trudno znaleźć jakąkolwiek podstawę.

Ponadto zauważenia wymaga, że Zamawiający dokonał objętych zarzutami czynności po otwarciu ofert w obu postępowaniach, tj. znając krąg wykonawców i przewidywany ranking ofert, zarówno w pierwszym, jak i w drugim postępowaniu. Dopuszczenie możliwości nieograniczonego w czasie i oderwanego od merytorycznych podstaw decydowania o tym, które z postępowań kontynuować, a które unieważnić, stwarza ryzyko niedopuszczalnego manipulowania wynikami postępowań.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 16 oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, przez niezasadne kontynuowanie pierwszego postępowania oraz unieważnienie drugiego postępowania. Ponieważ naruszenia te miały wpływ na wynik obu postępowań, odwołania – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegały uwzględnieniu.

O kosztach postępowania w obu sprawach orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz 7 8 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

……..

……..