

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 maja 2022 r. przez Konsorcjum w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi A. W. i B. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi, B. W., będący współnikami spółki cywilnej działającej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego Konsorcjum w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi A. W. i B. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą a.b.w. budownictwo, usługi, B. W., będący współnikami spółki cywilnej działającej pod nazwą a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór inwestorski nad wykonaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 220-580714.

W dniu 9 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum w składzie: EMG ENGINEERING & MANAGEMENT GROUP Sp. z o.o. oraz a.b.w. budownictwo, usługi A. W., B. W. spółka cywilna, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 ustawy PZP przez bezprawne unieważnienie postępowania, z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy wada taka nie występuje;
- 2) art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 1 ustawy PZP przez niedostateczne uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania, tj. przez zaniechanie wskazania okoliczności, która skutkowałaby koniecznością unieważnienia umowy.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do twierdzenia Zamawiającego z uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, że w dokumentacji zamówienia istniała niespójność, która mogła wprowadzić w błąd wykonawców i spowodować złożenie przez nich nieporównywalnych ofert, co świadczy o nieusuwalnej wadzie postępowania. Odwołujący wskazywał m. in., że uwzględniając wyjaśnienia treści SWZ nr 2 z dnia 24 listopada 2021 r., termin realizacji usługi został określony na tyle jednoznacznie, że pozwalało to na dokonanie wyceny zgodnie z SWZ. Zdaniem Odwołującego wszyscy wykonawcy dokonywali wyliczenia w odniesieniu do takiego samego stanu faktycznego, przy użyciu formularzy Załącznika nr 2a, gdzie w sposób ogólny należało

przedstawić wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu realizacji nadzoru w zakresie poszczególnych zadań. Co więcej, Zamawiający od początku postępowania przewidywał, że wszelkie koszty związane z realizacją umowy zostaną „oszacowane” przez wykonawców i zamieszczone w ofercie, zaś ryzyko „niedoszacowania” obciąża wykonawców. W przedmiotowym zakresie nie nastąpiły żadne zmiany. Za niesłuszną należy zatem uznać tezę Zamawiającego, że oferty są nieporównywalne. Sam fakt, że wykonawcy mogli wziąć pod uwagę różne założenia szczegółowe, których Zamawiający w SWZ nie ujął, cedując na wykonawców ryzyko ich „niedoszacowania” był znany wszystkim stronom postępowania od momentu jego wszczęcia i nie stanowi żadnego novum.

Odwołujący zakwestionował ponadto treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, w której Zamawiający powołał się na treść uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 605/22. Zdaniem Odwołującego przytoczona teza uzasadnienia orzeczenia KIO nie stanowi potwierdzenia, że termin realizacji zamówienia (w wyniku udzielonej odpowiedzi), jest niejednoznaczny i nie pozwalał na złożenie porównywalnych ofert, co stanowi wadę w postępowaniu, która na obecnym etapie postępowania jest niemożliwa do usunięcia. Izba uznała, że w samej SWZ Zamawiający nie określił w sposób sztywny czasu trwania nadzoru (1.2. Etap II - realizacja Inwestycji-nie dłużej niż przez okres 58 tygodni), a wyjaśnienia z dnia 24.11.2021 r. wskazują na skrócenie terminu realizacji zadań Inżyniera Kontraktu. Jednakże planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku. Zdaniem Odwołującego nie sposób doszukać się w tym stwierdzeniu Izby przyznania, że opis był niejednoznaczny. Przeciwnie, Izba doczytała się jakie były wymagania Zamawiającego. Uznała je za jednoznaczne i jasno zdefiniowane.

Odwołujący nie zgodził się również z tezą, że wyjaśnienia treści SWZ spowodowały zmianę, która wymagała zmiany treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie, co skutkuje stwierdzeniem, że zaniechanie dokonania takiej zmiany miałoby świadczyć o wadzie postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wskazał jaka informacja zawarta w ogłoszeniu została zmieniona i w którym miejscu ogłoszenia była ona umieszczona. Nie można zatem uznać tej części uzasadnienia za istotną z punktu widzenia potwierdzenia że postępowanie zostało dotknięte wadą.

Odwołujący podkreślił, że instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy, a w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostały wypełnione wszystkie przesłanki, których zaistnienie warunkuje unieważnienie postępowania przez Zamawiającego.

Jego zdaniem nie może także stanowić podstawy unieważnienia postępowania podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że z uwagi na czas trwania postępowania zmienił się

znacznie stan faktyczny, gdyż z punktu widzenia zapisów wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ, zaistniałe różnice mogą zostać uwzględnione poprzez ewentualną, przewidzianą przez Zamawiającego zmianę umowy.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie podał informacji zawierających związku przyczynowo – skutkowe pomiędzy czynnościami zamawiającego i dokumentacją postępowania a bezwzględną nieważnością umowy. Podał jedynie kilka okoliczności „miękkich” czego nie powiązał z liczbami i przepisami art. Art. 457 ust. 1 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający podał lakoniczne uzasadnienie podjętych decyzji, nie wskazał przepisów postępowania, które zostały naruszone, a także nie przedstawił, na podstawie jakich okoliczności mogłoby dojść do unieważnienia umowy. Tym samym Zamawiający zmusił Odwołującego do domyślania się podstaw prawnych podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Odwołującego postawione zarzuty są zasadne i powinny zostać uwzględnione.

Pismem z dnia 23 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazywał m. in., że udzielając wyjaśnień do SWZ z dnia 24 listopada 2021 r. tak naprawdę nastąpiła zmiana jej treści w zakresie terminu realizacji usługi, gdyż uległa ona skróceniu, co powinno skutkować także zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu. Treść wyjaśnień: *„planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku”* spowodowała niespójność w dokumentach zamówienia i w konsekwencji mogła wprowadzić w błąd Wykonawców. Udzielone odpowiedzi spowodowały, iż w różny sposób można było interpretować termin wykonania usługi, czego wynikiem mogło być wyliczenie ceny ofert na różny zakres przedmiotu zamówienia.

Potwierdzeniem różnej interpretacji zapisów dokumentacji zdaniem Zamawiającego są stanowiska wyrażane przez Odwołującego i wykonawcę SAFEGE w poprzednich postępowaniach odwoławczych prowadzonych pod sygnaturami 605/22 oraz 1134/22, gdzie Odwołujący wskazywał, iż kalkulując cenę oferty opierał się na treści wyjaśnień do SWZ, natomiast wykonawca SAFEGE kalkulację oparł na pierwotnej treści SWZ i OPZ. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 605/22 Izba potwierdziła, że w wyniku udzielonych odpowiedzi doszło do zmiany wymagań Zamawiającego w zakresie terminu realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, bezsprzecznym jest, że przedmiotowe wyjaśnienia spowodowały zmianę treści SWZ, która to zmiana w myśl przepisu art. 137 ustawy PZP wymagała zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie

zmienił jednak ogłoszenia, do czego był zobowiązany w myśl przepisu art. 137 ust. 4 ustawy PZP. Tym samym umowa, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego zostałaby zawarta z naruszeniem ustawy PZP i podlegałaby unieważnieniu.

Powyższe zdaniem Zamawiającego świadczy o zaistnieniu przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Dodatkowo, prawidłowe było uzasadnienie dokonanej czynności, gdyż Zamawiający w sposób wyczerpujący przedstawił w treści informacji o unieważnieniu postępowania, na czym polegała wada postępowania i jaki miała ona wpływ na Postępowanie, mianowicie Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 24 listopada 2021 roku, w której zmienił termin realizacji zamówienia, nie przekazał zmieniającego ogłoszenie o zamówieniu przekazanego Urzędowi Publikacji UE, tym samym umowa, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego, byłaby zawarta z naruszeniem ustawy PZP i podlegałaby unieważnieniu. Brak przytoczenia w treści uzasadnienia brzmienia art. 457 ustawy PZP nie świadczy o wadliwości sporządzonego uzasadnienia, gdyż nie ma wątpliwości, które przepisy zostały w tym przypadku naruszone.

Powyższe argumenty w ocenie Zamawiającego świadczą o niezasadności wniesionego odwołania i konieczności jego oddalenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba rozpatrując odwołanie wzięła również pod uwagę dokumentację postępowań odwoławczych, które uprzednio toczyły się w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturami KIO 605/22 oraz KIO 1134/22.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu, sprawującego nadzór inwestorski nad wykonaniem dokumentacji

projektowej i robotami budowlanymi w ramach zadania pn. „Przebudowa i budowa dworców kolejowych Doliny Popradu”.

Zgodnie z zapisami sekcji VIII SWZ pn. „Termin wykonania zamówienia”, Zamawiający wymagał by przedmiot zamówienia został wykonany w terminie do 79 tygodni od dnia zawarcia umowy, w tym: etap I (przygotowanie inwestycji) do 8 tygodni, etap II (realizacja inwestycji) nie dłużej niż przez okres 58 tygodni oraz etap III, na który składają się sporządzenie sprawozdania końcowego – w terminie do 20 dni roboczych od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru robót budowlanych oraz koordynacja techniczna robót budowlanych w lokalach najemców – w terminie do 90 dni od dnia podpisania końcowego protokołu odbioru.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 24 listopada 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści: *„Czy intencją Zamawiającego jest realizacja robót budowlanych dla powyższego postępowania jednocześnie?”*, Zamawiający wyjaśnił: *„Zamawiający wyjaśnia, iż dla wszystkich 12 lokalizacji objętych przedmiotem niniejszego postępowania, Zamawiający przeprowadził już postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem którego były prace projektowe i roboty budowlane w systemie „projektuj i buduj”. W ramach postępowania z jednym wykonawcą w jednym terminie zostały zawarte umowy o prace projektowe i roboty budowlane (w ramach każdej lokalizacji została zawarta oddzielna umowa). Zamawiający określił, iż przedmiot Umowy, dla każdej lokalizacji oddzielnie, powinien zostać zrealizowany w określonym, ale tym samym, terminie. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wyjaśnia, że intencją Zamawiającego jest jednoczesna realizacja robót budowlanych dla wszystkich 12 dworców. Niemniej jednak, z uwagi na różny stan zaawansowania prac projektowych w ramach danej lokalizacji, co za tym idzie, różne terminy pozyskania odpowiednich decyzji administracyjnych na potrzeby poszczególnych lokalizacji dworcowych, Zamawiający wskazuje, iż zarówno rozpoczęcie jak i zakończenie świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu sprawującego nadzór inwestorski w ramach danej lokalizacji mogą się nieznacznie różnić w zależności od lokalizacji dworca. Jednakże planowe sprawowanie usługi nadzoru inwestorskiego w ramach każdego obiektu powinno rozpocząć się w I kwartale 2022 roku oraz zakończyć do końca IV kwartału 2022 roku”*.

Do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 15 grudnia 2021 roku wpłynęły do Zamawiającego cztery oferty.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia toczyły się przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowania odwoławcze o sygnaturach KIO 605/22 oraz KIO 1134/22.

Zgodnie z informacją o unieważnieniu postępowania z dnia 29 kwietnia 2022 r., Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1, 2 ustawy PZP, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, wskazując uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. W treści informacji Zamawiający wskazywał m. in., że wyjaśnienia treści SWZ z dnia 24 listopada 2021 r. spowodowały niespójność w dokumentach zamówienia i w konsekwencji mogły wprowadzić w błąd Wykonawców. Udzielone odpowiedzi spowodowały, iż w różny sposób można było interpretować termin wykonania usługi, czego wynikiem mogło być wyliczenie ceny ofert na różny zakres przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji nieporównywalność ofert, co stanowi o wadze postępowania, która na obecnym etapie jest niemożliwa do usunięcia. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia treści SWZ, de facto doprowadziły do zmiany wymagań zamawiającego w zakresie terminu realizacji zamówienia, powołując się w tym zakresie m. in. na fragment uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 605/22. Zdaniem Zamawiającego, biorąc pod uwagę powyższe należy przyjąć, że przedmiotowe wyjaśnienia treści SWZ spowodowały zmianę, która wymagała zmiany treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie przekazał zmieniającego ogłoszenie o zamówieniu przekazanego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, co powoduje, że ewentualna umowa byłaby zawarta z naruszeniem ustawy PZP i podlegałaby unieważnieniu.

Izba zważyła, co następuje:

Dla rozstrzygnięcia zawisłej sprawy, zdaniem Izby, kluczowe były następujące kwestie.

Jak stanowi art. 255 pkt 6 ustawy PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, jak zgodnie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, ww. przesłankę do unieważnienia postępowania należy wiązać z treścią art. 457 ust. 1 ustawy PZP, który wskazuje na sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu.

Po pierwsze należało zatem ocenić czy okoliczności faktyczne, na które powoływał się w uzasadnieniu unieważnienia czynności Zamawiający, świadczą o istnieniu wady postępowania, jeśli tak to czy jest ona nieusuwalna oraz czy uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 135 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Przy czym zawartość informacyjna wyjaśnień SWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy

pociąga również za sobą zmianę SWZ, jest wiążąca w postępowaniu (tak np. w wyr. KIO z 28.1.2015 r., KIO 110/15). W tym kontekście należy również stwierdzić, iż wyjaśnienie treści SWZ, w sytuacji gdy wprowadza do dokumentacji nowe elementy, nie musi pociągać za sobą formalnej czynności Zamawiającego zatytułowanej „zmiana treści SWZ”, by za taką zmianę była uważana. Istotna jest bowiem rzeczywista treść wyjaśnień i ich charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SWZ”.

Zdaniem Izby wyjaśnienia treści SWZ z dnia 24 listopada 2021 r. niewątpliwie zmodyfikowały wymagania Zamawiającego w zakresie terminu realizacji usługi. Stwierdzenie, iż rozpoczęcie usługi powinno mieć miejsce w pierwszym kwartale roku, zaś jej zakończenie do końca czwartego kwartału, nijak ma się do terminu który został w SWZ określony pierwotnie, tj. maksymalnie 79 tygodni, co równe jest 553 dniom wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskutek udzielonych wyjaśnień miało zatem miejsce istotne skrócenie czasu trwania usługi. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone przez skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 605/22, w której Izba stwierdziła, że: *„(...) wyjaśnienia z dnia 24.11.2021 r. wskazują na skrócenie terminu realizacji zadań Inżyniera Kontraktu (...)”*.

Zatem wykonawcy składając oferty powinni przy ich kalkulacji uwzględnić wyjaśnienia z dnia 24 listopada 2021 r., a tym samym oszacować koszty przy założeniu krótszego czasu trwania usługi. Stwierdzić jednak należy, że treść wyjaśnień faktycznie doprowadziła do sytuacji, w której zakres świadczenia był określony w sposób niejednoznaczny. Chociaż maksymalny termin świadczenia usługi „do końca IV kwartału” wydaje się zrozumiały, tak termin jej rozpoczęcia nie został w wyjaśnieniach doszczegółowiony np. wyrażeniem „od początku I kwartału”. Nie wiadomo więc kiedy usługa miałaby się rozpocząć – np. od stycznia czy też od końca marca. Istniała zatem potencjalna możliwość złożenia przez wykonawców ofert, które są nieporównywalne, gdyż skalkulowane zostały na inny czas trwania usługi.

Pamiętać również należy, że wedle treści art. 137 ust. 3 ustawy PZP, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1. Zdaniem Izby sytuacja taka miała miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający wyjaśniając treść SWZ dokonał skrócenia czasu trwania usługi. W ogłoszeniu o zamówieniu czas trwania usługi został określony w sekcji II.2.7 na 553 dni, co równe jest 79 tygodniom wskazanym w SWZ. Za dokonaną zmianą (wyjaśnieniem) SWZ powinna zatem pójść również zmiana ogłoszenia, co jednak nie miało miejsca, a tym samym Zamawiający naruszył ww. przepisy.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie zaistniały wady postępowania. Pierwsza z nich polegała na niejednoznacznym opisanu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w zakresie czasu trwania usługi. Z kolei druga wada polegała na naruszeniu przez Zamawiającego art. 137 ust. 3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu na skutek dokonanych zmian SWZ.

Nie ma również wątpliwości, że zaistniałe wady są na obecnym etapie nieusuwalne, gdyż ich naprawienie mogłoby mieć miejsce przed terminem składania ofert, który upłynął.

Należy zatem odpowiedzieć na pytanie czy stwierdzone wady, które na obecnym etapie nie są możliwe do usunięcia, uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w kontekście przesłanki określonej w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, do której bez wątpienia nawiązywało uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania sporządzone przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, dyspozycja art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, obejmuje swoim zakresem jedynie sytuacje dotyczące udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy, tj. bez uprzedniego zamieszczenia albo przekazania do odpowiedniego publikatora 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. Nie występują w tym przepisie dwie niezależne przesłanki, co wydaje się próbował postulować Zamawiający zarówno w treści uzasadnienia czynności unieważnienia, jak też przedstawiając swoje stanowisko w ramach postępowania odwoławczego, tj. jedna dotycząca udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga dotycząca braku zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki dotyczące braku ogłoszenia wszczynającego i braku ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy. (tak też: wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21).

Przepis ten nie znajdzie zatem zastosowania do wady postępowania dotyczącej nieporównywalności ofert, a zatem niejednoznacznego opisanu przez zamawiającego terminu trwania usługi inżyniera.

Jednakże odnosząc się do drugiej wady, niewątpliwie Zamawiający zaniechał dokonania zmiany ogłoszenia, która była obligatoryjna. Kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje zatem, czy zmiany, których opublikowania w ramach ogłoszenia zmieniającego zaniechał Zamawiający, miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

albo ofert. Zdaniem Izby celowym w tym zakresie jest powołanie się na treść pytania nr 2 do SWZ, znajdującego się w wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2021 r., zgodnie z którym: „(...) *Koszty nadzoru są w znacznej mierze uzależnione od okresu trwania realizacji robót budowlanych. Wykonawca budżetując cenę oferty bierze pod uwagę okres trwania wskazany w SWZ. (...)*”.

Z powyższego wynika, że głównym czynnikiem kształtującym cenę usługi inżyniera nadzoru, jest czas jej świadczenia. Jest to zatem element, którego zmiana (w przedmiotowej sprawie skrócenie) w dużym stopniu ma znaczenie dla sporządzenia ofert, co potwierdza treść pytań do SWZ formułowanych przez samych wykonawców. Stwierdzić zatem należy, że spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zamawiający zaniechał zmiany ogłoszenia wszczynającego postępowanie, która miała znaczenie dla sporządzenia ofert.

Podsumowując, zdaniem Izby spełnione zostały wszystkie przesłanki wymienione w art. 255 pkt 6 ustawy PZP, chociaż nie wszystkie okoliczności, na które powoływał się Zamawiający, świadczyły o istnieniu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe nie zmienia faktu, że czynność zamawiającego była zgodna z przepisami ustawy PZP.

Słuszna zdaniem Izby była także treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Jak stanowi 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. Z uzasadnienia powinno zatem wynikać, jakie okoliczności faktyczne i prawne skłoniły Zamawiającego do podjęcia decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Uzasadnienie czynności unieważnienia powinno być na tyle szczegółowe, by wykonawcy mieli możliwość jej zakwestionowania w ramach środków ochrony prawnej i przedstawienia stosownej argumentacji. Zdaniem Izby Zamawiający zadośćczynił wszystkim tym obowiązkom. Szczegółowo opisał okoliczności, które jego zdaniem uzasadniały unieważnienie postępowania. Samo nie podanie podstawy prawnej, tj. art. 457 ust. 1 pkt 1 nie może przesądzać o wadliwości uzasadnienia, gdyż z jego lektury jasno wynikało, że właśnie do tego przepisu Zamawiający się odwołuje. Odwołujący nie miał również żadnych problemów ze sformułowaniem odpowiedniej argumentacji w odwołaniu, co także świadczy o prawidłowości czynności Zamawiającego.

Z tego względu orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 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: