

Sygn. akt: KIO 1911/22

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2022 r. przez wykonawcę **K. N., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport – Import, K. N. w spadku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Rzeszowie**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
2. **kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Rzeszowie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. N., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport – Import, K. N. w spadku tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Rzeszowie na rzecz wykonawcy K. N., prowadzącego w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport – Import, K. N. w spadku kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Rzeszowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa czyszczenia kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych wraz z wymianą filtrów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 kwietnia 2022 r. nr 2022/BZP 00113644/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 20 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca K. N., prowadzący w Płocku działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport – Import, K. N. w spadku, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 5 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo nie wystąpiła przesłanka wskazana w treści przepisu, tj. nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- 2) art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
- 2) dokonania czynności oceny ofert i wyborze swej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 15 lipca 2022 r. zamawiający poinformował go o unieważnieniu postępowania. Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał *„W trakcie wykonywania prac przywracających do pierwotnych funkcji poszczególnych oddziałów szpitalnych po likwidacji funkcjonowania Szpitala Tymczasowego zostały zlokalizowane uszkodzenia warstw pod posadzkowych, kwalifikujące do wymiany posadzki na trzech kondygnacjach Budynku Szpitala. Prace te będą wykonywane przez generalnego Wykonawcę budynku szpitala w ramach udzielonej gwarancji i potrważą szacunkowo minimum 5 miesięcy. Wykonanie prac naprawczych*

zniweczy efekt m.in. czyszczenia kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych wraz z wymianą filtrów. Stąd zachodzi konieczność wstrzymania wszystkich robót obejmujących przywracanie szpitala do jego pierwotnej funkcji, do czasu wymiany posadzek”.

Odwołujący podniósł, że dla zastosowania przepisu art. 255 pkt 5 ustawy Pzp należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to faktycznie zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Według odwołującego koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym.

Odwołujący wskazywał, że podejmując decyzje o unieważnieniu zamawiający ma obowiązek szczegółowego podania wszystkich okoliczności uzasadniających unieważnienie, a więc określić interes publiczny, który chciał zaspokoić, opisać niespodziewane zdarzenie które zaszło, wykazać, że ma ono charakter istotny a także, że nie był w stanie przewidzieć jego zajścia

Zdaniem odwołującego, Zamawiający:

- nie zdefiniował interesu publicznego jaki ma chronić,
- nie wykazał związku pomiędzy koniecznością wymiany posadzki na trzech kondygnacjach a czyszczeniem całej instalacji wentylacyjnej w obiekcie,
- nie wskazał kiedy dowiedział się o konieczności wymiany posadzek,
- nie wykazał, iż konieczności wymiany posadzek nie dało się wcześniej przewidzieć.

W ocenie odwołującego w interesie publicznym jest wykonanie czynności czyszczenia kanałów wentylacyjnych oraz wymiana filtrów w tych kanałach gdyż jest to jeden z elementów zapewniających bezpieczeństwo pobytu pacjentów w szpitalu, jak również pracowników szpitala. Odwołujący argumentował, że zgodnie z normą PN EN 15780 oraz § 39 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą Instalacje i urządzenia wentylacji mechanicznej i klimatyzacji podlegają okresowemu przeglądowi, czyszczeniu lub dezynfekcji, lub wymianie elementów instalacji zgodnie z zaleceniami producenta, nie rzadziej niż co 12 miesięcy. Zaniechanie wykonania czyszczenia wentylacji może spowodować wzrost ryzyka wystąpienia chorób wśród pracowników oraz pacjentów, a w odniesieniu do samej wentylacji niedrożność utrudniającą wymianę powietrza.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SWZ „*Wentylacja mechaniczna i klimatyzacja w budynku A1 oraz łącznika Szpitala MSWiA w Rzeszowie – budynek A1 wraz z łącznikiem jest w całości wentylacją mechaniczną realizowaną przez łącznie 24 central wentylacyjnych zlokalizowanych głównie na dachu budynku /również na niższych dachach oraz jako jednostki podsufitowe. Ponieważ budynek A1 Szpitala przez prawie dwuletni okres pełnił rolę Szpitala Tymczasowego COVID-19, Zamawiający zdecydował o dokonaniu kompleksowego czyszczenia i dezynfekcji kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych oraz o generalnej wymianie wszystkich filtrów w centralach wentylacyjnych. Zamawiający ustala następujący tok i zakres prac dotyczących niniejszego postępowania przetargowego.*

Zdaniem odwołującego, powyższe wskazuje cel dokonania czyszczenia wentylacji i wymiany filtrów. Jak wskazał zamawiający na terenie szpitala zostały zlokalizowane uszkodzenia warstw podposadzkowych, kwalifikujące do wymiany posadzki na trzech kondygnacjach budynku szpitala. Prace te będą wykonywane przez generalnego wykonawcę budynku szpitala w ramach udzielonej gwarancji i potrwią szacunkowo minimum 5 miesięcy. Zdaniem odwołującego, wykonanie robót budowlanych nie ma wpływu na realizację zamówienia polegającego na czyszczeniu układów wentylacyjnych i wymianie filtrów. Po pierwsze prace wykonawcy bez względu na okoliczności muszą zostać wykonane, po drugie ich rozmiar jest dużo większy niż trzy kondygnacje budynku A1 (w domyśle odwołującego), po trzecie brak jest wpływu wykonania usługi czyszczenia na przyszłe i ewentualne roboty budowlane i odwrotnie. Ponadto, według odwołującego, zamawiający ma możliwość wyegzekwowania od wykonawcy napraw gwarancyjnych przywrócenia również innych systemów, o ile zostaną uszkodzone w wyniku prac, jak również ich zabezpieczenia, aby nie uległy zniszczeniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 15 lipca 2022 r., załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

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

Art. 255 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „usługa czyszczenia kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych wraz z wymianą filtrów”.

Ustalono, że zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia), *Wentylacja mechaniczna i klimatyzacja w budynku A1 oraz łącznika Szpitala MSWiA w Rzeszowie – budynek A1 wraz z łącznikiem jest w całości wentylacją mechaniczną realizowaną przez łącznie 24 central wentylacyjnych zlokalizowanych głównie na dachu budynku /również na niższych dachach oraz jako jednostki podsufitowe. Ponieważ budynek A1 Szpitala przez prawie dwuletni okres pełnił rolę Szpitala Tymczasowego COVID-19, Zamawiający zdecydował o dokonaniu kompleksowego czyszczenia i dezynfekcji kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych oraz o generalnej wymianie wszystkich filtrów w centralach wentylacyjnych.*

Następnie ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

Ustalono także, że 15 lipca 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności zamawiający wskazał, że *W trakcie wykonywania prac przywracających do pierwotnych funkcji poszczególnych oddziałów szpitalnych po likwidacji funkcjonowania Szpitala Tymczasowego zostały zlokalizowane uszkodzenia warstw pod posadzkowych, kwalifikujące do wymiany posadzki na trzech kondygnacjach Budynku Szpitala. Prace te będą wykonywane przez generalnego Wykonawcę budynku szpitala w ramach udzielonej gwarancji i potrwają szacunkowo minimum 5 miesięcy. Wykonanie prac naprawczych zniweczy efekt m.in. czyszczenia kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych wraz z wymianą filtrów. Stąd zachodzi konieczność wstrzymania wszystkich robót obejmujących przywracanie szpitala do jego pierwotnej funkcji, do czasu wymiany posadzek.*

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów w pierwszej kolejności podniósł, że w uzasadnieniu faktycznym zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania:

- a) nie wskazano kiedy zamawiający dowiedział się o konieczności wymiany posadzek,
- b) nie wykazano, iż konieczności wymiany posadzek nie dało się wcześniej przewidzieć,
- c) nie zdefiniowano interesu publicznego jaki ma chronić,
- d) nie wykazano związku pomiędzy koniecznością wymiany posadzki na trzech kondygnacjach a czyszczeniem całej instalacji wentylacyjnej w obiekcie,

Odnosząc się do tych zarzutów Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania z 15 lipca 2022 r. pozbawione zostało argumentacji w ww. zakresie, okazało się szczątkowe, lakoniczne i nie odpowiadało wymogom wynikającym z art. 255 pkt 5 w zw. z art. 260 ust. 1 Pzp.

Na wstępie przypomnienia wymagało, że 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*. Jak wynika z przywołanego przepisu Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia ma doniosłe znaczenie. To bowiem w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego. Na podstawie argumentacji w nim zawartej wykonawcy podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności.

Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko o doniosłości instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów*

postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Orzeczenie Sądu to dotyczyło wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, jednakże poglądy tam wyrażone znajdują także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, co do której ustawodawca analogicznie przewidział obowiązek jej uzasadnienia. Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje na konieczność precyzyjnego poinformowania oferentach o motywach czynności zamawiającego, iż: „*W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący*

dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że odwołujący dopiero na rozprawie dowiedział się od zamawiającego o wszystkich rzeczywistych, konkretnych motywach zaskarżonej czynności. Należało zgodzić się z odwołującym, że w uzasadnieniu zaskarżonej czynności nie wskazano:

- a) kiedy zamawiający dowiedział się o konieczności wymiany posadzek,
- b) iż konieczności wymiany posadzek nie dało się wcześniej przewidzieć.

Zaniechanie podania w uzasadnieniu ww. okoliczności miało doniosłe skutki.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp, unieważnienie postępowania na podstawie ww. przepisu możliwe jest w sytuacji, *gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.* Aby zamawiający był uprawniony do wykonania takiej czynności koniecznym jest wystąpienie wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu, które muszą zostać spełnione łącznie.

Znamieniem, które musi zostać objęte uzasadnieniem faktycznym czynności unieważnienia na podstawie ww. przepisu jest zatem także brak możliwości wcześniejszego przewidzenia przez zamawiającego zaistniałej istotnej zmiany okoliczności. Izba stwierdziła, że omawianej przesłance poświęcono w uzasadnieniu jedno zdanie: *W trakcie wykonywania prac przywracających do pierwotnych funkcji poszczególnych oddziałów szpitalnych po likwidacji funkcjonowania Szpitala Tymczasowego zostały zlokalizowane uszkodzenia warstw podposadzkowych, kwalifikujące do wymiany posadzki na trzech kondygnacjach Budyńku Szpitala.*

Określenie, że uszkodzenia warstw podposadzkowych zostały stwierdzone „w trakcie wykonywania prac przywracających do pierwotnych funkcji szpitala” nie wskazywało na czas wystąpienia omawianej ww. przesłanki. Aby ustalić, że zaistniał brak możliwości przewidzenia okoliczności koniecznym jest w pierwszej kolejności poinformowanie wykonawcy, kiedy konkretnie zmiana okoliczności ujawniła się zamawiającemu. Tymczasem z uzasadnienia zaskarżonej czynności nie można było się w jakikolwiek sposób dowiedzieć, kiedy konkretnie zostały zlokalizowane uszkodzenia warstw podposadzkowych. Następnie zaś powinno nastąpić odniesienie tego czasu do istotnych dat dotyczących unieważnionego postępowania. Tzn. zamawiający powinien umieć wskazać, że zmiana ta nastąpiła już po wszczęciu postępowania. Sytuacja, w której okoliczność ta byłaby znana zamawiającemu przed wszczęciem postępowania wykluczałaby bowiem zastosowanie ww. przepisu. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że wszczęcie unieważnionego postępowania miało

miejsce w dniu 7 kwietnia 2022 r., jednakże w uzasadnieniu zaskarżonej czynności zamawiający nigdzie nie wskazał, że o powoływanej przez siebie okoliczności dowiedział się po 7 kwietnia 2022 r. Ponadto, zdaniem Izby, gdyby zmiana okoliczności zdarzyła się między wszczęciem postępowania a datą składania ofert, to zamawiający powinien unieważnić postępowanie przed tą datą, względnie przedłużyć termin składania ofert, tak aby nie narażać wykonawców na dalsze koszty uczestnictwa w postępowaniu. Otwarcie ofert w analizowanej sprawie miało miejsce 12 kwietnia 2022 r. Jednakże wywodów na temat tego, czy powzięcie wiedzy o powoływanej okoliczności nastąpiło po 12 kwietnia 2022 r. próżno było szukać w treści uzasadnienia zaskarżonej czynności unieważnienia. Wobec powyższego należało przyznać rację odwołującemu, że w treści uzasadnienia brak było wskazania na to, kiedy zamawiający dowiedział się o konieczności wymiany posadzek.

Podkreślenia wymagało, że informacje na temat tego, kiedy zamawiający dowiedział się o konieczności wymiany posadzek na trzech kondygnacjach budynków zostały przekazane odwołującemu dopiero w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2022 r., doręczonej wykonawcy na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2022 r. Dopiero wtedy zamawiający zdecydował się ujawnić, że *Po zakończeniu działalności Szpitala Tymczasowego dokonano w dniu 12.04.2022 przeglądu gwarancyjnego. W toku przeglądu stwierdzono m.in. usterki polegające na uszkodzeniu wylewki na parterze, I oraz II piętrze, opisane odpowiednio jako problem z wylewką – „zapadnięta podłoga – C065”, „uszkodzona wylewka – zapadająca się wykładzina np. C 117” i „uszkodzona posadzka z PCV – kilka miejsc w ciągu komunikacyjnym, wykruszona wylewka”.*

W czasie przeglądu gwarancyjnego – sama posadzka nie była badana. Ustalono jedynie przejaw wady – w postaci zapadnięcia wykładziny i wyczuwalnego pod nią luźnych fragmentów podkładu. Wobec wątpliwości co do przyczyn zapadnięcia się wylewek w dniu 28.04.2022 wykonawca - BUDIMEX SA zlecił Centrum Technologiczne Budownictwa Instytut Badań i Certyfikacji sp. z o.o. w Rzeszowie [dalej CTB] dokonanie badania podkładów cementowych. CTB dokonał w dniu 4.05.2022 odwiertów rdzeniowych, których ocenę przedstawiono w świadectwach z badań z dnia 9.05.2022. Odwiertów dokonano na niskim parterze – Fizjoterapia i Apteka oraz piętrze I – Neurologii. Wyniki badań wskazywały na rażąco zaniżoną względem założeń projektowych wytrzymałość na ściskanie pobranych próbek. Projekt przewidywał wytrzymałość na ściskanie 12 MPa. Wobec rozbieżności zdań z wykonawcą - BUDIMEX SA, co do zakresu występowania wady zlecono CTB wykonanie dodatkowych odwiertów, także na innych poziomach w dniach 13.05.2022 i 10.06.2022, które potwierdziły, iż także tam, w zdecydowanej większości badanych miejsc, posadzka nie spełnia wymagań projektowych i zachodzić będzie konieczność jej zdemontowania i położenia od nowa. Wobec dalszej rozbieżności zdań z wykonawcą – BUDIMEX SA w dniu

14.07.2022 zlecono m.in. CTB dokonanie dodatkowych badań oraz oceny stanu posadzek w całym budynku A1. Otrzymana opinia jedynie potwierdziła wcześniejsze przypuszczenia, że posadzka wykonana w całym obiekcie jest wadliwa przy czym jak się okazało, posiada ona parametry gorsze aniżeli wskazywały na to wyniki badań na pobranych rdzeniach.

Dopiero zatem w reakcji na wniesione odwołanie, w którym odwołujący wskazywał słusznie na brak podania, kiedy zamawiający powziął wiedzę o konieczności wymiany posadzek na 3 piętrach, zamawiający ujawnił, że nastąpiło to w oparciu o badania odwiertów dokonane w maju i czerwcu 2022 r. Dopiero w odpowiedzi zamawiający powołał się na dokumenty określające ww. czasookres. Jednakże tego rodzaju argumentacji próżno było szukać w treści uzasadnienia zaskarżonej czynności, co słusznie zarzucono w odwołaniu.

Kolejno należało przyznać rację odwołującemu, że w uzasadnieniu zaskarżonej czynności zamawiający nie zamieścił jakichkolwiek wywodów na temat tego, że konieczności wymiany posadzek nie dało się wcześniej przewidzieć. Zamawiający w uzasadnieniu nie twierdził bowiem, że sytuacji tej przewidzieć nie mógł i dlatego tak wywodzi. Ślad argumentacji w tym zakresie można było odnaleźć dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający w swym piśmie zdawał się upatrywać nieprzewidywalności w tym, że wada była niemożliwa do stwierdzenia przez niego fizycznie nawet w trakcie planowanego przeglądu gwarancyjnego w dniu 12 kwietnia 2022 r. (o którym zamawiający musiał wiedzieć wszczynając postępowanie 7 kwietnia 2022 r). Następnie zaś zamawiający utrzymywał, że o konieczności wymiany posadzek dowiedział się dopiero po analizie odwiertów wykonanych przez specjalistów. Zdaniem Izby powołanie ww. okoliczności dopiero na rozprawie w reakcji na wniesione odwołanie, w którym zarzucono słusznie braki w uzasadnieniu czynności, należało uznać za spóźnione i potwierdzające trafność wniesionego odwołania.

W dalszej kolejności należało przyznać rację odwołującemu, że w uzasadnieniu skarżonej czynności zabrakło wywodów na temat istotności okoliczności powodującej konieczność unieważnienia postępowania. W świetle przepisu art. 255 pkt 5 Pzp nie można powołać się na każdą zmianę okoliczności, ale jedynie na zmianę istotną. Wywody co do istotności zmiany również powinny znaleźć się w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania, czego w analizowanej sprawie zabrakło. Jak słusznie wskazał odwołujący, w treści uzasadnienia czynności unieważnienia nie przedstawiono rozważań na temat skali wymiany posadzek. Zamawiający poprzestał na lakonicznym wskazaniu, że wymiana odbywać się będzie na trzech kondygnacjach. Zamawiający nie wskazał jednak czy naprawa posadzek będzie miała charakter punktowy, czy całościowy, nie podał powierzchni wymienianych posadzek. Sam zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że problem nie leży w pyleniu podczas wymiany posadzek co do zasady, ale w skali tego pylenia. Ponownie

należało przypomnieć, że szczegółowa argumentacja w tym zakresie pojawiła się dopiero w reakcji na wniesione odwołanie, w odpowiedzi na odwołanie. W piśmie tym oraz w trakcie rozprawy zamawiający ujawnił, że wymiana dotknie posadzek w całym obiekcie i dotyczyć będzie kilku tysięcy m² ich powierzchni.

Brak wywodów na temat istotności powstałych okoliczności doprowadził również do tego, że odwołujący prawidłowo zarzucił, iż nie można było się dopatrzeć związku przyczynowo-skutkowego między ww. niedoprecyzowaną okolicznością a koniecznością niewykonania prac objętych przedmiotem zamówienia czyli prac polegających na czyszczeniu kanałów wentylacyjnych oraz wymiany filtrów w tych kanałach. Cel prowadzonego postępowania zamawiający opisał w załączniku nr 2 do SWZ. Wskazując na interes publiczny, jaki miał zostać zaspokojony w wyniku udzielenia zamówienia, zamawiający wskazał: *Ponieważ budynek A1 Szpitala przez prawie dwuletni okres pełnił rolę Szpitala Tymczasowego COVID-19, Zamawiający zdecydował o dokonaniu kompleksowego czyszczenia i dezynfekcji kanałów wentylacyjnych, central wentylacyjnych oraz o generalnej wymianie wszystkich filtrów w centralach wentylacyjnych.* Interes publiczny w prowadzeniu postępowania był zatem doniosły, chodziło o zapewnienie bezpieczeństwa zdrowia i życia użytkowników szpitala. Izba stwierdziła, że skoro zamawiający nie podał skali wymiany posadzek, to wykonawca nie miał żadnych podstaw aby przeanalizować, czy muszą one prowadzić do odpadnięcia celu udzielenia zamówienia, czy też nieracjonalności wykonania przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że jak słusznie wskazał odwołujący, ogólnie w interesie publicznym leży wykonanie czynności czyszczenia kanałów wentylacyjnych oraz wymiana filtrów w tych kanałach, gdyż jest to jeden z elementów zapewniających bezpieczeństwo pobytu pacjentów w szpitalu, jak również pracowników szpitala. Zaniechanie wykonania czyszczenia wentylacji może spowodować wzrost ryzyka wystąpienia chorób wśród pracowników oraz pacjentów, a w odniesieniu do samej wentylacji niedrożność utrudniającą wymianę powietrza.

Izba stwierdziła, że ujawnienie ww. wszystkich, rzeczywistych okoliczności i powodów unieważnienia postępowania dopiero w trakcie rozprawy należało uznać za spóźnione, z przyczyn omówionych wcześniej. Odwołujący nie może dowiadywać się o powodach zaskarżonej czynności dopiero w trakcie procedury odwoławczej w reakcji na postawiony przez siebie zarzut zaniechania podania precyzyjnego uzasadnienia w zaskarżonej czynności. Przy przyjęciu przeciwnego stanowiska, czas na zaskarżenie czynności zostaje wykonawcy skrócony do okresu, jaki upłynie między doręczeniem odpowiedzi na odwołanie a zamknięciem rozprawy, co należało uznać za niedopuszczalne. Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 255 pkt 5 i art. 16 Pzp, a

zaskarżona czynność unieważnienia postępowania, z takim uzasadnieniem, jakie sporządzono dnia 15 lipca 2022 r., nie odpowiadała prawu i musi zostać unieważniona.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wnioski zamawiającego odwołującego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, załączonych do odpowiedzi na odwołanie, jako dotyczących ww. faktycznych okoliczności unieważnienia podanych dopiero w odpowiedzi na odwołanie, i wobec tego powołanych tylko dla zwłoki. Izba stwierdziła bowiem, że dokumenty te służyły wykazaniu faktów, niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, w kontekście sporządzonego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego zaskarżonej czynności. Podkreślenia wymagało także, że zgodnie z art. 555 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Izba z ww. powody nie mogła orzekać co do zarzutów, które odwołujący z ostrożności procesowej starał się formułować na rozprawie wobec wiedzy, jaką pozyskiwał z dokumentów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza 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*. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp unieważnił bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: