

WYROK

z dnia 25 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **25 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **15 stycznia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Falck Medycyna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług medycznych w zakresie profilaktycznej opieki zdrowotnej* (nr postępowania ZP-2380-383-90/2017) prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Falck Medycynę sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Falck Medycynę sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego Falck Medycyny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Świadczenie usług medycznych w zakresie profilaktycznej opieki zdrowotnej* (nr postępowania ZP-2380-383-90/2017)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 października 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_205 pod poz. 423314.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 stycznia 2018 r. Odwołujący Falck Medycyna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Falck”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego wykonania, unieważnienia i powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu wniesionym przez Falck, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego 3 stycznia 2018 r. przed otwarciem rozprawy przed Izbą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano inaczej}:

1. Art. 7 w zw. z art. 186 ust. 3, tj. naruszenie generalnej zasady przejrzystości postępowania poprzez zaniechanie czynności wykonania, unieważnienia i powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, mimo że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości a uczestnik przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, w konsekwencji czego: po pierwsze, uwzględnienie odwołania przed rozprawą skutkowało umorzeniem postępowania, po drugie, uwzględnienie odwołania w całości i zaniechanie czynności zgodnie z żądaniem odwołania pozbawiły Odwołującego możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej – podczas gdy zamawiający przed uwzględnieniem odwołania winien ocenić zasadność żądań odwołującego.
2. Art. 58 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i ust. 6 – przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy: po pierwsze, zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert nie stanowi wady, której konsekwencją jest niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy

o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie, Zamawiający nie uprawdopodobnił, by wada postępowania miała obiektywny i prawdopodobny wpływ na wynik postępowania, po trzecie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego brak było podstaw prawnych do unieważnienia postępowania – w konsekwencji czynność unieważnienia postępowania była niezgodna z ustawą a także miała na celu obejście ustawy, gdyż jedynie unieważnienie postępowania umożliwiało uprzednie uwzględnienie odwołania w całości bez konieczności wykonania możliwych do wykonania i zgodnych z prawem żądań określonych w odwołaniu.

3. Art. 7 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i 6 w zw. z art. 186 ust. 3, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez unieważnienie postępowania przetargowego bez podstawy prawnej w celu uniknięcia obowiązku spełnienia żądania zawartego w uwzględnionym w całości odwołaniu (postanowienie Izby z 4 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2708/17), czyli odrzucenia oferty dotychczasowego wykonawcy tj. Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi oraz wyboru oferty Falck, a następnie zapewnienia powyższemu wykonawcy możliwości wniesienia oferty niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp w kolejnym wszczętym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że: po pierwsze – nie zaistniały okoliczności, których łączne wystąpienie stanowi o możliwości zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, tj. naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada skutkująca niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada niemożliwa do usunięcia, wada mające charakter trwały, rzeczywisty i powodująca niemożliwość zawarcia ważnej umowy; po drugie – nie zaistniała żadna z okoliczności skutkujących zawarciem podlegającej unieważnieniu umowy, jak i postępowanie nie zawiera wady skutkującej obiektywnym i prawdopodobnym wpływem na wynik postępowania; po trzecie – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzeniu postępowania odwoławczego przez Izbę na podstawie art. 186 ust. 2 pzp zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania rozwinięto obszernie rozumowanie, którego istota została wyrażona w powyżej przytoczonych zarzutach

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Stwierdzenia bezwzględnej nieważności czynności unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 58 kc w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 pzp i opublikowania informacji o tym.

2. Wykonania, unieważnienia i powtórzenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu wniesionym przez Falck, tj.: 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert; 2) odrzucenia oferty złożonej przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp; 3) ponownego przeprowadzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W piśmie z 16 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 15 stycznia 2018 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia w całości postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie z 24 stycznia 2018 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, którego unieważnienie skarży, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1 listy zarzutów odwołania}

W pierwszej kolejności Izba rozważyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 pzp, które zaniechania wykonania czynności zgodnie z żądaniami poprzednio wniesionego przez Odwołującego odwołania, którego zarzuty zostały w całości uznane przez Zamawiającego.

Niewątpliwie z art. 186 ust. 3 pzp wynika, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów poprzedniego odwołania Falck i wobec braku sprzeciwu co do tej czynności ze strony Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi po jego stronie, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 pzp – postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2708/17.

Jednakże – wbrew temu, co wydaje się Odwołującemu – art. 186 ust. 3 pzp w żaden sposób nie zabezpiecza wykonawcy przed wykonaniem przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem uznanego poprzednio odwołania utrzymania. W ustawie pzp art. 186 ust. 3 pzp został skorelowany z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, co powoduje, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał.

W przeciwnej sytuacji jedynym skutkiem dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.

Istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 3 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec

złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania i braku sprzeciwu wykonawcy, który przystąpił po jego stronie. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego.

Stąd w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 3 pzp, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań dokonania czynności sprzecznych z prawem. Z tego względu zamawiający dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się na zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 pzp, ale znaczenie dla wyniku sprawy mają tylko merytoryczne zarzuty odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy pzp, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 3 pzp nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp. Nie sposób uznać, że zamawiający – dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu – nie ma możliwości działania zgodnie z materialnymi przepisami ustawy pzp. Zamawiający wręcz powinien kierować się przepisami prawa oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna być ich zgodność z przepisami ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 3 pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia odwołania. Jest to *sui generis* przepis proceduralny związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis

materialny ustawy pzp regulujący *stricte* sposób właściwy sposób podejmowania czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem po takim umorzeniu postępowania odwoławczego zamawiający dokonuje czynności niezgodnie z żądaniem uznanego poprzednio odwołania, wykonawca ma prawo odwołania się od tej czynności, co musi jednak nadal polegać na wskazaniu, z jakim konkretnie przepisem ustawy pzp jest ona niezgodna. W takim przypadku może zatem dojść do odłożenia rozstrzygnięcia sporu na tle merytorycznej zgodności określonej czynności lub jej zaniechania z przepisem ustawy pzp do następnego postępowania odwoławczego, wywołanego odwołaniem wniesionym od ponownie dokonanej lub nadal zaniechiwanej czynności przez zamawiającego, pomimo uznania zarzutów poprzedniego odwołania.

W tej sprawie zachodzi sytuacja, że nie ma znaczenia, czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę innego wykonawcy, czego domagał się Odwołujący w poprzednim odwołaniu, gdyż podstawą aktualnie skarżonej czynności jest jego wada tkwiąca w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która może uzasadniać unieważnienie postępowania niezależnie od tego ile zostało złożonych ważnych ofert.

Z powyższych względów Odwołujący nie może liczyć na skuteczność odwołania opartego na zarzucie naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 pzp. Nie ma przy tym znaczenia nazwanie tego zarzutu naruszeniem zasady przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołujący na rozprawie bezskutecznie usiłował uczynić przedmiotem rozpoznania w tej sprawie również czynności, które Zamawiający dokonał po wniesieniu odwołania, czyli wszczęcie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Tymczasem na te nowe czynności, jeżeli zdaniem Odwołującego naruszają one przepisy ustawy pzp, przysługuje odrębne odwołanie. Również z tego względu Izba oddaliła zgłoszony na rozprawie przez Odwołującego wniosek o przeprowadzenie dowodu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w nowym postępowaniu.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 i 3 listy zarzutów odwołania}

Odwołujący bezskutecznie usiłował uczynić przedmiotem rozpoznania w tej sprawie również czynności, które Zamawiający dokonał po wniesieniu odwołania, czyli wszczęcie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, na czym oparł zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, które miałyby polegać na umożliwieniu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż.

Grzegorza Załogi złożenia w nowym postępowaniu niewadliwej oferty.

Izba ustaliła, że w Zamawiający uzasadniając unieważnienie prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, czyli jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazał następujące okoliczności.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XI s.i.w.z. jedynym kryterium oceny ofert była cena. Tymczasem z treści art. 138r ust. 3 pzp nie jest możliwe stosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, gdyż obowiązkowe jest stosowanie również innych kryteriów niż cena lub koszt. Zamawiający, odwołując się do orzecznictwa, uznał, że jest to trwała i nieusuwalna wada postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że umowa ta mogłaby podlegać unieważnieniu.

Niesporna między stronami była okoliczność, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie dotyczy zamówień na usługi społeczne w rozumieniu przepisów rozdziału 6 ustawy pzp.

Z aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest one obarczone wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zaznaczyć przy tym należy, że w aktualnym stanie prawnym w przypadku umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto w konstrukcję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny.

Sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 ustawy pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 7 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów; braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze; zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*; uniemożliwienia wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenia ofert w procedurze

konkurencyjnej, gdy nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w tej umowie; określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Mogłoby to prowadzić to wniosku, że w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem.

Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy, ale przewidujący wyłączną kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu 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. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę jeszcze szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik.

Ograniczenie się do literalnego stosowania aktualnie obowiązujących przepisów art. 146 pzp powodowałoby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Stanowisko takie wydaje się nie do zaakceptowania już ze względów praktycznych, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający decydując o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 pzp, ale również okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie

wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów nie powinno bowiem stać na przeszkodzie niedopuszczeniu przez zamawiających do zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego dzięki unieważnieniu postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które wpływają na ważność umowy, choć wykraczają poza dyspozycje art. 146 ust. 1 pkt 1-7 pzp.

W tej sprawie nie było sporne, że Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem art. 138r ust. 3 pzp, gdyż ustanowił jako wyłączne kryterium oceny ofert cenę, podczas gdy z przepisu tego wynika przy zamówieniach na usługi społeczne obowiązek wyłonienia najkorzystniejszej oferty w oparciu nie tylko o takie kryterium.

Niesporne również było, że powyższa wada ma charakter nieusuwalny, skoro postępowanie jest już po otwarciu ofert, a zatem nie ma możliwości zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących kryteriów oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie tylko według kryterium cenowego.

Rozstrzygnięcia wymaga zatem tylko kwestia, czy powyższa wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że według Odwołującego istotne jest, że według przewidzianego w s.i.w.z. kryterium cenowego da się wyłonić najkorzystniejszą ofertę, gdyż podstawienie danych z ofert do wzoru obiektywnie pozwala wyliczyć liczbę punktów. Zdaniem Odwołującego wyłącznie w sytuacji, gdyby kryterium cenowe zostało określone w sposób nieprecyzyjny, niedający jednoznacznego wyniku, zaistniałaby w tym postępowaniu wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Stanowisko Odwołującego jest oczywiście błędne, gdyż ustalenie w tym postępowaniu przez Zamawiającego wyłącznie kryterium cenowego, choćby poprawnego arytmetycznie, stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 138r ust. 3 pzp. Kryteria oceny ofert mają kluczowe znaczenie dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Skoro ustawa pzp nakazuje w odniesieniu do usług społecznych wprowadzenie nie tylko kryterium cenowego lub kosztowego, nie sposób twierdzić, że nie jest to naruszenie przepisów, które nie miało wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że mógłby się on przedstawiać inaczej, gdyby najkorzystniejszą ofertę wyłaniano by w oparciu o bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi, jak to nakazuje dyspozycja art. 138r ust. 3 pzp.

Wbrew swej intencji udowodnił to sam Odwołujący w swoim piśmie z 24 stycznia

2018 r., gdzie zwrócił uwagę, że wprowadzenie przez Zamawiającego w nowo wszczętym postępowaniu kryterium dysponowania większą niż wymagana obligatoryjnie liczbą lekarzy powoduje, że oferta Falck nie byłaby już korzystniejsza w stosunku do oferty Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Katowicach im. sierż. Grzegorza Załogi.

Przede wszystkim ustalenie w odmienny sposób kryteriów oceny ofert istotnie rzutuje na krąg wykonawców zainteresowanych prowadzonym postępowaniem, zatem z całą pewnością zaniechanie wprowadzenia obok ceny (kosztu) innego kryterium co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, nie budzi wątpliwości Izby, że w razie zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym wyłącznie według kryterium cenowego Prezes UZP mógłby na podstawie art. 146 ust. 6 pzp wystąpić do sądu o jej unieważnienie wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia również innego kryterium, co miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo unieważnił prowadzone postępowanie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Ponieważ instytucja unieważnienia postępowania została w wyczerpujący sposób uregulowana w przepisach ustawy pzp, nie ma podstaw, aby przez art. 14 pzp odwoływać się przy ocenie zasadności dokonania tej czynności przez zamawiających do przepisów Kodeksu cywilnego, w tym do art. 58 kc.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a oraz b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: