Sygn. akt: KIO 132/26

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 9 stycznia 2026 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie,**w postępowaniu prowadzonym przez **Europejskie Centrum Solidarności w Gdańsku**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 845 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące osiemset czterdzieści pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę, w tym inne uzasadnione wydatki.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 845 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące osiemset czterdzieści pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę, w tym inne uzasadnione wydatki.

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 132/26

Uzasadnienie

Zamawiający – Europejskie Centrum Solidarności w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Bieżąca obsługa, serwis i konserwacja budynku Europejskiego Centrum Solidarności wraz z terenem przyległym”, nr postępowania: WFZP.0261.09.25.AL.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2025 r. pod numerem: OJ S 182/2025, 619560-2025.

W dniu 9 stycznia 2026 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, które miały miejsce w Postępowaniu, w tym wobec czynności z dnia 30 grudnia 2025 r. (pismo nr WFZP.0261.09.25.AL) polegającej na unieważnieniu Postępowania oraz na odrzuceniu oferty Odwołującego, a także wobec zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujący przepisów:

1.art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 459 PZP i art. 460 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, dokonane 30 grudnia 2025 r., przejawiające się w błędnym uznaniu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to wada miałaby polegać na rozbieżności w dokumentach:

(i)zamieszczeniu w Sekcji 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu żądania złożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, informacji o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz jednocześnie

(ii)niezamieszczeniu w SWZ żądania przedłożenia podmiotowego środku dowodowego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2 lit. a SWZ warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej,

co miałoby stanowić istotne (kwalifikowane) naruszenie przepisów PZP, ze względu potencjalny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w postaci możliwości ograniczenia liczby zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców, którzy na etapie analizy ogłoszenia o zamówieniu, w odniesieniu do żądania złożenia informacji o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej, podjęli decyzję negatywną i do postępowania nie przystąpili, tymczasem bazując wyłącznie na treści SWZ, gdzie takiego żądania nie było, wykonawcy ci mogli hipotetycznie podjąć przeciwną decyzję i skutecznie złożyć ofertę;
pomimo tego, że okoliczności takie nie stanowią wcale wady Postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z czym nie zaistniały wcale podstawy do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, w szczególności dlatego, że:
- warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej został skutecznie ustanowiony w Postępowaniu, tj. w Rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2 lit. a SWZ oraz w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, w związku z czym jego spełnienie było wymagane dla złożenia oferty, natomiast kwestia potwierdzenia spełniania warunku ma znaczenie wtórne względem samego warunku (niezależnie od weryfikacji spełnienia warunku, ofertę w Postępowaniu mogli złożyć wyłącznie wykonawcy, którzy warunek spełniali), przez co opisana przez Zamawiającego drobna rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem o zamówienia a SWZ nie mogła, choćby potencjalnie, wpłynąć na podjęcie decyzji przez wykonawców o złożeniu oferty (w Postępowaniu nie mógł wziąć udziału podmiot niespełniający warunku udziału w Postępowaniu),
- z przepisów prawa nie wynika nawet wymaganie wskazywania w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wykazu podmiotowych środków dowodowych, a ogłoszenie o zamówieniu jest raczej wstępnym dokumentem, na podstawie którego może powstać wstępne zainteresowanie kontraktem, jednak podjęcie decyzji o złożeniu oferty wymaga analizy całości dokumentacji Postępowania i musi być poprzedzone szczegółowym zapoznaniem się z SWZ,
- dodatkowo opisana przez Zamawiającego sytuacja nie stanowi przypadku, w którym Zamawiający z naruszeniem ustawy udzieliłby zamówienia, zawarłby umowę ramową lub ustanowiłby 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 miałyby znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert,
co doprowadziło do unieważnienia Postępowania w sytuacji, kiedy nie zachodziły podstawy do takiego unieważnienia i skutkowało nieuzasadnionym brakiem wyboru najkorzystniejszej oferty,
2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP w związku z art. 128 ust. 1, w tym art. 128 ust. 1 pkt 2 oraz art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 459 PZP i art. 460 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, dokonane dnia 30 grudnia 2025 r., wynikające ze stwierdzenia, że Odwołujący nie złożył podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej jednego z urzędujących członków organu nadzorczego tj. Pana M.W., co miałoby być powiązane z brakiem możliwości wezwania Wykonawcy do uzupełnienia tego braku z uwagi na rzekome zaistnienie podstaw do unieważnienia Postepowania i co miałoby skutkować koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego;
pomimo tego, że:
- w sprawie nie zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania, w związku z czym Zamawiający musiał kontynuować badanie podmiotowe Odwołującego i wezwać go do uzupełnienia brakującego podmiotowego środka dowodowego,
- a nawet gdyby taka podstawa do unieważnienia Postępowania zaistniała (co Odwołujący kwestionuje), to nie byłoby wtedy podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie do unieważnienia Postępowania, gdyż Zamawiający musiałby kontynuować badanie podmiotowe Odwołującego i wezwać go do uzupełnienia brakującego podmiotowego środka dowodowego, czego nie uczynił,
co doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, a także do zaniechania badania podmiotowego i zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty.
Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:
1.uwzględnienie odwołania,
2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający:
a. unieważni czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
b. dokona ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wykonanych czynności,

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 lutego 2026 r. (pismo z dnia 9 lutego 2026 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.
Zgodnie z 459 ustawy PZP:
1. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie:
1) zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455;
2) umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1.
2. Uprawnienie, o którym mowa w ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub jej zmiany.
Zgodnie z art. 460 ustawy PZP, o unieważnienie umowy może wystąpić wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, w przypadku, o którym mowa w . Uprawnienie to wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy.
Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Izba zważa, iż zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 459 PZP i art. 460 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania, dokonane 30 grudnia 2025 r., przejawiające się w błędnym uznaniu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego, która to wada miałaby polegać na rozbieżności w dokumentach, jest w ocenie Izby niezasadny.
Izba zważa, iż w dniu 30 grudnia 2025 r. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, iż: „Działając na podstawie art. 260 ust. 2 w zw. z art. 255 pkt 6, a także dalszych wskazanych w uzasadnieniu przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) – zwanym dalej także „Ustawą Pzp" – Zamawiający informuje o unieważnieniu postępowania ze względu na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego polega na rozbieżności treści Specyfikacji warunków zamówienia (dalej także: „SWZ") oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie żądanych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający postawił w Rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2 lit. a SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wymagając od wykonawców posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 400 000 zł. Jednocześnie w treści Rozdziału 7 SWZ, który obejmuje wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie przed wyborem oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie wskazał na potwierdzenie tego warunku żadnego podmiotowego środka dowodowego, poprzestając na żądaniu środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących zdolności zawodowych wykonawców. Jednocześnie jednak w treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu opublikowanego w dniu 23 września 2025 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (nr publikacji 619560-2025, https://ted.europa.eu/pl/notice/-/detail/619560-2025), w Sekcji 5.1.9 opisującej warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, Zamawiający zawarł żądanie złożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Treść ogłoszenia nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości, brzmi ono w tym zakresie następująco: „(…) *Wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, zobowiązany będzie złożyć, w terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej*". Ogłoszenie nie zostało w tym zakresie zmodyfikowane przez żadną z jego zmian, które nastąpiły odpowiednio w dniach 14 października 2025 r. oraz 4 listopada 2025 r. Zarówno SWZ, jak i ogłoszenie o zamówieniu określają warunki tego samego zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu nie może być przy tym sprzeczne z dokumentami zamówienia, co wynika nie tylko z zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postepowania, o których mowa w przepisie art. 16 pkt 1 oraz pkt 2 Ustawy Pzp. Szczegółowe przepisy Ustawy Pzp, jak choćby art. 134 ust. 4 Ustawy Pzp, stoją na straży zgodności ogłoszenia o zamówieniu z dokumentami zamówienia wymuszając zmianę ogłoszenia w sytuacji, gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. Wada została przez Zamawiającego zauważona dopiero po upływie terminu składania ofert, na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną, tj. FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie. Jest to wada nieusuwalna na tym etapie postępowania, bowiem przepis art. 137 ust. 1 Ustawy Pzp nie pozwala dokonać zmiany treści SWZ po upływie terminu składania ofert. Ewentualnie zawarta umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia podlegałaby unieważnieniu na podstawie przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp ze względu na to, że niezachowanie spójności SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu stanowi istotne (kwalifikowane) naruszenie przepisów Ustawy Pzp – miało bowiem potencjalny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ów wpływ przejawia się potencjalną możliwością ograniczenia liczby zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców, którzy na etapie analizy ogłoszenia o zamówieniu, w odniesieniu do żądania złożenia w postępowaniu informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, podjęli decyzję negatywną i do postępowania nie przystąpili nie składając ofert. Tymczasem, bazując wyłącznie na treści SWZ, gdzie takiego żądania nie było, wykonawcy ci mogli podjąć przeciwną decyzję i skutecznie złożyć ofertę. O unieważnienie ewentualnej umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp wystąpić mogą Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz Wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, w okresie 4 lat od dnia zawarcia umowy, co wynika z przepisów, odpowiednio, art. 459 oraz 460 Ustawy Pzp".
Biorąc powyższe pod uwagę, niewątpliwie w realiach niniejszej sprawy, w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w SWZ, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej poprzez wskazanie, iż: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400 000 zł". Jednocześnie w treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, zobowiązany będzie złożyć, w terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową

wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, przy czym w treści SWZ, wśród wymaganych od wykonawców podmiotowych środków dowodowych, w rozdziale 7 (Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie przed wyborem najkorzystniejszej oferty), Zamawiający nie wymienił ww. podmiotowego środka dowodowego.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż ogłoszenie o zamówieniu nie może być sprzeczne z dokumentami zamówienia, w tym SWZ, co wynika nie tylko z zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP).

Tym samym, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego na rozprawie, że „nikt nie korzysta z ogłoszenia", w niniejszym postępowaniu możliwe było oparcie się przez wykonawcę wyłącznie na treści ogłoszenia o zamówieniu, co mogło spowodować, że dany wykonawca nie korzystał z SWZ i nie dokonał jej analizy, a w konsekwencji nie podjął czynności zmierzających do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Jak zwrócono uwagę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 września 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 92/21: *Zamawiający powinien zatem dochować należytej staranności sporządzając obydwa dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie przywołanych zasad (…) Wykonawcy zapoznając się tylko z ogłoszeniem o zamówieniu mogą podjąć decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu albo, widząc zbyt małe szanse na wygranie postępowania, mogą podjąć decyzję o nie braniu udziału w postępowaniu*".

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby rozbieżność w zakresie podmiotowych środków dowodowych stanowiła jedynie „drobną rozbieżność", stwierdzając, iż: „Brak pytań ze strony wykonawców potwierdza, że taka drobna rozbieżność nie miała wpływu na ich decyzje o udziale w Postępowaniu" (strona 8 odwołania).

Należy bowiem zauważyć, iż kwalifikacja podmiotowa to nie tylko warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, ale także podmiotowe środki dowodowe żądane od wykonawców, których, jak słusznie zauważa Zamawiający „analiza przesądza o tym, czy dany warunek udziału w postępowaniu uznaje się za spełniony lub daną podstawę wykluczenia za niedotyczącą wykonawcy". Tym samym, podmiotowe środki dowodowe nie mają, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, wtórnego charakteru wobec postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Poza tym, twierdzenia Odwołującego, iż: „Tymczasem Zamawiający zakłada, że znaleźliby się wykonawcy, którzy złożyliby takie nieprawdziwe oświadczenie", o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest w ocenie Izby irrelewantne dla rozstrzygnięcia niniejsze sprawy, patrząc przez pryzmat rozbieżności co do wymaganego podmiotowego środka dowodowego w ogłoszeniu o zamówieniu, a jego braku w SWZ. To samo dotyczy argumentacji Odwołującego, iż: „taki wymagany dokument możliwy jest do zdobycia bez żadnego trudu niemalże natychmiastowo".

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż w świetle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), za błędny należy uznać pogląd Odwołującego, jakoby nie istniały przepisy prawa, które nakazywałyby Zamawiającemu na zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o wymaganych podmiotowych środkach dowodowych.

W ocenie Izby, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż artykuł 49 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, iż ogłoszenie o zamówieniu ma zawierać informacje określone w załączniku V do tej dyrektywy, w jego części C, która określa Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu w treści ust. 11:

„11. Warunki udziału, w tym:

a) w stosownych przypadkach wskazanie, czy zamówienie publiczne zastrzeżone jest dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja ograniczona jest do programów zatrudnienia osób niepełnosprawnych;

b) w stosownych przypadkach wskazanie, czy świadczenie usługi jest zastrzeżone przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi dla określonych zawodów; odniesienia do odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych;

c) lista i krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów; wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja)."

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i pozostała dokumentacja postępowania, w tym w szczególności SWZ, są dokumentami równoważnymi i powinny być ze sobą spójne. Potwierdza powyższe między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 49/14, zgodnie z którym: „*Jakkolwiek Specyfikacja i Warunki Zamówienia jest niewątpliwie dokumentem bardziej szczegółowo i wszechstronnie opisującym wymagania udziału w postępowaniu i przedmiot zamówienia w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu, to podkreślić należy, że Prawo zamówień publicznych w swej treści nie posiada przepisu, który*

hierarchizowałby wymienione dokumenty. Za trafne uznać należy zatem stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym przyjmuje się, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób przyjąć, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem ważniejszym od ogłoszenia o zamówieniu".
W podobnym duchu wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 939/10, w którym Izba stwierdziła, że: „(…)*ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów SIWZ nad treścią ogłoszenia. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać np. sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymieniając przy tym taki sam katalog dokumentów, które należy wraz z ofertą przedłożyć*".
W związku z powyższym, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, że „żaden rozsądny, profesjonalny podmiot nie podjąłby decyzji o rezygnacji z udziału w Postępowaniu wyłącznie na podstawie informacji o podmiotowych środkach dowodowych wynikających z ogłoszenia o zamówieniu (…)".
Izba zważa, iż ze względu na fakt, iż Zamawiający zauważył powyższe rozbieżności między ogłoszeniem o zamówieniu a treścią SWZ dopiero po upływie terminu składania ofert (nie było co do tego sporu), doprowadziło to do sytuacji, że w ocenie Izby rozbieżność ta stanowi wadę postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.
Nadto Izba zważa, iż wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w ocenie Izby z taką właśnie sytuacją (niedającą się usunąć wadą postępowania) mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy, gdzie niezachowanie spójności SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy PZP, a w konsekwencji w takim przypadku zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (co wynika z art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy PZP) miałoby znaczenie dla sporządzenia ofert, a tym samym potencjalny wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
W związku z powyższym, w ocenie Izby, rację ma Zamawiający, który stwierdził w informacji o unieważnieniu postępowania, iż: „Ów wpływ przejawia się potencjalną możliwością ograniczenia liczby zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców, którzy na etapie analizy ogłoszenia o zamówieniu, w odniesieniu do żądania złożenia w postępowaniu informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, podjęli decyzję negatywną i do postępowania nie przystąpili nie składając ofert. Tymczasem, bazując wyłącznie na treści SWZ, gdzie takiego żądania nie było, wykonawcy ci mogli podjąć przeciwną decyzję i skutecznie złożyć ofertę".
Konkludując, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.
Odnosząc się zaś do zarzutu nr 2, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP w związku z art. 128 ust. 1, w tym art. 128 ust. 1 pkt 2 oraz art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 459 PZP i art. 460 PZP, a także art. 16 pkt 1-3 PZP, w ocenie Izby zarzut ten podlega oddaleniu.
Izba zważa, iż Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania w stosunku do Odwołującego wskazał, iż: „Oferta złożona przez FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy Pzp ze względu na to, że Wykonawca ten nie złożył w terminie przewidzianym w wezwaniu z dnia 11.12.2025 roku podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej jednego z urzędujących członków organu nadzorczego tego Wykonawcy, tj. Pana M.W.. O tym, iż wskazana osoba jest urzędującym członkiem rady nadzorczej Wykonawcy, Zamawiający powziął informację z odpisu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego złożonego przez Wykonawcę. Zamawiający nie jest przy tym uprawniony do wezwania Wykonawcy do złożenia brakującego podmiotowego środka dowodowego na postawie art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, ze względu na dyspozycję tego przepisu, która wyklucza takie wezwanie m.in. w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania".
Izba zważa, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, z kolei w myśl
art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba zważa, iż niewątpliwie Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, iż oferta Odwołującego „podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy Pzp ze względu na to, że Wykonawca ten nie złożył w terminie przewidzianym w wezwaniu z dnia 11.12.2025 roku podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej jednego z urzędujących członków organu nadzorczego tego Wykonawcy, tj. Pana M.W.".

Biorąc powyższe pod uwagę, argumentacja Zamawiającego, że „nie odrzucił żadnej z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Poinformował jedynie o tym, że każda z ofert podlega odrzuceniu. Jest to istotna różnica, ponieważ faktyczne odrzucenie wszystkich ofert powodowałoby konieczność unieważnienia postępowaniu w zbiegu przesłanek unieważnienia, także na podstawie art. 255 pkt 2 Ustawy (czego Zamawiający nie dokonał)", jest w ocenie Izby chybiona.

Należy bowiem zauważyć, że przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy PZP (taką podstawę prawną podał Zamawiający), wpierw konieczne jest wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust.1 ustawy PZP. Jednakże, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Zamawiający nie był zobligowany do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP, ze względu na to, iż zdaniem Izby w realiach niniejszej sprawy zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania użył słów, iż oferta Odwołującego „podlega odrzuceniu", zaś zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN słowo „podlegać" oznacza „zostać poddanym działaniu czegoś", a w konsekwencji w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, mamy do czynienia z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, zdaniem Izby zarzut odnoszący się do „odrzucenia oferty Odwołującego" jest zasadny, jednakże, należy w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Ze względu na to, iż w ocenie Izby, zarzut nr 1 dotyczący unieważnienia postępowania jest niezasadny, skutkuje tym, iż mimo uznania przez Izbę zarzutu co do „odrzucenia oferty Odwołującego" za zasadny, naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na niezłożenie na wezwanie Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej jednego z urzędujących członków organu nadzorczego, nie będzie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (tj. na unieważnienie postępowania).

Z powyższych względów, odwołanie w zakresie zarzutu co do „odrzucenia oferty Odwołującego" podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b i d w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..