

**Sygn. akt: KIO 425/22**

**WYROK**

**z dnia 3 marca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2022 r. przez wykonawcę Grupa Ekoenergia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sierakowicach Prawych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Grupę Ekoenergia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sierakowicach Prawych i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego Grupy Ekoenergia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sierakowicach Prawych na rzecz zamawiającego Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego - roboty budowlane” (nr ref. ZP/2501/95.1/21). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 241-634301. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 lutego 2022 r. wykonawca Grupa EKOENERGIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy S. P. Usługi Remontowo Budowlane (dalej jako „wykonawca S.”), braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego oraz braku jednoczesnego unieważniania czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie się wyłącznie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę S., oraz unieważnienia (w sposób dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy S., przy braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jak i czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia również czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia również czynności badania i oceny oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert w pełnym zakresie, czyli także w odniesieniu do oferty Odwołującego, dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w taki sposób, aby Odwołujący, w razie ponownego odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, miał realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący opisał stan faktyczny, jaki miał miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz okoliczności związane z wniesieniem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 251/22. W ramach argumentacji merytorycznej wskazał w szczególności, że unieważnienie przez Zamawiającego wyłącznie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bez jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał treść art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż jest on jasny i nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych: zawiadomienie o odrzuceniu oferty danego wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie równocześnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty i dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie przed jego dokonaniem. Przepis wymaga jednoczesności przekazania wszystkich wskazanych w nim informacji. Odwołujący omówił również relację art. 253 ust. 1 ustawy Pzp do art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Odwołujący podniósł, iż działanie Zamawiającego pozbawia Odwołującego możliwości kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro czynność ta została unieważniona. Odwołujący, wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedzi ponowienia czynności badania i oceny oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę S. będzie zmuszony do cofnięcia zarzutów odwołania w sprawie KIO 251/22 dotyczących oferty wykonawcy S. wobec braku substratu zaskarżenia. Jednocześnie, wobec utrzymania w mocy odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący będzie zmuszony podtrzymać odwołanie w sprawie KIO 251/22 w zakresie zarzutów i żądań dotyczących odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż wobec braku unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty może się okazać, że Odwołujący nie będzie miał realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S., gdyż oferta Odwołującego będzie już wówczas skutecznie (prawomocnie) odrzucona. Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której, wbrew temu, co wynika z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący został pozbawiony możliwości kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a może i musi kwestionować wyłącznie odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący podkreślił ponadto, że Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest odrzucenie oferty jakiegokolwiek wykonawcy bez jednoczesnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym świadczy skorygowanie przez Zamawiającego jego wcześniejszego działania, tj. powiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty przed wyborem oferty

najkorzystniejszej (pisma Zamawiającego z 14 stycznia 2022 r. i 18 stycznia 2022 r.). Zdaniem Odwołującego nie ma zatem usprawiedliwienia dla Zamawiającego, który wiedząc o tym, że nie może dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy bez jednoczesnego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, to właśnie czyni, unieważniając jedynie wybór najkorzystniejszej oferty i podtrzymując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Takie postępowanie Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalne i nie zasługuje na ochronę prawną.

W ocenie Odwołującego Zamawiający liczy na to, iż albo Odwołujący cofnie swoje odwołanie w sprawie KIO 251/22 w całości, i tym samym jego oferta zostanie skutecznie (prawomocnie) odrzucona, albo że Odwołujący nie zdoła podważyć przed KIO odrzucenia swojej oferty przez Zamawiającego i tym samym oferta Odwołującego zostanie skutecznie (prawomocnie) odrzucona. W rezultacie, po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący nie będzie miał realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wobec odrzucenia jego oferty, ale także wobec wyboru najkorzystniejszej oferty jak również wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę S., gdyż oferta Odwołującego będzie już wówczas skutecznie (prawomocnie) odrzucona. Czynności i zaniechania Zamawiającego mają zatem jeden cel, którym jest wyeliminowanie Odwołującego z postępowania, tak aby nie mógł on więcej „przeszkadzać” Zamawiającemu w dokonaniu wyboru oferty wykonawcy S., który jest w ewidentny sposób preferowany przez Zamawiającego. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, a kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego. Odwołujący podkreślił, że jeżeli Izba zaaprobuje postępowanie Zamawiającego, kwestionowane w niniejszym odwołaniu, to może się ono stać powszechną praktyką wśród innych zamawiających, którzy w analogicznych sytuacjach również zaczną następczo, tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, i wybiórczo, tj. tylko w zakresie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważniać swoje czynności, pozbawiając wykonawców możliwości kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty i zmuszając ich jednocześnie do obrony swoich ofert przed dokonaniem odrzuceniem. Odwołujący wskazał, że tego typu nieuprawnione praktyki Zamawiającego nie mają nic wspólnego z wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasadami prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż skoro Zamawiający 10 lutego 2022 r. wezwał wykonawcę S. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to w razie nieuwzględnienia niniejszego odwołania i tym samym w razie braku realnej możliwości skorzystania ze środków ochrony

prawnej przez Odwołującego po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, nie będzie jakiegokolwiek gwarancji, że Zamawiający prawidłowo oceni uzupełnione przez wykonawcę S. podmiotowe środki dowodowe i prawidłowo uzna, że wykonawca S. tym razem faktycznie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku pierwotnego badania i oceny ofert badał już podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę S. i błędnie je wówczas ocenił, tj. bezpodstawnie uznał, iż potwierdzają one spełnianie warunku doświadczenia przez wykonawcę S. Potrzebne było wniesienie odwołania przez Odwołującego, aby Zamawiający dostrzegł to, co jest ewidentne i dostrzegalne dla każdego, tj. że w świetle podmiotowych środków dowodowych pierwotnie złożonych przez wykonawcę S. podmiot ten nie spełnia warunku doświadczenia. Co więcej, nie tylko, że Zamawiający uwzględnił w tym zakresie odwołanie wniesione przez Odwołującego w sprawie KIO 251/22, to jeszcze wykonawca S. nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, przyznając tym samym, że faktycznie nie wykazał spełniania warunku doświadczenia. Jest zatem dla Odwołującego oczywiste, że bez skutecznej „kontroli” ze strony Odwołującego przy ponownym badaniu i ocenie oferty wykonawcy S. może się powtórzyć sytuacja zaistniała w toku pierwotnego badania i oceny tej oferty. W niniejszym postępowaniu doszło zatem do sytuacji, w której z jednej strony toczy się postępowanie odwoławcze przed Izbą względem prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z drugiej zaś Zamawiający bez skrępowania dokonuje czynności względem oferty S., wystosowując do tego wykonawcy różne wezwania i dokonując badania tej oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający działa zatem z premedytacją i po raz wtóry w sposób rażąco narusza przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący ponadto w dniu 2 marca 2022 r. złożył pismo procesowe zawierające uzupełniającą argumentację.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał w szczególności, iż odwołanie złożone w sprawie KIO 251/22 ujawniło dwie wady postępowania w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy S., a Zamawiający zobowiązany jest unieważnić dokonaną czynność, jeśli narusza ona przepisy ustawy Pzp w sposób, który ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający powołał się także na orzecznictwo Izby dotyczące prawa Zamawiającego do samodzielnego unieważnienia podjętych decyzji. Zamawiający wskazał także, że zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp opiera się na niewłaściwej interpretacji tego przepisu dokonanej przez Odwołującego, Odwołujący twierdzi bowiem, że Zamawiający unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązany jest do równoczesnego i automatycznego unieważniania innych czynności, nawet tych dokonanych bez naruszenia przepisów ustawy Pzp, a taką czynnością jest zdaniem Zamawiającego

odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że ww. przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek informacyjny, który musi być wykonany po wyborze oferty i dotyczy czynności wcześniej już wykonanych. Przepis ten nie wymaga kumulowania w czasie wskazanych w nim czynności, tj. równoczesnego wykonania czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Użyty w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przysłówek „równocześnie” odnosi się jedynie do czynności informacyjnej. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oznaczałoby, że Zamawiający akceptuje anulowanie czynności niewadliwej, podjętej w oparciu o prawnie i merytorycznie uzasadnione przesłanki. Zamawiający wskazał także, że czynność odrzucenia oferty została zaskarżona innym odwołaniem i w tej sprawie nie zapadło jeszcze orzeczenie Izby, Odwołujący jest zatem w pozycji niezagrożonej, co podważa istnienie interesu we wniesieniu kolejnego odwołania w powiązaniu z możliwością poniesienia szkody. Na dalsze czynności Zamawiającego podejmowane w postępowaniu wykonawcom będzie przysługiwała możliwość wniesienia odwołania, natomiast jeśli Izba w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 uzna odrzucenie oferty Odwołującego za niezasadne, to Zamawiający unieważni również tę czynność i ponowna ocena ofert odbędzie się z uwzględnieniem również oferty Odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że zarzuty i żądania odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, pisma kierowane przez Zamawiającego do wykonawców w dniach 14 stycznia 2022 r., 18 stycznia 2022 r., 21 stycznia 2022 r. i 10 lutego 2022 r. Izba wzięła również pod uwagę treść odwołania i odpowiedzi na odwołanie złożonych w sprawie o sygn. akt KIO 251/22.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt IV.1 SWZ przedmiotem zamówienia są: 1. roboty budowlane, realizowane w ramach zadania Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego. 2. Dostawa oraz instalacja, w miejscu wskazanym przez zamawiającego wyposażenia przebudowanych pomieszczeń. W dokumentacji projektowej i przedmiarze zostały określone podstawowe minimalne wymagania zamawiającego wobec zamawianego wyposażenia. 3. Inne zobowiązania wybranego wykonawcy, o których mowa w dokumentach zamówienia, w szczególności projekcie umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców - Odwołujący i wykonawca S.

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2022 r. zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W dniu 18 stycznia 2022 r. czynność tę unieważnił wskazując, że dokonał jej omyłkowo, podczas gdy o powyższym powinien poinformować wykonawców dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Następnie Zamawiający w dniu 21 stycznia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawcy S. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący powyższe czynności zaskarżył w dniu 31 stycznia 2022 r. odwołaniem (sygn. akt KIO 251/22), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny,
3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy S., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,

5. z ostrożności (zarzut ewentualny) – art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
6. z ostrożności (zarzut ewentualny) –art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S., pomimo, że oferta wykonawcy S. zawiera błędy w obliczeniu ceny;
7. z ostrożności (zarzut ewentualny) –art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 wskazał, iż uwzględnia zarzut nr 3 - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający poinformował, iż w dniu 10.02.2022 r. wykonał czynności wskazane: w pkt 1 żądań Odwołującego (unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę S. jako oferty najkorzystniejszej), w pkt 3 żądań Odwołującego (wezwanie wykonawcy S. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu). Zamawiający wskazał także, że zobowiązuje się do wykonania czynności wskazanych w pkt 4 i 6 żądań co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania tj. wykonania ponownego badania oceny ofert, dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty lub ewentualnego unieważnienia postępowania w przypadku, gdyby oferta wykonawcy S. podlegała odrzuceniu.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 10 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując: „Zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym uczestnicy postępowania zostali poinformowani pismem zamawiającego z dnia 21.01.2022 r. Zamawiający ponowi czynność badania i oceny oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę S. (...)”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie się przez Zamawiającego wyłącznie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 stycznia 2022 r., tj. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę S., oraz unieważnienia (w sposób

dorozumiany) czynności badania i oceny oferty wykonawcy S., przy braku jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, jak i czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Zgodnie art. 16 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. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone  
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wskazać należy, iż art. 253 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiających obowiązki o charakterze *stricte* informacyjnym. Jako taki służy on przede wszystkim realizacji zasady jawności postępowania, zasady przejrzystości postępowania i zasady równego traktowania wykonawców, obligując zamawiających do informowania wykonawców o podejmowanych w postępowaniu czynnościach wpływających na los ich oferty, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert wykonawców. Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp wymaga, aby wspomniany obowiązek informacyjny był realizowany równocześnie względem wykonawców, którzy złożyli oferty, czyli aby wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie zostali poinformowani o czynnościach zamawiającego w tym samym czasie. Ta równoczesność oraz kompleksowość zawiadomienia sprzyja niewątpliwie ekonomice postępowania, jako że data zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej ma kluczowe znaczenie dla terminu zawarcia umowy (klauzula *standstill*), jak i dla terminu na wniesienie środków ochrony prawnej.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zobowiązany jest zatem niezwłocznie, równocześnie powiadomić wykonawców o tym wyborze oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wyłącznie tego rodzaju obowiązek obciążał Zamawiającego na gruncie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp i temu obowiązkowi Zamawiający zadośćuczynił – zawiadamiając w dniu 21 stycznia 2022 r. obu wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym samym czasie, o wyborze oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający zrealizował

zatem w pełni wynikający z tego przepisu obowiązek równoczesnego poinformowania wykonawców o obu ww. czynnościach po wyborze oferty. Odwołującemu wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia jego oferty przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania, z którego Odwołujący skorzystał, zapewniając sobie tym samym przewidzianą ustawą ochronę prawną (sprawa rozpoznawana pod sygn. akt KIO 251/22).

W niniejszym postępowaniu odwoławczym mamy do czynienia z sytuacją, w której następczo - w związku z wniesionym przez Odwołującego odwołaniem w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 oraz stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, który częściowo uwzględnił zarzuty odwołania - unieważniony został wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 21 stycznia 2022 r., przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy czynności odrzucenia oferty Odwołującego zakomunikowanej wykonawcom w tym samym dniu. Odwołujący z powyższego działania Zamawiającego wywodził naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie unieważnienia przez Zamawiającego równocześnie z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności badania i oceny tej oferty.

W ocenie Izby Odwołujący w sposób nieprawidłowy interpretuje art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, twierdząc, że regulacja ta zobowiązuje Zamawiającego w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej do jednoczesnego unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp do takiego przypadku się nie odnosi. Zdaniem składu orzekającego nie należy wywodzić z wynikającego z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku poinformowania wykonawców po wyborze oferty najkorzystniejszej o określonych czynnościach podjętych w postępowaniu wpływających na ten wybór (w tym o odrzuceniu oferty), skutku w postaci konieczności automatycznego unieważnienia każdej zakomunikowanej wykonawcom czynności odrzucenia oferty w sytuacji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Do tego bowiem w istocie sprowadza się stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty i czynność badania i oceny oferty Odwołującego skoro unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy S. Podkreślić należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność odrzucenia oferty to dwie różne rodzajowo, odrębne czynności Zamawiającego. Sam fakt, że Zamawiający ma obowiązek uzewnętrznić te czynności w jednym momencie, tj. równocześnie poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty, o tych czynnościach po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie oznacza, że są one ze sobą nierozzerwalnie związane, a ważność jednej z tych czynności przekładać się będzie samorzutnie na ważność drugiej z czynności. Ustawa Pzp takiego

skutku nie przewiduje, a tym bardziej nie sposób wywodzić go z przepisu statuującego obowiązek o charakterze informacyjnym.

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego należałoby stwierdzić, że instytucje zamawiające decydując się unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej (co czasem w toku postępowania o udzielenie zamówienia może mieć miejsce wielokrotnie) musiałyby każdorazowo, w sposób czysto automatyczny, unieważniać zakomunikowaną wraz z tym wyborem czynność odrzucenia ofert wykonawców i to bez względu na to, czy czynność ta naruszała przepisy ustawy Pzp i czy została zaskarżona. Obowiązek informacyjny wskazany w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp - jakkolwiek służy co do zasady ekonomice postępowania o udzielenie zamówienia oraz koncentracji środków ochrony prawnej - to jednak nie może prowadzić do konieczności każdorazowego, mechanicznego unieważniania czynności odrzucenia oferty, prawidłowo zakomunikowanej wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej, w przypadku gdy ten wybór zostanie podważony z innego powodu. Tym bardziej nie może prowadzić – jak domaga się tego Odwołujący – do automatycznego unieważnienia już dokonanej czynności badania i oceny oferty odrzuconej, czyli do ponownego badania tej oferty w zakresie zaistnienia podstaw odrzucenia, które już zostały przez Zamawiającego stwierdzone. W ocenie Izby wykładnia prezentowana przez Odwołującego stanowi jego autorską koncepcję zmierzającą w swej istocie do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia. Interpretacja art. 253 ust. 1 ustawy Pzp zaprezentowana w odwołaniu prowadziła do wielokrotnego zawiadamiania wykonawców o czynności opartej na tożsamych, nieulegających zmianie w toku postępowania, okolicznościach faktycznych i prawnych, w dodatku niezależnie od faktu, czy dana czynność została zaskarżona, czy nie. Nie sprzyja to ani wspomnianej ekonomice postępowania, ani koncentracji środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę także stanowisko Odwołującego, który konieczność unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty motywował brakiem możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 zostanie stwierdzona prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący posunął się wręcz do stwierdzenia, że w takim przypadku „nie będzie jakiegokolwiek gwarancji, że Zamawiający prawidłowo oceni uzupełnione przez wykonawcę S. podmiotowe środki dowodowe i prawidłowo uzna, że wykonawca faktycznie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu” oraz że „bez skutecznej kontroli ze strony Odwołującego przy ponownym badaniu i ocenie oferty wykonawcy S. może się powtórzyć sytuacja zaistniała w toku pierwotnego badania i oceny tej oferty”. Odwołujący stawia się zatem niejako w roli podmiotu kontrolującego prawidłowość prowadzenia postępowania przez Zamawiającego,

uzasadniając tym konieczność unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i jej ewentualne ponowienie na dalszym etapie postępowania. Tego rodzaju kontrola powadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp nie jest jednak co do zasady rolą Odwołującego. Odwołujący zakłada z góry nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, który jest podmiotem profesjonalnym, zobowiązanym do działania z wynikającą z tego profesjonalnego charakteru działalności należyłą starannością. Jednocześnie Odwołujący pomija okoliczność, że jego czynny udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie także legitymacja czynna do wnoszenia środków ochrony prawnej, są integralnie powiązane ze skutecznością złożonej przez Odwołującego oferty, której prawidłowość została przez Zamawiającego zakwestionowana. W sytuacji, gdy Izba w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 stwierdzi wadliwość czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, to Odwołującemu w dalszym ciągu przysługiwał będzie status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i będzie uprawniony do zaskarżenia czynności podjętych przez Zamawiającego (lub zaniechanych) w tym postępowaniu na dalszym jego etapie, a zatem jego interes będzie właściwie zabezpieczony. W przypadku niekorzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia będzie on musiał ponieść wszelkie wynikające z tego faktu negatywne konsekwencje faktyczne i prawne, to on bowiem odpowiada za prawidłowe skonstruowanie oferty.

Izba stwierdziła również, iż zawarte w odwołaniu twierdzenia, jakoby Zamawiający miał liczyć na to, że Odwołujący wycofa odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 i tym samym jego oferta zostanie ostatecznie odrzucona, jest niczym nieuzasadnione. Odwołujący pomija okoliczność, że czynności faktyczne, jakie podjął Zamawiający po wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 są pochodną stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w tym postępowaniu, a nie „działaniem z premedytacją”, jak to wskazano w odwołaniu. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego dokonane 10 lutego 2022 r. było konsekwencją częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego pozostała w mocy, ponieważ Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do zasadności tej czynności i spór w tym zakresie pozostaje aktualny i będzie podlegał rozpoznaniu przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 251/22. Faktem jest, że Zamawiający nie czekając na rozstrzygnięcie Izby w ww. sprawie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 251/22, w zakresie w jakim zostało ono uwzględnione, niemniej przepisy ustawy Pzp takiego działania mu nie zabraniają. Zamawiający – jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie – oczekuje na rozstrzygnięcie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 251/22 i w przypadku, gdy stwierdzone zostanie, że jego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa, to unieważni wybór oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynność

badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Trudno tutaj mówić zatem o celowym działaniu na niekorzyść Odwołującego, jak zasugerowano to w odwołaniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....