

Wrocław 19.12.2022r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

FUNDACJA WODNA SŁUŻBA RATOWNICZA
ul. Kleczkowska 50 50-227 Wrocław
NIP 8943063099
Email: biuro@obslugaratonicza.pl
tel. +48 668 677 458

Zamawiający:

BYDGOSKIE CENTRUM SPORTU
ul. GDAŃSKA 163, 85-674 BYDGOSZCZ
Tel.: (52) 376-22-22
NIP: 953-101-18-63
Adres e-mail: sekretariat@bcsbydgoszcz.pl

Adres strony internetowej na której jest prowadzone postępowanie:
<https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/695581>

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn:
**„Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11
oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy” Nr postępowania: BCS -6/U/2022.**

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP: Ogłoszenie nr 2022/BZP 00458046/01 z dnia 2022-11-24

Wartość zamówienia poniżej progów unijnych.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz wykonawcy – Fundacja Wodna Służba Ratownicza na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.)

niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- bezpodstawnym **unieważnieniu postępowania**,

o czym Odwołujący powziął informację z zawiadomienia przekazanego przez Zamawiającego czynnością z dnia **14.12.2022r.**

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:**

- **art. 255 pkt 6 Pzp** poprzez uznanie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo, że brak jest uzasadnienia prawnego jak i faktycznego dokonania czynności unieważnienia postępowania.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie **art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o :**

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

co w konsekwencji winno doprowadzić do kontynuacji procesu badania i oceny ofert w aktualnym postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający opublikował kwestionowaną odwołaniem informację o unieważnieniu postępowania w dniu **14.12.2022r.** wobec czego termin określony w Pzp został zachowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Pozbawione podstaw prawnych i faktycznych unieważnienie aktualnego postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w tym postępowaniu.

Na dzień podjęcia w postępowaniu czynności unieważnienia, poza stwierdzeniem, że jest ono obarczone wadą, Zamawiający nie dokonał w postępowaniu żadnych innych czynności związanych z procesem badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W szczególności nie dokonano procesu oceny spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu jak również nie dokonywano oceny podstaw wykluczenia z postępowania.

Powyższe oznacza, że na dzień wniesienia odwołania, Odwołujący zachowuje realną szansę na uzyskanie zamówienia a ceny oferty jaką złożył w postępowaniu mieści się w granicach środków jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z informacjami ujawnionymi w trybie art. 222 Pzp w dniu 4.12.2022r..

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku wskutek unieważnienia postępowania, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

UZASADNIENIE

1.Przedmiot zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy.

2.Wizja lokalna.

Zamawiający przewidział w postępowaniu wizję lokalną. Zamawiający wskazał w punkcie XXXI SWZ obowiązek wizji lokalnej:

„1. Zamawiający informuje, że złożenie oferty musi być poprzedzone odbyciem wizji lokalnej.

2. Wprowadzono wymóg odbycia wizji lokalnej. W takim przypadku złożenie oferty bez odbycia wizji lokalnej skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 p.z.p.

3. Termin wizji lokalnej:

Wizje lokalne:

1) Data i godzina: 29.11.2022r. godz. 13.00 - kryta pływalnia zlokalizowana przy ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy – wejście główne na pływalnię,

2) Data i godzina: 29.11.2022r. godz. 14.30 - kryta pływalnia zlokalizowana przy ul. Kromera 11 w Bydgoszczy – wejście główne na pływalnię.”

Analogicznej treści informacje znalazły się w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowany w BZP - SEKCJA IX – POZOSTAŁE INFORMACJE.

Bezsporne zatem jest, że Zamawiający przewidział obowiązkową wizję lokalną jako wymaganą dla możliwości skutecznego złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podobnie jak wykonawcy:

- Fundacja D.T. Sport ul. Średnia 16, 64-100 Leszno oraz
- Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, Osiedle Kaszubskie 7/6, 84-250 Gniewino

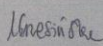


faktycznie wzięli udział w wymaganej wizji lokalnej na obydwu pływalniach w dniu 29.11.br. co znajduje potwierdzenie w treści udostępnionych przez Zamawiającego protokołów obecności na wizji lokalnej:

Data i godzina: 29.11.2022r. godz. 14.30 - kryta pływalnia zlokalizowana przy ul. Kromera 11 w Bydgoszczy – wejście główne na pływalnię.”

Nr sprawy: BCS – 6/U/2022

Lista obecności wykonawców na wizji lokalnej

Oznaczenie i numer sprawy:
„Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy”- wizja lokalna przeprowadzona w dniu: 29.11.2022r. o godz. 14.30 – Kromera 11

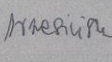


Lp.	Nazwa firmy Adres/mail/telefon	Imię i Nazwisko	Podpis
1	FUNDACJA WODNA SERWIS DAROWNICZA	JOANNA WERNIK	
2	GNIEWIŃSKIE W.O.P.P. OS. KASZUBSKIE 7/6 84-250 GNIEWINO	SIOŚCI AKORCZY	
3	FUNDACJA D.T. SPORT	ALEKSII ZAPRIAHAIKO	
4			29.11.2022 Dorota Szandry

oraz

Data i godzina: 29.11.2022r. godz. 13.00 - kryta pływalnia zlokalizowana przy ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy – wejście główne na pływalnię,

Lista obecności wykonawców na wizji lokalnej**Oznaczenie i numer sprawy:**

„Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy”- wizja lokalna przeprowadzona w dniu: 29.11.2022r. o godz. 13.00 – Pijarów 4

Lp.	Nazwa firmy Adres/mail/telefon	Imię i Nazwisko	Podpis
1	FUNDACJA WODNA SERWIS RATOWNICZA	JOANNA KREBSINSKA	
2	Fundacja DT SPORT	DARIUSZ ZAPRAWIŁO	
3	GRIEWIŃSKIE WODNE OCHOTNICZE POGOTOWIE RATOWNICZE 84-210 GNIEWINO	ANDRZEJ SINŃ	
4			23. 11 2022 Dittold Szach

Zestawienie danych z otwarcia ofert w relacji do listy uczestników wizji lokalnej wskazuje, że **jedynym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu ale nie był uczestnikiem obligatoryjnej wizji lokalnej był wykonawca - Nadgoplańskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe ul. Popieła 2, 88-150 Kruszwica.**

W konsekwencji gdyby nie dokonana czynność unieważnienia postępowania oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 18 Pzp, zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu w sytuacji gdy została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Podsumowując powyższe okoliczności faktyczne stwierdzić, należy, że:

1. **Udział w wizji lokalnej wzięło 3 wykonawców - zatem wyłącznie oni mogli złożyć w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 18 Pzp,**
2. Nie ubiegał się o zamówienie, poza Nadgoplańskim Wodnym Ochotniczym Pogotowiem, który nie uczestniczył w wizji lokalnej, **żaden inny podmiot poza uczestnikami wizji lokalnej,**
3. Dokumentacja postępowania nie wskazuje aby na etapie poprzedzającym złożenie ofert kierowano do Zamawiającego jakiegokolwiek wnioski o dodatkowy termin wizji lokalnej celem umożliwienia złożenia oferty w postępowaniu, czy też o przedłużenie terminu składania ofert ponieważ był zbyt krótki dla umożliwienia złożenia oferty,
4. **Ewentualne wydłużenie terminu składania ofert w postępowaniu nie miałyby żadnego wpływu na termin wyznaczonej wizji lokalnej - jeden termin wyznaczony na dzień 29.11.br.** (wszczęcie postępowania publikacją ogłoszenia w BZP w dniu 24.11.br.)

5. Skoro wizja lokalna była obowiązkowa a jej termin wyznaczono jako jeden dzień – 29.11.br. przy terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 2.12.2022r. - to **ewentualne przedłużenie terminu składania ofert pozostawałoby bez wpływu na możliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty, skoro złożyć ofertę można było wyłącznie po udziale w wizji lokalnej a ta nastąpiła 29.11.br. i udział wzięło w niej 3 konkretnych wykonawców i wszyscy oni złożyli w postępowaniu oferty.**

3. Czynność unieważnienia postępowania.

Jak wynika z treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 14.12.2022r. zaskarżonej niniejszym odwołaniem Zamawiający uznał, że

Zamawiający informuje o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

(...)

Zgodnie z przesłanką art. 131 ust. 2 pkt 1 „w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej – wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym, że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone. W tym przypadku termin jest ściśle określony - 7 dni od daty ogłoszenia postępowania. W związku z jak wyżej Zamawiający informuje, że powinien wskazać inny termin otwarcia ofert (dłuższy od wskazanego w SWZ). Ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą (jest już po terminie składania ofert, a terminu tego nie można zmienić) uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z jw. Zamawiający jest zobowiązany ww. postępowanie unieważnić w zakresie Części I i Części II.

Treść decyzji wskazuje, że podstawą prawną czynności unieważnienia postępowania ma być art. 255 pkt 6 Pzp zgodnie z którym:

Art. 255. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Odwołujący podnosi ponadto, że czynność unieważnienia postępowania z dnia 14.12.br. jest dodatkowo wadliwa i stanowi naruszenie art. 260 ust 1 Pzp, w zakresie w jakim nie przywołuje konkretnej podstawy prawnej unieważnialności umowy o zamówienie publiczne na jaką powołuje się Zamawiający unieważniając postępowanie w trybie art. 255 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z art. 260 ust 1 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.

Podane uzasadnienie czynności unieważnienia jest niepełne bowiem nie wskazuje konkretnej podstawy unieważnialności umowy o zamówienie publiczne zawartej wskutek udzielenia zamówienia w aktualnym postępowaniu – można jedynie domyślać się że chodzić może o art. 457 ust 1 Pzp. zawierający zamknięty katalog przesłanek unieważnialności umowy o zamówienie publiczne.

Przesłanki określone w art. 255 Pzp nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyr. KIO: z 11 kwietnia 2017 r., KIO 593/17, Legalis; z 12 lutego 2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, Legalis).

Unieważnienie postępowania, zdaniem Odwołującego, jest bowiem decyzją znoszącą to postępowania od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 431/08).

Analogicznie

KIO 3078/20, wyrok z dnia 14 grudnia 2020 r.

*Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania, na warunkach określonych w p.z.p. i zgodnie z przyjętymi regułami, ustalonymi w dokumentacji postępowania, decyduje się na doprowadzenie go do końca, którym jest zawarcie umowy. Oznacza to, że wszczęcie postępowania jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wyjątkiem od zasady, a określony w art. 93 p.z.p. zamknięty katalog powodów unieważnienia przetargu należy interpretować ściśle, dokonując zawężającej wykładni przesłanek unieważnienia (*exceptiones non sunt extendendae*).*

(*art. 93 Pzp2004 – aktualnie odpowiednik – art. 255 Pzp2019)

Wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym – tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09), z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 248/08) oraz z dnia 11 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/08).

Potwierdza powyższe także aktualne orzecznictwo KIO - KIO 725/22 wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r. wskazując, że katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, a przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Odwołujący wskazuje, że w świetle przesłanki unieważnienia z art. 255 pkt 6 Pzp, pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, kryje się takie uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających a ew zawarcia umowy doprowadziłoby do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu.

Do zastosowania 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia łącznie wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności:

- 1) musi wystąpić wada postępowania,
- 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- 3) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- 4) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 457 Pzp – przepis zawiera bowiem zamknięty katalog przesłanek unieważnialności umowy o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 457:

Art. 457. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

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

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy żadna z powołanych okoliczności skutkujących unieważnialnością umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu nie wystąpiła. Tak więc w konsekwencji nie może być podstaw prawnych do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 ust 1 pkt 6 Pzp.

Skoro tak, a katalog podstaw unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, zaś przesłanka na którą powołuje się Zamawiający tj. art. 255 pkt 6 Pzp referuje do także zamkniętego katalogu podstaw unieważnialności umowy z art. 457 ust 1 Pzp, to brak jest podstaw prawnych unieważnienia postępowania.

Powyższa kwestia była już przedmiotem orzecznictwa KIO na tle aktualnego brzmienia przepisów ustawy Pzp2019 jak wskazuje Izba przykładowo w orzeczeniach (Zamawiający usiłowali powoływać się na rozszerzające rozumienie przesłanki unieważnialności umowy z art. 457 ust 1 pkt 1 Pzp ew art. 705 KC):

KIO 3204/21 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r.

Wskazania również wymaga, że 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. Zdaniem Zamawiającego, gdyby przyjąć inną interpretację, to doprowadziłoby to do sytuacji, że nawet w sytuacji, gdyby doszło do naruszenia ustawy, a Zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu, nie byłoby żadnej sankcji w postaci unieważnienia umowy czy też unieważnienia postępowania.

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.

Wbrew stanowisku Zamawiającego udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy należy zatem odnosić do braku ww. ogłoszeń. Przemawia za tym także przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym nie podlega unieważnieniu umowa zawarta w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, jeżeli zamawiający miał

uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z przepisami Pzp, a umowa została zawarta (...)

W związku z tym samo ewentualne naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które nie może być zakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w ww. przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy, czy to ze strony Prezesa UZP, co wynika z art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy ze strony wykonawcy, co wynika z art. 460 Pzp.

Podsumowując należy stwierdzić, że w sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp. Tym samym unieważnienie postępowania przez Zamawiającego należy uznać za pozbawione podstaw prawnych. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może bowiem nastąpić jedynie w okolicznościach przewidzianych w ustawie Pzp, a takie okoliczności w analizowanej sprawie nie zostały wykazane. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w

konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku ku temu przesłanek, co narusza zasady określone w tym przepisie i wypacza wynik postępowania.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp. 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. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni 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 zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Analogicznie:

KIO 1441/22 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2022 r.

Przede wszystkim należy odnotować zmianę, jak nastąpiła po nowelizacji Ustawy, polegającą na wykreśleniu kompetencji 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 (dawny art. 146 ust. 1 pkt 6 Ustawy). W aktualnym stanie prawnym na podstawie art. 459 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Ustawy. W przepisie tym zostały sprecyzowane przesłanki do unieważnienia umowy.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle tej regulacji konieczne jest stwierdzenie wystąpienia wady postępowania niemożliwej do usunięcia, której charakter wpisuje się w przesłanki do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia

publicznego.(...)

W szczególności literalna wykładnia przepisu art. 457 Ustawy nie prowadzi obecnie do żadnych niejasności we wskazaniu przesłanek unieważnienia umowy, a te są ściśle opisane zamkniętym katalogiem sytuacji, w jakich można stwierdzić wystąpienie podstawy do unieważnienia umowy. Dotyczy to również podstawy z art. 457 ust. 5 Ustawy wskazującej nie tylko na zdarzenie mogące prowadzić do żądania unieważnienia zawartej umowy, ale również podmioty posiadające legitymację czynną.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał wystąpienia którejkolwiek z podstaw do stwierdzenia nieważności umowy objętych przepisami art. 457 ust. 1 i 5 Ustawy, co prowadziło do oddalenia zarzutu ewentualnego. W szczególności, wydaje się że argumentacja Odwołującego prowadzona była w celu

wykazania części normy opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy, tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy, co jednak znacząco deformowało brzmienie tego przepisu, w którego dalszej części wskazuje się na rodzaj tego naruszenia związany z brakami ogłoszenia. Taka sytuacja nie występuje w analizowanej sprawie, a tym samym nie było podstaw do prowadzenia dalszego wywodu na okoliczności, które nie mogą mieć znaczenia prawnego.

Tak również:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2021 r. KIO 3659/21

Powyższe wskazuje, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, że wystąpiła wada postępowania, która uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, który stanowi: Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W ocenie Izby Odwołujący, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził ze swoich twierdzeń skutki prawne, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na podany warunek udziału w postępowaniu, obarczone jest wadą, która stosownie do przepisów ustawy Pzp, powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania. Sama okoliczność, iż Zamawiający po otrzymaniu odwołania nie dokonał żądanej w nim zmiany warunków udziału w postępowaniu, jak też nie dokonał zmiany terminu składania ofert, wobec braku potwierdzenia się zarzutów odwołania oraz braku wykazania istnienia podstaw do unieważnienia umowy, nie może uzasadniać żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Żaden z istniejących komentarzy do PZP nie popiera takiego rozumienia ww. przepisu, w szczególności:

- 1) J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457;
- 2) E. Wiktorowska (w:) A. GawrońskaBaran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457;
- 3) P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;
- 4) (red.) Marzena Jaworska, Dorota GrześkowiakStojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;
- 5) (red.) H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;
- 6) (red.) W. Jarzyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021.

Na 6 wskazanych pozycji, żadna nie przewiduje takiego rozumienia przesłanki unieważnienia umowy, jak stara się to zaprezentować Zamawiający. **Wprost przeciwnie mówią o przesłankach stosowania ustawy jako takiego, przesłankach stosowania trybów udzielania zamówień oraz publikacji w odpowiednich publikatorach.**

Wskazać należy ponadto w okolicznościach sprawy, że o ile zaistniała w analizowanym przypadku wada jest nieusuwalna, o tyle **nie jest ona istotna - co ma dla rozstrzygnięcia sprawy niebagatelne znaczenie.**

W żadnym bowiem momencie **Zamawiający nie wskazał, że którykolwiek wykonawca został faktycznie pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie wskutek niewyznaczenia dłuższego niż podstawowy terminu składania ofert w postępowaniu.**

Biorąc pod uwagę wykonawców biorących udział w postępowaniu i udział w wizji lokalnej, nie sposób uznać, aby którykolwiek z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał być takim terminem składania ofert "pokrzywdzony".

Jest tak w szczególności dlatego, że **nie jest to możliwe wobec faktu, że termin wizji lokalnej był jeden i upłynął w dniu 29.11.br (5 dni po wszczęciu postępowania) wydlużenie terminu składania ofert nie mogłoby mieć żadnego wpływu na krąg uczestników postępowania skoro udział w wizji warunkował złożenie oferty w postępowaniu.**

Zatem jak wynika z okoliczności faktycznych postępowania stwierdzona przez Zamawiającego z własnej inicjatywy **rzekoma wadliwość postępowania ani nie miała i nawet potencjalnie nie mogłaby mieć żadnego wpływu na przebieg i wynik tego postępowania, co dodatkowo potwierdza zasadność zarzutów i żądań odwołania.**

Jak wskazuje orzecznictwo KIO w zakresie wizji lokalnej przepisy Pzp nie przewidują dodatkowych terminów wizji:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 r. KIO 2565/21

Zasadnym w tym miejscu jest wskazanie, że ustawodawca przewidział "odbycie Wizji lokalnej" co oznacza, że nie przewiduje on wielości prowadzonych Wizji lokalnych. Związane jest to zapewne z tym, że brak udziału w Wizji lokalnej obarczony jest tak daleko idącą sankcją jak odrzucenie oferty z postępowania oraz wymaga od każdego wykonawcy realnego zaangażowania. Ustawodawca nie przewidział możliwości prowadzenia Wizji lokalnej, po wcześniejszym jej przeprowadzeniu, w oparciu o wniosek zgłoszony przez jeden podmiot. Rozwiązanie takie jest bardzo zasadne, bowiem pozwala na dochowanie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady przejrzystości. Warto również odnotować, że ponowne przeprowadzenie Wizji lokalnej na wniosek jednego podmiotu, nie zostało w żaden sposób uregulowane w przepisach, co oznacza, że jest niedopuszczalne. Wynika to chociażby z tego, że nie sposób odpowiedzieć na pytanie czy w tej ponownej Wizji lokalnej "ponownie" muszą brać udział wszyscy zainteresowani wykonawcy - skoro już odbyli Wizję lokalną; jakie sankcje należałoby nałożyć na wykonawcę, który nie wziął udziału "ponownie" w Wizji lokalnej? takich pytań byłoby wiele, lecz w ocenie Izby nie ma potrzeby ich poszukiwania. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził Wizję lokalną a Odwołujący nie wziął w niej udziału i pozbawił się możliwości "skutecznego" złożenia oferty - czyli złożenia oferty, która nie będzie podlegała odrzuceniu. W konsekwencji skoro nie jest w stanie złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest w stanie wykazać przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, których badanie następuje na moment wniesienia odwołania.

W tej sytuacji ew. **przedłużenie terminu składania ofert pozostawałoby całkowicie bez wpływu na wynik postępowania i katalog podmiotów zdolnych do złożenia w nim ofert niepodlegających odrzuceniu.**

Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 457 ustawy Pzp i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" (art. 255 pkt 6 PZP). Okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności podstawa faktyczna podana przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, nie pozwala na uznanie, by została wypełniona którakolwiek z podstaw wskazanych w odnośnych przepisach dotyczących unieważnienia umowy.

Podkreślenia dodatkowo wymaga w świetle orzecznictwa KIO, że uchybienie skutkujące podstawą unieważnienia musiałyby być na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem podlegałaby unieważnieniu, zaś pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, musi istnieć bezpośredni związek przyczynowy.

Termin złożenia ofert w postępowaniu uwzględniając jego zakres rzeczowy jak i sposób w jaki należało przygotować i skalkulować ofertę był w zupełności wystarczający czego najlepszym dowodem jest fakt złożenia w postępowaniu w wyznaczonym terminie 4 ofert.

Z pewnością instytucja unieważnienia postępowania nie może stanowić pretekstu w sytuacji gdy jeden z uczestników postępowania nie dochował wymogów SWZ nie uczestnicząc w wizji lokalnej co skutkowałoby bezwzględną podstawą odrzucenia jej w trybie art. 226 ust 1 pkt 18 Pzp. W ocenie

Odwołującego przebieg postępowania wskazuje, że aktualnie Zamawiający, wyłącznie na potrzeby znalezienia pretekstu unieważnienia postępowania, usiłuje odnaleźć w nim rzekome wady.

Jak podkreśla się w orzecznictwie – tak wyrok KIO z 4.10.2012 r. (KIO 2024/12, LEX nr 1225206): „*należy podkreślić, iż przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość lepszego, sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego lub opisania warunków udziału w tym postępowaniu. Pzp, jednoznacznie określa, że tylko niemożność zawarcia prawnie skutecznej (niepodlegającej unieważnieniu) umowy może stanowić podstawę do unieważnienia umowy*”

Konsekwentnie, stosownie do treści art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Odnosząc się z ostrożności do faktu wszczęcia przed Zamawiającego równoległe kolejnego postępowania w tej samej sprawie, kwestia ta pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowe odwołania bowiem w przypadku uwzględnienia zarzutu i żądania obecnego odwołania, aktualne postępowanie będzie kontynuowane celem udzielenia w nim zamówienia, co będzie implikowało konieczność unieważnienia kolejnego postępowania w tej samej sprawie jako bezprzedmiotowego (art. 256 Pzp- *Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione*).

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

- odpis aktualnych dokumentów rejestrowych Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,

—dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.