

**WYROK**

**z dnia 21 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawcę: **Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od Kompanię Węglową S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice na rzecz Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) 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 – Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wykonanie pompowni głównego odwadniania na poziomie 1030 m wraz z układem zasilania i sterowania dla KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek” Ruch Halemba*”.

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

Wykonawca - Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 9 marca 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zaniechania wykonania wyroku z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

1. niezgodnego z *ustawą Prawo zamówień publicznych* zaniechania przez Zamawiającego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2445/11, czym Zamawiający naruszył art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp;
2. niezgodnego z *ustawą Prawo zamówień publicznych* dokonania przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do jego unieważnienia, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp;
3. niezgodnego z *ustawą Prawo zamówień publicznych* zaniechania przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28 lutego 2012 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, nakazanie Zamawiającemu wykonania wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2445/11) oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako jedynej i najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W toku niniejszego postępowania oferty złożyły trzy podmioty, tj. Zakład Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. na kwotę 5.682.108 zł brutto, Odwołujący na kwotę zł 8.374.086 brutto, Elpro-7 Sp. z o.o. na kwotę 9.645.045 zł brutto. W dniu 9 sierpnia 2011 r. Zamawiający, po uprzednim zaproszeniu wszystkich trzech wykonawców po uznaniu, iż ich oferty nie podlegają odrzuceniu, przeprowadził aukcję elektroniczną w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wobec zaniechania odrzucenia oferty Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, które w dniu 24 sierpnia 2011 r. zostało uwzględnione. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1703/11) nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. oraz unieważniła czynność przeprowadzonej 9 sierpnia 2011 r. aukcji elektronicznej. Przedmiotowy wyrok KIO nie został zaskarżony przez Zamawiającego. Zamawiający przedmiotowy wyrok wykonał w całości. Zamawiający w dniu 3 listopada 2011 r. za pośrednictwem faksu przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawiadomienie o wykluczeniu wszystkich trzech wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzuceniu ofert Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. oraz Odwołującego. Na powyższe czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty, Odwołujący wniósł kolejne odwołanie, które zostało uwzględnione. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego. Zamawiający przedmiotowego wyroku KIO nie wykonał. W dniu 28 lutego 2012 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu za pośrednictwem faksu pismo o znakach PZ/PZT/1409/AJ/2012 z dnia 28 lutego 2012 r. informujące o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Jako uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania Zamawiający przytoczył treść art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania Zamawiający podał, cyt. *„Brak możliwości jednoczesnej realizacji podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest*

*zasada równego traktowania wykonawców oraz wydanych w tej sprawie wyroków KIO sygn. akt 1703/11 z dn. 24 sierpnia 2011 r. i sygn. akt 2445/11 z dnia 01 grudnia 2011 r."*

Zgodnie z art. 192 ust 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku; Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uwzględniając je - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazuje wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza zadośćuczyniła powyższemu wydając wyrok z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2445/11). Zamawiający zamiast wykonać powyższy wyrok KIO w dniu 28 lutego 2012 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania z powołaniem się na podstawę prawną z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. Niewykonanie wyroku KIO z 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2445/11), w ocenie Odwołującego, stanowi bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego czynności do której był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp i jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywistym pozostaje, iż Zamawiający winien respektować prawomocne orzeczenie KIO zapadłe wskutek skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przyznanej ustawą Pzp, zmierzające do eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności podjętych sprzecznie z ustawą Pzp i zaniechania przez Zamawiających czynności do wykonania których są zobowiązani zgodnie z ustawą Pzp. Powyższe uzasadnia zdaniem Odwołującego zarzut ad 1 petitum odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi bowiem swoiste przyrzeczenie publiczne jego uzyskania przez wykonawcę, który złoży ofertę najkorzystniejszą zgodną z warunkami postępowania; specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Artykuł 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp kreuje obowiązek Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiąc, iż Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei art. 93 ust 3 ustawy Pzp stanowi, iż o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy (...) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący zaznaczył, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest instytucją, która winna być stosowana wyjątkowo, w przypadkach ściśle w ustawie określonych której przesłanki nie podlegają wykładni

rozszerzającej. Niedopuszczalne jest nadużywanie tej instytucji przez Zamawiających w przypadku gdy z przyczyn subiektywnych nie są oni zainteresowani wyborem oferty wykonawcy, która wg kryteriów określonych w SIWZ stanowi nie podlegającą odrzuceniu ofertą najkorzystniejszą. Nadużycie czynności unieważnienia postępowania, tj. czynności mającej doniosłe skutki dla losu postępowania oraz uczestniczących w nim wykonawców, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Ponadto unieważnienie postępowania z przyczyny wskazanej w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wskazanych tam okoliczności. Oznacza to, iż w toku postępowania musi zaistnieć jego wada, która jest wadą nieusuwalną w toku postępowania, która jednocześnie wywiera tak istotny wpływ na umowę, iż tak zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Zgodnie z ugruntowanym już stanowiskiem doktryny i orzecznictwa KIO podstaw unieważnienia takiej umowy należy poszukiwać w treści art. 146 ust 1 i ust 6 ustawy Pzp. Tym samym podstawę dla unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią podstawy unieważnienia umowy wskazane w ust 1 art. 146 ustawy Pzp oraz ust 6 art. 146 ustawy Pzp; w tym ostatnim przypadku w sytuacji dokonania przez Zmawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazuje się przy tym, iż pomiędzy wadą postępowania (dokonaniem przez Zmawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy) a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Innymi słowy wadą postępowania w rozumieniu art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną lub względną nieważność [por. wyrok KIO z 23 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 206/10; wyrok KIO z 2 czerwca 2011, sygn. akt KIO 1033/11; wyrok KIO z 1 września 2011 r., sygn. akt KIO 1792/11; wyrok KIO z 29 września 2011 r., sygn. akt KIO 2028/11, wyrok KIO 14 października 2011 r., sygn. akt KIO 2093/11; wyrok KIO 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2134/11]. Dodatkowo Zamawiający winien wykazać, iż została wypełniona przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz podać w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności, które sprawiły wystąpienie przesłanki i wskazanie w jaki sposób ją wyczerpują [por. W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 93 ustawy - Prawo zamówień publicznych, SIP LEX Omega 05/2012 oraz ww. orzecznictwo KIO], Mając powyższe na uwadze wskazania wymaga, iż Zamawiający w piśmie z dnia 28 lutego 2012r. nie wskazał w żaden sposób wady postępowania ani nie wykazał jej nieusuwalnego charakteru. Nie wskazał Zamawiający jaka to wada miałaby uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz z jakich przyczyn. Nie powołał się bowiem Zamawiający ani na istnienie wady wskazanej w art. 146 ust 1 ustawy Pzp ani wady

mieszczącej się w klauzuli art. 146 ust 6 ustawy Pzp, tj. na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zatem musi domyślać się intencji Zamawiającego co do przyczyn unieważnienia postępowania, co w znaczący sposób utrudnia Odwołującemu właściwe i pełne odniesienie się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania i sformułowania zarzutów względem czynności Zamawiającego. Tak wadliwie formułowane uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia postępowania, winno skutkować uwzględnieniem odwołania [por. wyrok KIO z 29 września 2011 r., sygn. akt KIO 2028/11]. Niezależnie od powyższego Zamawiający powołując lakoniczne uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji, tj. *„Brak możliwości jednoczesnej realizacji podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców oraz wydanych w tej sprawie wyroków KIO sygn. akt 1703/11 z dn. 24 sierpnia 2011 r. i sygn. akt 2445/11 z dnia 01 grudnia 2011 r.”* nie tylko nie wypełnił wymogu art. 93 ust 3 ustawy Pzp co do wykazania przesłanek unieważnienia postępowania z przyczyn określonych w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp lecz wprost zaprzeczył ich zaistnieniu. Zamawiający ww. zapisem jak się bowiem wydaje (o ile Odwołujący dobrze domyśla się i odczytuje intencję Zamawiającego) za wadę postępowania o udzielenie Zamówienia uznaje treść zapadłych w sprawie niniejszego zamówienia dwóch prawomocnych wyroków KIO; pierwszego z dnia 24 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1703/11) którym KIO nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. oraz unieważniła czynność przeprowadzonej 9 sierpnia 2011 r. aukcji elektronicznej i nakazała wybór oferty najkorzystniejszej oraz drugiego z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2445/11), którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego. Jeśli taka była intencja Zamawiającego w ustaleniu przezeń podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp to tak podana podstawa nie mieści się w treści powołanego artykułu. Po pierwsze bowiem czynność wydawania orzeczeń przez KIO, w następstwie korzystania przez Odwołujących z przewidzianych ustawą Pzp środków ochrony prawnej, jako czynność nie stanowiąca czynności Zamawiającego, pozostaje poza zakresem zastosowania art. 146 ust 1 i ust 6 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ów przepis bowiem dotyczy wadliwych czynności lub zaniechań Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania Ponadto zapadłe w sprawie oba wyroki KIO (sentencje) w następstwie skorzystania przez Odwołującego z przewidzianych ustawą Pzp środków ochrony prawnej, stanowią wyraz kontroli działań lub zaniechań Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia i pozostają wyrokami prawomocnymi. W ocenie

Odwołującego Zamawiający zgodził się z ich treścią uznając je za prawidłowe skoro świadomie nie złożył od nich środka odwoławczego w postaci skargi do sądu. Ponadto wydany w dniu 24 sierpnia 2011r. wyrok KIO (sygn. akt KIO 1703/11) Zamawiający wykonał w całości, wskutek czego oferta Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. została odrzucona i w niniejszym postępowaniu nie istnieje (nie wiąże). Wobec powyższego oraz skutecznego wykluczenia z postępowania trzeciego wykonawcy (ELPRO-7 Sp. z o.o.), oferta Odwołującego pozostaje jedyną ofertą w postępowaniu spełniającą wymagania SIWZ, z ceną oferty poniżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i zarazem ofertą, którą Odwołujący nadal jest związany. W opinii Odwołującego nie ma i nie może być zatem mowy o zaistnieniu wady postępowania, która mogłaby skutkować unieważnieniem ewentualnie zawartej z Odwołującym umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tudzież o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego należy odrzucić tezę postawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji z dnia 28 lutego 2012 r. o braku możliwości jednoczesnej realizacji podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców oraz wydanych w tej sprawie wyroków KIO sygn. akt 1703/11 z dn. 24 sierpnia 2011 r. i sygn. akt 2445/11 z dnia 1 grudnia 2011 r., jako, że po wydaniu obecnie już prawomocnego wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. sygn. akt 1703/11 i jego wykonaniu w całości, Zamawiający obecnie nie stoi przed koniecznością jednoczesnego wykonania obu ww. wyroków. Zamawiający jak dotąd nie wykonał wyroku z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt 2445/11). Ponadto niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje rozumowanie Zamawiającego sprowadzające się do twierdzenia o niemożliwości realizacji obu wyroków w sytuacji, gdy oba wyroki KIO zapadłe na kanwie niniejszego postępowania o udzielenie Zamówienia dotyczyły rozpatrzenia odmiennych zarzutów, co do czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego w stosunku do różnych wykonawców a ugruntowanym stanowiskiem doktryny i judykatury pozostaje, iż wyrok stanowi jego sentencja a nie jego uzasadnienie. Zatem według Odwołującego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zaszła przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia określona w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawie Pzp.

W dniu 28 lutego 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Czynność unieważnienia postępowania, jak również niewykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO2445/11 stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę: Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze.



**Uwzględniając przedłożoną Krajowej Izbie Odwoławczej dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 24 sierpnia 2011 r. w wyniku wniesionego przez Odwołującego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO 1703/11) dotyczący przedmiotowego postępowania uwzględniający odwołanie i nakazujący Zamawiającemu odrzucenie oferty Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. oraz unieważnienie czynności aukcji elektronicznej i jej wyniku w zakresie zadania nr 2 przeprowadzonej w dniu 9 sierpnia 2011 r. nakazując Zamawiającemu ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

Jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (druk ZP-PN) str. 11 w związku z wnioskami wynikającymi z wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r., (sygn. akt KIO 1703/11) Komisja Przetargowa dokonała ponownej oceny złożonych ofert pod kątem ich zgodności z SIWZ.

Ponadto w dniu 3 listopada 2011 roku, przekazano Odwołującemu zawiadomienie o wykluczeniu wszystkich trzech wykonawców (w tym również Odwołującego), którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na niniejszą czynność Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. W dniu 1 grudnia 2011 r. w wyniku wniesionego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO 2445/11) uwzględniający odwołanie i nakazujący Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne dla zadania nr 2, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia

jego oferty i nakazujący dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

Następnie Zamawiający unieważnił niniejsze postępowanie w zakresie zadania nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Czynność unieważnienia postępowania, jak również niewykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r., (sygn. akt KIO2445/11) stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę: Grupa Powen – Wafapomp S. A., ul. Wolności 318, 41-800 Zabrze.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Konieczność unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu aktualizuje się, gdy doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie.

Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a nie jakakolwiek wada postępowania. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą, a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożony przez Zamawiającego Wyciąg z Protokołu Zarządu z dnia 28 lutego 2012 r., Uchwała Nr 211/2012 z dnia 28 lutego 2012 r. Zarządu Kompanii Węglowej S. A.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów dotyczących uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 5 grudnia 2011 r., (sygn. akt KIO 2503/11) uznała, że czynność unieważnienia postępowania była niezgodna z przepisami ustawy Pzp przez sam fakt nieprzedstawienia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności. Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych unieważnienia postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiego unieważnienia. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania.

Stwierdzenie użyte przez Zamawiającego *„Brak możliwości jednoczesnej realizacji podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców oraz wydanych w tej sprawie wyroków KIO sygn. akt 1703/11 z dn. 24 sierpnia 2011 r. i sygn. akt 2445/11 z dnia 01 grudnia 2011 r.”*, wskazywać może na wiele podstaw faktycznego uzasadnienia unieważnienia, co zdaniem Izby jest niedopuszczalne, gdyż wykonawca nie może domniemywać rzeczywistych podstaw unieważnienia postępowania – chociażby poprzez analizę wydanych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Chybiona jest również argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący brał udział w tym postępowaniu od samego początku i ma wiedzę dotyczącą tego postępowania. Izba zauważa, że obowiązek sporządzenia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania spoczywa na Zamawiającym i obowiązku tego w żaden sposób nie można przerzucać na wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że podstawę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, mogą stanowić – jak wskazano w Wyciągu z Protokołu Zarządu z dnia 28 lutego 2012 r. – *sprzeczności w uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że rozpoznanie przez Izbę sprawy, a w konsekwencji wydanie stosownego orzeczenia, w następstwie korzystania przez wykonawców z przewidzianych ustawą Pzp środków ochrony prawnej, nie stanowi czynności

Zamawiającego podejmowanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia, do której odnosi się art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak wynika z powołanego przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może być jedynie wada postępowania (która powinna być przez Zamawiającego wykazana) nie zaś ewentualne – jak wskazał Zamawiający – sprzeczności w wydanych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający nie zgadzając się ze z orzeczeniem Izby z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2445/11) mógł zakwestionować je wnosząc skargę do właściwego Sądu Okręgowego.

Izba wzięła pod rozwagę stanowisko Odwoływającego, że skoro Zamawiający wykonał w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2011 r., (sygn. akt KIO 1703/11), wskutek czego oferta Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. została skutecznie odrzucona zatem - jak słusznie wskazał Odwołujący - Zamawiający nie stoi przed koniecznością jednoczesnego wykonania obu (jak twierdzi sprzecznych) ww. wyroków. Ponadto oba wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zapadły na gruncie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia dotyczyły odmiennych zarzutów, co do czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego w stosunku do różnych wykonawców.

W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie może być sposobem na uchylanie się Zamawiającego od wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający uzasadniając czynność unieważnienia postępowania, nie może „zastaniać się” niemożnością wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a zaakceptowanie przez Izbę takiego stanowiska Zamawiającego byłoby niczym innym jak wyrażeniem zgody na omijanie przepisów ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający w toku rozprawy wskazał dodatkowe argumenty, które przemawiają za unieważnieniem przedmiotowego postępowania (dla zadania nr 2) na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła odnieść się do niniejszej argumentacji zaznaczając jednak, że powinna ona zostać przedstawiona przez Zamawiającego w pełnym zakresie w piśmie z dnia 28 lutego 2012 r., unieważniającym postępowanie. Izba uznała, że powyższa argumentacja również nie może być podstawą unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Według Zamawiającego podstawy unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający upatrywał w tym, że w niniejszym postępowaniu żądał dokumentów

nadmiernych w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że powyższy argument jest niewystarczający i nie może zostać uznany za wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego a orzeczenie KIO (sygn. akt KIO 2445/11), wręcz nakazuje Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11, Izba zważyła, co następuje.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11 został przez Zamawiającego wykonany.

Powyższe nie wynika z protokołu postępowania (druk ZP-PN), w którym widnieje wyłącznie informacja o dokonaniu ponownej oceny złożonych ofert w związku z wyrokiem KIO 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1703/11. Ponadto Zamawiający na rozprawie przyznał, że nie kierował do Odwołującego pisma w sprawie wykonania bądź zaniechania wykonania wyroku (o sygn. akt KIO 2445/11) i nie podejmował jakichkolwiek czynności unieważniających unieważnienie postępowania oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Powyższe również nie wynika z Wyciągu z Protokołu Zarządu z dnia 28 lutego 2012 r. – powołującego się na opinię sporządzoną Zamawiającemu - w którym stwierdzono, że *„Zamawiający powinien wykonać orzeczenie z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z dnia 1 grudnia 2011 r., powoduje konieczność uznania za prawidłową ofertę wykonawcy Wafapomp S. A”*.

Konkludując, zdaniem Izby wobec potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny oferty Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający powinien wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2445/11.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7, 93 ust. 3 oraz art. 192 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....