Sygn. akt: KIO 2816/25

WYROK

Warszawa, dnia 22 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2025 r. przez wykonawcę BBF sp. z o.o.z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Tarnowo Podgórne;

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Tarnowo Podgórne:

- unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego,

- dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Tarnowo Podgórne i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

-kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

-kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Tarnowo Podgórne na rzecz wykonawcy BBF sp. z o.o.z siedzibą w Poznaniu - kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 2816/25

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

Zamawiający: Gmina Tarnowo Podgórne wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na: Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórnym, nr postępowania: WOP.271.7.2025.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00151289/01 z dnia 18 marca 2025 r.

W dniu 30 czerwca 2025 r. Odwołujący: BBF sp. z o.o.z siedzibą w Poznaniu otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 7 lipca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec naruszeń, jakich w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dopuścił się Zamawiający, a polegających na niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności unieważnienia postępowania dokonanej na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, podczas gdy postępowanie to nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy sprawie zamówienia publicznego, która to czynność Zamawiającego spowodowała naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołującyzarzucił naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności unieważnienia Postępowania ze względu na jego wadę, podczas gdy postępowanie to nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy sprawie zamówienia publicznego, która to czynność Zamawiającego spowodowała naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

3.1.uwzględnienie odwołania,

3.2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia;

3.3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący na potwierdzenie posiadania interesu we wniesieniu odwołania wskazał, co następuje:

„(…) 5. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

6. Odwołujący jest podmiotem biorącym udział w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego plasuje się na drugim miejscu pod względem cenowym. Odwołujący uważa, że oferta z najniższą ceną winna zostać przez Zamawiającego odrzucona i brał udział w postępowaniu odwoławczym zmierzającym do tego (KIO 1769/25), które to postępowanie jednak upadło w związku z koniecznością cofnięcia odwołania po poprzednim unieważnieniu postępowania, które to unieważnienie z kolei zostało przez Odwołującego skutecznie zakwestionowane w postępowaniu KIO 1904/25.

7. W przypadku uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia niniejszego postępowania Odwołujący spodziewa się wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej, a w jego braku zamierza zakwestionować w drodze odwoławczej inne czynności Zamawiającego, w tym w szczególności czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jeżeli będzie to oferta Konsorcjum Budconsult Doradztwo Budowlane B.M. (Lider Konsorcjum) oraz Budinwest K.S. (Partner Konsorcjum), co daje realną szansę uzyskania zamówienia.

8. Dokonana czynność unieważnienia postępowania powoduje jednak, że Odwołujący może całkowicie utracić szansę pozyskania niniejszego zamówienia i w konsekwencji - osiągnięcia zysku z jego realizacji. W interesie Odwołującego jest zatem doprowadzić do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, co skutkować będzie koniecznością dalszego procedowania postępowania przez Zamawiającego i dokonania przez niego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

9. Stwierdzić zatem należy, że Odwołujący niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. (…)".

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że wynagrodzenie z tytułu realizacji niniejszego zamówienia określone jest jako wynagrodzenie ryczałtowe. Płatność następuje na podstawie faktur częściowych, z których pierwsza faktura obejmuje 5% wynagrodzenia należnego Wykonawcy (w przypadku Odwołującego BBF sp. z o.o. jest to kwota 5850 zł netto + VAT) i wystawiona ma zostać po wykonaniu minimum 5% wartości nadzorowanych robót.

Odwołujący zauważył, że w dniu 30 czerwca 2025 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, zgodnie z pismem stanowiącym załącznik do dokumentacji. Zamawiający uzasadnia unieważnienie postępowania w ten sposób, że nie jest w stanie zawrzeć niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Zamawiającego, zakres świadczenia Wykonawcy się zmniejszył w związku z tym, że umowa na podlegające nadzorowi roboty budowlane jest już realizowana, a zatem na skutek przedłużającej się procedury udzielenia zamówienia zakres świadczenia Wykonawcy usług nadzoru się zmniejszył, w związku z czym doszło do naruszenia równowagi ekonomicznej stron na korzyść Wykonawcy i Zamawiający zmuszony byłby do zapłaty za usługi, których wykonawca nie wykonał. Zamawiający w informacji o unieważnieniu wskazuje, że dotychczasowy przerób robót budowlanych wynosi 5%.

Zaznaczył, że niniejsze postępowanie jest już trzecim postępowaniem odwoławczym w postępowaniu.

W zakresie zgłoszonego zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Zaznaczył, że zgodnie ze wspomnianym art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu. Podkreślenia wymaga, że unieważnienie postępowania na podstawie ww. przepisu jest możliwe w przypadku łącznego wykazania 3-ech przesłanek: (i) po pierwsze, że postępowanie jest obarczone wadą, (ii) po drugie, że jest to wada niemożliwa do usunięcia, (iii) po trzecie, że wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu.

Wywodził, że wszystkie one muszą wystąpić łącznie, aby Zamawiający był uprawniony do podjęcia decyzji w tym przedmiocie. Celem postępowania, do którego powinien dążyć Zamawiający, jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy. Unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy i może nastąpić tylko w przypadkach ściśle przewidzianych w ustawie, przy czym przesłanki tego unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a

sama czynność Zamawiającego powinna charakteryzować się konkretnym uzasadnieniem.

W ocenie Odwołującego - nie sposób uznać, by wystąpiła wada postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że pismo Zamawiającego z dnia 30.06 b.r. w sprawie unieważnienia postępowania wskazuje na podstawę prawną, w oparciu o którą Zamawiający unieważnił postępowanie, to jest art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nie zawiera jednak żadnej konkretnej podstawy prawnej, z której Zamawiający wywodzi wadliwość postępowania oraz żadnej konkretnej podstawy prawnej, która skutkować miałaby nieważnością umowy. Samo to w sobie skutkuje - zdaniem Odwołującego - koniecznością uwzględnienia niniejszego odwołania, ponieważ czynność unieważnienia postępowania jako czynność wyjątkowa i naruszająca uzasadnione interesy Wykonawców, ich nadzieje na osiągniecie spodziewanego zysku powinna być w sposób konkretny, przejrzysty, logiczny i zrozumiały uzasadniona, podczas gdy w niniejszym postępowaniu niestety nie jest.

Nie jest wiadomym dla Odwołującego na czym konkretnie miałaby polegać wadliwość postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu swego pisma kluczy, wskazując kolejno przedłużanie się postępowania na skutek postępowań odwoławczych, ale zdaniem Odwołującego fakt korzystania ze środków ochrony prawnej nie powoduje wadliwości postępowania.

Według Odwołującego - niniejsze postępowanie nie przedłużyło się w żaden wykraczający poza pewien standard udzielania zamówień publicznych sposób. Postępowanie zostało wszczęte dnia 18 marca b.r., a termin składania ofert wyznaczony został na dzień 31 marca b.r. Tym samym pomiędzy terminem składania ofert, a unieważnieniem postępowania minęły jedynie 3 miesiące.

Zaznaczył, że Zamawiający sam w treści pisma z unieważnieniem postępowania wskazuje, że to wcześniejsze odwołania spowodowały znaczne przedłużenie procedury. Tym samym Zamawiający wyciąga w stosunku do Wykonawców negatywne konsekwencje w związku ze skorzystaniem z nich z przysługujących im z mocy prawa środków ochrony prawnej. W takich sytuacjach unieważnienie nie może być traktowane instrumentalnie jako narzędzie dające legitymację prawną do swobodnego zakończenia postepowań, które z różnych względów stały się problematyczne – np. w wyniku zastosowanych przez wykonawców środków ochrony prawnej.

Zdaniem Odwołującego - starannie działający Zamawiający powinien prowadzić postępowanie na nadzór równolegle do postępowania na roboty budowlane dla zapewnienia optymalnej realizacji. Powody, dla których się na to nie zdecydowano nie są Odwołującemu znane, jednak zdaniem Odwołującego nie powinny skutkować przyznaniem Zamawiającemu uprawnień do wpływania na wynik niniejszego postępowania.

Przekonywał, że Zamawiający miał szereg możliwości przyspieszenia procedury w niniejszym zamówieniu, z których nie tylko nie skorzystał, ale jak wskażemy w dalszej części odwołania dodatkowo bezzasadnie je przedłużył. W ostateczności mógł również wstrzymać procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na roboty budowlane, wstrzymać podpisanie umowy, czy też wstrzymać przekazanie placu budowy, z czego również nie skorzystał.

Odwołujący podniósł, że jedynie postępowanie samego Zamawiającego skutkowało wydłużaniem się procedury. Postępowanie to obejmowało podejmowanie czynności sprzecznych z Pzp, skutecznie kwestionowanych następnie w drodze odwoławczej oraz zwykłe przedłużanie procedury przez Zamawiającego, co przykładowo widoczne jest po terminie wystosowania zawiadomienia o unieważnieniu postępowania będącego przedmiotem niniejszej sprawy; o niekorzystnym dla siebie rozstrzygnięciu w poprzedniej sprawie KIO 1904/25 Zamawiający dowiedział się lub mógł się dowiedzieć w dniu 11.06 b.r. gdy zapadł wyrok KIO, który dodatkowo ogłoszony został przed południem. Na kolejne unieważnienie postępowania Wykonawcy czekać musieli zatem prawie 3 tygodnie.

Podkreślił przy tym, że Odwołujący wielokrotnie wyszedł poza standardy należytej staranności i starał się za każdym razem przed wniesieniem odwołania uzmysłowić Zamawiającemu wadliwość postępowania, właśnie w celu przyspieszenia procedury i uniknięcia postępowań odwoławczych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w tym celu właśnie sformułował obszerne pismo datowane na dzień 05.05.2025 r. oraz pismo z dnia 12.06.2025 r. (oba pisma w aktach sprawy) oraz przesyłał komunikaty przez platformę Zamawiającego, które mogą nie być widoczne w dokumentach postępowania, w związku z tym, że nie są dokumentami, a jedynie komunikatami.

Zauważył, że Zamawiający większość uzasadnienia poświęca na rozważania dotyczące procedury zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zupełnie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, dodatkowo

wyciąga z tego błędne wnioski.

Odwołujący oświadczył, że działając z dalece posuniętej ostrożności procesowej, kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego interpretację przepisów Pzp odnośnie zamian w umowie, chociaż stoi na stanowisku, że w niniejszym przypadku umowa nie powinna być zmieniana i wynagrodzenie powinno być wypłacone w całości, co odpowiada charakterowi wynagrodzenia ryczałtowego.

Zarzucił, że Zamawiający pomija okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zmieniona bez ponownego przeprowadzenia postępowania zamówieniowego zgodnie np. z art. 455 ust 1 pkt 4 Pzp, a przepisy przewidują pewien rygoryzm jeśli chodzi o wzrost wynagrodzenia wykonawcy, natomiast nie jego zmniejszenie. Tym samym jeśli sam Zamawiający wskazuje, ze umowa powinna być zmieniona, a ustawa przewiduje tryb jej zmiany to nie zachodzi w niniejszym postępowaniu okoliczność, że wada jest niemożliwa do usunięcia. Zdaniem Odwołującego konieczność zmiany umowy również nie powoduje wadliwości postępowania, bez względu na to czy ona zachodzi czy też nie.

Wskazał, że Zamawiający zakwestionował przydatność zastosowania w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, ale jest ono całkowicie legalnym i powszechnie stosowanym modelem wynagrodzenia dla zbliżonych usług i fakt, że na skutek błędów i zaniechań Zamawiającego realizacja robót budowlanych poprzedza rozpoczęcie świadczenia usług nadzoru pozostaje bez wpływu na niniejsze postępowanie.

Podniósł również, że Zamawiający powołał się na zaistnienie sytuacji, która miałaby prowadzić do zachwiania równowagi ekonomicznej stron, jednak wynagrodzenie należne Wykonawcy ma charakter ryczałtowy, a wzór umowy opisuje jedynie terminy jego wypłaty w częściach.

Zaznaczył, że to Zamawiający jest wyłącznym dysponentem postępowania i określił warunki postępowania, w tym sposób wynagrodzenia i metody jego płatności w ten a nie inny sposób, co nie było sprzeczne z prawem, odpowiada praktyce realizacji zbliżonych zamówień i nie było kwestionowane przez nikogo czy to w drodze odwołań na treść SWZ, czy też nawet pytań i wniosków o zmianę SWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że przystępując do udziału w niniejszym postępowaniu wziął na siebie ryzyko, ponieważ dokumentacja przetargowa pomimo ryczałtowego charakteru ceny nie wskazuje jak długo usługa ma być realizowana. Wykonawca ma realizować usługi przez cały okres realizacji inwestycji do 90 dni po zakończeniu realizacji inwestycji, a wskazany w § 3 ust. 1 termin realizacji usługi ma charakter jedynie informacyjny, na co wskazuje posłużenie się słowem „przewidywany" i jego przekroczenie nie daje Wykonawcy żadnego roszczenia o zwiększenie wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego -tym samym ryczałtowy charakter wynagrodzenia wiąże się z pewnym ryzykiem dotyczącym terminu rozpoczęcia czy zakończenia świadczenia usługi dotyczącym obu stron stosunku prawnego, co wynika z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego.

Wskazał, że w opinii Zamawiającego jednak jedynie ryzyko przedłużania się realizacji po stronie Wykonawcy jest akceptowalne i jest rzeczą normalną, podczas gdy ryzyko jej skracania po stronie Zamawiającego już nie.

Argumentował, że przepis art. 457 Pzp nie przewiduje konsekwencji stwierdzenia nieważności czynności prawnej zawarcia umowy na skutek „naruszenia równowagi ekonomicznej" stron. Katalog przesłanek stwierdzenia nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarty w art. 457 Pzp jest katalogiem zamkniętym. Ze względu na wyjątkowy charakter tych norm nie powinny one podlegać wykładni rozszerzającej.

Odwołujący zaznaczył, że w piśmie Zamawiającego z dnia 30.06 b.r. przepis art. 457 Pzp nie jest w ogóle wspomniany i żadna z wymienionych w nim przesłanek unieważnienia postępowania choćby w sposób pośredni nie jest wskazana. Tym samym interpretacja przepisów prezentowana przez Zamawiającego co najmniej sprowadza się do dokonania dalece idącej wykładni rozszerzającej przepisów i objęciach ich dyspozycją przypadków, które nie wynikają z ich literalnej treści.

Według Odwołującego - zarówno w art. 255 pkt 6 jak i w ogóle w ustawie Pzp nie ma takiej przesłanki unieważnienia postępowania jak przedłużanie się procedury udzielenia zamówienia. Podobnie art. 457 pzp spośród przesłanek stwierdzenia nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego nie obejmuje umów zawartych po przedłużającej się procedurze zamówieniowej ani żadnych innych okoliczności choćby zbliżonych do stanu faktycznego opisywanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30.06 b.r. Tym samym nie wykazano czemu umowa miałaby podlegać unieważnieniu.

Odwołujący wskazał również, że w ostatnim zdaniu pisma z dnia 30.06 b.r. Zamawiający odwołał się do bliżej

nieokreślonych zasad wyrażonych w ustawie o finansach publicznych, jednak akt ten nie reguluje zdaniem Odwołującego procedury udzielania zamówień publicznych, a przepis art. 457 Pzp do ustawy tej nie odsyła.

Dalej Odwołujący wywodził, żepomijając kwestię braku wadliwości postępowania i braku przesłanek do stwierdzenia nieważności umowy również związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy nimi nie jest w żaden sposób opisany. Zamawiający najwyraźniej chciałby w nieco inny niż obecnie sposób opisać sposób rozliczania umowy, ale samo to w sobie nie jest wadą postępowania i rozliczenie ryczałtowe nie skutkuje nieważnością umowy. Tym samym unieważnienie postępowania staje się środkiem bezprawnym i zdecydowanie zbyt daleko idącym.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wszelkie przesłanki, które stały się podstawą aktualnie kwestionowanego unieważnienia postępowania istniały już wcześniej, ale wcześniej zdaniem Zamawiającego nie powodowały takiego skutku. Zamawiający postępowanie na realizację robót budowlanych prowadził już w 2024 r., dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z dniem 06.03 b.r. i zgodnie z informacjami Odwołującego podpisał umowę na roboty budowlane na przełomie marca i kwietnia b.r. Tymczasem wybór oferty w niniejszym postępowaniu nastąpił dopiero z końcem kwietnia b.r., a więc już w trakcie realizacji umowy na roboty budowlane. Wtedy nie było to problemem, ale wybrano innego wykonawcę i Zamawiający najwyraźniej nie spodziewał się, że wybór ten będzie kwestionowany.

Co niezwykle ważne dla rozstrzygnięcia sprawy - zdaniem Odwołującego - w niniejszej sprawie nie wystąpiły żadne niezależne od stron okoliczności o charakterze zewnętrznym, które miałyby wpływ na procedurę.

Podkreślił, że udzielenie niniejszego zamówienia nadal leży w interesie publicznym. Roboty budowlane, które miały być nadzorowane są nadal realizowane. W piśmie z unieważnieniem postępowania Zamawiający wskazał również, że zmienia się charakter umowy, co również nie ma miejsca.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że Zamawiający najpierw pisze o „znacznym zmniejszeniu zakresu świadczeń Wykonawcy", by następnie wskazać, że na dzień unieważnienia postępowania przerób robót budowlanych wyniósł jedynie 5%, co jak wskazywano na wstępie skutkowałoby koniecznością wypłacenia Odwołującemu kwoty 5850 zł netto. Zakres zobowiązań Wykonawcy w niniejszym postępowaniu obejmuje etap realizacji robót budowlanych oraz etap po ich zakończeniu.

Tym samym - zdaniem Odwołującego - posługiwanie się sformułowaniem „znacznego zmniejszenia" jest niezasadne. W rzeczywistości roboty budowlane obejmują na chwilę obecną jedynie fundamenty, tym samym zespół wykonawcy, obejmujący między innymi inspektorów w branżach instalacyjnych, w części nawet by nie był jeszcze zaangażowany.

Wskazał, że minęły prawie 3 tygodnie od poprzedniego wyroku KIO w niniejszej sprawie do kolejnego unieważnienia postępowania. Gdyby nie ta zwłoka to przerób robót budowlanych prawdopodobnie nie przekroczyłby nawet tych 5%.

Według Odwołującego - nie można zatem mówić o istotności domniemanego przez Zamawiającego naruszenia nawet jeśli ono faktycznie by zaistniało, chociaż Odwołujący konsekwentnie stoi na stanowisku, że Zamawiający nie tylko nie udowodnił żadnego związku pomiędzy wadą postępowania, a ważnością umowy, ale również nie udowodnił żadnej wady postępowania i nie wskazał żadnej podstawy nieważności umowy.

Ponadto Odwołujący powołał się na orzecznictwo oraz doktryna z poglądem, że „Nieważnością w powyższym wypadku musi być dotknięta cała umowa w rozumieniu starego art. 457 ust. 1 PrZamPubl. Należy dodać, że wada, o której mowa w art. 255 pkt 6 PrZamPubl, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 255 pkt 6 PrZamPubl decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej, jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego" (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10). Skoro kwestionowane jest tylko 5% należnego Wykonawcy wynagrodzenia, to niekwestionowanym jest ważność pozostałych 95% umowy, a zatem przesłanka nieważności całości umowy się nie ziszcza.

Analizując całokształt niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający po prostu nie chce udzielić zamówienia Odwołującemu i traktuje unieważnienie postępowania jako element strategii procesowej przed KIO oraz mechanizm wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący wnosił by przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy wziąć pod uwagę jaki skutek miałaby ona dla całego systemu zamówień publicznych, bowiem przepisy Pzp nie zawierają ani wiążących zamawiających terminów na dokonywanie czynności, ani nie dają wykonawcom narzędzi wpływu na zamawiających by procedury były realizowane w

rozsądnych terminach. Tym samym jeśli przedłużanie się postępowania na skutek działań zamawiających miałoby być skuteczną przesłanką dla unieważnienia postępowania, to wystarczającym do jej ziszczenia się dla zamawiających byłoby poczekać jeśli chcieliby oni mieć wpływ na wynik postępowania, co nie powinno mieć miejsca.

Jeśli chodzi o dotychczasowe orzecznictwo KIO mające zastosowanie w niniejszej sprawie, to Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o uwzględnienie przede wszystkim orzecznictwa zapadłego w niniejszym postępowaniu w sprawie o sygn. KIO 1904/25, gdzie Izba wypowiedziała się na temat konieczności ścisłego trzymania się przesłanek unieważnienia postępowania.

Powołał się przykładowo na orzeczenie w sprawie KIO 4425/24 dotyczącеunieważnienia w oparciu o inną podstawę prawną z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp), gdzie stwierdzono: „Innymi słowy, zaistnienie tej przesłanki umożliwiającej unieważnienie postępowania dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może być zastosowane tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (…) Zamawiający zdawał sobie także sprawę, a przynajmniej powinien zdawać sobie sprawę, że zadawanie w postępowaniu pytań czy korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zjawiskiem nadzwyczajnym, niespotykanym czy wyjątkowym. Zatem planując postępowanie obowiązkiem Zamawiającego było uwzględnić co najmniej minimalną liczbę dni dla składania ofert, okoliczność zadawania pytań do opisu przedmiotu zamówienia czy warunków udziału w postępowaniu, konieczność uzyskania od wykonawców dokumentów podmiotowych, możliwość wyjaśniania i uzupełniania tych dokumentów, badanie poziomu ceny, czy właśnie czas składający się na korzystanie ze środków ochrony prawnej”.

Odnośnie rygoryzmu w unieważnianiu postępowania zwrócił uwagę, że wypowiedziała się KIO w wyroku z 3.10.2022 r., KIO 2460/22 „Odmiennie natomiast uregulowana jest podstawa unieważnienia z art. 255 pkt 6 ustawy w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy, która nie pozostawia żadnego zakresu dowolności. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia Zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności", zaś o przedłużającym się postępowaniu KIO 1366/16: „W ocenie Izby okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia nawet przy uwzględnieniu reżimu przewidzianego przepisem art.144 ust.1 ustawy Pzp”.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie na podstawie art. 521 ustawy Pzp stojąc na stanowisku, iż zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne i wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 30 czerwca 2025 roku unieważnił postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórnym na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie to obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Według Zamawiającego - zarzut Odwołującego, że unieważnienie postępowania nie zawiera konkretnej podstawy prawnej, z której Zamawiający wywodzi wadliwość postępowania oraz konkretnej podstawy prawnej, która skutkować miałaby nieważnością umowy jest bezzasadny.

Zamawiający podniósł, że unieważnił postępowanie na podstawie przesłanki wynikającej wprost z ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zgodnie z art. 260 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (w załączeniu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania).

Zamawiający stwierdził, że prowadząc to postępowanie działa bez zbędnej zwłoki.

Wskazał, że Zamawiający z powodu nie uczestniczenia fizycznie w rozprawie sygn. akt. KIO 1904/25 w dniu 11 czerwca 2025r., wystąpił w dniu 12 czerwca 2025r. z wnioskiem o udostępnienie e-protokołu z posiedzenia KIO 1904/25.

Biuro Odwołań udostępniło w dniu 20 czerwca 2025r. godz. 10:25 nagranie audio-wideo z posiedzenia/rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej oraz publikacji orzeczenia w sprawie postępowania odwoławczego.

Wyjaśnił, że w międzyczasie w dniu 16 czerwca 2025r. na podstawie otrzymanej sentencji orzeczenia zapadłego w dniu 11 czerwca 2025r. w sprawie KIO 1904/25, Zamawiający sporządził zawiadomienie o unieważnieniu unieważnienia, które zostało wysłane do wykonawców i umieszczone na stronie prowadzonego postępowania w dniu 17 czerwca 2025r.

Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z nagraniem i wyrokiem KIO 1904/25 wraz z uzasadnieniem, które wpłynęło do Zamawiającego w formie pisemnej w dniu 30 czerwca 2025r., dokonał ponownej analizy dokumentacji postępowania, gdzie opisany przebieg postępowania Zamawiającego wskazuje, że zarzut Wykonawcy dotyczący wydłużania procedury przez Zamawiającego jest bezpodstawny.

Dodatkowo, według Zamawiającego - zarzut Odwołującego, że gdyby nie zwłoka Zamawiającego 3 tygodni od dnia wyroku KIO w niniejszej sprawie do daty unieważnienia postępowania, to przerób robót budowlanych nie przekroczyłby 5%, jest niezasadny. Na dzień 11 czerwca 2025r. przerób robót budowlanych osiągnął poziom powyżej 6%. Na dzień 30 czerwca 2025r. Zamawiający podpisał protokół odbioru robót, gdzie stan zaawansowania był na poziomie 8,33%.

Zdaniem Zamawiającego - zarzut Odwołującego, że skoro ustawa Pzp przewiduje możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp to nie zachodzi w niniejszym postępowaniu okoliczność, że wada jest niemożliwa do usunięcia, jest bezpodstawny.

Argumentował, że wskazana przez Odwołującego podstawa prawna nie ma zastosowania w okolicznościach koniecznych zmian umowy, opisanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 30 czerwca 2025r. Zarówno przesłanki wynikające z tego przepisu jak i ryczałtowy charakter zamówienia nie pozwala na dokonanie przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia.

Zauważył, że sam Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że umowa nie powinna być zmieniana i wynagrodzenie powinno być wypłacone w całości, co odpowiada charakterowi wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający podkreślił, że stanowisko Odwołującego jednoznacznie potwierdza przewidywania Zamawiającego do konieczności zapłaty wynagrodzenia również za niewykonaną przez Wykonawcę część usługi.

Istotne w sprawie, na co Zamawiający zwrócił szczególną uwagę, że w niniejszej sprawie uległ zmianie przedmiot zamówienia, a ściślej mówiąc jego rozmiar, który z upływem czasu nadal się zmienia.

Podniósł, że w chwili unieważnienia postępowania przedmiotem zamówienia nie było już pełnienia nadzoru nad wykonaniem całości wykonanej inwestycji, lecz jej niewykonaną częścią.

Z uwagi na fakt, że budowa obiektu trwa i nie można precyzyjnie przewidzieć nad jaką częścią Wykonawca będzie pełnił nadzór należało ustalić – w ocenie Zamawiającego - inny sposób obliczenia i wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy, w taki sposób aby nie płacić po raz drugi za część pracy już wykonanej, lecz ustalić takie zasady, które pozwolą rzetelnie porównać oferty uwzględniające fakt, iż Wykonawca dokona nadzoru pozostałych w chwili podpisania umowy robót i uwzględni to w złożonej ofercie.

Ponadto Zamawiający stanął na stanowisku, że Odwołujący niewątpliwie nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, co jak wskazał potwierdza to m.in. oświadczenie Odwołującego na rozprawie KIO 1904/25, gdzie Odwołujący wyraźnie oświadczył, że składając odwołanie nie zależy mu na uzyskaniu zamówienia, a udział w rozprawie traktuje ambicjonalnie (nagranie rozprawy KIO w00:22:50 minucie). Zamawiający jest przekonany, że motywacje Odwołującego w tej kwestii nie zmieniły się.

Zamawiający zaznaczył, że na zawiadomienie o unieważnieniu postępowania żaden inny Wykonawca nie złożył przystąpienia do postępowania odwoławczego ani nie złożył swojego odwołania, co potwierdza że Wykonawcy zgadzają się z decyzją Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, a także treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, w tym załącznika nr 7, odwołanie, ofertę Odwołującego, umowę nr WOP.272.2.178.2025 z dnia 21 maja 2025 r., zawiadomienia o unieważnieniu postepowania z dnia 30 czerwca 2025 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 sierpnia 2025 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2025 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16, art.255 pkt 6 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że zasadniczym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczną podstawę prawną do unieważnienia przedmiotowego przetargu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2025 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podając, następującą motywację do tej czynności: „(…) Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym złożone wcześniej odwołania Wykonawców (sygn. akt KIO 1769/25, KIO 1904/25) spowodowały znaczne przedłużenie prowadzonej procedury. W wyniku wcześniej złożonych odwołań, Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórnym, która jest już obecnie realizowana. Realizacja budowy Liceum wymaga konieczność powołania przez Zamawiającego inspektora nadzoru. Brak możliwości wstrzymania inwestycji, do czasu wybrania inspektora nadzoru oraz realizacji jej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pod nadzorem inspektora nadzoru, skutkowało tym, że Zamawiający był zmuszony zawrzeć umowę na pełnienie funkcji inspektora nadzoru bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do czasu kiedy zostanie wyłoniony inspektor nadzoru w prowadzonej procedurze. W wyniku powyższego Zamawiający nie może kontynuować tego postępowania w takim kształcie, ponieważ zawarcie umowy na warunkach wynikających z projektu umowy, który jest załącznikiem do SWZ, wymagałyby wprowadzenia zmian do umowy, a zmiany te byłyby zmianami istotnymi w myśl art. 454 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zmianą istotną w tym postępowaniu, która powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, jest znaczne zmniejszenie zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy. Wykonawca przejmie pełnienie funkcji inspektora nadzoru w trakcie realizacji inwestycji, gdzie część prac będzie już wykonana przez inny podmiot. Zakres nie obejmie całego okresu realizacji inwestycji. Taka sytuacja narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie. Zgodnie z zapisami projektu umowy, gdzie wynagrodzenie jest ryczałtowe, Wykonawca nabywa prawo do wynagrodzenia za prace, których nie wykona. Z harmonogramu płatności zawartego w projekcie umowy w 56 ust. 1 wynika, że na dzień dzisiejszy wykonawcy należy się łącznie 5% wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 pkt. 1 umowy. Nadzór w tym zakresie został już wykonany przez inspektora nadzoru, o którym mowa wyżej (zatrudniony bez stosowania Prawo zamówień publicznych) i za wykonaną już pracę to jemu Zamawiający jest zobowiązany wypłacić wynagrodzenie. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i zawarcie umowy na warunkach wynikających z oferty i projektu umowy zawartego w specyfikacji warunków zamówienia, nie pozwala Zamawiającemu i Wykonawcy na zmianę ceny oferty. Taka sytuacja stawia Wykonawcę w lepszej sytuacji ekonomicznej niż określona stosownie do zawartej w przyszłości umowy, a Zamawiającego w sytuacji gdzie jest zobowiązany zapłacić za niewykonane świadczenie. Powyżej opisana sytuacja powoduje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta ma charakter nieusuwalny, którego nie można naprawić w tym postępowaniu.

Reasumując zmiana zakresu przedmiotu zamówienia, sposobu rozliczania prac wskazana w specyfikacji warunków zamówienia w stosunku do zmian jakie należałoby wprowadzić aby zawrzeć umowę jest zmianą istotną, a zgodnie z art. 454 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższych przyczyn unieważnienie postępowania stało się konieczne i w pełni uzasadnione przepisami prawa.

Ponadto w obecnej sytuacji na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w nowym postępowaniu takiego sposobu rozliczenia świadczonej usługi, który pozwoli na faktyczne rozliczenie od chwili przejęcia przez wybranego wykonawcę jej realizacji. Sposób rozliczenia usługi musi uwzględnić w obecnej sytuacji niewiadomy termin rozpoczęcia realizacji zadania oraz zakres zadania jaki pozostał do wykonania, z uwagi na nieznany termin zakończenia

postępowania i zawarcia umowy.

Prowadzenie postępowania na podstawie SWZ w obecnym kształcie nie umożliwia uwzględnienia powyższych okoliczności i prawidłowego wyboru wykonawcy zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie o finansach publicznych, gdyż prowadzi do dwukrotnej zapłaty za wykonane już prace. W tym wypadku niezbędnie stało się zredagowanie nowej umowy (a tym samym nowej specyfikacji warunków zamówienia) kształtującej zasady wynagradzania, które dostosowane będą do nowego stanu faktycznego, odmiennego od tego, który miał miejsce w chwili ogłaszania unieważnianego (niniejszego) postępowania.”.

Biorąc pod uwagę powyższą treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, a także powołaną przez Zamawiającego podstawę prawną uzasadniającą jego czynność wymaga podkreślenia, że był on zobowiązany do ścisłego wykazania, wszystkich przesłanek określonych w przepisie art.255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przekonaniu Izby - Zamawiający nie udowodnił wystąpienia okoliczności wymienionych w powyższym przepisie.

W szczególności Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że niemożliwą do usunięcia wadę postępowania może powodować przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Według zapatrywania Izby - z powyższego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania może pośrednio wynikać, że Zamawiający możliwe do wprowadzenia w przyszłości zmiany do umowy utożsamia z powstałą wadą postępowania przetargowego.

Zdaniem Izby – takie wnioskowanie nie jest prawidłowe i jest zbyt daleko idące wobec wyraźnej treści przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp.

Wymaga również wskazania, że Zamawiający w sposób bardzo ogólny przedstawił w uzasadnieniu do czynności unieważnienia postępowania okoliczność zmiany zakresu umowy, a także nie wyjaśnił jaki wpływ taka istotna zmiana miałaby na kształt zawieranej umowy.

Dodatkowo, poza sporem jest okoliczność, że Zamawiający w każdym przypadku umów na pełnienie funkcji inspektora nadzoru posługuje się formułą wynagrodzenia ryczałtowego, wobec czego nie występuje konieczność zrezygnowania z takiego rozliczenia (zmiany umowy) przy uwzględnieniu jednak treści § 6 ust.1 załącznika nr 7 do SWZ (vide: odpowiedni tiret tego postanowienia umownego, gdzie zapłata części wynagrodzenia jest uzależniona od procentu zaawansowanych prac).

W ocenie Izby – w takim przypadku Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia jedynie w granicach § 6 ust.1 załącznika nr 7 do SWZ.

Powyższe rozumowanie Izby znalazło swoje potwierdzenie w wyroku z dnia 2 lipca 2021 r. (sygn. akt III CSKP 82/21) Sądu Najwyższego, gdzie ten stanął na stanowisku, że „(…)Nie znajduje uzasadnienia pogląd Sądu o bezwzględnym związaniu wskazaną kwotą wynagrodzenia ryczałtowego. W orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli ustalono je w formie ryczałtu, a roboty nie zostały wykonane w całości tylko w części to wynagrodzenie należne powinno być określone proporcjonalnie do wykonania (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84, z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 389/14).(…)”.

Izba również uznała za irrelwantną dla rozstrzygnięcia zagadnienia właściwego zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.255 pkt 6 ustawy Pzp i bezsporną okoliczność zaawansowania prac (patrz przedłożony przez Zamawiającego dowód z wyciągu z aktualnego zaawansowania prac).

Z powyższych względów komentowany stan rzeczy nie stanowi niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem Izba uznała, że Zamawiający bezzasadnie zastosował przepis art.255 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego – zdaniem Izby - Zamawiający naruszył przepis art.16 ustawy Pzp prowadząc przetarg bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Na marginesie, co zostało przyznane na rozprawie przez Zamawiającego w chwili obecnej ponosi on znacznie większe koszty związane z realizacją umowy nr WOP.272.2.178.2025 z dnia 21 maja 2025 r. na zastępczy nadzór inwestorski, w związku z tym wszelkie jego deklaracje o ciążącym na nim obowiązku wynikającym z ustawy o finansach publicznych nie pozostają w zgodzie z powyższym przyznaniem i z ustaleniami wynikającymi z porównania wynagrodzenia z oferty Odwołującego i tego zawartego w cyt. wyżej umowie.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:……