

Sygn. akt: KIO 1402/18

WYROK
z dnia 30 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 16.07.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Arcus&Romet Group sp. z o.o., WIM System sp. z o.o.** (ul. Podgródzie 32c, 39-200 Dębica) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg** (ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (dokonanego 04 czerwca 2018 roku)
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg** (ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń) i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Arcus&Romet Group sp. z o.o., WIM System sp. z o.o.** (ul. Podgródzie 32c, 39-200 Dębica) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg** (ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń) na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Arcus&Romet Group sp. z o.o., WIM System sp. z o.o.** (ul. Podgródzie 32c, 39-200 Dębica) kwotę **16230 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy dwieście trzydzieści złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 12.12.2017 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2017/S 241-500397 w dniu 15.12.2017 r.

16 lipca 2018 roku Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arcus&Romet Group sp. z o.o. i WIM System sp. z o.o. wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji gdy nie zachodzą podstawy do podjęcia takiej czynności, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art 146 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego w sytuacji gdy nie zachodzą podstawy do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego oraz nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia, przedmiotowego postępowania, celem jego kontynuowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp i celem procedury, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 04.06.2018 r. złożonej przez Konsorcjum w składzie: Arcus & Romet Group Sp. z o. o., WIM System Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamieszczając dnia 12.12.2017r. ogłoszenie o

zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, jak również przekazując je do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dnia 15.12.2017 r. pod numerem 2017/S 241-500 397).

Do upływu terminu składania ofert w dniu 23.01.2018 r. złożonych zostało 3 oferty w tym oferta Odwołującego.

01.03.2018 roku Zamawiający poinformował Wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty BIKEU sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a oferta Wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu podlegała odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się z taką decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 459/18 uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała ponowną ocenę oraz badanie ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym, w ocenie Odwołującego, poza sporem powinno pozostać, że Zamawiający winien był w oparciu o złożone dokumenty i wyjaśnienia dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Po wydanym wyroku Izby i braku wniesienia skargi w Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rozstrzygniętym przez Izbę. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wszczynając po raz kolejny procedurę żądania złożenia dodatkowych dokumentów oraz wyjaśnień nie zgadzał się z orzeczeniem KIO i zamiast wnieść skargę do Sadu na orzeczenie Izby, wszczął poszukiwania podstaw, aby po raz kolejny odrzucić ofertę Odwołującego.

4 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, iż w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Odwołującego (Konsorcjum w składzie: Arcus&Romet Group sp. z o.o. i WIM System sp. z o.o.)

Na tę okoliczność Wykonawca BIKEU sp. z o.o. złożył w dniu 14.06.2018 r. odwołanie. Konsorcjum w składzie: Arcus&Romet Group sp. z o.o. i WIM System sp. z o.o. przystąpił do odwołania po stronie Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i uznał zarzuty odwołania BIKEU sp. z o.o. Na tę okoliczność Konsorcjum w składzie: Arcus & Romet Group sp. z o.o. i WIM System sp. z o.o. wniosło sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 28 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1180/18 odrzuciła odwołanie złożone przez BIKEU sp. z o.o.

6 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4.06.2018 r. złożonej przez Konsorcjum w składzie: Arcus & Romet Group sp. z o.o. i WIM System sp. z o.o. oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, ponieważ obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jako podstawę dokonania tych czynności Zamawiający wskazał art. 7 ust. 1 w związku z art 15 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art 93 ust 3 ustawy Pzp.

Jako przesłankę unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał zaistnienie niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności procedury przetargowej, tj. wypełnienia dyspozycji normy art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jako stan faktyczny będący podstawą unieważnienia postępowania wskazano, że w wyniku przeprowadzonego postępowania, przetarg został rozstrzygnięty i upubliczniono informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Umowa z Wykonawcą nie może zostać zawarta, ze względu na dokonanie przez Zamawiającego czynności z naruszeniem art 11 ust. 7d ustawy Pzp, która to potencjalnie mogła ograniczyć konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, co bezpośrednio - w ocenie Zamawiającego - narusza naczelną zasadę udzielania zamówień wynikającą z art 7 ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zdaniem Zamawiającego wada postępowania polegająca na opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu na poziomie krajowym wcześniej niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, powodująca nieuzasadnione ograniczenie konkurencyjności procedury przetargowej, w przypadku zawarcia umowy stanowiłaby bezpośrednią przyczynę unieważnienia umowy z uwagi na naruszenie art. 52 dyrektywy 2014/24/UE oraz art.11 ust. 7d ustawy Pzp, a w konsekwencji rażące złamanie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W przebiegu przedmiotowego postępowania już po wyborze najkorzystniejszej oferty, zaszło uzasadnione podejrzenie, że w sposób nieuzasadniony ograniczono konkurencyjność procedury przetargowej.

Zamawiający wszczął postępowanie zamieszczając dnia 12.12.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, jak również przekazując je do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dnia 15.12.2017r. pod numerem 2017/S 241-500 397).

Na tej podstawie w związku z naruszeniem przez Zamawiającego art 11 ust 7d ustawy Pzp, Zamawiający wywiódł, że zaistniała okoliczność uprawdopodobnia wniosek, że gdyby ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane z zachowaniem dyspozycji art 52 dyrektywy 2014/24/UE, a na poziomie krajowym zgodnie z art. 11 ust 7d ustawy Pzp, to bez szkody dla zamówienia możliwe było zwiększenie konkurencyjności, która w sposób nieuprawniony została ograniczona do podmiotów działających na rynku krajowym, które w pierwszej kolejności ogłoszeniem o zamówieniu zostały poinformowane o wszczęciu postępowania. W zaistniałym stanie faktycznym, zdaniem Zamawiającego doszło do powstania wady postępowania mającej wpływ na jego wynik uzasadniającej unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z art 93 ust. 1 pkt 7 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. Ww. przesłanka jest ściśle związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Poza wprost wymienionymi w tym przepisie przyczynami nieważności umowa podlega unieważnieniu również z przyczyn określonych w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i art. 705 K.c.

W argumentacji Odwołujący podniósł, że wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła, tj. jakakolwiek wada postępowania. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest zobligowany wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przepisów Pzp. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający prowadząc szeroki wywód dotyczący regulowania przesłanek zastosowania normy art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 146 ust 1 ustawy Pzp - nie wskazał, ze względu na którą z przesłanek wymienionych w tym przepisie należy uznać, że umowa podlegałaby unieważnieniu. Podobnie Zamawiający nie wykazał, iż opublikowanie na jedynie 2 dni wcześniej ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej niż w DUUE ograniczyło lub mogło ograniczyć konkurencję w postępowaniu i stanowi to wadę postępowania na tyle istotną, że skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania w oparciu o art. 146 ust 6 ustawy Pzp.

Z art. 93 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy nawiązujący do art 6 kc).

Dalej Odwołujący podkreślił, że czynność unieważnienia postępowania nie może służyć bezpodstawnemu wycofywaniu się przez Zamawiającego z postępowania, które - czemu Zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania poprzez swoje działania dawał wielokrotnie wyraz - nie spełniło jego oczekiwań, co do wykonawcy, który spełnił postawione warunki udziału w postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę, co dwukrotnie potwierdziła KIO w wydanych w sprawie rozstrzygnięciach.

Dla wykazania, że w konkretnym przypadku mamy do czynienia z istotną i niemożliwą do usunięcia wadą postępowania, istnieje konieczność wykazania, że zachodziłaby - w sytuacji podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w danym postępowaniu - którakolwiek przesłanka, wskazująca na to, że umowa ta podlega unieważnieniu, czy to w oparciu o art. 146 ust 1 ustawy Pzp, czy też art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie podjął takiego starania, aby wykazać, że którakolwiek z w/w przesłanek, wskazujących na konieczność unieważnienia umowy, zaistniałby, gdyby Zamawiający umowę w sprawie niniejszego zamówienia podpisał - nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przywołany przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli - w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu - doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

W żaden sposób, zdaniem Odwołującego nie można przesądzić, że wykonawcy korzystający z Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej jako źródła informacji o wszczęciu przedmiotowego postępowania, którzy jedynie hipotetycznie mogli w okolicznościach tego

konkretnego postępowania uzyskać informację o zamówieniu 2 dni później aniżeli wykonawcy śledzący na bieżąco strony internetowe wszystkich zamawiających publicznych w kraju, bądź jakkolwiek inny potencjalny wykonawca nie złożyli oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Tylko bowiem jednoznaczne stwierdzenie wpływu naruszenia na wynik postępowania stanowi o nieważności umowy.

Odwołujący na marginesie zauważył, że w art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawodawca wskazał, że Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu UPUE. Przepis wyraźnie stanowi, że o możliwości unieważnienia umowy przesądza jedynie niedopełnienie obowiązków publikacyjnych związanych z zamieszczeniem lub opublikowaniem ogłoszenia w urzędowych publikatorach (Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej). Zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego lub na stronie internetowej (por. np. art. 40 ust. 1), chociaż stanowi naruszenie ustawy, jednakże nie jest przesłanką unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej po tak przeprowadzonym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do rozważań Zamawiającego co do zaistnienia przesłanek wynikających z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, nie można wywieść, że wcześniejsza o jedynie 2 dni publikacja ogłoszenia na stronie internetowej, czy tym bardziej tablicy ogłoszeń zamawiającego może rodzić skutek w postaci naruszenia przepisów ustawy mających wpływ na wynik postępowania, co skutkować może unieważnieniem postępowania. Działania lub zaniechania zamawiającego muszą dotyczyć czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania, muszą mieć charakter istotny i nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od okoliczności konkretnego postępowania.

Zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp w stanie obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu w dniu 12.12.2017 r. wyznaczając termin składania ofert na dzień 23.01.2018 r. Zamawiający na składanie ofert wyznaczył zatem termin 41 dni (1 dzień więcej ponad czas określony ustawą Pzp), dodatkowo niwelując tym samym jedynie hipotetyczny wpływ na ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu o jeden dzień w stosunku do określonego.

Odwołujący wskazał także, że w 2017 roku Zamawiający prowadził wcześniejsze postępowanie na Świadczenie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu Toruński Rower Miejski (TRM) - Ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 193-396133 z dnia 7.10.2017 r. Także w tamtym przypadku

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu przed terminem publikacji ogłoszenia w DUUE. Zamawiający nie znalazł wówczas przesłanek do unieważnienia postępowania ze względu na naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w okolicznościach niniejszego postępowania nie wyznaczył zbyt krótkiego terminu składnia ofert. Każdy wykonawca chcący wziąć udział w tym postępowaniu miał obiektywnie wystarczającą ilość czasu na sporządzenie i złożenie oferty. W trakcie prowadzonego postępowania nie ujawnili się wykonawcy z innych państw UE chcący wziąć udział w postępowaniu choćby poprzez złożenie zapytania do postępowania lub wniosku o wydłużenie terminu na złożenie ofert.

Zamawiający w rozstrzyganej sprawie, poza wskazaniem na oczywistą niemożliwość usunięcia naruszenia art. 11 ust 7 d ustawy Pzp nie wykazał, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej oraz w siedzibie Zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu oraz treść SIWZ w dniu 12 grudnia 2017 roku. 15 grudnia 2018 roku ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych, zamieszczenie ogłoszeń w sposób określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w art. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający opublikował zatem ogłoszenie o zamówieniu oraz treść SIWZ na swojej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez

urząd Publikacji Unii Europejskiej. Tym samym Zamawiający naruszył dyspozycję art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Zamawiającego wada postępowania polegała na opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu na poziomie krajowym wcześniej niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co spowodowało nieuzasadnione ograniczenie konkurencyjności procedury przetargowej, a wada ta stanowiłaby bezpośrednią przyczynę unieważnienia umowy z uwagi na naruszenie art. 52 dyrektywy 2014/24/UE oraz art.11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji rażące złamanie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że w przebiegu przedmiotowego postępowania już po wyborze najkorzystniejszej oferty, zaszło uzasadnione podejrzenie, że w sposób nieuzasadniony ograniczono konkurencyjność procedury przetargowej. Fakt ten stał się bezpośrednią przyczyną unieważnienia przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazywał zatem na uzasadnione podejrzenie, że w sposób nieuzasadniony ograniczono konkurencyjność procedury przetargowej. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający nie wykazał, aby opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, rzeczywiście doprowadziło do ograniczenia konkurencyjności. Obowiązkiem Zamawiającego było potwierdzenie, że doszło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności. Decyzja o unieważnieniu postępowania winna zostać poparta okolicznościami stanu faktycznego i musi dotyczyć okoliczności faktycznych, stanowiących istotę sprawy.

Zamawiający powinien wykazać bowiem, że nastąpiły okoliczności, z powodu których umowa nie będzie ważna, czego Zamawiający nie wykazał. Zamawiający przede wszystkim nie wskazał przepisu ustawy, na podstawie którego umowa podlegałaby unieważnieniu. Art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych określa przypadki, w których umowa podlega unieważnieniu. Brak jest wśród tych przesłanek okoliczności zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego oraz na jego stronie internetowej przed ich

publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Podkreślenia wymaga, że nie każde naruszenie przepisów ustawy pociąga za sobą skutek w postaci nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Samo naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej przed opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) nie może być utożsamiane z wpływem na wynik postępowania i co więcej, nie może oznaczać automatycznie, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest nieważna. Tym samym fakt naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego będzie nieważna.

Skutki naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych zostały analogicznie ocenione także przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonując kontroli uprzedniej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu” (źródło: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lipca 2017 r. o sygn. KIO/KU31/17) stwierdził, że zamieszczając na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że u Zamawiającego miała miejsce kontrola administracyjna, która wskazała analogiczną wadę w innym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że wprawdzie brak jest takiego naruszenia w treści taryfikatora, jednakże naliczono 5% kary. Trafnie zauważył jednak Odwołujący, że wartość korekty została obniżona do najniższego możliwego poziomu, tj. 5%, co oznacza, że również kontrolujący uznał naruszenie w postaci zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie Zamawiającego przed ich opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej za nieistotne. Ponadto instytucja kontrolująca nie dopatrzyła się tak istotnego naruszenia, aby konieczne było unieważnienie postępowania.

Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że czym innym jest stwierdzenie naruszenia określonego przepisu ustawy, czym innym zaś wada, która powoduje, że zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna. Sam fakt naruszenia przepisu ustawy nie skutkuje automatycznie tym, że umowa o udzielenie zamówienia będzie nieważna. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał, dlaczego, na podstawie jakiego przepisu zawarta umowa miałyby być nieważna.

Należy także wskazać, że organ kontroli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, a samo takie stwierdzenie nie jest wystarczające do unieważnienia postępowania. Do unieważnienia postępowania niezbędne jest wykazanie, że postępowanie dotknięte jest wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że nie ma wiedzy, czy nie istnieje wykonawca zagraniczny, który nie mógłby wziąć udziału w postępowaniu. Zatem wszelkie rozważania Zamawiającego o ewentualnym naruszeniu konkurencyjności są czysto teoretyczne. Brak jest zatem jakiegokolwiek przesłanki i jakiegokolwiek dowodu, że wykonawca zagraniczny zamierzał złożyć ofertę. Dla ustalenia istnienia wady postępowania, skutkującej brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, nie jest wystarczający hipotetyczny wpływ na wynik postępowania, ale konieczna jest realność zagrożenia.

Z art. 93 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości.

W treści decyzji o unieważnieniu postępowania również nie wykazano procedury badania przesłanek, ani stopnia prawdopodobieństwa ich wpływu na wynik postępowania w kontekście niniejszego postępowania.

Jedynie uzupełniająco należy zauważyć, że wykonawcy śledzą na bieżąco ogłoszenia o zamówieniu i bez trudu mają możliwość dowiedzieć się o ewentualnym zamówieniu. Ponadto, w niniejszym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin 41 dni na złożenie ofert. Termin ten odpowiada (a nawet przewyższa) termin wskazany w ustawie Prawo zamówień publicznych. Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym czas 41 dni (na złożenie oferty) pozwala profesjonalnemu wykonawcy na to, żeby zdążyć oszacować ryzyko związane z przystąpieniem do postępowania.

Podkreślenia także wymaga, że podstawa unieważnienia w postaci opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej przed opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie może stać się furtką dla Zamawiających do unieważnienia całości postępowania. Czynność unieważnienia postępowania nie może służyć bezpodstawnemu wycofywaniu się przez Zamawiającego z postępowania.

Izba uznała zatem za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art 146 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba w sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy bezpodstawną okazała się czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaszyły podstawy do podjęcia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym Izba w sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (dokonanego 04 czerwca 2018 roku).

Mając powyższe okoliczności na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....