

WYROK
z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2021 r. przez wykonawcę R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WILD Bear R. J. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu

orzeka:

- 1.1. uwzględnia odwołanie w części 1 i 2 i nakazuje 4 Regionalnej Bazie Logistycznej we Wrocławiu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach postępowania;
- 1.2. odrzuca odwołanie w części 3 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.);
2. kosztami postępowania obciąża 4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu i R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WILD Bear R. J. w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WILD Bear R. J. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od 4 Regionalnej Bazy Logistycznej we Wrocławiu na rzecz R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WILD Bear R. J. w Poznaniu kwotę 14.800 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” albo „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę termosów na napoje 10-12l z kranem, termosów na napoje 18- 20l z kranem, termosów na napoje 35-40l z kranem, pojemników plecakowych 25l”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w 9 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 069-174663. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania w części 3 – 21 lipca 2021 r. oraz w częściach 1 i 2 - 30 lipca 2021 r. wykonawca R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WILD BEAR R. J. w Poznaniu wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 Pzp przez jego zastosowanie, pomimo że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp i art. 457 ust. 1 Pzp przez niedostateczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, tj. przez zaniechanie wskazania okoliczności, która skutkowałaby koniecznością unieważnienia umowy;
- 3) art. 522 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp oraz art. 239 Pzp przez niedokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, która była niezgodna z warunkami zamówienia oraz niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania dokonania ponownej oceny i wyboru ofert, w związku z uwzględnieniem odwołania w sprawie o sygn. akt. KIO 1883/21,

a w konsekwencji:

- 4) art. 16 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na fakty wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Ponadto żądał rozpatrzenia i uwzględnienia odwołania oraz nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

odrzućcie oferty wykonawcy ALVA Sp. z o.o., dalej jako: „ALVA”, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący żądał również zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

W projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) i załączniku 3 do projektu umowy zamawiający wskazał, że termosy na napoje 10-12 l, 18-20 l, 35-40 l z kranem muszą zapewniać określoną izolację termiczną, umożliwiającą wydanie gorącego płynu po 6 godzinach od napełnienia, a spadek temperatury w czasie pierwszych 4 godzin nie może być większy niż 2 stopnie Celsjusza na godzinę. W załączniku nr 3 do Umowy wskazał, że obudowa termosów ma być wykonana z polipropylenu lub polietylenu odpornego na temperaturę do +85 st. C, co oznacza że była to temperatura maksymalna, od której można było dokonywać pomiarów.

Zamawiający wybrał ofertę ALVA jako najkorzystniejszą w części 1 i 2, w związku z czym 25 czerwca 2021 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALVA, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, względnie z ostrożności procesowej art. 107 ust. 2 i 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy ALVA/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALVA niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, względnie z ostrożności procesowej art. 128 ust. 1 ustawy lub art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy ALVA do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedłożonych referencji jak i wykazu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej do realizacji zamówienia lub poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia dotyczących przedłożonych referencji,

a w konsekwencji:

- 3) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ALVA, odrzucenie oferty wykonawcy ALVA, względnie nakazanie wezwania wykonawcy ALVA do

złożenia wyjaśnień/uzupełnienia oferty w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia odwołania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Żądał również zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu 1 odwołujący wywodził, że oferta ALVA nie spełnia wymagania dotyczącego spadku temperatur, jest wewnętrznie sprzeczna, w zakresie przedstawianych informacji o spadkach temperatury i jako taka podlega odrzuceniu lub wymaga wyjaśnień.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ALVA.

2 lipca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie. W uzasadnieniu wyjaśnił, że należy uznać odwołanie i żądania odwołującego w zakresie całokształtu sprawy, jednakże w zakresie czynności, jakie powinien ponownie przeprowadzić zamawiający, wykonanie żądania odrzucenia oferty ALVA lub wezwania ALVA do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu jest niezasadne. Zamawiający uznał, że przedmiot zamówienia, pomimo swojej powszechności i ogólnodostępności, został tak, że zamawiający określił warunki oceny właściwości technicznych przedmiotu zamówienia w taki sposób, że badanie izolacyjności poprzez analizę spadków temperatury w okresie 4 godzin określone zostało sformułowane w sposób nieprecyzyjny, dający możliwość przedstawiania przez wykonawców wyników badań tych parametrów w różnych zakresach temperatur, czyli w taki sposób, że nie można dokonać oceny tych parametrów w sposób porównywalny, powtarzalny na zasadach gwarantujących porównywalność i obiektywność oceny. Zamawiający doszedł do wniosku, że taki sposób opisu przedmiotu zamówienia i oceny ofert wyczerpuje przesłanki art. 255 pkt 6 Pzp do unieważnienia postępowania ze względu na bezsprzeczny fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający 12 maja 2021 r. dokonał otwarcia ofert tj. czynności nie podlegającej powtórzeniu w postępowaniu, wobec czego nie może skorzystać z ustawowej możliwości modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w celu zmiany modyfikacji warunków prowadzenia postępowania. Zaistnienie wady postępowania oprócz kwestii typowo formalno-prawnych skutkuje również utrudnieniem sprawnego zakończenia postępowania, ponieważ wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, mogą kwestionować czynności zamawiającego nie tylko ze względu na swój interes w uzyskaniu zamówienia, ale też w celu uniemożliwienia konkurencji uzyskania zamówienia publicznego. Za-

mawiający uznał, że należy cofnąć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ALVA i unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W celu dochowania należytej staranności oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania, o której mowa w treści art. 16 ustawy, zamawiający dąży do unieważnienia postępowania z zamiarem ewentualnego powtórzenia na warunkach poprawionych.

Pismem z 6 lipca 2021 r. Prezes Izby wezwał wykonawcę ALVA do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

14 lipca 2021 r. wykonawca ALVA złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Postanowieniem z 16 lipca Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 1883/21).

Pismem z 21 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w części 3 na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że przedmiot zamówienia pomimo swojej powszechności i ogólnodostępności, został opisany w taki sposób, że badanie izolacyjności poprzez analizę spadków temperatury w okresie 4 godzin określone zostało w sposób nieprecyzyjny, dający możliwość przedstawiania przez wykonawcę wyników badań tych parametrów w różnych zakresach temperatur, czyli w taki sposób, że nie można dokonać oceny tych parametrów w sposób porównywalny, powtarzalny na zasadach gwarantujących porównywalność i obiektywność oceny. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający musi unieważnić postępowanie o udzieleniu zamówienia publicznego w zakresie części 3 na dostawę termosów na napoje 10-12 l z kranem, termosów na napoje 18-20 l z kranem, termosów na napoje 35-40 l z kranem, pojemników plecakowych 25 l, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Takie same uzasadnienie zamawiający przedstawił w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania w części 1 i 2, o czym poinformował pismem z 30 lipca 2021 r.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert odwołujący jest jedynym wykonawcą, który złożył ofertę w części 3, w części 1 i 2 oferta odwołującego została oceniona jako druga w kolejności po ofercie ALVA.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie dotyczące wszystkich trzech części.

Opisanych ustaleń Izba dokonała na podstawie powołanych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy w kopii dokumentacji przesłanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutu 3 okazało się spóźnione w odniesieniu do części 1 i 2 postępowania. W zarzucie tym odwołujący domaga się odrzucenia oferty ALVA oraz zaniechania ponowienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty we wszystkich trzech częściach postępowania.

Wiedzę o tym, że zamawiający w związku z uznaniem, że wadliwy opis wymagań dokonany w SWZ uniemożliwia udzielenie zamówienia, nie wykona żądania odrzucenia lub dalszego badania oferty ALVA oraz nie dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, odwołujący powziął już z odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1883/21, w której zamawiający z jednej strony uwzględnił zarzuty odwołania, z drugiej zadeklarował, że nie wykona zasadniczych czynności wynikających z uwzględnienia zarzutów, natomiast wykona czynność nie objętą zarzutami odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem wydanym w sprawie KIO 1883/21 umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie oświadczenia, w którym zamawiający zobowiązał się jedynie do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do unieważnienia postępowania. Potwierdzeniem kierunku działania zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie było uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w części 3 z 21 lipca 2021 r., w którym zamawiający powielił argumentację wskazaną wcześniej w odpowiedzi na odwołanie. W tym stanie rzeczy oczekiwanie przez odwołującego na unieważnienie postępowania w części 1 i 2 do dnia 30 lipca 2021 r. spowodowało, że odwołujący pomimo, że dysponował wiedzą o okolicznościach faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, nie wniósł odwołania w terminie, którego maksymalną długość wyznacza ustawa. Prezentowany pogląd uzasadnia stanowisko wyrażone przez SN w uchwale z 28 lutego 2013 r. w sprawie III CZP 107/12, w której SN uznał, że w przypadku powzięcia przez wykonawcę wiedzy o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania przed dniem przesłania informacji o dokonaniu tej czynności termin na wniesienie odwołania rozpoczyna swój bieg od pierwszej ze wskazanych dat. Podkreślić należy, wiedza o zaniechaniu odrzucenia oferty nie wynika *explicite* z informacji, którą zamawiający jest zobowiązanych przesłać wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, gdyż źródłem wiedzy na ten temat jest zasadniczo informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba zważyła, że nie jest zasadne uznanie na zasadzie analogii, że źródłem wiedzy odwołującego, o tym że zamawiający nie odrzuci oferty ALVA jest dopiero informacja o czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający bowiem swoją wolę w tym zakresie ujawnił znacząco przed tą datą.

Ponieważ okoliczności uzasadniające odrzucenie odwołania ujawniły się na rozprawie, miejscem zamieszczenia rozstrzygnięcia w tym zakresie jest wyrok, pomimo tego, że

orzeczenie o odrzuceniu odwołania ma charakter formalny i zapada w postaci postanowienia (por. uchwała SN z 8 lutego 2009 r. sygn. akt III CZP 109/05).

Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 505 Pzp. Jest wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia we wszystkich trzech częściach postępowania, ma zatem interes w jego uzyskaniu. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu możliwością poniesienia szkody. Ocenie tej nie sprzeciwia się to, że cena oferty odwołującego jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Po pierwsze, szkoda, o której mowa w art. 505 Pzp, może mieć charakter hipotetyczny. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utracie ekspektatywy uzyskania zamówienia. Po drugie, wykonawca wnoszący odwołanie od czynności zamawiającego ma prawo domagać się kontroli tej czynności pod kątem zgodności z ustawą. Ewentualne unieważnienie postępowania z powodu braku możliwości udzielenia zamówienia odwołującemu jest przyszłą i niepewną czynnością, której wykonanie wymaga wcześniejszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów odwołania, gdyż prowadziłoby to w istocie do braku możliwości zbadania tej czynności przez organy rozpoznające środki ochrony prawnej. Jest to niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy, która – oprócz przesłanek odrzucenia odwołania – nie limituje zakresu czynności i zaniechań wobec których przysługuje odwołanie. Po trzecie, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania wskazane w art. 505 Pzp powinny być oceniane w związku z zarzutami podniesionych w danym odwołaniu. Zarzuty badanego odwołania dotyczą czynności unieważnienia postępowania z powodu braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie z powodu braku możliwości sfinansowania wykonania zamówienia za cenę podaną w ofercie uznaną za najkorzystniejszą.

Prezentowany pogląd ukształtowany pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ugruntował się w orzecznictwie Izby (por. przykładowo orzeczenia w sprawach KIO 616/15, KIO 1025/15, KIO 2395/16, KIO 1447/17). Znalazł również potwierdzenie w stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-689/13, w którym Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienie postępowania.

Wobec tożsamości brzmienia art. 179 ust. 1 dawnego Pzp oraz art. 505 Pzp powołana argumentacja pozostaje aktualna.

Odwołanie w zakresie skierowanym na rozprawę zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z lektury uzasadnienia czynności zamawiającego rzeczywistą podstawą unieważnienia postępowania jest art. 255 pkt 5 Pzp. Przepis ten 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. Treść art. 255 pkt 6 Pzp jest taka sama jak przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 dawnego Pzp. W orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy, o których stanowił art. 146 ust. 5 i 6 dawnego Pzp. Również na gruncie obowiązującego art. 255 pkt 6 Pzp podstawy unieważnienia umowy nie mogą wynikać z indywidualnej oceny zamawiającego, gdyż unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie w okolicznościach przewidzianych przez ustawę. Kwestia ta na gruncie obowiązujących przepisów uregulowana została odmiennie niż w przepisach obowiązujących poprzednio. W szczególności art. 146 ust. 6 dawnego Pzp przewidywał możliwość unieważnienia umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

De lege lata zamknięty katalog podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego ustalony w przepisach art. 457 ust. 1 Pzp nie zawiera analogicznej przesłanki. Stanowi bowiem, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Analizując obowiązujący stan prawny Izba doszła do wniosku, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania powinna albo uniemożliwić prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty lub wynikać z działania zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że jeśli zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, zniekształcają wynik postępowania, to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności, które jakkolwiek wskazują na pewne uchybienia zamawiającego, to jednak nie wywierają wpływu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Pogląd przeciwny prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy po otwarciu ofert zamawiający unieważniłby postępowanie na podstawie dowolnie przez siebie stwierdzonej wady postępowania, niezależnie od jej wagi i znaczenia dla prawidłowego udzielenia zamówienia.

Art. 255 pkt 6 Pzp uzasadnia unieważnienie postępowania w razie łącznego ziszczenia trzech przesłanek. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Nie każde więc naruszenie przepisów skutkuje unieważnieniem postępowania.

Wada postępowania, o której mowa w art. 255 ust. 6 Pzp może polegać na nieprawidłowym, niepełnym, czy nie dość jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. Nie może być to jednak jakakolwiek wada, lecz wyłącznie taka, która nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Błąd w dokumentacji postępowania może być wadą o takim charakterze, jeśli – jak to zostało wskazane wyżej – zniekształca wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nie jest możliwy do usunięcia w drodze racjonalnej i dokonanej z poszanowaniem zasad wynikających z art. 16 Pzp, wykładni danych postanowień SWZ. Po upływie terminu składania ofert nie można bowiem zmienić, poprawić, ani uzupełnić SWZ. Z powyższego wynika, że sam fakt braku dostatecznej precyzji opisu wymagań zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Wada dokumentacji, która może mieć jedynie hipotetyczny, teoretyczny wpływ na wynik postępowania, nie uzasadnia unieważnienia postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy – jak w okolicznościach sprawy – nie wpłynęła na treść otrzymanych przez zamawiającego ofert. Wpływ na wynik postępowania (*verba legis* udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy) występuje wtedy, gdy w danych konkretnych okolicznościach faktycznych nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy.

W ocenie Izby w badanym postępowaniu nie zaistniała wada o takim charakterze.

Zamawiający uzasadniając pogląd o konieczności unieważnienia postępowania wskazywał, że brak podania temperatury pomiaru prowadzi do sytuacji, w której wykonawca może złożyć ofertę z początkową temperaturą pomiaru 30 st. C, a zamawiający – z powodu braku podania w SWZ wymagań dotyczących przedziału temperatury – będzie musiał taką ofertę przyjąć. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że nie otrzymał takiej oferty w badanym postępowaniu. Brak ustalenia wymagań dotyczących temperatury w dokumentacji postępowania nie ma zatem i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a tym samym pozostaje bez rzeczywistego znaczenia dla możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu. Zamawiający, na którym zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wskazaną w art. 534 ust. 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania, nie wykazał, aby stwierdzona przez niego wada uniemożliwiała zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Już z tego względu odwołanie podlega uwzględnieniu.

Wzmacniając zaprezentowaną argumentację Izba uwzględniła, że stwierdzona przez zamawiającego hipotetyczna wada postępowania nie wynika z toku i zakresu czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu, w szczególności pozostaje bez związku z istotą zarzutów odwołania w sprawie KIO 1883/21, czyli braku spełnienia wymagania dotyczącego spadku temperatury w ciągu pierwszych 4 godzin. Spadek ten w ofercie ALVA wynosił, jak twierdził odwołujący, 2,5 st. C podczas, gdy zamawiający wymagał, aby wynosił on maksymalnie 2 st. C.

Jest to o tyle istotne, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający nie wskazał precyzyjnie, na czym polega stwierdzona przez niego wada. Podanie przez zamawiającego, że „badanie izolacyjności poprzez analizę spadków temperatury w okresie 4 godzin określone zostało sformułowane w sposób nieprecyzyjny, dający możliwość przedstawiania przez wykonawców wyników badań tych parametrów w różnych zakresach temperatur” zostało przez Izbę w toku przygotowania się do rozprawy zrozumiane jako odnoszące się do wymagania, aby spadek w okresie pierwszych 4h wynosił maksymalnie 2 st. C na godzinę, a nie - jak wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu zamawiający - jako brak temperatury początkowej pomiaru. W związku z tym Izba uznała za potwierdzony zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp i art. 457 ust. 1 Pzp przez niedostateczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, tj. przez zaniechanie wskazania okoliczności, która skutkowałaby koniecznością unieważnienia umowy.

Z opisanych względów Izba uwzględniła zarzuty opisane jako 1 i 2 odwołania. Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pz Izba uznała za zarzut akcesoryjny w stosunku do pozostałych zarzutów. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy dotyczących danych

czynności w postępowaniu skutkuje bowiem naruszeniem którejś z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, które Izba nakazała zamawiającemu, powoduje, że zamawiający powinien kontynuować postępowanie, tak jakby wadliwa czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp nie miała miejsca. W związku z tym Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Brak możliwości rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym zarzutu naruszenia art. art. 522 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp oraz art. 239 Pzp przez niedokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, która była niezgodna z warunkami zamówienia, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania dokonania ponownej oceny i wyboru ofert, w związku z uwzględnieniem odwołania w sprawie o sygn. akt. KIO 1883/21, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku prowadzenia postępowania zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 art. 553 ust. 1, art. 554 ust. 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i art. 575 Pzp, z uwzględnieniem zasady odpowiedzialności za wynik sporu. W rozpoznawanej sprawie odwołujący postawił zamawiającemu trzy zarzuty merytoryczne, z których dwa okazały się zasadne, a jeden nie został skierowany na rozprawę. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosiły zatem obie strony postępowania: odwołujący i zamawiający odpowiednio w 1/3 i 2/3. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocników: zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł i odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. Łącznie koszty postępowania wyniosły zatem 22.200,00 zł. W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kwoty 14.800,00 zł stanowiącej 2/3 łącznych kosztów postępowania.

Kwotę wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego uwzględnioną w kosztach postępowania odwoławczego ograniczono do 3.600,00 zł stosownie do z § 5 pkt 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: