

Sygn. akt: KIO 2697/21

## WYROK

z dnia 30 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę: **NEOEnergetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Paprotnia**

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Gmina Paprotnia** (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej na rozbudowę budynku Zespołu Szkolno - Przedszkolnego w Hołubli”, o wartości szacunkowej nie przekraczającej progów unijnych określonych w art. 3 ustawy Pzp; znak sprawy RLOZ.271.5.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lipca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2020/BZP 00107184/01.

W dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę: NEOEnergetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że brak było podstaw do takiej decyzji.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania; dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, w terminie określonym przepisami ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, jak też dokumentacją dotyczącą postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2352/21, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez odwołującego została oceniona jako druga, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert. Czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty, która została oceniona jako pierwsza, została zaskarżona przez odwołującego. W konsekwencji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 25 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2352/21 umorzyła postępowanie odwoławcze. Mając na uwadze powyższe, oferta odwołującego jest aktualnie ofertą najkorzystniejszą spośród ważnych ofert.

Zamawiający pismem z 6 września 2021 r. poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania. Tym samym odwołujący utracił możliwość uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, wizualizacji, przedmiarów, kosztorysów inwestorskich i STWiORB dla zadania polegającego na rozbudowie budynku Zespołu Szkolno - Przedszkolnego w Hołubli wraz z uzgodnieniami, decyzjami, przygotowaniem kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę oraz przeniesieniem całości autorskich praw majątkowych, w tym prawa do zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego do opracowanej dokumentacji, na zamawiającego oraz pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych.

Ponadto Izba ustaliła, że oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło czterech wykonawców, w tym odwołujący. Innym wykonawcą, ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie był M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. B. Zakład Usługowy (dalej jako „M. B.”), który w ramach innego postępowania przygotował koncepcję rozbudowy Zespołu Szkolno - Przedszkolnego (dalej jako „Koncepcja”), którą następnie zamawiający załączył do SWZ (załącznik nr 8). Koncepcja ta była jednocześnie opisem przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W dniu 30 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez M.B..

Jak ustalił skład orzekający, na podstawie dokumentacji postępowania o sygn. akt KIO 2352/21, która została dopuszczona przez Izbę z urzędu, jako dowód w sprawie, w tymże postępowaniu Izba rozpatrywała odwołanie, wniesione w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez tego samego odwołującego. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2352/21 podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego: (1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty M. B. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania ze względu na jego udział w przygotowaniu Koncepcji, co spowodowało zakłócenie konkurencji, które to zakłócenie nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania; ewentualnie względem pkt 1: (2) art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania M. B. - przed jego wykluczeniem z postępowania - do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w celu wykazania, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji; (3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez M. B. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; (4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez M. B., którego oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz jako złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania; (5) art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu po wyborze najkorzystniejszej oferty podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 9.2 SWZ, złożonych przez M. B. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenia oferty złożonej przez M. B. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ze względu na jego

udział w przygotowaniu tego postępowania, związany z opracowaniem Koncepcji, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, co spowodowało zakłócenie konkurencji, które to zakłócenie nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty M. B. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nakazania zamawiającemu niezwłocznego udostępnienia odwołującemu złożonych przez M. B. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 9.2 SWZ.

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2021 r. poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, wobec czego Izba postanowieniem z dnia 25 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 2352/21) umorzyła postępowanie odwoławcze.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 6 września 2021 r. zamawiający, w piśmie zatytułowanym „Informacja o wyniku postępowania” zawiadomił, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto stwierdził, że uznał w całości zarzuty odwołującego, sformułowane we wcześniej złożonym odwołaniu, także w zakresie podnoszonych przez niego błędów w Koncepcji, która stanowiła podstawę do wyceny przyszłych prac projektowych. Zamawiający przytoczył ponadto kilka orzeczeń KIO, które w jego ocenie potwierdzały słuszność podjętej decyzji w postaci unieważnienia postępowania z powodu zaistniałych braków w opisie przedmiotu zamówienia. Przy czym zamawiający przyznał, że cytowane przez niego wyroki zapadły w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, jednakże tezy w nich zawarte pozostają aktualne, gdyż brzmienie przesłanki opisanej w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jest takie samo jak art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzednio obowiązującej. Zamawiający podkreślał, że realizacja zadania przy błędnym opisie zamówienia, co słusznie wskazał w wielu punktach odwołujący, naraziłaby zamawiającego na znaczne trudności w realizacji przedmiotowego zadania, opóźnienia oraz spowodowałaby wydatkowanie środków publicznych w sposób nierzetelny. Poza tym błędnie przygotowany opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę zwartą w art. 99 ustawy Pzp, jak też art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba, odnosząc się do treści przedmiotowego pisma, w którym zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania zauważa, że zamawiający nie wypełnił, ciążącego na nim obowiązku polegającego na konieczności wyczerpującego uzasadnienia podstaw prawnych i faktycznych podjętej decyzji. Przepis art. 260 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje bowiem, aby zawiadamiając o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający podał również powody podjęcia takiej decyzji.

Zawiadomienie takie, oprócz podania podstawy prawnej, musi w sposób szczegółowy opisywać jakie faktyczne przyczyny leżały u podstaw takiej a nie innej czynności zamawiającego tak, aby wykonawcy którzy z tą decyzją się nie zgadzają mieli możliwość wywiedzenia skutecznego odwołania. W realiach przedmiotowej sprawy oznaczało to obowiązek, leżący po stronie zamawiającego, przedstawienia powodów zastosowania przesłanki wynikającej z art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający ograniczył się do informacji, że uwzględnił zarzuty odwołującego, które ten sformułował w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2352/21, a dotyczące wskazywanych przez niego błędów w Koncepcji. Odwołujący nie sformułował wprawdzie w treści odwołania przedmiotowego zarzutu, jednakże Izba przypomina, że aby ocenić zasadność działań zamawiającego musi poznać powody, dla których dane decyzje zostały w postępowaniu podjęte i w konsekwencji uzewnętrznione. W tym przypadku, aby ustalić jakie były przyczyny unieważnienia przedmiotowego postępowania, odnieść należało się do treści pisma, przekazanego wykonawcom w dniu 6 września 2021 r. (Informacja o wyniku postępowania).

W tym miejscu należy podkreślić, na co zwracał uwagę odwołujący w treści złożonego odwołania, że próżno doparzyć się w poprzednio złożonym przez niego odwołaniu zarzutów odnoszących się do kwestii wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwracał wprawdzie uwagę na okoliczność, że przygotowana przez M. B. Koncepcja zawiera pewne braki, jednakże nie są to takie uchybienia czy nieścisłości, które powodowałyby niemożność złożenia oferty w postępowaniu. Zarzuty odwołującego dotyczyły kwestii uprzywilejowania M. B., który korzystając przy sporządzaniu oferty z własnej wiedzy i z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, miał tę przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, że dało mu to możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach. Posiadał on bowiem informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość głębszej analizy przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jako autor Koncepcji wykonawca ten miał także najszerszą wiedzę na temat obszarów występowania większych i mniejszych ryzyk. Przede wszystkim, jako twórca opisu przedmiotu zamówienia, wiedział jaki zakres tego opisu może być obarczony nieścisłościami, wymagającymi doprecyzowania, doszczegółowienia, czy też zweryfikowania (a nawet przeprojektowania). I odwrotnie - posiadał również najszerszą wiedzę co do tego, w których elementach opisu przedmiotu zamówienia ryzyka są minimalne, czy nawet nie ma potrzeby uwzględniania ich w wycenie. Znajomość tych niedoskonałości oraz świadomość, które obszary mogą lub są tymi niedoskonałościami obarczone, pozwala na precyzyjne oszacowanie ryzyka związanego z wydłużeniem czasu pracy nad projektem lub nawet wyeliminowanie tego zakresu z wyceny. Nie sposób zatem, w ocenie Izby, doszukać się we

wskazywanej argumentacji zarzutów, że przygotowana na potrzeby tego postępowania koncepcja zawiera takie wady, które skutkują brakiem możliwości przygotowania oferty.

Jeśli z kolei takie wady w koncepcji, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, zamawiający dostrzegł na późniejszym etapie postępowania, to podejmując decyzję o jego unieważnieniu winien je wyspecyfikować w treści informacji o wyniku. Nie może stanowić argumentacji w tym zakresie powoływanie się na fragmenty z poprzednio złożonego przez odwołującego odwołania, z których jak zauważono, takie wady w treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynikają.

Rację ma odwołujący twierdząc, że koncepcja z definicji stanowi wstępne opracowanie na temat planowanej inwestycji, na podstawie której przygotowuje się następnie projekty będące załącznikami do wniosków o wydanie decyzji o warunkach zabudowy lub do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę. Może mieć ona bardziej lub mniej szczegółowy charakter, a od stopnia jej szczegółowości zależeć będzie margines swobody, jaki będzie miał projektant przygotowujący projekt budowlany. Nie ulega wątpliwości, że muszą w niej znaleźć się pewne niezbędne elementy, jednakże ewentualne nieścisłości czy brak doprecyzowania pewnych obszarów nie skutkuje wadliwością takiego opracowania, a w szczególności taką która prowadziłaby do wniosku, że przygotowany opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia jakie to wady stwierdził w przygotowanej koncepcji, które powodowałyby skutek w postaci decyzji o unieważnieniu niniejszego postępowania.

Odnosząc się zatem do przesłanki wynikającej z treści art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, która przewiduje możliwość unieważnienia postępowania w przypadku wystąpienia w postępowaniu niemożliwej od usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego Izba zauważa, że do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: (1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania); (2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie w pierwszej kolejności nie może być wątpliwości, że mamy do czynienia z wadą postępowania. Zamawiający, co wynika z treści pisma informującego o wyniku, upatrywał jej w wadliwym opisie przedmiotu zamówienia przy czym, na co Izba zwróciła uwagę, zamawiający nie wyspecyfikował i nie opisał w treści pisma na czym owa wada miała polegać a dodatkowo, jak owa wadliwość miałaby wpłynąć na brak możliwości złożenia ofert w postępowaniu. Z ustaleń faktycznych wynika jednocześnie, że czterech wykonawców miało zamiar ubiegać się o to zamówienie, składając swoje oferty. Jednocześnie żaden z nich w toku prowadzenia



postępowania nie formułował wniosków o wyjaśnienie treści SWZ podnosząc niejednoznaczność czy też brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba zgadza się z poglądem, prezentowanym przez odwołującego, na co zwracały również uwagę składy orzekające, na gruncie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, że tylko taki niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi podstawę do unieważnienia postępowania. Wówczas nie będzie możliwe złożenie w postępowaniu ofert, które będą porównywalne a jeśli ma to miejsce po ich otwarciu to wadliwości tej nie można usunąć (tak np. w sytuacji opisanej w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19).

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby zamawiający błędnie zastosował przesłankę wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp uznając, że zamówienie zostało udzielone z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 99 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U., poz. 2437).

Przewodniczący : .....