

Sygn. akt: KIO 2134/11

WYROK

z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Eurovia Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Eurovia CS a.s. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Ciechanów, Pl. Jana Pawła II 6, 06-400 Ciechanów

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Ciechanów, Pl. Jana Pawła II 6, 06-400 Ciechanów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Eurovia Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Eurovia CS a.s. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Ciechanów, Pl. Jana Pawła II 6, 06-400 Ciechanów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Eurovia Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Eurovia CS a.s. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** kwotę: **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Gmina Miejska Ciechanów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie II etapu zadania pn. „Poprawa regionalnego systemu transportowego przez budowę w Ciechanowie pętli łączącej drogi krajowe nr 50 I 60, drogi wojewódzkie nr 617 I 615 oraz 7 dróg powiatowych””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 19 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 76-124306.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Eurovia Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Eurovia CS a.s. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Kobierzycach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 października 2011 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, o dokonaniu której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 23 września 2011 r.

Do toczącego się postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący zarzucił naruszenie wskazanego przepisu ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że złożył w postępowaniu ofertę zawierającą najniższą cenę i w dniu 8 sierpnia 2011 r. Zamawiający powiadomił go o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie rozpoczęła się kontrola uprzednia postępowania, prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku której ujawniono, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie warunków udziału w postępowaniu,
- brak wydłużenia terminu składania ofert w postępowaniu, co powinno było nastąpić po zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, powołując się na wyniki wskazanej kontroli, w dniu 23 września 2011 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. Powołał się na obecną regulację ustawową, dotyczącą przesłanek unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, która znacznie odbiega od wcześniejszego kształtu i brzmienia odnośnych przepisów ustawy Pzp. Wskazał, że obecny stan prawny opiera się na zamkniętym katalogu precyzyjnie określonych przesłanek, których wystąpienie umożliwia unieważnienie umowy (art. 146 ust 1 Pzp). W związku z tymi regulacjami wskazał na tendencję ustawodawcy, aby ograniczyć możliwość unieważnienia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wyrazem tej samej tendencji - zmierzającej do ocalenia przed unieważnieniem zawartych, a zwłaszcza już realizowanych umów o zamówienia publiczne są także – w jego ocenie - przepisy art. 192 ust. 3 pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także na bezsporną okoliczność, iż stwierdzone w toku kontroli naruszenie ustawy Pzp nie może zostać sanowane, a zatem jest niemożliwe do usunięcia. Nie zgodził się natomiast z Zamawiającym, że jest to wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zdaniem Zamawiającego, brak zmiany ogłoszenia i brak wydłużenia terminu składania ofert mogły prowadzić do zakłócenia konkurencji oraz mogły mieć wpływ na konkurencyjność co z kolei mogło mieć wpływ na wynik postępowania - a zatem, zdaniem Zamawiającego, umowa zawarta z wyłonionym wykonawcą (Odwołującym) podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp. Zamawiający wywodzi przy tym, że wykonawcy (zwłaszcza zagraniczni) czerpią wiedzę na temat przetargów z oficjalnych „promulgatorów” ogłoszeń (Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz Biuletynu Zamówień Publicznych) oraz stawia tezę, że wynik postępowania mógłby być inny, gdyż do wiadomości potencjalnych wykonawców nie dotarła informacja o zliberalizowaniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zgodził się z tą oceną Zamawiającego, że poprzez wykreślenie wymogu dysponowania frezarką drogową z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni (1 sztuka) doszło do

zliberalizowania wymogów dla wykonawców przez Zamawiającego. Powołując się na doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o to zamówienie, z których jedno jest podmiotem polskim drugi natomiast podmiotem czeskim, Odwołujący wskazał, że zmiana warunków udziału w postępowaniu polegająca na wykreśleniu wymogu dysponowania frezarką nie jest liberalizacją warunków. Podkreślił, że przedmiotem postępowania są roboty budowlane o wartości - wg oferty Odwołującego - niemal 99 milionów złotych (według innych ofert złożonych w postępowaniu wartość tych robót jest wyższa). Stąd też dysponowanie frezarką było tylko jednym z szeregu warunków udziału w postępowaniu - obok wymogu posiadania innego sprzętu budowlanego, obok wymogu posiadania kadry o wyspecyfikowanych kwalifikacjach i doświadczeniu oraz obok wymogów o charakterze ekonomicznym, dotyczących samego wykonawcy. Podkreślił, że wszystkie te warunki zasadniczo odpowiadały warunkom udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego o porównywalnej wartości, znanym Odwołującemu. W związku z powyższym stwierdził, że - na tle pozostałych warunków postawionych przez Zamawiającego - wymóg dysponowania frezarką był warunkiem bez znaczenia. Podkreślił, że w toku postępowania Zamawiający nie zmienił żadnego innego warunku udziału w postępowaniu, zaś pomimo zwolnienia z obowiązku dysponowania frezarką wykonawcy nadal musieli wykazać się spełnianiem szeregu innych ważnych warunków udziału w postępowaniu. Jeśli więc wykonawcy spełniali te warunki udziału w postępowaniu, to - jak wynika z doświadczenia życiowego Odwołującego - można było bez obaw założyć, że wykonawcy ci spełniali też wymóg dysponowania frezarką drogową z możliwością zadania pochylecia poprzecznego frezowanej powierzchni (1 sztuka). Jeśli natomiast wykonawcy nie spełniali przytoczonych warunków, to wykreślenie wymogu dysponowania frezarką w niczym nie poprawiało ich sytuacji, nie otwierało przed nimi możliwości ubiegania się o zamówienie. Wykreślenie przedmiotowego wymogu zatem - zdaniem Odwołującego - nie zmieniało ani nie mogło zmienić kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego, które było przedmiotem postępowania, nie było liberalizacją warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie podzielił też obaw Zamawiającego, że brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wpłynął zniechęcająco zwłaszcza na wykonawców zagranicznych. Powołując się na własne doświadczenie Odwołujący podkreślił, że wykonawcy zagraniczni nie ubiegają się o zamówienia wartości mniejszej niż kilkadziesiąt milionów złotych, a ubiegając się o zamówienia o wartości porównywalnej do przedmiotowego (lub większej) polegają na potencjale technicznym podwykonawców i kontrahentów miejscowych, czemu wychodzą naprzeciw przepisy ustawy Pzp, które wprost dopuszczają, aby wykonawcy polegali na cudzym potencjale technicznym. Wskazał, że wykonawca zagraniczny, który podejmuje się udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne w Polsce, nie odczuje zliberalizowania warunków udziału w tym postępowaniu wskutek wykreślenia wymogu dysponowania daną maszyną, np. frezarką

drogową z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni. Podniósł, że pewnym ograniczeniem dla wykonawców zagranicznych może być język ogłoszenia, wymóg dołączania do oferty szeregu dokumentów natomiast podmiot zagraniczny trudniący się profesjonalnie robotami budowlanymi, dysponujący wymaganą kadrami i spełniający warunki ekonomiczne postawione przez Zamawiającego nie powinien rezygnować z udziału w postępowaniu, tylko dlatego, że nie dowiedział się - z opublikowanego w języku polskim ogłoszenia o zamówieniu - że nie musi dysponować frezarką.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu pierwotnie, tj. w momencie jego wszczęcia, treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej była w pełni zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zapoznali się z treścią ogłoszenia o zamówieniu, które było zgodne z SIWZ, a Zamawiający dopiero na etapie wyjaśniania treści SIWZ dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego nie miało ani nie mogło to mieć wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, nie jest bowiem przyjętą praktyką, aby wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia publicznego, po zapoznaniu się z pierwotną treścią ogłoszenia, śledzili przebieg postępowania (oraz treść ogłoszenia o zamówieniu) licząc na to, że w jego toku zamawiający zmieni (zliberalizuje) pierwotne warunki udziału w postępowaniu. Przyjętą według Odwołującego praktyką jest natomiast, że wykonawcy na bieżąco śledzą ukazujące się ogłoszenia o zamówieniach, a następnie polegają wyłącznie na treści SIWZ. Decyzja o udziale w postępowaniu zapada zatem bezpośrednio po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu i na podstawie określonych w nim warunków, które wykonawca spełnia bądź nie

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego uzasadniającej unieważnienie postępowania, iż bez znaczenia jest ilu wykonawców wzięło udział w danym postępowaniu (w tym przypadku złożono 8 ofert), skoro nie można wykluczyć, że nie wzięli w nim udziału jeszcze inni, zainteresowani wykonawcy, którzy nie spełniali pierwotnych warunków udziału w postępowaniu, zaś mogli je spełniać po ich zmianie, Odwołujący wskazał na określenie przez ustawodawcę minimalnej liczby wykonawców, których udział w postępowaniu zapewnia konkurencję. Wskazał tutaj na:

- art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców w liczbie nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5;
- art. 60d ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie którego Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców w liczbie nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5;

- art. 63 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie którego Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie nie mniejszej niż 5 lub ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia, jeśli liczba wykonawców jest mniejsza, w liczbie nie mniejszej niż 2.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie KIO/UZP 248/08 wskazał, że przedmiotowy wyrok zapadł w innym stanie prawnym niż obecnie obowiązujący, co ma wpływ na jego zastosowanie do omawianej sprawy. Podkreślił także, że Zamawiający w sposób bardzo selektywny dokonał przytoczenia wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska o niezasadności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powołał się na orzecznictwo KIO odnośnie stosowania art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, wyrażone w wyroku z 24 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1698/11), gdzie Izba wskazywała na naczelny cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest doprowadzenie do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończenie postępowania jego unieważnieniem oraz na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez zamawiającego na inne podstawy, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jako podstawy unieważnienia postępowania.

W toku rozprawy Odwołujący dodatkowo wskazał na dyspozycję art. 171 ustęp 1 punkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem informacja o wyniku kontroli Prezesa UZP powinna zawierać zalecenia pokontrolne w przypadku stwierdzenia naruszeń powodujących unieważnienie postępowania, opierając się na stanowisku Zamawiającego odnośnie konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie Prezes UZP w przedmiotowej kontroli nie zawarł zaleceń pokontrolnych. Z tych też względów unieważnienie postępowania przez Zamawiającego w niniejszej sprawie było czynnością zbyt daleko idącą. Na potwierdzenie swojego stanowiska odnośnie interpretacji wskazanego przepisu ustawy Pzp powołał się na stanowisko doktryny.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania zawartej w piśmie z dnia 23 września 2011 r., przekazanej wykonawcom, w tym Odwołującemu, wskazał jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na stanowisko Prezesa UZP co do wyników kontroli przeprowadzonej w zakresie tego postępowania. Wskazał, że przesłanka unieważnienia postępowania, na którą się powołał składa się z dwóch członów:

- istnienia wady niemożliwej do usunięcia i

- wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Podkreślił, że z uwagi na fakt wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nie jest możliwe w obecnym stadium postępowania usunięcie stwierdzonych naruszeń ustawy Pzp. W jego ocenie stwierdzenie wystąpienia przyczyny wskazującej na to, że umowa może być unieważniona skutkuje koniecznością unieważnienia całego postępowania poprzedzającego zawarcie umowy. Podkreślił, że na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w tym art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, także Zamawiający ma prawo i obowiązek badać ewentualnie zaistnienie określonej przesłanki unieważnienia umowy, a w przypadku jej stwierdzenia jest władny także unieważnić postępowanie. Podkreślił, że dla ustalenia zaistnienia wskazanej przesłanki skutkującej unieważnieniem postępowania wystarczające jest stwierdzenie możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania. W jego ocenie stwierdzone w toku kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp mogły zakłócać konkurencję i prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe, jego zdaniem, ma tym większe znaczenie, że zmiana SIWZ w zakresie warunków doprowadziła do liberalizacji warunków udziału w postępowaniu, a przez to umożliwiła rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogli wziąć w nim udział. Powołał się w tutaj w szczególności na sytuację wykonawców zagranicznych pozyskujących informację o postępowaniach z Dziennika Urzędowego UE. Według Zamawiającego bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność ilu wykonawców faktycznie wzięło udział w postępowaniu. Skoro nie można wykluczyć, że mogła w nim wziąć udział jeszcze większa ilość podmiotów. Na poparcie swojej argumentacji powołał się na orzecznictwo Zespołów Arbitrów (wyrok z dnia 25 lipca 2005 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1779/05) oraz KIO (wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 248/08).

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał swoje stanowisko co do konieczności unieważnienia postępowania zawarte w informacji skierowanej do wykonawców. Dodatkowo podniósł, że art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie uzależnia możliwości Prezesa UZP wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy od okoliczności zawarcia lub nie informacji o wyniku kontroli wskazówek co do zaleceń pokontrolnych. Zamawiający wskazał na kierunek wytyczony także orzecznictwem KIO co do interpretacji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp wskazujący, iż zamawiający także na podstawie tego przepisu może badać zaistnienie przesłanek skutkujących nieważnością umowy, jeżeli stwierdzi w postępowaniu naruszenie, które ma, bądź mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślił, że podstawą unieważnienia przez niego postępowania było ustalenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem mimo zmiany warunku udziału w postępowaniu nie doszło do ich modyfikacji w treści ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w oficjalnym europejskim publikatorze. Informacja ta znalazła się jedynie na stronie internetowej zamawiającego oraz jego tablicy ogłoszeń. Zamawiający podkreślił, że w związku ze

stwierdzonymi naruszeniami miał z tego względu obawy o dalsze losy umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem gdyby doszło do jej zawarcia, a następnie jej unieważnienia po pewnym okresie jej realizacji, Zamawiający byłby narażony na konieczność ponoszenia wysokich odszkodowań wobec wykonawcy. Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego zawartym w odwołaniu, że wykreślenie konkretnego warunku udziału w postępowaniu nie jest liberalizacją tego warunku. Podkreślił, iż nie jest w stanie udowodnić, że popełnione w postępowaniu naruszenia przepisów ustawy, których Odwołujący nie kwestionuje, miały wpływ na wynik postępowania, jednakże art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, wskazuje także na okoliczność, iż naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co w przedmiotowej sprawie – zdaniem Zamawiającego - zostało wykazane.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła też, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosił on zarzut dotyczący czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu stwierdzenia określonych dwóch naruszeń przepisów ustawy Pzp na etapie treści ogłoszenia i postanowień SIWZ bez wypełniania przesłanek ustawowych w sytuacji gdy pierwotnie jego oferta została przez Zamawiającego uznana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Powyższe w sposób bezpośredni narażiło Odwołującego na poniesienie uszczerbku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody w tym postępowaniu. Powyższe wskazuje, że Odwołujący wykazał w dostateczny sposób wypełnienie materialno prawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Izba ustaliła w tym zakresie, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę: 148 902 815,68 zł (38 786 875,67 euro). Ustalono także, że Zamawiający w SIWZ (7.1.3 SIWZ), jak i w treści ogłoszenia o zamówieniu (III.23 ogłoszenia) dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców, wskazując na konieczność dysponowania m.in. 1 frezarką drogową z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni. W toku postępowania Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zapytania wykonawców pismem z dnia 23 maja 2011 r. wskazał, że w postępowaniu nie występuje frezowanie tylko całkowita rozbiórka powierzchni. W związku z tą odpowiedzią na pytanie zadane zostało kolejne zapytanie o możliwość wykreślenia z wymogów Zamawiającego zawartych w rozdziale 7.1.3 SIWZ – potencjał techniczny pkt 3 wymogu wykazania się w ofercie frezarką drogową. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na to pytanie pismem z dnia 9 czerwca 2011 r. wskazał, że wykreśla ze wskazanych postanowień SIWZ przywołany wymóg oraz zmienia określony przez siebie formularz 3.5 poprzez wykreślenie poz. nr 3 dotyczącej frezarki drogowej z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni. W związku z przywołaną zmianą postanowień SIWZ Zamawiający nie dokonywał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie ustalono, że pierwotny termin składania ofert w postępowaniu ustalono na dzień 27 maja 2011 r. Kolejne terminy ustalane były przez Zamawiającego w związku z kolejnymi modyfikacjami SIWZ i były to następujące daty: 8 czerwca 2011 r., 21 czerwca 2011 r. i ostatecznie 27 czerwca 2011 r. Jednocześnie w wyniku zmiany postanowień SIWZ z dnia 9 czerwca 2011 r., którymi wykreślono z rozdziału 7.1.3 SIWZ warunek dotyczący frezarki drogowej, Zamawiający terminu składania ofert nie przesunął w stosunku do wcześniej ustalonego na dzień 21 czerwca 2011 r. W dniu 8 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze w postępowaniu jego oferty jako najkorzystniejszej, a następnie przekazał dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne do Prezesa UZP celem przeprowadzenia kontroli uprzedniej postępowania. Prezes UZP przy piśmie z dnia 2 września 2011 r. przekazał Zamawiającemu Informację o wyniku kontroli uprzedniej, w której wskazał na następujące naruszenia:

- 1) art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w związku z brakiem modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, którym mieli dysponować wykonawcy w związku z wykreśleniem w tym zakresie warunku dotyczącego dysponowaniem frezarką drogową z postanowień SIWZ
- 2) art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z tym, że Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert w związku z modyfikacją postanowień SIWZ w zakresie wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

W informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP nie wskazano żadnych zaleceń pokontrolnych. Od wyników kontroli Zamawiający zastrzeżeń nie zgłaszał. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, niezasadnie dokonał czynności niweczącej to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. unieważnił je.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Wskazany przepis pozwala Zamawiającemu na unieważnienie postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten przewiduje zatem dla Zamawiającego prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli ten stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo postępowanie to obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przywołanego przepisu można także wywieść, że gdyby ewentualnie doszło do zawarcia we wskazanych okolicznościach takiej umowy, umowa ta podlegałaby unieważnieniu. Tak więc wskazany przepis przez jego dyspozycję odwołuje się wprost do przesłanek wskazujących na unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Aby zatem dokonać oceny podstaw zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy dokonać niejako pewnej projekcji celem ustalenia, czy ewentualne w przyszłości zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia nie spowoduje takiej sytuacji, kiedy właściwy organ nie będzie mógł w oparciu o przesłanki ustawowe dokonać jej unieważnienia. Te przesłanki wskazujące na nieważność umowy zostały przez ustawodawcę zasadniczo uregulowane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten określa bezwzględne przesłanki dla unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego o charakterze generalnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, których stwierdzenie wprost statuuje obowiązek unieważnienia umowy.

Niezależnie od tych bezwzględnych przesłanek unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca wskazał także przesłankę względną, wskazującą na konieczność oceny każdego innego naruszenia przepisów ustawy Pzp w postępowaniu przez zamawiającego pod kątem wpływu tego

naruszenia, bądź też możliwości wpływu tego naruszenia, na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje tutaj także, że w takiej sytuacji unieważnienia umowy będzie dokonywał sąd powszechny na podstawie wystąpienia w tym zakresie skierowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uwzględniając powyższe – w ocenie Izby – tak podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w ust. 1 art. 146 ustawy Pzp, jak i w ust. 6 tego przepisu, stanowią 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 Pzp).

W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę określone okoliczności faktyczne sprawy, Izba dokonując takiej analizy doszła jednak do przekonania, że przesłanka z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie zaistniałaby, gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Niewątpliwie, zdaniem Izby, doszło w tym przypadku do popełnienia przez Zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert określonych naruszeń. Zamawiający dokonał wykreślenia z opisu warunków zawartego w SIWZ warunku dotyczącego dysponowania określonym sprzętem, a mianowicie frezarką drogową przez wykonawców, jednocześnie nie wykreślając tego opisu warunku z treści ogłoszenia o zamówieniu, wbrew dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. Konsekwencją tego naruszenia było także to naruszenie, że Zamawiający także nie przedłużył terminu składania ofert w związku z koniecznością modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu. Co do popełnienia tych naruszeń przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego pomiędzy stronami postępowania odwoławczego nie było sporu. W tym zakresie Izba także podzieliła stanowisko Prezesa UZP prezentowane w Informacji o wynikach kontroli uprzedniej prowadzonej w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwym dla Izby było także to, że wskazane naruszenia nie mogą być aktualnie naprawione przez Zamawiającego w związku z etapem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu składania ofert). Wskazane naruszenia nie należą bez wątpienia do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp). Zdaniem Izby naruszenia te także nie mają, jak i nawet, nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Wynik postępowania należy utożsamiać zasadniczo z momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynnością unieważnienia

postępowania. Przy wskazanej przesłance, o której stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp należałoby zatem wykazać, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowania zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważnienia postępowania.

W stanie faktycznym rozpoznawanej przez Izbę sprawy należałoby wykazać, że upublicznienie w oficjalnym europejskim publikatorze zamówienia (Dziennik Urzędowy UE) informacji o wykreśleniu warunku udziału dotyczącego konieczności dysponowania w tym postępowaniu frezarką drogową, a więc zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu w kontekście zmiany SIWZ w tym zakresie i w konsekwencji wydłużenie terminu do składania ofert, spowodowałby dodatkowe zainteresowanie tym zamówieniem przez innych wykonawców niż ci, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W ocenie Izby wykreślenie z warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ warunku dysponowania frezarką nie mogło nawet potencjalnie wpłynąć na zwiększenie konkurencji w danym zamówieniu, niezależnie od tego czy mamy na myśli wykonawców krajowych, czy też zagranicznych. Przywołany warunek dysponowania frezarką drogową nie miał bowiem charakteru warunku ograniczającego w jakiś sposób potencjalnych wykonawców danych robót drogowych. Uwzględniając bowiem wysoką wartość zamówienia, a przede wszystkim charakter przedmiotu zamówienia, który wymagał od wykonawców dysponowania nader bardziej skomplikowanym sprzętem dla realizacji tego zamówienia, stwierdzić należało, że samo wykreślenie warunku dysponowania frezarką drogową - sprzętem charakterystycznym i dość standardowym przy realizacji robót drogowych objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, wprost nie spowodowało ani nawet niespowodowało zwiększenia zainteresowania danym zamówieniem publicznym w stopniu większym aniżeli zainteresowanie, które powstało w oparciu o wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału. Podobne znaczenie ma także naruszenie związane z brakiem przesunięcia terminu do składania ofert. Wykreślenie z wymogów zamówienia jakiegoś warunku i nieprzesunięcie terminu do składania ofert nie wpływa, ani też nie może w żaden sposób wpływać na zwiększenie zainteresowania danym zamówieniem.

Tym samym – w ocenie Izby – przywołane przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy nie mogą stanowić podstawy do uznania, że mają one wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, a związku z tym brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba dodatkowo uznała za słuszną argumentację Odwołującego podniesioną w toku rozprawy, że właściwy organ, który stwierdził wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego – tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wynikach

kontroli w żaden sposób nie wskazał na jakieś zalecenia pokontrolne w związku ze stwierdzonymi przez siebie naruszeniami. Skoro takich zaleceń nie było, także organ kontrolujący prawidłowość tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest Prezes UZP, nie uznał za zasadne, aby koniecznym było unieważnienie przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do dyspozycji art. 171 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp informacja o wynikach kontroli uprzedniej zawiera w szczególności zalecenia pokontrolne, jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcia naruszeń. Skoro w przekazanej Zamawiającemu przez Prezesa UZP Informacji o wynikach kontroli uprzedniej brak było takich zaleceń uznać należało, że organ właściwy w sprawie kontroli prawidłowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie kontroli uprzedniej, stwierdzając zgodnie z art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp określone naruszenie przepisów ustawy Pzp, konieczności unieważnienia postępowania nie stwierdził.

Z tych też względów i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....