

Sygn. akt: KIO 1639/16

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 15 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 15 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016r. przez **wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu ul. Bystrzycka 24** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6**

**postanawia:**

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu ul. Bystrzycka 24 tytułem wpisu od odwołania**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zimowe utrzymanie dróg na terenie Rejonu w Opolu Oddział GDDKiA w Opolu w sezonach zimowych 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2016r. za numerem 2016/S 122-219377.

W dniu 25 sierpnia 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy). W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotem niniejszego zamówienia, nazwanego ogólnie zimowym utrzymaniem było :

- zimowe utrzymanie jezdni i utwardzonych poboczy,
- zimowe utrzymanie chodników, ścieżek rowerowych i ciągów pieszo-rowerowych
- montaż i demontaż zasłon przeciwśnieżnych .

Jest zdaniem zamawiającego oczywiste, iż zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie zamierzał powierzyć realizację zamówienia w pełnym zakresie co wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień zawartych w różnych częściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym między innymi we wzorze umowy . Jednakże w Formularzu Cenowym, w części C „Montaż i demontaż zasłon przeciwśnieżnych” podczas formatowania komórek, wstawiony został omyłkowo znak „ – „, co spowodowało, że jedyny wykonawca składający ofertę nie wycenił w tej części usług polegających na montażu oraz demontażu siatek przeciwśnieżnych. Oznacza to, że złożona oferta nie uwzględnia całości przedmiotu zamówienia stąd też nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą i niemożliwa byłaby realizacja tego zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy i jednocześnie zgodnie z taką ofertą - co jest podstawową zasadą umów zawieranych zgodnie z ustaw . Ponadto umowa zawarta w takiej sytuacji obarczona byłaby wadą umożliwiającą jej unieważnienie zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy ze względu na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę fakt, iż na tym etapie postępowania niemożliwe jest usunięcie występujących nieprawidłowości oraz wad zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie wymienionych na wstępie przepisów ustawy.

W dniu 5 września 2016r. wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS

załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 września 2016r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w ustawie, w szczególności uczciwej konkurencji;
- 3) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).

Odwołujący wskazał, że jego oferta nie podlega odrzuceniu w postępowaniu i spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. W świetle kryteriów określonych w SIWZ oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez odwołującego naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu. Czynnością unieważnienia oferty zamawiający naruszył zatem interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także pozbawił go zysku, jaki mógł uzyskać w wyniku realizacji niniejszego zamówienia, pomimo, iż była to jedyna i najkorzystniejsza oferta złożona w postępowaniu.

Pomimo ww. stanowiska Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, choć gdyby jego oferta była niezgodna z SIWZ powinien tak uczynić. Nie dokonał nawet jego oceny i nie przedstawił jej wyników do weryfikacji Odwołującego. W taki przypadku powinien też przyjąć inną podstawę unieważnienia postępowania, bo art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W niniejszym postępowaniu jedyną zatem i wobec braku podstaw do wykluczenia odwołującego się Wykonawcy, odrzucenia jego oferty, najkorzystniejszą ofertę złożył właśnie Odwołujący.

W uzasadnieniu odwołujący powołał się na czynność zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2016r. oraz przytoczył jej uzasadnienie. Wskazał, że zamawiający nie stwierdził, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz i nie odrzucił jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Nie dokonał jej oceny i zdaniem odwołującego podał wadliwą podstawę prawną unieważnienia, gdyż wówczas powinien być podać art. 93 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zdaniem odwołującego powoływanie się przez zamawiającego na niedokładności w SIWZ, tj. okoliczność, że podczas formatowania komórek, wstawiony

został omyłkowo znak co spowodowało, że jedyny wykonawca (odwołujący) nie wycenił w tej części usług polegających na montażu oraz demontażu siatek przeciwnieźnych nie jest wystarczającym argumentem. Nie oznacza to, że złożona oferta nie uwzględnia całości przedmiotu zamówienia. Mogła być uznana za najkorzystniejszą, a po wyborze i podpisaniu umowy możliwa byłaby realizacja tego przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy zgodnie z ustawą. Podkreślił, że zgodnie z pkt 10.5. SIWZ: „Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej SIWZ. ” Wartość pominiętej w wycenie usługi montażu i demontażu siatek przeciwnieźnych (na odcinku 110 km) to zaledwie kilka procent wartości oferty. Nie jest zatem, zdaniem odwołującego, istotna przy wartości całości oferty.

Odwołujący w pkt 11 Formularza ofertowego stwierdził jednoznacznie:

OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Istotnymi dla Stron postanowieniami umowy,; określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego odwołujący stwierdził, że zgodnie z § 1 ust. 6 i 7 Tomu II, - istotne postanowienia umowy:

6. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia przedmiotu zamówienia w trakcie realizacji umowy. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługuje prawo do jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego z tego tytułu.

7. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy), o wartości do 10 % wartości zamówienia objętego niniejszą umową, do zakończenia sezonu zimowego. Strony ustalają, że ceny jednostkowe netto usług dla zamówienia uzupełniającego będą równe cenom jednostkowym usług i robót obowiązującym w ramach niniejszej umowy, w dniu jej wygaśnięcia.

Cytowane zapisy umowy wskazują jednoznacznie, że z powodu jednej pozycji nie było możliwe ani konieczne unieważnianie całego postępowania, bo w żaden sposób nie wpłynęłoby to na możliwość realizacji umowy.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o przesłanki, wynikające z treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, ani z żadnej innej. Nie miały też miejsca okoliczności dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie odwołującego unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego i powinno być stosowane w szczególnych sytuacjach, jako odstępstwo od zasady. W żadnym razie przesłanki unieważnienia, w tym także określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie można interpretować rozszerzająco. Przede wszystkim celem postępowania jest, zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy, wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych jak i prawnych spoczywa na zamawiającym (wyrok z 23 września 2011 r, KIO 1948/11).

Zamawiający nie udowodnił żadnej z ustawowych przesłanek.

Jest to w szczególności istotne, że przesłanki unieważnienia zawarte w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy powinny zachodzić łącznie:

- 1) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą
- 2) uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest jednoznaczny, a jego wykładnia została potwierdzona w szeregu orzeczeń sądowych oraz KIO np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r. (Sygn. akt. KIO 912/15), wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2200/14; KIO 2208/14; KIO 2212/14).

Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy, 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. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy (w adekwatnym stanie prawnym), umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Okoliczności niniejszej sprawy, a w szczególności podstawa faktyczna podana przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, zdaniem odwołującego nie pozwalają na uznanie, by została wypełniona którakolwiek z ww. podstaw. Nie zaistniały też okoliczności pozwalające na zastosowanie art. 146 ust. 6 ustawy. Art. 146 ust. 6 ustawy, w przeciwieństwie do art. 146 ust. 1 ustawy, nie stwierdza w sposób definitywny, że umowa podlega unieważnieniu, ale przewiduje uprawnienie do fakultatywnego żądania jej unieważnienia. Przepis ten wymaga zaistnienia czynności lub zaniechań, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Należy je zatem wykazać, czego zamawiający w ocenie odwołującego nie uczynił poprzestając na kilku ogólnych stwierdzeniach w uzasadnieniu unieważnienia. Na poparcie swej argumentacji podał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2015 r. (Sygn. akt KIO 782/15), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V CA 788/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1732/13.

Zatem nawet nieusuwalna wada postępowania polegająca na tym, że zamawiający uniemożliwił wniesienie wadium przed upływem terminu składania ofert, poprzez podanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprawidłowego numeru rachunku bankowego, na który można dokonać wpłaty kwoty stanowiącej równowartość wadium, nie jest podstawą do unieważnienia, bo nie powoduje, iż umowa zawarta w takich okolicznościach będzie podlegała unieważnieniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2015 r.; sygn. akt KIO 994/15).

Także zdaniem odwołującego samo nieprecyzyjne sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (na co faktycznie także i w tym postępowaniu powołuje się zamawiający) nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie stanowi podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2015 r.; sygn. akt KIO 117/15).

Ze względu na powyższe doszło do naruszenia wskazanych przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2015 r. sygn. akt KIO 994/15).

Zamawiający na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej poinformował, że nie przekazywał kopii odwołania innym wykonawcom, gdyż odwołujący jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu.

W dniu 12 września 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty wskazane w odwołaniu i unieważnia czynność

unieważnienia postępowania. Wskazał, że argumenty podniesione w odwołaniu wskazujące na brak podstaw do unieważnienia postępowania oraz deklarację możliwości realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy jak i oświadczeniu odwołującego zawartym w ofercie, przekonały zamawiającego i postanowił unieważnić czynność unieważnienia postępowania i powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Oddziału.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący:** .....