

WYROK

z dnia 30 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Inwestycje Liniowe „INVEST-LINE” Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawicach oraz HYDROTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sułkowice w Sułkowicach**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
 - b) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów 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) 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 Gmina Sułkowice w Sułkowicach – prowadzi w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „*Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Krzywaczce – Etap I*” Numer sprawy: ZP.271.1.2022. Wartość zamówienia nie przekracza progi unijnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00019018/01.

W dniu 7 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum: Inwestycje Liniowe „INVEST-LINE” Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawicach oraz HYDROTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że żadna z wad wskazana przez Zamawiającego jako powód unieważnienia postępowania nie jest wadą postępowania, ale wadą umowy, a Zamawiający nie wykazał, że stwierdzona wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że aby możliwe (i konieczne) było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp muszą jednocześnie (łącznie) wystąpić trzy przesłanki:

1. Postępowanie jest obarczone wadą;
2. Wada jest nieusuwalna;
3. Wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z przywołanym przepisem koresponduje brzmienie art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp przyznającego Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 457 ust. 1.

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym wyżej wymienione przesłanki unieważnienia postępowania - nie zaszły.

Odwołujący wskazuje, że zdaniem Zamawiającego powodem unieważnienia postępowania są wady projektu umowy w postaci braku określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony oraz wartość wynikających z art. 439 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wskazał w unieważnieniu:

„Zamawiający w trakcie przygotowań do podpisania umowy z Wykonawcą zadania powziął informacje, że umowa musi zostać zmieniona i uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu prawidłowości realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że projekt umowy nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy. Projekt umowy stanowi integralną treść zamówienia, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości jej negocjowania. W ocenie Zamawiającego zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wypełnia przesłanki z art 457 ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy.”

Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli takie braki wystąpiły - nie powodują niemożności zawarcia umowy lub nieważności umowy - gdyby taka umowa została zawarta:

Po pierwsze - wykonawca zawierając umowę może wyrazić zgodę na brak określenia maksymalnej wysokości kar umownych lub zasad waloryzacji wynagrodzenia z art. 439 Pzp.

W tym zakresie - wykonawca składając ofertę mógł uwzględnić, że poniesie ryzyko zawarcia umowy bez ograniczenia wysokości kar umownych, Jest to korzystne dla Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że istnieją mechanizmy które odpowiadają funkcjonalnie ewentualnemu brakowi postanowienia o maksymalnej wartości kar umownych. Przykładowo należy wskazać, że kara umowna - może być miarkowana w oparciu o art. 484 § 2 k.c.

Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 3 lutego 2021 r., V CSKP 17/21: „Miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela”.

Odwołujący wskazał także wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, I Wydział Cywilny z dnia 27 maja 2021 r., I AGa 21/21: “Stosowanie normy art. 484§ 2 KC stanowi niewątpliwie wyraz tzw. prawa sędziowskiego (normy prawa materialnego przewidującej jurysdykcyjną kompetencję do ingerencji w treść stosunku prawnego i odpowiednio ukształtowania w jego ramach praw i obowiązków stron). Ingerencja ta ma doprowadzić (przy uwzględnieniu przesłanek ustawowych) do skutków, w których ostateczna (przesądzona) wysokość kary umownej odpowiadać będzie wyważonym ad casum, słusznym interesom obu stron. (wierzyciela i dłużnika)”.

Odwołujący wskazuje - w odniesieniu do braku zasad waloryzacji ustawowej - wykonawca może uwzględnić, że Zamawiający nie będzie prowadził waloryzacji na podstawie art. 439 ust. 2 Pzp. Ewentualny brak waloryzacji jest korzystny dla Zamawiającego.

Odwołujący dalej wskazuje, że istnieją mechanizmy prawne - które nawet przy braku takich postanowień dają możliwość waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy - w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca mógł więc uwzględnić możliwość waloryzacji na podstawie innych postanowień Umowy, a także na podstawie przepisów kodeksu cywilnego oraz przepisów ustawy o szczególnych

rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych:

- W § 12 ust. 4 projektu Umowy określono podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy przysługującego z tytułu realizacji Umowy w przypadku m.in. zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę - jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. W przedmiotowym postanowieniu określono również zasady waloryzacji wskazując, że będzie ona miała miejsce począwszy od pełnego miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym wykonawca przedłoży kosztorys wskazujący na zmianę kosztów wykonania zamówienia:

„Wynagrodzenie określone w ust 2 ulegnie zmianie w przypadku urzędowych zmian stawki i kwoty podatku VAT oraz w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zmian zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Waloryzacja będzie miała miejsce począwszy od pełnego miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym wykonawca przedłoży kosztorys wskazujący na zmianę kosztów wykonania zamówienia”.

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.12.2021 r., KIO 3476/21:

Szereg kosztów, których wielkość byłaby wynikiem zmian przepisów prawa, np. zmian stawki VAT, minimalnego wynagrodzenia za pracę, wielkości składek i podatków od plac będzie zmieniana zgodnie z przepisem art. 436 pkt 4 lit b) niezależnie od zasad waloryzacji ustalonych w oparciu o przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp.

- W § 16 ust. 1 projektu Umowy określono, że w sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. W przypadku niniejszej umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, zastosowanie może znaleźć w szczególności art. 632 § 2 k.c. oraz art. 357 (1) k.c.

Odwołujący wskazuje na art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego. Przepis art. 632 § 2 Kc dotyczy umowy o dzieło - jednak w świetle orzecznictwa - stosuje się go na drodze analogii do umowy o roboty budowlane. Powołuje się na uchwałę Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 września 2009 r. III CZP 41/09:

„Z tych przyczyn należało przyjąć, że w zakresie regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych występuje luka prawna. Uzasadniony jest zatem pogląd, iż gdy w umowie o roboty budowlane zastrzeżono dla ich wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe, istnieje możliwość stosowania art 626 i art 632 § 2 KC w drodze analogii”.

Na podstawie art. 632 § 2 Kc Wykonawca może wystąpić do sądu z powództwem o ukształtowanie stosunku prawnego poprzez zwaloryzowanie wynagrodzenia albo rozwiązanie umowy: „Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę”.

Uwzględniając powyższe - można rozważać zarówno tzw. waloryzację sądową jak również - ewentualne skorzystanie z procedury mediacyjnej na podstawie art. 591 Pzp.

Zgodnie z art. 591 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia,, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu.

Odwołujący wskazuje, że również Zamawiający w projekcie Umowy - w § 16 ust. 2 - przewidział możliwość skorzystania z procedury mediacyjnej, o której mowa w art. 591 Pzp: „W przypadku powstania sporu pomiędzy stronami w związku z realizacją niniejszej umowy o roszczenia cywilnoprawne w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, strony będą dążyły do polubownego uregulowania sporu i zobowiązują się do poddania rozstrzygnięcia sporu mediacjom lub innemu polubownemu rozwiązaniu sporu przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranym mediatorem albo osobą prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu”.

Odwołujący dalej wskazuje na art. 357 (1) Kodeksu cywilnego. Na podstawie art. 357 (1) Kc Wykonawca może wystąpić do sądu z powództwem o ukształtowanie stosunku prawnego poprzez waloryzację wynagrodzenia umownego albo jej rozwiązanie:

„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron,

zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”.

Odwołujący dalej wskazuje na art. 15r ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej „ustawa o szczególnych rozwiązaniach”). Na podstawie przepisu 15r ustawy o szczególnych rozwiązaniach Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę umowy w zakresie, w jakim okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 wpływają na należyte wykonanie umowy.

W razie skutecznego wykazania wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na realizację umowy, w tym wykazania, że wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powiązany jest z wystąpieniem COVID-19 - możliwa jest zmiana umowy w zakresie świadczenia wykonawcy i odpowiednia zmiana wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia.

Odwołujący wskazuje, że stwierdzone przez Zamawiającego braki w projekcie umowy - nie dotyczyły określenia przedmiotu umowy, obowiązków wykonawcy, ani innych elementów stanowiących essentialia negotii umowy o roboty budowlane.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku braku dotyczącego zasad waloryzacji umownej - należy uwzględnić, że termin realizacji niniejszego zamówienia wynosi do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy - co wynika z postanowienia pkt. VII SWZ:

„Termin realizacji zamówienia: Termin realizacji zadania ustala się do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy”.

Odwołujący wskazuje, że obowiązek określenia zasad waloryzacji umownej, o którym mowa w art. 439 ust. 1 Pzp, dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Powyższe oznacza, że waloryzacja ma największe znaczenie w przypadku umów wieloletnich, w przypadku których wykonawcę obciążają znacznie większe ryzyka związane ze wzrostem kosztów wykonania zamówienia - w całym okresie jego realizacji.

Odwołujący wskazuje, że zarówno w przypadku określenia limitu kar umownych, jak i zasad waloryzacji umownej - w ustawie Pzp nie określono sankcji związanej z brakiem określenia w umowie przedmiotowych postanowień:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.11.2021 r., KIO 3134/21:

„Kolejną okolicznością - wskazaną przez Zamawiającego - jako stanowiącą podstawę unieważnienia postępowania jest brak w projekcie umowy postanowienia dotyczącego kar umownych. Zgodnie z art. 436 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy winna zawierać postanowienie dotyczące wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art 439 ust 5 ustawy Pzp. Brak tego postanowienia - jak słusznie podniósł przystępujący - nie skutkuje sankcją. Tym samym nie może skutkować unieważnieniem postępowania”.

Odwołujący wskazuje, że w art. 255 pkt 6 Pzp mowa jest o wadzie postępowania - a nie wadzie umowy. Już z tego względu czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp jest nieprawidłowa.

Przesłanką unieważnienia jest wada bowiem wada postępowania, a nie wada umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, chodzi o naruszenia przepisów ustawy odnoszących się do udzielania zamówienia, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 r., KIO 169/22:

„Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie”.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.10.2020 r., KIO 2402/20, odnoszącym się do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 29.01.2004 r., zachowującym aktualność również pod rządami ustawy Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019 r. stwierdzono:

„Izba podziela poglądy doktryny i orzecznictwa, prezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, odnośnie możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w sytuacji gdy postępowanie jest obciążone wadami, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć”.

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak określenia limitu kar umownych oraz brak zasad waloryzacji ustawowej - nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Braki w projekcie umowy - nie spowodowały nieporównywalności złożonych ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że postępowanie cechowała wysoka konkurencyjność - złożono aż siedem ofert.

Odwołujący wskazuje, że wada postępowania musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający musi więc przyporządkować do stwierdzonej wady postępowania - odpowiednią przesłankę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, że zachodzi podstawa do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp., z czym nie sposób się zgodzić. Przepis ten dotyczy bowiem sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie - co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Odwołujący powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21:

„Zamawiający błędnie interpretuje przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający bowiem uważa, że przepis ten zawiera dwie odrębne przesłanki. Pierwsza to naruszenie przepisów ustawy, a druga to brak zamieszczenia ogłoszenia. () Nie można zgodzić się z takim rozumieniem ww. przepisu. Z przepisu wynika bowiem wprost, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. Wbrew

zatem stanowisku Zamawiającego nie występują w nim dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy”.

Odwołujący wskazuje dalej na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2021 r., KIO 3659/21:

Przepis ten powinien być bowiem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art 457 ust 1 Pzp, zgodnie z którym: 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.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający całkowicie błędnie przyporządkował brak określenia limitu kar umownych oraz brak określenia wskaźników waloryzacji w projekcie umowy o zamówienie publiczne - jako wypełniające przesłanki unieważnienia umowy na podstawie w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wskazał innej podstawy unieważniania umowy z art. 457 ust. 1 Pzp - tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp wystąpienie innych wad w postępowaniu niż określone w tym przepisie - nie może być podstawą do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2021 r., KIO 3596/21:

„Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art 457 ust 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia”.

Odwołujący wskazuje dalej na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2021 r., KIO 3134/21:

„Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp, jak słusznie podnosił Odwołujący, ograniczają katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem odpowiednika art. 146 ust 6 uchylonej ustawy Pzp (przepis ten przewidywał możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa UZP o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w przypadku stwierdzenia możliwości wystąpienia z żądaniem unieważnienia umowy z powodu zaistnienia innych przesłanek niż określone w art. 457 ust. 1 Pzp - aktualność zachowuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do przepisów ustawy Pzp z 2004 r., z którego wynika, że w każdym przypadku chodzi o wadę istotną, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania”.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2017 r., KIO 752/17 „nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia powodujące sytuację, iż Zamawiający może otrzymać przedmiot zamówienia nie spełniający jego oczekiwań (o cechach nie wyartykułowanych w SIWZ) nie stanowi wady postępowania skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. W takim przypadku musi więc wystąpić naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, tj. musi zaistnieć wada postępowania i dopiero ta wada ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w

sprawie zamówienia. Chodzi przy tym o to, aby nie była to jakakolwiek wada, ale wada na tyle istotna, iż niemożliwym staje się zawarcie ważnej umowy."

Odwołujący wskazuje również na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22,09.2017 r., KIO 1893/17 „Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Z kolei choć art. 146 ust 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 pzp."

Odwołujący wskazuje, że odnosząc tezy przywołanych orzeczeń do przedmiotowego stanu faktycznego - należy stwierdzić, że brak określenia limitu kar umownych oraz brak zasad waloryzacji ustawowej - nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał na art. 260 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym nakłada na Zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o unieważnieniu postępowania - z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszej sytuacji Zamawiający nie podał uzasadnienia dla wszystkich przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem - zamawiający powinien wykazać :

- wadę,
- niemożliwą do usunięcia,
- uniemożliwienie zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszym przypadku Zamawiający wskazał jedynie „wadę”

oraz zawarł twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia”, natomiast nie uzasadnił, dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający powinien więc wykazać, że niemożliwe jest zawarcie umowy „niepodlegającej” unieważnieniu. Określenie to oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że zawarcie umowy w obecnym kształcie - powodowałoby, że podlegałaby ona unieważnieniu.

Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21:

„Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania nie odpowiada wymogom Pzp. Nie zawiera ono bowiem wykazania spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania, jak też nie zawiera należytego uzasadnienia dotyczącego okoliczności faktycznych, które miałyby uzasadniać taką czynność. Zgodnie z przepisami Pzp i stanowiskiem orzecznictwa wykonawcy nie mogą być stawiani w sytuacji, że mają się domyślać przyczyn, dla których Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno przedstawione w informacji o unieważnieniu postępowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności”.

Odwołujący wskazuje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej instytucja unieważnienia postępowania nie może być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, które nie ułożyło się po ich myśli.

Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2020 r., KIO 2941/20:

„podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie może być subiektywna interpretacja warunków udziału w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego po zapoznaniu się z ofertami. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie określił ani kodu odpadów ani właściwości miejscowej zezwolenia. To, że Zamawiający chciałaby, po zapoznaniu się z ofertami wykonawców, aby warunek brzmiał inaczej niż wynika to z zapisów SIWZ, nie może uzasadniać unieważnienia postępowania, gdyż skutkowałaby nieograniczoną dowolnością w zastosowaniu podstawy unieważnienia, a w konsekwencji brakiem pewności co do prowadzonych postępowań przetargowych. Zamawiający nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy pzp, a więc nie wykazał wady postępowania. Kwestionowany warunek *udziału w postępowaniu jest opisany w sposób jednoznaczny*. Podobnie jak zakres wymagań wobec wykonawcy na etapie rozpoczęcia

wykonywania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że umożliwiając unieważnienie postępowania w oparciu o odmienne interpretacji SIWZ mogłoby być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, po zapoznaniu się z ofertami cenowymi wykonawców, co, w ocenie Izby, uznać należy za niedopuszczalne.

Odwołujący wskazuje, że instytucja unieważnienia postępowania nie może być nadużywana, bowiem doprowadziłoby to do swoistej patologii w zamówieniach publicznych. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a nie rozszerzającej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 marca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podnosił, że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, którego dotyczy sprawa, wyraźnie wskazał, że projekt umowy stanowiącej załącznik do SWZ (dowody w aktach sprawy przekazane zostały wraz z dokumentacją postępowania przetargowego przez zamawiającego do KIO), czyli stanowiącej część postępowania przetargowego nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy. Są to elementy które zgodnie z ustawą p.z.p. winny znaleźć się w treści projektowanej umowy, a których uzupełnienia zaniechał zamawiający. Co istotne, oczywistym jest, że wskazane wady nie dotyczą zawartej już umowy, ale projektu umowy w postępowaniu przetargowym. Można też wskazać, że niezależnie od powyższego wady mają charakter zaniechania czynności w postępowaniu przetargowym polegającej na uzupełnieniu wartości (danych) w projekcie umowy których wymaga p.z.p. Zatem niewątpliwie mamy do czynienia z wadą postępowania (min. zaniechanie czynności tak min. w wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2021 r. (KIO 1905/21).

Zamawiający, odnosząc się do zarzutów odwołującego się w kwestii wykładni art. 255 pkt 6 i art. 457- ust. 1 pkt 1 Pzp, podnosił, że wskazane niżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza możliwość unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6, art. 457 Pzp, ale także w przypadku wystąpienia wad naruszających podstawowe zasady prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 i 17 Pzp.

Zamawiający powołuje się na „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza (str. 767); „Szczególną rolę odgrywa zawarta w art.255 pkt 6 Pzp przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego. Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłącznie możliwości unieważnienia postępowania”.

Zamawiający dalej wskazuje, że w zakresie zarzutu dotyczącego niewystąpienia (według odwołującego się) wady, która musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p., należy podnieść, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii nie wyklucza zastosowania wskazanych przepisów do unieważnienia postępowania w stanie faktycznym jaki zaistniał w niniejszej sprawie. Wobec niejednoznacznego brzmienia art. 457 ust. 1 pkt 1 p.z.p. można zasadnie przyjąć stosując wykładnię celowościową i funkcjonalną, że ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania z uwagi na naruszenie przepisów ustawy w tym podstawowych zasad w niej wyrażonych. Jest tak dlatego, gdyż w obecnie obowiązującej ustawie p.z.p. ustawodawcy (jak wskazuje się w orzecznictwie KIO) chodziło o takie uregulowanie postępowania przetargowego, aby jego wynikiem przede wszystkim było zawarcie umowy. Jednakże oczywistym jest, że taki pożądaný skutek (zawarcie umowy) nie może być akceptowany za "wszelką cenę", czyli nawet gdy w postępowaniu dojdzie do wystąpienia istotnych wad uniemożliwiających w konsekwencji zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ustawodawca w art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. wskazał, że 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 lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Z powyższego wynika, iż ustawodawca widzi potrzebę eliminacji wad postępowania, a tym bardziej takich, które powodują niemożliwość zawarcia umowy i w tym kontekście należy również dokonywać wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający wskazuje, że za taką wykładnią przemawia również orzecznictwo KIO. I tak Zamawiający wskazuje na wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2021 r. (KIO 1936/21) KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w analogicznej sytuacji jak w rozpatrywanej sprawie, wskazując, że:

„ W obliczu powyższych okoliczności faktycznych Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było możliwe złożenie oferty zgodne z

SWZ oraz postanowieniami obowiązującej ustawy. To prowadzi do wniosku, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu ofert, nie ma już możliwości "naprawy" postanowień SWZ i ich konwalidowania w sposób zgodny z ustawą. Wada w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma nieusuwalny charakter - nie jest możliwe jej skorygowanie przez Zamawiającego w toku postępowania przez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Izba stwierdziła, że brak możliwości unieważnienia czynności złożenia i otwarcia ofert uniemożliwia powrót do etapu postępowania o udzielenie zamówienia obarczonego wadą tj. modyfikacji postanowień SWZ. Brak możliwości nakazania przez Izbę unieważnienia wadliwych czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (ustawy). Wymaga odnotowania w tym miejscu, że taki stan rzeczy wielokrotnie podnoszony był w orzecznictwie Izby jak również wielokrotnie był przedmiotem wydawanych przez Izbę Uchwał w ramach rozpoznania zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych."

Podobnie w wyroku z dnia 2 sierpnia 2021 r. (KIO 1905/21) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: "Zarzut unieważnienia postępowania i zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej - wykonawca oparł na twierdzeniu, że nie zostały spełnione opisane w przepisie art. 255 pkt 6 Pzp przesłanki uzasadniające obligatoryjne unieważnienie postępowania. W tym przypadku wskazał - jak wyżej podano - na naruszenie: (1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, oraz (2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i (3) art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 260 ust. 2 Pzp oraz (4) art. 17 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Także w opisie kwestionowanych czynności wskazał na art. 307 ust. 2 Pzp stwierdzając, że naruszenie tego przepisu poprzez zwrócenie się tylko do jednego Wykonawcy, a nie do wszystkich Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyczerpuje wszystkich przesłanek zastosowania art. 255 ust. 6 Pzp, a w szczególności nie stanowi przesłanki mogącej skutkować uniemożliwieniem zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. (...) Tym samym skierowanie takiego wezwania tylko do jednego wykonawcy stanowi naruszenie przepisu art. 307 ust. 2 Pzp, a to z kolei skutkuje naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 Pzp i naruszenia zasady równego traktowania i przejrzystości tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższa okoliczność została zakwalifikowana przez Zamawiającego prawidłowo, jako wada niemożliwa do usunięcia skutkująca brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, albowiem

ustalenie tej okoliczności nastąpiło w dniu 23 czerwca 2021 r., a zatem po upływie terminu związania ofertą. Izba zwraca uwagę, że przeciwne działanie byłoby także sprzeczne z postanowieniami SWZ. (...) Bez wątplenia - jak wskazywał Zamawiający - upływ terminu związania ofertą nie da się w żaden sposób przywrócić w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy nie zostali wezwani do wyrażenia zgody na jego przedłużenie. W okolicznościach faktycznych tej sprawy stan związania wygasł i te dwie oferty nie mogłyby podlegać dalszej ocenie. Stanu tego nie można w żaden sposób konwalidować. Tym samym przepis art. 255 pkt 6 Pzp - został wskazany prawidłowo jako podstawa unieważnienia przedmiotowego postępowania. (...). Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, która spełnia dwa kryteria, a mianowicie: jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest to wada rzutująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i niewątpliwie - tak jak wskazywał Zamawiający - zawarciu ważnej umowy na przeszkodzie stają nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego."

Zamawiający wskazuje dalej na wyrok z dnia 13 lipca 2021 r. (KIO 1760/21), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: "Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Norma ta wymaga wykazania łącznego spełnienia następujących trzech przesłanek. Pierwszej przesłanki – w przetargu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) – w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 64 w zw. z art. 16 p.z.p. Jak trafnie wskazał odwołujący zamawiający jest odpowiedzialny za narzędzia informatyczne z których korzysta, więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą zamawiającego. Przy czym, jak trafnie podnosi się w orzecznictwie, uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie musi być okolicznością zależną od zamawiającego albo działaniem celowym, może wynikać właśnie z powodów technicznych, np. awarii platformy, błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników korzystających z platformy elektronicznej, istotny jest tu efekt w postaci braku możliwości złożenia oferty (por. wyrok KIO z 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 268/19). Ponadto w wyniku uniemożliwienia odwołującemu złożenia oferty naruszono zasady naczelnego p.z.p. dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. Nie można skutecznie twierdzić, że wynik postępowania jest prawidłowy, skoro jest ono

obarczone najpoważniejszą wadą jaka może wystąpić w postępowaniu – naruszenia zasad generalnych w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia. Drugiej przesłanki – naruszenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu zamawiającego przy użyciu instrumentów p.z.p., w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty odwołującemu wywołuje nieodwracalny skutek. Na obecnym etapie postępowania nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna. Trzeciej przesłanki – wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak wcześniej wspomniano nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy na podstawie postępowania, w którym doszło do naruszenia zasad naczelnych Prawa zamówień publicznych. Dyskryminacja odwołującego, którego oferta mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ma bezpośredni wpływ na brak możliwości udzielenia zamówienia w warunkach uczciwej gry rynkowej. Wynik postępowania jest obciążony błędem, ponieważ ograniczono odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, zaś czynności składania ofert nie da się powtórzyć. Zaistniałe problemy techniczne mogły mieć wpływ na wynik przetargu, więc zamawiający nie może ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na prowadzenie i rozstrzygnięcie postępowanie, art. 255 pkt 6 p.z.p. jest jednoznaczny i wskazuje na obowiązek zamawiającego, a nie na uprawnienie. Rekapitułując, skład rozpoznający spór stanął na stanowisku, iż wykazano, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. W ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego zasad naczelnych, co może mieć istotny wpływ na wadliwy wynik przetargu (art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), więc odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione”.

Zamawiający powołuje także wyrok z dnia 11 sierpnia 2021 r. (KIO 1799/21), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: "Jak wynika z treści art. 255 pkt 6) ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeśli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie ważnej umowy. Oznacza to, że uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis ten obejmuje zatem wszelkie sytuacje, w których występuje wada postępowania niedająca się naprawić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, podstawą unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp będzie wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania tj. takiej która nie może być przez Zamawiającego skorygowana w toku postępowania przez unieważnienie czynności lub jej powtórzenie. Do tego rodzaju wad postępowania orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zalicza np. wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, czy też okoliczność, że w postępowaniu złożono nieporównywalne oferty, a źródłem tej nieporównywalności są postanowienia SWZ. (...) Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, skład orzekający stoi na stanowisku, że w tym postępowaniu doszło do wady, uprawniającej Zamawiającego do skorzystania z dyspozycji art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem wadliwie opisał przedmiot zamówienia w załączniku 5 do SWZ stanowiącym Przedmiar robót, na podstawie którego wykonawcy mieli obliczyć cenę oferty. W wyniku powyższego doszło do złożenia ofert nie tylko nieodpowiadających potrzebom Zamawiającego, bowiem celem postępowania było udzielenie zamówienia na okres trzech lat, a nie jednego roku, ponadto doszło do złożenia ofert nieporównywalnych, gdyż Odwołujący zaoferował cenę za 1 rok, a drugi wykonawca za 3 lata. Stało się tak, ponieważ Odwołujący zastosował się do literalnego brzmienia załącznika nr 5 do SWZ, a drugi wykonawca prawdopodobnie miał na względzie nie tylko doświadczenie zdobyte podczas realizacji poprzedniej umowy na rzecz Zamawiającego, ale również brzmienie SWZ oraz wzoru umowy. Źródłem zaistniałej sytuacji był błąd Zamawiającego, w wyniku którego wadliwie został skonstruowany Przedmiar robót, służący następnie wykonawcom do obliczenia ceny oferty. Powyższe miało istotny wpływ na wynik postępowania. Nie bez znaczenia jest tu również treść dokumentacji postępowania, w tym opisany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oraz brzmienie §5 ust. 3 wzoru umowy. Z tych względów w ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6) ustawy Pzp była słuszna. Gdyby przedmiar robót był skonstruowany w sposób prawidłowy być może zaoferowane ceny (w tym ceny jednostkowe) byłyby inne nie tylko dlatego, że długość trwania umowy ma dla tego aspektu niebagatelne znaczenie, ale również dlatego, że wówczas we wszystkich ofertach cena byłaby wyliczona prawidłowo, w tym z uwzględnieniem rzeczywistego okresu, na jaki umowa ma zostać zawarta. Ponadto niewykluczone, że zamówieniem zainteresowałby się szerszy krąg wykonawców, gdyż perspektywa umowy z dłuższym terminem obowiązywania jest co do zasady atrakcyjniejsza, dodatkowo nie bez znaczenia dla niektórych wykonawców jest również wolumen zamówienia."

Zamawiający wskazuje, że mając na uwadze powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w ww. wyrokach należy wskazać, że zamawiający zasadnie dokonał unieważnienia postępowania, gdyż w trakcie przygotowań do podpisania umowy, czyli w trakcie trwania postępowania powziął informację, że umowa musi zostać zmieniona i

uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu widzenia realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia. Wbrew temu co twierdzi odwołujący się, wada dotyczyła postępowania (projektu umowy stanowiącego część dokumentacji w SWZ, a nie umowy, bo tej przecież jeszcze nie zawarto). Projekt umowy nie zawierał wbrew zapisom p.z.p. wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy. Projekt umowy stanowi integralną treść SWZ i był częścią postępowania, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości jej negocjowania. W takim stanie faktycznym zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania było niedopuszczalne z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszałoby to podstawowe zasady prawa zamówień publicznych min. wyrażoną w art. 16 pkt 1) i pkt 2) p.z.p. nakazującą przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i w sposób przejrzysty.

Zamawiający wskazuje, że w niniejszej sprawie jak wskazano w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazane wady mogłyby z punktu widzenia pozostałych wykonawców uzasadnić zarzut braku przejrzystości postępowania w wyniku niejasnych zapisów projektowanej umowy oraz niezgodnego z przepisami późniejszego negocjowania zapisów umowy. Ponadto mogłyby dojść do naruszenia 17 ust. 2 p.z.p. która mówi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zatem zamawiający jak wskazała Krakowska Izba Odwoławcza w ww. wyroku z dnia 2 sierpnia 2021 r. (KIO 1905/21) uznał, że stwierdzone wady są niemożliwe do usunięcia po ich stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz że wady rzutują bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazuje, że w odwołaniu zarzucono również, że art. 260 ust. 1 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

"Zamawiający ma obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Uzasadnienie faktyczne wymaga wskazania okoliczności (faktów, zdarzeń, stanu), które nakazują zamawiającemu zastosowanie określonej normy prawnej. Jest ono niezbędne dla oceny przez wykonawcę, czy dana czynność zamawiającego mieści się w granicach przytoczonej podstawy prawnej, a więc czy dokonana została w

sposób właściwy. Z kolei uzasadnienie prawne nie może ograniczać się tylko do podania i zacytowania przepisu Prawa zamówień publicznych. Wiąże się bowiem z obowiązkiem wykazania rzeczywistego wypełnienia przez zaistniałe okoliczności hipotezy danej normy prawnej." tak w A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 260.

Zamawiający wskazuje, że w niniejszej sprawie w treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania zamawiający podał wyraźnie i jasno uzasadnienie faktyczne i prawne wymagane przez art. 260 ust. 1 p.z.p. wskazując, że na podstawie art. 255 pkt 6 i art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zm.), zamawiający zawiadamia o unieważnieniu postępowania pod nazwą: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Krzywaczce etap I (identyfikator postępowania na miniPortal: 8963424b-006b-46be-8498-68e3abc35a47). W uzasadnieniu poinformowano wykonawców, że zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazano, że zamawiający w trakcie przygotowań do podpisania umowy z Wykonawcą zadania powziął informacje, że umowa musi zostać zmieniona i uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu prawidłowości realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę, że projekt umowy nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy. Projekt umowy stanowi integralną treść zamówienia, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości jej negocjowania. W ocenie Zamawiającego zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wypełnia przesłanki z art. 457 ust.1 pkt 1 wskazanej ustawy. Wobec powyższego zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazuje, że jednoznacznie wskazał okoliczności faktyczne i prawne, które wskazywały na wystąpienie wad uzasadniających unieważnienie postępowania. Z treści zawiadomienia wynika jednoznacznie, iż wskazane przez zamawiającego wady są na tyle istotne z punktu widzenia ustawy p.z.p. (w istotny sposób naruszają przepisy ustawy), że niemożliwe jest ich usunięcie, a co za tym idzie niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy o

udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie zgadza się więc z także twierdzeniami odwołującego się dotyczącymi możliwości usunięcia zaistniałych wad w oparciu o przepisy prawa cywilnego.

Zamawiający wskazuje, że Zamawiającemu trudno odnieść się do treści cytowanego przez odwołującego się wyroku KIO z dnia 18 listopada 2021 r. KIO 3204/21, ponieważ wskazane dane wyroku nie pozwalają na jego odnalezienie w dostępnych dla zamawiającego bazach danych, a w szczególności trudno jednoznacznie stwierdzić, czy stan faktyczny powołanej sprawy może mieć zastosowanie w niniejszej sprawie. Jednak w odpowiedzi powołuje się na wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2021 r. KIO 1343/21, w którym odwołano się do wykładni celowościowej i wskazano, że: "Cel przepisu art. 260 ust. 1 p.z.p. sprowadza się do nałożenia na zamawiającego obowiązku zawiadomienia o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma umożliwić wykonawcom skuteczne odwołanie się od decyzji zamawiającego." Mając na uwadze powyższe Zamawiający podniósł, że odwołujący miał jasność w kwestii, jakie fakty i jakie przepisy stanowią podstawę podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, na co wskazują sformułowane przez odwołującego się zarzuty w niniejszym postępowaniu. Gdyby zawiadomienie nie było zrozumiałe i jednoznaczne, to odwołujący miałby trudność z przedstawieniem swoich zarzutów tak jak tego dokonał w odwołaniu. Ponadto w odwołujący się nie wskazał w odwołaniu jak ewentualne wady zawiadomienia miały rzekomo negatywnie wpłynąć na treść złożonego odwołania.

Zamawiający wskazuje, że nie można również zgodzić się z odwołującym się, że doszło w niniejszej sprawie do nadużycia instytucji unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający unieważnił postępowanie kierując się przesłankami o których była wyżej mowa nie po to, aby manipulować wynikami postępowania, ale w celu jak najlepszego zabezpieczenia prawidłowego wydatkowania środków publicznych w ramach Programu Polski Ład.

Z przytoczonych powodów zamawiający stwierdził, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 p.z.p.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Stan faktyczny:

Izba ustaliła, że otwarcie ofert nastąpiło w dniu 2 lutego 2022 r. W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych siedem ofert:

Numer oferty	Wykonawca	Cena zł netto/brutto	Okres gwarancji
1	MEN-GAZ PRZEDSIĘBIORST WO BUDOWNICTWA OGÓLNEGO ORAZ SIECI I INSTALACJI BUDOWLANYCH C. W. 34-654 MĘCINA 597	5.890.000,00 7.244.700,00	60 m-cy
2	KONSORCJUM FIRM: LIDER: INWESTYCJE LINIOWE INVEST- LINE SP. Z O.O. 37-710 ŻURAWICA, UL. PRUCHNICKA 36 ORAZ PARTNER: HYDROTERM SPÓŁKA Z O.O. 37-550 RADYMNO, MICHAŁÓWKA 67	5.573.677,00 6.855.622,71	60 m-cy
3	PRZEDSIĘBIORST WO INSTALACJI SANITARNYCH „INSBUD” SP. Z O.O. 33-100 TARNÓW, UL. PRZEMYSŁOWA 27	7.200.000,00 8.856.000,00	60 m-cy
4	FIRMA	9.870.000,00	60 m-cy

	PRODUKCYJNO-USŁUGOWO-HANDLOWA PAWLIMEX P. W. 34-600 LIMANOWA, STARA WIEŚ 646	12.140.100,00	
5	„WOD-GAZ” ZAKŁAD ROBÓT INŻYNIERYJNO- TRANSPORTOWY CH C. S. 28-130 STOPNICA, SUCHOWOLA 74A	6.365.853,66 7.830.000,00	60 m-cy
6	„EKOINSTAL” SO. Z O.O. 34-200 SUCHA BESKIDZKA, UL. PRZEMYSŁOWA 8	5.890.508,94 7.245.326,00	60 m-cy
7	AG SYSTEM SP. Z O.O. 30-106 KRAKÓW, UL. SENATORSKA 15	9.700.000,00 11.931.000,00	60 m-cy

W dniu 21 lutego 2022 r. po dokonaniu czynności badania i oceny złożonych ofert oraz dokonaniu kwalifikacji podmiotowej Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu nie została odrzucona żadna oferta.

W dniu 21 lutego 2022 r., w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 17 lutego 2022 r., Zamawiający wyznaczył termin i godzinę podpisania umowy o zamówienie publiczne, tj. na dzień 8 marca 2022 r. godz. 10:00.

W dniu 28 lutego 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. W powyższym zawiadomieniu Zamawiający wskazał, że w trakcie przygotowań do podpisania umowy z Wykonawcą zadania powziął informacje, że umowa musi zostać zmieniona i uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu prawidłowości realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał, że projekt umowy nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy.

Zamawiający wskazał, że projekt umowy stanowi integralną treść zamówienia, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości jej negocjowania. W ocenie Zamawiającego zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wypełnia przesłanki z art. 457 ust.1 pkt 1 wskazanej ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku wniesionego odwołania przez Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 marca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24 marca 2022 r. Odwołujący wniósł pismo procesowe jako odniesienie do odpowiedzi na odwołanie.

Stan prawny:

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. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 3) proporcjonalny.

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego są zdaniem Izby zasadne.

Izba podnosi, iż w przedmiotowym postępowaniu należy wpierw zadać sobie pytanie, czy brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp (waloryzacja wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów) jest wadą postępowania czy wadą umowy.

Izba zważa, że zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenie do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, Izba stoi na stanowisku, że brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp jest wadą postępowania, w tym znaczeniu, że projektowane postanowienia umowy zawierają określone braki w stosunku do wymagań wynikających z przepisów prawa.

Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, że wady wskazane przez zamawiającego jako powód unieważnienia postępowania nie są wadą postępowania, a jedynie wadą umowy – rozróżnienie takie jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, że projekt umowy jest elementem warunków zamówienia.

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.

Izba zważa, że stwierdzenie przez Zamawiającego, że postępowanie jest obarczone określoną wadą (w tym przypadku niezgodnością projektowanych postanowień umowy z art. 436 pkt 3 oraz art. 439 ust. 2 ustawy Pzp), nie jest wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania. Zamawiający powinien dodatkowo ustalić – oraz wykazać w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania – że wady te są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zważa, że w obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że bywają sytuacje, kiedy kontynuowanie postępowania prowadziło do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miało wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji – zdaniem Izby – zasadne mogłoby być skorzystanie z art. 70⁵ Kc w związku z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Zgodnie z drugim z ww. przepisów, przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp określenie warunków zamówienia wpływa na wynik postępowania. Zamawiający, unieważniając postępowanie, musiałby jednak wykazać, że naruszenie przepisów prawa, którego dopuszczono się w toku postępowania, co najmniej mogło wpłynąć na jego wynik. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że umowa mogłaby podlegać

unieważnieniu ze wskazanych wyżej powodów.

Izba nie zgadza się z Zamawiającym, że „z treści zawiadomienia wynika jednoznacznie, iż wskazane przez zamawiającego wady są na tyle istotne z punktu widzenia ustawy p.z.p. (w istotny sposób naruszają przepisy ustawy) , że niemożliwe jest ich usunięcie , a co za tym idzie niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego”. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w ogóle nie odnosi się do kwestii wpływu dostrzeżonych naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania.

Nadto Odwołujący na rozprawie wskazywał, że ewentualne wady w tej umowie nie mają charakteru istotnego i nie uniemożliwiają ani nie utrudniają jej realizacji.

Izba zważa, że istotne jest również to, że w przedmiotowym postępowaniu brało wielu wykonawców (zostało złożonych 7 ofert), żaden z wykonawców nie zadawał pytań do SWZ ani żaden z wykonawców nie złożył w ustawowym terminie odwołania wobec treści SWZ w zakresie braku określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony czy braku zasad waloryzacji wynikającej z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba zważa, że powyższe potwierdza wypowiedź Odwołującego na rozprawie (pracownika spółki HYDROTERM Sp. z o.o.), który wskazał, że wzór umowy był znany na etapie składania ofert, każdy z oferentów podpisał wzór umowy i go zaakceptował , a nadto nie było żadnych uwag. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę także to, iż Odwołujący wskazał, że „po analizie umowy nie stwierdza przeciwwskazań do realizacji umowy ze strony technicznej. Odnośnie zapisów dotyczących kar umownych nie przewiduje takich procedur, gdyż do tego momentu realizuje inwestycje na czas”.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt VII SWZ, Zamawiający określił termin realizacji zadania do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa , której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Izby, na co zwrócił również uwagę Odwołujący w odwołaniu, że waloryzacja ma największe znaczenie w przypadku umów wieloletnich, w przypadku których wykonawcę obciążają znacznie większe ryzyka związane ze wzrostem kosztów wykonania zamówienia w całym okresie jego realizacji. Tym samym

Izba nie zgadza się z Zamawiającym, że ze względu na „sytuację rynkową, ceny galopująco wzrastają, wzrasta inflacja, w związku z tym klauzula może być bardzo potrzebna”.

Reasumując, zdaniem Izby, brak określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, jak i brak zasad waloryzacji wynikającej z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp nie miał wpływu na wynik prowadzonego postępowania ani na czynność badania i oceny ofert i nie uniemożliwił zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto Izba nie zgadza się z Zamawiającym (podnosił to także Zamawiający na rozprawie) jakoby w przypadku wystąpienia powyższych wad doszłoby do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji, zasadę przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców, ponieważ projekt umowy stanowiący załącznik nr 8 do SWZ był opublikowany i w równym stopniu dostępny dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Izba zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, że zachodzi podstawa unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby jest to błędna podstawa prawna podana przez Zamawiającego, na co zwrócił uwagę także Odwołujący. 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.

W związku z powyższym dotyczy to sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (tak wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21). Zatem wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna, na której oparł tezę, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu, jest całkowicie nieadekwatna do stanu faktycznego niniejszej sprawy, a powołanie jej jako uzasadniającej unieważnienie postępowania było błędne.

Zauważenia wymaga, że Zamawiający nie wskazał na żadną inną podstawę unieważnienia umowy, określoną w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 8 ust. 4 projektu umowy, wynagrodzenie określone w ust. 2 ulegnie zmianie w przypadku urzędowych zmian stawki i kwoty podatku VAT oraz w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, zmian zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Waloryzacja będzie miała miejsce począwszy od pełnego miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym wykonawca przedłoży kosztorys wskazujący na zmianę kosztów wykonania zamówienia.

Izba wskazuje także, że zgodnie z § 13 projektu umowy:

1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień niniejszej umowy, strona winna niewykonania lub nienależytego wykonania zapłaci drugiej stronie karę umowną.
2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
 - 1) za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki;
 - 2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji za wady w wysokości 0,4 % wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad;
 - 3) z tytułu nienależytego wykonania umowy w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia brutto;
 - 4) z tytułu odstąpienia od wykonania umowy z winy Wykonawcy w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia brutto;
 - 5) z tytułu:
 - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom 2% wynagrodzenia brutto;
 - b) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia , o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy pzp 2% wynagrodzenia brutto
 - c) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmian 1% wynagrodzenia brutto;
 - d) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany 1% wynagrodzenia brutto;
 - e) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10 pzp 1% wynagrodzenia brutto;
 - f) braku zmiany wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku określonym w § 8 ust. 6 umowy 1% wynagrodzenia brutto;

6) z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w § 6 ust 1 czynności, Zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia brutto za każdy przypadek naruszenia w/w obowiązków. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w § 6 ust 1 czynności.

3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne z tytułu odstąpienia od wykonania umowy z winy Zamawiającego w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia brutto.

4. Łączna wysokość kar umownych, jakie strony mogą od siebie dochodzić nie może przekroczyć% wynagrodzenia brutto.

5. Stronom przysługuje prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

6. Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia kar umownych z faktury Wykonawcy.

Izba jest zdania, że w wyniku powyższego brak łącznej maksymalnej wysokości kar umownych nie pozbawia zamawiającego dochodzenia kar umownych od wykonawcy w przypadku zaistnienia określonych zdarzeń wynikających z projektu umowy, zwłaszcza w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień umownych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nadto Izba zważa, że w przypadku gdyby kary były wygórowane, to można byłoby zastosować instytucję miarkowania kary umownej, o której mowa w art. 484 § 2 KC, zgodnie z którym, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zwrócił na to uwagę także Odwołujący na rozprawie, jak i w pismach procesowych. Jako przykład Odwołujący wskazał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 9.12.2021 r., sygn. akt III CZP 16/21 (dowód wniesiony na rozprawie). Izba wskazuje, że możliwość taką daje art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U z 2020- r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Izba także zważa, że zgodnie z § 16 ust. 1 projektu umowy, w sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazuje, że w przypadku niniejszej umowy, której przedmiotem są roboty budowlane zastosowanie mogą znaleźć art. 632 § 2 KC oraz art. 357¹ KC. Izba jest zdania, że w szczególnie zaistniałych okolicznościach wynikających z powyższych przepisów kodeksu cywilnego wykonawca może wystąpić do sądu z powództwem o ukształtowanie stosunku prawnego poprzez waloryzację wynagrodzenia albo rozwiązanie umowy. Zamawiający w ogóle nie odnosi się do powyższych kwestii, stwierdzając jedynie w piśmie procesowym - w odpowiedzi na odwołanie - ,że „nie zgadza się więc z także twierdzeniami odwołującego się dotyczącymi możliwości usunięcia zaistniałych wad w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego”, nie mówiąc dlaczego zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe zastosowanie powyższych przepisów kodeksu cywilnego.

Nadto Izba zważa, że Zamawiający na obronę swoich racji podaje orzecznictwo, które nie ma związku ze sprawą i tym samym nie jest adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. (podnosił to również Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 24.03.2022 r. – odniesienie do odpowiedzi na odwołanie).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 260 ust 1 ustawy Pzp (dotyczy to zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), Izba zważa, że zgodnie z tym przepisem, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba zważa, że rację ma Odwołujący stwierdzając, że zamawiający wskazał „wadę” oraz zawarł twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia”, ale nie uzasadnił dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba stoi na stanowisku, że zamawiający powinien uzasadnić w niniejszym stanie faktycznym dlaczego niemożliwe jest zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu oraz wykazać czemu zawarcie umowy (zgodnie z projektem umowy) powodowałoby, że podlegałaby ona unieważnieniu. Zamawiający wskazał jedynie, że „umowa musi zostać zmieniona i uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu prawidłowości realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia, wskazując że projekt umowy nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2

ustawy Pzp. Projekt umowy stanowi integralną treść zamówienia, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości negocjowania. W ocenie Zamawiającego zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wypełnia przesłanki z art. 457 ust.1 pkt 1 wskazanej ustawy”.

Izba zważa, że konsekwencją powyższych zarzutów był zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: