

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **13 kwietnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 marca 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Wojtyła Investment sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Przebudowa budynków 2 i 3 oraz budowa hali produkcyjnej wraz z infrastrukturą na terenie Zakładu Karnego w Raciborzu”* (nr DKw.22322.17.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Zakład Karny w Raciborzu** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania oraz dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

- 1) zaliczyć w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11366 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczzonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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**.

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Zakład Karny w Raciborzu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: Przebudowa budynków 2 i 3 oraz budowa hali produkcyjnej wraz z infrastrukturą na terenie Zakładu Karnego w Raciborzu* (nr DKw.22322.17.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 grudnia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00520036.

Wartość tego jest niższa niż progi unijne.

24 marca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania.

29 marca 2023 r. Wojtyła Investment sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej {dalej Wojtyła Investment” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegające na bezzasadnym i bezprawnym unieważnieniu postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wynikające z dwóch pierwszych powyżej wymienionych przepisów nie zaistniały, gdyż postępowanie nie jest obciążone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (w szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy pzp), co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Wojtyłę Investment była w całości zgodna z treścią Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}, w tym z opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) umowę w sprawie tego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

2. Realizacji wyroku Izby z 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 348/23.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

7 lutego 2023 r. Wojtyła Investment odwołał się od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wand II, gdyż jego doświadczenie dotyczyło wyłącznie hal produkcyjnych (a nie obiektów użyteczności publicznej, jak wymagał tego Zamawiający) lub też robót budowlanych niebędących budową (co również stanowiło warunek Zamawiającego).

Wyrokiem z 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 348/23 Izba uwzględniła odwołanie w następującym zakresie:

A. Wadliwego wyboru oferty (...) F.K. Firma Projektowobudowlana (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w związku z uznaniem, że wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
B. nieprawidłowego naliczenia punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert ofercie (...) F.K. Firma Projektowobudowlana, (...)

i nakazuje zamawiającemu:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

1.2. Przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała w szczególności, co następuje.

(...) Z całą pewnością, w obliczu ustalonych faktów należy uznać, że czynność wyboru oferty wykonawcy Wand była przedwczesna. Zamawiający powinien przede wszystkim wykorzystać dostępne mu narzędzia i najpierw ustalić, czy wskazane wyżej zadania rzeczywiście mogły zostać uznane za potwierdzenie spełnienia przed Wand warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wykonawca Wand nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów, a zatem, nawet gdyby okazało się, że ww. zadania nie dają podstawy do uznania, że warunki udziału zostały przez wykonawcę spełnione, to przysługuje mu prawo do takiego uzupełnienia. Biorąc pod uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania Izba odstąpiła od nakazania mu dokonania konkretnych czynności dotyczących oferty wykonawcy Wand. Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne ustalenie, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu wyciągnięcie z tego ustalenia właściwych konsekwencji [odnośnie zarzutu A.].

(...) Biorąc pod uwagę, że na tym etapie nie da się w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, czy ofercie wykonawcy Wand w ogóle powinny być przyznane jakieś punkty w ramach kryterium pozacenowego, Izba nie nakazała Zamawiającemu obniżenia punktacji o konkretną wartość. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie czy jakieś z wymienionych przez wykonawcę zadań daje w ogóle podstawę do przyznania punktów w ofercie [odnośnie zarzutu B.].

22 marca 2023 r. Wojtyła Investment zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o wykonanie powyższego wyroku.

24 marca 2023 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na istotnej nieproporcjonalności warunków udziału w postępowaniu (co ma wynikać już z nazwy przedsięwzięcia budowlanego oraz na niespójności opisu pozacenowego kryterium oceny ofert).

Odwołujący zaznaczył, że w dokumentacji projektowej wskazano na kategorię XII obiektów budowlanych (czyli według klasyfikacji załącznika do Prawa budowlanego). Ponadto w ramach uzyskanego pozwolenia na budowę planowane jest kompleksowe zadanie inwestycyjne, polegające na rozbudowie istniejącego budynku.

Przed wszystkim w uzasadnieniu odwołania zaprezentowano:

- „Analizę wymagań w zakresie budowy obiektu” [str. 4.-5. odwołania], która doprowadziła Odwołującego do wniosku, że całe przedsięwzięcie budowlane dotyczy jednego obiektu budowlanego;
- „Analizę wymagań w zakresie użyteczności publicznej” [str. 6.-7. odwołania].

{okoliczności prawne}

W art. 457 ust. 1 ustawy pzp wskazane zostały przypadki rażącego naruszenia przepisów ustawy pzp w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, które powodują, jeśli nie są spełnione okoliczności określone w ust. 2, że umowa podlega unieważnieniu. Przy czym inne naruszenia przepisów ustawy pzp nie stanowią podstawy do żądania unieważnienia umowy. I tak zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem przepisów 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. Żadna z tych okoliczności nie wystąpiła, gdyż ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w BZP, a umowa w sprawie tego zamówienia nie została zawarta. Z kolei przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 3-5 oraz ust. 5

ustawy pzp nie znajdują zastosowania, gdyż przedmiotowe postępowanie nie jest prowadzone w określonych tam trybach.

Odwolujący podsumował, że żadna ze wskazanych w art. 457 ust. 1 i 5 ustawy pzp przesłanek nie doprowadziłyby do unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego z Wojtyła Investment.

W odpowiedzi na odwołanie z 13 kwietnia 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Brzmienie warunku z rozdziału 9.II.A.4.a) SWZ:

W celu potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca musi wykazać, że:

a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, prawidłowo wykonał co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 200.000,00 (dwustu tysięcy) złotych brutto obejmującą pełnienie nadzoru inwestorskiego albo funkcji inżyniera kontraktu (obejmującego pełnienie nadzoru inwestorskiego) dla:

- budowy obiektu lub obiektów budowlanych użyteczności publicznej o kubaturze – minimum 20.000 m³. W razie posłużenia się więcej niż jednym obiektem w celu wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału Zamawiający wymaga, aby co najmniej jeden z tych obiektów miał kubaturę minimum 12.000 m³.*

Jak wskazano w treści Informacji o unieważnieniu, Zamawiający dopiero wskutek poprzedniego odwołania Wojtyła Investment powziął przekonanie, że użyte w treści warunku określenia, które uważał za należące do języka potocznego, mają dla uczestników obrotu określone znaczenie, odbiegające od znaczenia potocznego (ogólnego).

Mogło to mieć istotny wpływ na decyzje wykonawców w zakresie wzięcia udziału w postępowaniu, skoro wpłynęły jedynie dwie oferty, podczas gdy w innych postępowaniach obejmujących usługi nadzoru inwestorskiego było ich znacznie więcej, np.

- Ustanowienie Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania budowa dwóch pawilonów penitencjarnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Oddziale Zewnętrznym w Ciągowicach Zakładu Karnego w Wojkowicach (D/Kw 2232.10.2022) – 7 ofert;*

- Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla budowy „Kompleksu penitencjarnego Jastrzębie-Zdrój” realizowanego w ramach Projektu „Pilotażowe kompleksy penitencjarne” współfinansowanego ze środków Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2014-2021 w ramach Programu Operacyjnego „Sprawiedliwość” (OI/KI.2230.2.2022.MG) – 5 ofert.*

Zamawiający – jak to określił – „fundamentalnie” nie zgodził się ze stanowiskiem, że wyłącznie wady określone w treści art. 457 pzp mogą uzasadnić unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp. O ile tak oczywiście wynika z literalnej wykładni przepisu, o tyle wachlarz wad, które mogą się ujawnić lub zaistnieć dopiero po terminie składania ofert jest na tyle szeroki, że skłania to do przyjęcia wykładni opartej na celu tego przepisu. Naruszenie fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet niemające charakteru zawinionego, nie może prowadzić do zawarcia prawidłowej umowy. Usankcjonowanie powstałych i wykrytych wad postępowania, o często poważnym charakterze, nie może mieć miejsca w praworządnym państwie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację, natomiast w imieniu Zamawiającego nikt się nie stawiał, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż unieważnienie tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie uzasadnienia unieważnienia postępowania podanego przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 24 marca 2023 r.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z przepisem art. 255 pkt 6 pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”

Stosownie do przepisu art. 286 ust. 1 pzp: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.”

Zgodnie z treścią art. 16 pkt 3 pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (...) 3) proporcjonalny.” Na podstawie art. 112 ust. 1 pzp: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Stosownie do przepisów art. 3 pkt 6 i 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2021 roku, poz. 2351 z późn. zm.): „Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) 6) budowie – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; (...) 7a) przebudowie – należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;”

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w następstwie wyboru oferty wykonawcy WAND II Firma Projektowo – Budowlana F.K., po uzyskaniu pełnych informacji dotyczących stosowanych w praktyce klasyfikacji obiektów budowlanych, w tym z treści odwołania złożonego przez wykonawcę Wojtyła Investment sp. z o.o., a także po analizie uzasadnienia wyroku w postępowaniu odwoławczym KIO 348/23, zainicjowanym przez tego ostatniego wykonawcę, powziął przekonanie, że postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu mają charakter istotnie nieproporcjonalny. Działanie to było rzecz jasna niezamierzone przez Zamawiającego w toku przygotowania postępowania, umknęło również uwadze składającym wnioski o wyjaśnienie SWZ wykonawcom.

Należy podkreślić, że przedmiotem robót budowlanych, których tyczy się usługa nadzoru, jest przebudowa budynków nr 2 i 3 (będących budynkami użyteczności publicznej) oraz budowa hali produkcyjnej (która budynkiem użyteczności publicznej nie jest). Przebudowa jest kategorią robót budowlanych rozłączną wobec kategorii budowy.

Tymczasem określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający domagał się w treści Rozdziału 9.II.A.4.a) SWZ spełnienia warunku udziału o następującej treści: „W celu potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca musi wykazać, że: a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (...), prawidłowo wykonał co najmniej jedną usługę o (...) obejmującą pełnienie nadzoru inwestorskiego albo funkcji inżyniera kontraktu (obejmującego pełnienie nadzoru inwestorskiego) dla: (...) budowy obiektu lub obiektów budowlanych użyteczności publicznej o kubaturze – minimum 20.000 m³.

W razie posłużenia się więcej niż jednym obiektem w celu wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału Zamawiający wymaga, aby co najmniej jeden z tych obiektów miał kubaturę minimum 12.000 m³.”

Doszło więc do sytuacji, kiedy warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie odnosi się w ogóle do przedmiotu postępowania. Innymi słowy podmiot który dysponowałby doświadczeniem przy budowie hal produkcyjnych (lub podobnych obiektów) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu obejmującego sprawowanie nadzoru inwestorskiego wobec budowy hali, w odróżnieniu od podmiotu, który wykonywał tego rodzaju usługi w odniesieniu do budowy przykładowo przychodni, szpitala czy budynku kultu religijnego.

Czyni to ów warunek zupełnie nieproporcjonalnym.

Wiedzę o tym fakcie Zamawiający powziął dopiero przy okazji postępowania odwoławczego KIO 348/23, a także w toku ponownej czynności badania i oceny ofert, co nakazała Krajowa Izba Odwoławcza. Zamawiający przeanalizował dokładnie treść i zakres pojęcia obiektu użyteczności publicznej, a także innych kategorii obiektów budowlanych.

Formułując treść warunku Zamawiający nie zdawał sobie sprawy z rzeczywistego znaczenia pojęcia „obiekt budowlany użyteczności publicznej” dla praktyków obrotu w zakresie robót budowlanych. W ocenie Zamawiającego sposób sformułowania, wynikający z przyjęcia potocznego znaczenia terminu, mógł wpłynąć na liczbę i zawartość ofert w postępowaniu (w postępowaniu złożono zaledwie 2 oferty). Na tym etapie zmiana warunków udziału w postępowaniu jest już oczywiście niemożliwa, co czyni wadliwość nieusuwalną. Istotne, choć niezamierzone naruszenie fundamentalnej zasady proporcjonalności, stawia pod istotnym znakiem zapytania kwestię możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Dodatkowo wskazać należy, że przy okazji ponownego badania i analizy ofert Zamawiający dostrzegł również wadliwy opis kryterium oceny ofert „dodatkowe doświadczenie personelu”. Wadliwość w tym przypadku ma dwójaki charakter. Po pierwsze, opis warunku w zakresie opisu obiektu odsyła do niewłaściwego rozdziału SWZ. Po drugie zaś, pomimo powiązania z warunkiem udziału w postępowaniu, w rzeczywistości jest z nim niespójny z tego powodu, że o ile warunek udziału w swym opisie posługuje się pojęciem „budowy”, to opis kryterium dotyczy wyłącznie usług nadzoru „dotyczącego obiektu”, a zatem obejmuje oprócz nadzorowania budowy (rozbudowy, odbudowy lub nadbudowy) również np. przebudowę

czy remont. Powyższe czyni kryterium nieproporcjonalnym, a przez to nieprawidłowym.

Reasumując, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie był w stanie sprecyzować jakiegokolwiek wady prowadzonego postępowania, która nie pozwalałaby na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia w rozumieniu art. 457 ust. 1 ustawy pzp, który w pkt 1-5 wyszczególnia, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Innymi słowy Zamawiający nie wykazał, że prowadzone przez niego postępowanie obarczone jest taką wadą, która powodowałaby, że według przepisów art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy pzp zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Z uwagi na powyższe bez znaczenia dla sprawy okazało się rozstrzygnięcie sporu co do tego, czy na potrzeby prowadzonego postępowania warunek udziału dotyczący zdolności zawodowej wykonawców został określony przez Zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie było potrzeby przeprowadzenia oceny zgłoszonych w tym zakresie przez Odwołującego dowodów.

Nie ma jednak wątpliwości, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności profesjonalisty, skoro nawet przy okazji udzielania wyjaśnień treści SWZ z 3 stycznia 2023 r., w odpowiedzi na pytania nr 1 i 2, z których oba dotyczyły rozumienia tego warunku, nie zorientował się, że nie określił go w sposób odpowiadający jego intencjom. Co więcej, Zamawiający dostrzegł potrzebę unieważnienia prowadzonego postępowania dopiero wtedy, gdy okazało się, że przegrał poprzednią sprawę odwoławczą i nie będzie mógł zawrzeć umowy z wybranym przez siebie wykonawcą.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r.; dalej: „popzp”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Powyższa zasada wyklucza możliwość uzupełniania w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, gdyż wykonawcy mają prawo i obowiązek odwołać się od niej w takim kształcie, w jakim została im zakomunikowana, czyli zobowiązani są do zakwestionowania wyłącznie tych okoliczności faktycznych i prawnych, które znalazły odzwierciedlenie w treści przekazanego im pisemnego zawiadomienia.

W drugiej kolejności celowe jest odwołanie się do zamieszczonej w art. 6 pkt 18 pzp definicji postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z którą jest to postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Pomimo uwzględnienia *de lege lata* unieważnienia jako sposobu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia odmiennie niż w poprzednim stanie prawnym, za oczywiste, nie tylko z racji brzmienia definiendum („postępowanie o udzielenie zamówienia”), należy uznać, że jego celem jest doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (co akurat trafnie oddawała definicja zawarta w art. 2 pkt 7a popzp), a unieważnienie jest tu wyjątkiem od tej zasady. W konsekwencji wszystkie przepisy umożliwiające unieważnienie postępowania, a więc pozwalające na zniweczenie jego celu, jakim jest udzielenie zamówienia, należy interpretować ściśle, a nie rozszerzająco.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 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 przywołanego przepisu wynika zatem, że dokonanie tej czynności przez zamawiającego wymaga kumulatywnego wystąpienia w prowadzonym postępowaniu: (1) naruszenia przepisów ustawy pzp, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Przy czym ta ostatnia przesłanka została doprecyzowana w art. 457 ust. 1 pzp, który 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.

Dodatkowo przepisy zawarte w art. 457 ust. 2 ustawy pzp stanowią, że umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli: 1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; 2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust. 1.

Reasumując, ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy pzp zawiera zamknięty katalog pięciu kategorii okoliczności związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku których zająć się umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziłoby do zaistnienia jednej z tych pięciu stypizowanych w art. 457 ust. 1 pkt 1-5 ustawy pzp sytuacji (co w przypadku odpowiednio pkt 1 oraz pkt 4 lub 5 dodatkowo wymaga zbadania, czy nie zachodzą okoliczności sanujące, o których mowa w art. 457 ust. 2 ustawy pzp, odpowiednio w pkt 1 lub 2).

Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) pierwotnie przyznano zamawiającemu szerokie uprawnienie do unieważnienia prowadzonego postępowania, gdyż w ramach katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 popzp znalazły się również przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy [w pkt 5] albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania [w pkt 6].

Natomiast od 29 stycznia 2010 r. obowiązywał zbliżony *prima facie* do aktualnego stan prawny, w którym analogiczna przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp [odpowiednika art. 255 pkt 6 pzp] była doprecyzowana w 146 ust. 1 pkt 1-7 popzp [odpowiedniku art. 457 ust. 1 pkt 1-5 pzp], czyli uprawnienie zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą ograniczone zostało do zamkniętego katalogu kazuistycznie uregulowanych sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Jednocześnie w znowelizowanym art. 146 ust. 6 popzp zawarto przepis o charakterze klauzuli generalnej, uprawniający wyłącznie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „Prezesa Urzędu”} do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z jednej strony nastąpiło zatem ograniczenie podmiotowe legitymacji czynnej wyłącznie do Prezesa Urzędu, a więc z pominięciem zamawiających, z drugiej zakres przedmiotowy podstawy unieważnienia, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 popzp (nawet łącznie rozważanych), uległ dalszemu rozszerzeniu, gdyż wystarczające było, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik.

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowało się przekonanie, że wykładnia literalna znowelizowanego art. 146 ust. 6 popzp prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obciążonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i wyczekiwania, czy ewentualnie Prezes Urzędu wystąpi z powództwem o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Innymi słowy oznaczałoby to przyzwolecie na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie wystąpienia okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający przy unieważnianiu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp jest również uprawniony do brania pod uwagę okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 popzp

Tymczasem w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 pzp, czyli wyłącznie w tych samych, w których zamawiający może zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą.

Jednocześnie art. 256 pzp przyznaje dodatkowo zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania,

ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione. W przeciwieństwie do art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pzp, przesłanka unieważnienia z art. 256 pzp jest nieostra i pozostawia zamawiającemu niemalą luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert.

Konkludując, *de lege lata* o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania zamawiający ma szeroko określone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności. Zauważyć przy tym należy, że po otwarciu ofert wchodzi w grę interesy wykonawców, którzy w dobrej wierze złożyli oferty na warunkach określonych w dokumentach zamówienia, w tym spełniają warunki udziału w tym postępowaniu, a zatem mają prawo oczekiwać, że dojdzie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia z tym spośród nich, który złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert.

Reasumując, w ustalonych powyżej okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie było podstaw prawnych dla uchylecia się przez Zamawiającego od przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż naruszenie przepisów ustawy pzp, na które powołał się Zamawiający, niezależenie od jego istotności i usuwalności, nie mieści się w zakresie zastosowania podstawy unieważnienia postępowania uregulowanej w art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie została spełniona przesłanka wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji doszło również do naruszenia przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowane uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli z naruszeniem zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. Nie ma bowiem wątpliwości, że bezprawne unieważnienie postępowania służyło interesowi wykonawcy, którego ofertę Zamawiający pierwotnie wybrał.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 (a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty od pełnomocnictwa (według złożonego spisu kosztów z załączonymi rachunkami), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d w zw. z 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. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.