

Sygn. akt: KIO 562/23

WYROK

z dnia 17 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lutego 2023 roku przez odwołującego Kancelarię Radców Prawnych i Adwokatów Lexus Consulting G., K., O., P. spółkę partnerską z siedzibą w Żorach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 23 lutego 2023 r. oraz kontynuację postępowania o zamówienie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi obsługi prawnej Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 3 w Rybniku”, nr postępowania: DK-2009-TP/118-2022.AP.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 16 stycznia 2023 r. nr 2023/BZP 00035727.

W postępowaniu tym wykonawca - Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Lexus Consulting G., K., O., P. spółka partnerska z siedzibą w Żorach (dalej: „Odwołujący”) 28 lutego 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie, a w konsekwencji pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zadania i osiągnięcia zysku,
- 2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp i art. 260 ust. 1 ustawy Pzp przez niejasne uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonanej w dniu 23.02.2023 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania a także nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm prawem przepisanych oraz o dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wynikające i szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania. Odwołujący podniósł, że zgodnie z danymi opublikowanymi przez Zamawiającego odnośnie zestawienia złożonych ofert, odwołujący złożył jedyną ofertę. Odwołujący wskazał, że nieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości realizacji zadania a tym samym pozbawia odwołującego potencjalnych korzyści finansowych. Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego, że Odwołujący spełnia przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że 23 lutego 2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiający opublikował pismo zawierające informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż w błędny sposób opisał przedmiot zamówienia pomijając w opisie fakt, iż w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca będzie wynajmował od zamawiającego pomieszczenia w jego siedzibie. Pominięcie informacji dotyczącej szczegółowych zasad najmu, opisu technicznego pomieszczeń oraz zasad rozliczania mediów stanowią istotny element opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym mają w ocenie Zamawiającego wpływ na cenę oferty. Odwołujący wskazał, że w ocenie Zamawiającego zaistniała sytuacja wskazuje, iż postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest błędne, lecz przede wszystkim oparte o nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wyjaśnił, iż w postępowaniach przetargowych na obsługę prawną Szpitala prowadzonych w przeszłości, Zamawiający zobowiązywał wykonawcę do zawarcia umowy najmu wykorzystywanych do obsługi prawnej pomieszczeń przewidując w specyfikacji zamówienia zasady najmu i pokrywania kosztów mediów. Abstrahując od prawidłowości takiego postępowania Odwołujący zauważył, iż umowa najmu pomieszczeń nie jest w żaden sposób zależna od umowy na obsługę prawną Zamawiającego, a brak postanowień specyfikacji dotyczących najmu nie powoduje, iż nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotą postępowania jest bowiem świadczenie usługi obsługi prawnej a nie najem pomieszczeń. Treść dokumentacji przetargowej w tym w szczególności postanowienia wzoru umowy i udzielone przez zamawiającego odpowiedzi na pytania przesądzają, zdaniem Odwołującego, iż decyzja zamawiającego była świadoma.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §4 ust. 2 wzoru umowy (projektowane postanowienia umowy — modyfikacja z dnia 24 stycznia 2023 r.) stanowiącego załącznik nr 4 do Specyfikacji:

„Zamawiający zapewni Wykonawcy w celu realizacji usługi pomieszczenia biurowe wraz z wyposażeniem oraz łączność telefoniczną, dostęp od internetu i wewnętrznej sieci informatycznej szpitala w zakresie uzasadnionym zakresem i rodzajem świadczonej obsługi NADTO Zamawiający skieruje do obsługi administracyjnej prowadzonej obsługi prawnej pracownika administracyjnego, zatrudnionego w SP ZOZ WSS nr 3 w Rybniku w systemie podstawowym tj. w dni robocze od poniedziałku do piątku w godz. 7:30-15:05.”

Zdaniem Odwołującego nie jest prawdą zatem, iż Zamawiający z uwagi na swój błąd zapomniał dodać do treści specyfikacji postanowienia dotyczące najmu. W toku niniejszego postępowania przetargowego przewidział odmienne rozwiązanie w stosunku do rozwiązań stosowanych w przeszłości, tj. zobowiązał się do zapewnienia wykonawcy pomieszczenia biurowego wraz z wyposażeniem oraz obsługą administracyjną.

Ponadto Odwołujący wskazał, że 24 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował modyfikacje treści SWZ. Pytanie nr 2 do specyfikacji dotyczyło powołanego S4 ust. 2 projektu umowy i brzmiało:

„Zamawiający zapewni Wykonawcy w celu realizacji usługi pomieszczenia biurowe wraz z wyposażeniem, łączność, dostęp do internetu i wewnętrznej sieci informatycznej. Czy Zamawiający zapewni także pracownika/osobę dla obsługi sekretariatu w zakresie uzasadnionym zakresem i rodzajem świadczonej obsługi prawnej?”

Na tak zadane pytanie Zamawiający odpowiedział:

„Zamawiający informuje, iż do obsługi administracyjnej w zakresie uzasadnionym zakresem rodzajem świadczonej obsługi prawnej Zamawiający skieruje pracownika administracyjnego zatrudnionego w SP ZOZ WSS nr 3 w Rybniku w systemie podstawowym, tj. w dni robocze od poniedziałku do piątku w godz. 7:30 — 15:05.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający potwierdził więc, iż zapewni pomieszczenia biurowe wraz z wyposażeniem oraz obsługą administracyjną. Ponadto Odwołujący zauważył, iż Zamawiający w zestawieniu oszacowania zamówienia nie brał pod uwagę przychodów z tytułu najmu pomieszczeń. Z żadnego dokumentu wytworzonego w toku prowadzonego postępowania nie wynika jakoby Zamawiający wymagał od Wykonawcy zawarcia umowy najmu używanych pomieszczeń. Wręcz przeciwnie — z powołanego § 4 ust. 2 umowy wprost wynika, iż pomieszczenia zapewnia Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że postanowienie takie zostało dodane do wzoru umowy w stosunku do wzoru umowy przewidzianego przez Zamawiającego w poprzednich postępowaniach przetargowych na obsługę prawną Szpitala. I tak w postępowaniu na kompleksową obsługę prawną Szpitala nr DK-1772-TP/64/1-2021 wzór umowy zawierał §1 ust. 3 o treści:

„W celu realizacji przedmiotu umowy Wykonawca będzie wynajmował od Zamawiającego pomieszczenia w jego siedzibie. Szczegółowe informacje o pomieszczeniach będących przedmiotem najmu (opis techniczny, zasady najmu, zasady rozliczania mediów) określa załącznik nr 1.4 do niniejszej umowy (Informacje o pomieszczeniach będących przedmiotem najmu).”

Odwołujący podkreślił, że załącznik nr 4 do specyfikacji (wzór umowy) nie zawiera § 1 ust. 3 jak we wzorze umowy z postępowania nr DK-1772-TP/64/1-2021, a jednocześnie zawiera dodany 4 ust. 2 o treści:

„Zamawiający zapewni Wykonawcy w celu realizacji usługi pomieszczenia biurowe wraz z wyposażeniem oraz łączność telefoniczną, dostęp od internetu i wewnętrznej sieci informatycznej szpitala w zakresie uzasadnionym zakresem i rodzajem świadczonej obsługi. NADTO Zamawiający skieruje do obsługi administracyjnej prowadzonej obsługi prawnej pracownika administracyjnego, zatrudnionego w SP ZOZ WSS nr 3 w Rybniku w systemie podstawowym tj. w dni robocze od poniedziałku do piątku w godz. 7:30-15:05.”

W ocenie Odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający w sposób całkowicie przemyślany dokonał zmiany treści specyfikacji w zakresie dotyczącym najmu zapewniając pomieszczenia we własnym zakresie. Na poparcie swojego stanowiska w przedmiocie błędnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący obszernie powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W złożonej pismem z 13 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uwzględni odwołanie w pkt 2, w którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niejasne uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania. W związku z powyższym Zamawiający przedłożył dokument: ERRATA z dnia 13.03.2023 r. do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 23.02.2023 r. oraz wskazał, iż uzupełnienie uzasadnienia zaskarżonej czynności, pozostaje bez wpływu na prawidłowość zaskarżonej czynności i żądanie odwołującego w zakresie jej unieważnienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie tj. zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie, oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Zamawiającego z podniesionym zarzutem w żadnym razie nie można się zgodzić wobec stanu faktycznego, o którym Zamawiający informował pismem z dnia 23.02.2023 r. o unieważnieniu postępowania wraz z uzupełnieniem w formie ERRATY do Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 13.03.2023 r.

Zamawiający wyjaśnił, że w ww. pismach wskazał na podstawę prawną unieważnienia postępowania tj. naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz poinformował, iż powyższe wynika z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także jest sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś, jest sprzeczne z art. 99 ust. 1 Pzp, który ustanawia wymóg nie tylko jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, lecz także w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że pominął w opisie przedmiotu zamówienia fakt, iż jako samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej dla którego podmiotem tworzącym jest Województwo Śląskie, zobowiązany jest respektować postanowienia Uchwały nr 686/326/VI/2022 Zarządu Województwa Śląskiego z dnia 20.04.2022 roku w sprawie przyjęcia Zasad gospodarowania aktywami trwałymi samodzielnymi publicznymi zakładów opieki zdrowotnej dla których podmiotem tworzącym jest Województwo Śląskie. W związku z powyższym w celu realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do zawarcia z Zamawiającym odrębnej umowy dotyczącej zasad korzystania z pomieszczenia niezbędnego w celu realizacji usługi tj. prowadzenia Referatu Prawnego w siedzibie zamawiającego.

Brak w Opisie Przedmiotu Zamówienia informacji dot. zasad rozliczania kosztów za korzystanie z mediów oraz pomieszczeń, jest w opinii Zamawiającego istotną okolicznością mogącą wpłynąć na treść oferty, a prawdopodobnie również zmienić krąg potencjalnych wykonawców przedmiotowej usługi.

W uzasadnieniu podstaw faktycznych unieważnienia postępowania — pismo z dn. 23.02.2023 r. - Zamawiający odwołał się do publikacji Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym w 2021 (dalej: „Komentarz”), dostępnym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie dotyczącym art. 255 pkt 6 ustawy Pzp oraz wskazał, iż w ocenie Zamawiającego przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie naruszenie art. 255 pkt 6 jest spełniona. Dodatkowo, Zamawiający w uzasadnieniu podstaw unieważnienia postępowania odniósł się do aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyroku z dn. 11 sierpnia 2021 r. o sygn.: KIO 1799/21.

Zdaniem Odwołującego nie sposób jednak zgodzić się z zarzutem Odwołującego iż Zamawiający działał celowo, intencjonalnie i z rozmysłem nie ujął w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań oraz istotnych dla realizacji usługi okoliczności, w tym w szczególności informacji, iż Zamawiający jako samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej dla którego podmiotem tworzącym jest Województwo Śląskie, zobowiązany jest

respektować postanowienia Uchwały nr 686/326/VI/2022 Zarządu Województwa Śląskiego z dnia 20.04.2022 roku w sprawie przyjęcia Zasad gospodarowania aktywami trwałymi samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej dla których podmiotem tworzącym jest Województwo Śląskie. Jak wykazano powyżej okoliczność ta warunkuje wskazanie dodatkowych regulacji mających wpływ na treść oferty, tj. obligatoryjne zawarcie umowy określającej zasady korzystania z pomieszczeń w siedzibie Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu bezpodstawność zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp oraz podnosi, że istotą postępowania jest świadczenie usługi obsługi prawnej, a nie najem pomieszczeń, a zatem brak postanowień specyfikacji dotyczących najmu nie powoduje, iż nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy z sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z tak postawioną tezą. Faktem jest, iż przedmiot zamówienia nie dotyczy najmu pomieszczeń, jednakże usługa stanowiąca przedmiot zamówienia tj. obsługa prawna z uwagi na miejsce i sposób jej świadczenia tj. w siedzibie Zamawiającego oraz z wykorzystaniem infrastruktury, sprzętu i pomieszczeń Zamawiającego ma przedmiotowych okolicznościach istotne znaczenie wpływające na treść oferty. Powyższe regulacje stanowią element umowy, co potwierdza m.in. fakt, iż sam Odwołujący realizuje obecnie umowę na kompleksową obsługę prawną w bliźniaczej wobec Zamawiającego jednostce tj. w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu — Zdroju, zawierającą w § 4 postanowienia w tym zakresie.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający wskazał, iż w przytoczonej powyżej odpowiedzi Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii zapewnienia (w domyśle: nieodpłatnego) korzystania z pomieszczeń w siedzibie Zamawiającego bowiem pytanie tej kwestii nie dotyczyło. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi potwierdził, że poniesie koszty pracy osoby skierowanej do obsługi administracyjnej Referatu Prawnego. Jest to logiczną konsekwencją zapisów zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia tj. zobowiązania wobec Wykonawcy do prowadzenia Referatu Prawnego w siedzibie Zamawiającego oraz zapisów Specyfikacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu tj. skierowania przez Wykonawcę do realizacji usługi czteroosobowego zespołu składającego się wyłącznie z Adwokatów i lub Radców Prawnych posiadających wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 75) lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1651) lub posiadających wpis na listę prawników zagranicznych, prowadzoną przez okręgową radę adwokacką lub radę okręgowej izby radców (zgodnie z ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (t. j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 823).

Zamawiający przed otwarciem ofert nie dostrzegł, że postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia nie zawierają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający wyjaśnił, że błąd został ujawniony w momencie, gdy służby finansowo-księgowo Szpitala poprosiły o podanie przez Inicjatora postępowania tj. dział kadr informacji w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów za pomieszczenia i media oraz daty od kiedy koszty te mają zostać naliczone podmiotowi świadczącemu usługi pomocnicze w siedzibie Zamawiającego. Po przeanalizowaniu dokumentów Zamawiający ustalił, iż w opisie przedmiotu zamówienia nie odwołano się do Uchwały nr 686/326/VI/2022 Zarządu Województwa Śląskiego z dnia 20.04.2022 roku w sprawie przyjęcia Zasad gospodarowania aktywami trwałymi samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej dla których podmiotem tworzącym jest Województwo Śląskie, a zapisy projektowanych postanowień umowy mogą być interpretowane w ten sposób, że wykonawca dojdzie do przekonania, iż w wykonaniu usługi nie będzie korzystać z własnych urządzeń czy materiałów oraz nie poniesie żadnych kosztów z tytułu korzystania z mediów (prąd, woda, ogrzewanie) oraz za pomieszczenia zapewnione przez Zamawiającego do świadczenia usługi obsługi prawnej w siedzibie Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że dostrzegając nieusuwalność wady postępowania podjął odpowiadającą prawu czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zaniechał czynności do której był zobowiązany przepisami prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania, w ustawowym terminie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Jak wynika z pisma z 23 lutego 2023 r. podstawy unieważnienia postępowania były następujące:

„Uzasadnienie prawne

Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający w błędny sposób opisał przedmiot zamówienia pomijając w opisie fakt, iż w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca będzie wynajmował od zamawiającego pomieszczenia w jego siedzibie. Pominięcie informacji dot. szczegółowych zasad najmu, opisu technicznego pomieszczeń oraz zasad rozliczania mediów stanowią istotny element opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym mają wpływ na cenę oferty.

Zgodnie z publikacją Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym w 2021 (dalej: „Komentarz”), dostępnym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp> w zakresie dotyczącym art. 255 pkt 6 ustawy Pzp: „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 wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania”

Powyższa przesłanka w ocenie Zamawiającego jest spełniona w przedmiotowej sprawie, a ponadto stanowisko Zamawiającego jest zgodne z aktualnym orzecnictwem KIO, wskazanym np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11 sierpnia 2021 r. o sygn.: KIO 1799/21 (...).”

Odnosząc się do „Erraty” z 13 marca 2023 r., Izba wskazuje, że z czynnością uzupełnienia uzasadnienia czynności z 23 lutego 2023 r., nie wiązało się jednocześnie unieważnienie czynności z 23 lutego 2023 r., co zostało przez Zamawiającego potwierdzone

podczas posiedzenia z udziałem stron. Spór między stronami był zatem aktualny, co skutkowało skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że 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. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Przypomnieć też należy, że sięgając po ww. podstawę unieważnienia postępowania należy mieć na uwadze, że w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że Prezes Urzędu Zamówień publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w tych samych, w których Zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą. Innymi słowy: *„Podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Prawa Zamówień Publicznych do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Wady te stanowią*

konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.” (vide wyrok z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 881/22).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Okoliczności faktyczne przywołane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia czynności z 23 lutego 2023 r., nie wpisują się w przesłankę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 255 pkt 6 Pzp. Słusznie Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że ewentualny brak postanowień specyfikacji dotyczących najmu nie powoduje, iż nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie jest to, jak próbuje przekonać Zamawiający, tego rodzaju wada postępowania. Ewentualna wadliwość OPZ w tym zakresie w okolicznościach tej sprawy nie ma bowiem charakteru obiektywnego ani oczywistego, w tym jej źródłem nie jest sama treść dokumentów zamówienia. Wada ta jest tak naprawdę zauważalna tylko dla Zamawiającego, któremu znane są obowiązujące go regulacje. Zamawiający ponadto nie wykazał aby taka „wada” wpisywała się w którąkolwiek przesłankę unieważnienia umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie z 23 lutego 2023 r., w ogóle nie dotyczy tej kwestii, a podjęta w piśmie z 13 marca 2023 r. próba w tym zakresie jest nie tylko spóźniona ale też nietrafiona.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: