

Sygn. akt: KIO 1588/14

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **Tractebel Engineering S.A. w Katowicach (40-833), ul. Dulęby 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie (02-337), ul. Mszczonowska 4**

przy udziale wykonawcy: **ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-823), ul. Osmańska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Tractebel Engineering S.A. w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Tractebel Engineering S.A. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Tractebel Engineering S.A. w Katowicach** na rzecz zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Gazociąg Tworóg - Tworzeń - opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z nadzorem autorskim” zostało wszczęte przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 218-380156) w dniu 9 listopada 2013 r.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Tractebel Engineering S.A. w Katowicach, zwany dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, zaniechania podania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia tejże czynności, a także wobec zaniechania uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- „art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie podania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania”,
- „art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”,
- „art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty”.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

W dniu 8 sierpnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Izby wykonawca: ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

W dniu 11 sierpnia 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Izby wykonawca: Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. we Wrocławiu, zwany dalej Gazoprojektem. Jak wynika z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, czego pełnomocnik wykonawcy nie kwestionował, Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia do postępowania odwoławczego przekazał powołanemu wykonawcy za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 6 sierpnia 2014 r. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu Gazoprojektu w dniu 11 sierpnia 2014 r. zostało dokonane z naruszeniem trzydniowego terminu wyznaczonego na dokonanie tej właśnie czynności na mocy przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Mając to na uwadze Izba uznała, iż powołane zgłoszenie przystąpienia nie może zostać uznane za skuteczne, a tym samym wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, tak w rozpoznawanej sprawie, jak i w sprawie KIO 725/14, , jak również dokumenty przedstawione przez Odwołującego Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w pkt IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wyłączył składanie mu ofert wariantowych.

Zgodnie z pkt III.1.a) przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych związanych z wykonaniem kompletnej dokumentacji projektowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Prawo budowlane, wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę gazociągu wysokiego ciśnienia do DN 1000 MOP 8.4 MPa, Twaróg-Tworzeń o długości 56 km wraz z obiektami towarzyszącymi.

Pkt III.4 SIWZ wskazuje, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ – opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz załączniku nr 2 do SIWZ – wzorze umowy (wzór umowy).

W pkt A.1.a) OPZ zawarte zostało stwierdzenie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane wraz z uzyskaniem decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, wprowadzeniem trasy gazociągu do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego i uzyskania ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę dla inwestycji lub uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę inwestycji w trybie „specustawy”, przy czym w tym przypadku zawarte zostało odniesienie do treści § 1 ust. 2 lit. a) ppkt ii wzoru umowy. Dalej w tym samym punkcie SIWZ Zamawiający wskazał, że *„w przypadku nowelizacji ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu z dnia 24 kwietnia 2009 r. (Dz.U. 84, poz. 700 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej zamiennie „Specustawą”, powodującej objęcie Inwestycji jej zapisami, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami opisanej ustawy, w tym zaktualizowania dotychczas wykonanych prac, o ile postanowienia Specustawy nie będą stanowiły inaczej. [powołany § 1 ust. 2 lit. a) ppkt ii wzoru umowy stanowi powielenie tej treści] W przypadku nie objęcia nowelizacją Specustawy Inwestycji w zakresie powyższego gazociągu do dnia odbioru przedmiotu zamówienia, należy go zaprojektować zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane oraz przepisami odrębnymi.”*

Według pkt B.2 OPZ dokumentacja będąca przedmiotem zamówienia winna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i normami, których to przepisów zawarto tam wyliczenie poprzedzając je wyrażeniem „w tym m.in.”.

Zgodnie z pkt XIV.6 SIWZ cena oferty stanowiła cenę ryczałtową. Zapis ten znalazł odzwierciedlenie w treści § 5 wzoru umowy.

W pkt XVI.8 SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie, aby wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza przed podpisaniem umowy dostarczył Zamawiającemu

wypełniony harmonogram rzeczowo-finansowy, zgodny z treścią załącznika nr 5 do umowy. W pkt XXII.3 SIWZ poinformował zaś wykonawców, że w przypadku wejścia w życie nowelizacji ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu z dnia 24 kwietnia 2009 r. (Dz.U. 84, poz. 700 z późniejszymi zmianami) (Specustawy), powodującej objęcie budowy gazociągu jej zapisami, wykonawca będzie zobowiązany przedstawić Zamawiającemu nowy harmonogram, sporządzony zgodnie z załącznikiem 5.1 do umowy. Powieleniem tegoż zapisu była treść § 2 ust. 5 wzoru umowy.

Termin składania ofert upłynął w dniu 20 marca 2014 r. Przed jego upływem pięciu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym Odwołujący i Gazoprojekt.

Pismem z dnia 21 marca 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Gazoprojekt do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Gazoprojekt udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pismem z dnia 25 marca 2014 r. Stwierdził on w nich, iż przy wycenie oferty przyjął krótsze terminy, mniejsze ryzyko realizacji, ułatwienia administracyjne, których możliwość uwzględnienia przy wycenie wynikała z dokonanego przez niego „rozeznania sytuacji legislacyjnej”.

Zamawiający uznał przedstawione mu wyjaśnienia za wystarczające i uznał złożoną przez Gazoprojekt ofertę za najkorzystniejszą (pismo z dnia 2 kwietnia 2014 r.).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzucał Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Gazoprojekt, twierdząc iż zasadnym było przyjęcie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba, wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2012 r. wydanym w sprawie KIO 725/14, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Gazoprojekt. W uzasadnieniu tegoż orzeczenia, Izba stwierdziła jednocześnie, że oferta, którą nakazała odrzucić, być może w kilka miesięcy po dniu wydania rozstrzygnięcia (i wejściu w życie nowelizacji specustawy), może okazać się prawidłowa, a tym samym najkorzystniejsza dla Zamawiającego. Mając to na uwadze, Izba wskazała Zamawiającemu, iż w jej ocenie w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Jak to zostało wskazane w uzasadnieniu, zdaniem składu

orzekającego, żaden z wykonawców nie mógł prawidłowo skalkulować ceny ofertowej (nie było im wiadomym kiedy w i jakim kształcie wejdzie w życie nowelizacja, tym samym wykonawcy nie wiedzieli od jakiego etapu realizacji nastąpi zmiana przepisów prawa, które miały wpływ na zakres przedmiotu zamówienia). Efektem tego było doprowadzenie do sytuacji, gdy złożone Zamawiającemu oferty były albo niedoszacowane, albo przeszacowane.

Zamawiający, w wykonaniu powołanego wyroku Izby, pismem z dnia 24 lipca 2014 r. poinformował wykonawców biorących udział w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia o odrzuceniu oferty złożonej przez Gazoprojekt, a także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Przy dokonaniu drugiej czynności powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Twierdził, iż umieszczając w SIWZ takie zapisy jak pkt A.1.a) OPZ, czy też B.2 OPZ, doprowadził do tego, iż złożone mu oferty wycenione zostały według dwóch różnych reżimów prawnych – starego (sprzed nowelizacji specustawy) i nowego (przy założeniu, że specustawa obejmie realizację inwestycji), tym samym były one nieporównywalne. Fakt wejścia w życie (w dniu 24 lipca 2014 r.) nowelizacji specustawy, spowodował, że z jednej strony niemożliwym jest skonfrontowanie złożonych Zamawiającemu ofert, z drugiej zaś nie ma podstaw do odrzucenia ofert, które oparte zostały na założeniu, że nowelizacja w życie nie wejdzie i pełen zakres zamówienia będzie realizowany w starym reżimie prawnym. Zdaniem Zamawiającego wprowadził on w błąd wykonawców formułując zapisy SIWZ odnoszące się do przepisów, które miałyby być właściwe, czy to na etapie konstruowania oferty i jej złożenia, czy to na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Stwierdził, iż jego błędem było niewskazanie jednoznacznych zasad określających właściwość reżimu prawnego właściwego do wyceny oferty. W jego ocenie uczynione przez niego błędy rzutowały bezpośrednio na wynik prowadzonego przez niego postępowania. Powołał się przy tym, na tezy zawarte w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie KIO 725/14. Dodatkowo wskazał, iż na dzień wejścia w życie nowelizacji specustawy, koniecznym byłby wybór oferty, która jest nieaktualna, przy jednoczesnym odrzuceniu (zgodnie z powołanym orzeczeniem Izby) oferty, która jako jedyna na ten dzień była w pełni zgodna z przepisami specustawy mającymi zastosowanie do przedmiotu zamówienia w pełnym jego zakresie, a tym samym jedyną adekwatną cenowo. Działanie takie stanowiłoby, zdaniem Zamawiającego, rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważył również, że zawarcie umowy, w wyniku tak przeprowadzonego postępowania, groziłoby mu utratą dofinansowania, o które obecnie się ubiega.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

W pierwszej kolejności twierdził on, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia „*art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu postępowania*”. W ocenie Odwołującego błędem było zaniechanie przez Zamawiającego jednoznacznego przesądzenia, czy decyzja o unieważnieniu oparta została na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w powiązaniu z przepisem art. 146 ust. 1, 5 czy też 6 ustawy Pzp. Zastrzegł przy tym, iż z okoliczności przywołanych w uzasadnieniu unieważnienia postępowania zdaje się wynikać, iż podstawą był dla Zamawiającego przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, choć za błąd uznawał Odwołujący brak wyraźnego wskazania na tenże przepis. Nie doszukał się on też w uzasadnieniu mu przekazanym omówienia, które to przepisy ustawy Pzp zostały naruszone w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a ich naruszenie miało charakter nieusuwalny i jednocześnie mogło lub miał wpływ na wynik postępowania. Odwołujący stanął na stanowisku, iż niedopuszczalnym jest to, aby samodzielnie musiał identyfikować przyczyny

Niezależnie od powyższego zarzucał on Zamawiającemu naruszenie „*art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. Zdaniem Odwołującego brak było podstaw do uznania, że oferty złożone Zamawiającemu są ze sobą nieporównywalne. W jego ocenie, te które nie zostały odrzucone, były prawidłowe i odzwierciedlały, tak jak powinny to czynić w świetle zapisów SIWZ, stan prawny na dzień ich złożenia. Niezrozumiałe były dla Odwołującego twierdzenia Zamawiającego o rzekomym dualizmie prawnym wynikającym z SIWZ – było dla niego wszak oczywiste, że decydujące znaczenie będzie miał stan prawny obowiązujący w czasie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego rozstrzygające znaczenie dla oznaczenia podstaw dla sporządzenia wyceny oferty miały zapisy pkt XXII.3 SIWZ, A.2.1.a) OPZ oraz treść załącznika 5.1 do SIWZ. Podkreślał on, iż nowelizacja specustawy na dzień składania ofert nie była jeszcze obowiązującym prawem, a nawet nie była nawet uchwalona. Podnosił również, iż nie miał on możliwości skutecznego zaskarżenia orzeczenia wydanego w sprawie KIO 725/14, albowiem orzeczenie to w swej sentencji było dla niego korzystne, a dopiero w uzasadnieniu, na marginesie – poza zakresem rozpoznawanych zarzutów, zawarte zostały tezy o konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego samo odwołanie się przez Zamawiającego do mającej nastąpić zmiany przepisów nie mogło zostać

uznane za podstawę do unieważnienia postępowania. Twierdził, że nie jest prawdą, iż w świetle postanowień SIWZ nie jest możliwe po wejściu w życie nowelizacji zawarcie umowy. Jego zdaniem SIWZ nie wykluczyła takiej możliwości, tym samym umowę podpisać można. Stał on na stanowisku, iż złożona przez niego oferta jest aktualna, mimo tego, że sporządzona została w oparciu o stan prawny sprzed nowelizacji specustawy. Twierdził również, że zadeklarował on wykonanie zamówienia z uwzględnieniem aktualnie obowiązujących przepisów. Niezależnie od powyższego uznał, iż nie jest właściwym odwoływanie się przez Zamawiającego do możliwości utraty środków pochodzących z Unii Europejskiej, w przypadku, gdy jeszcze ich nie uzyskał.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby przesłane wykonawcom przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia nie zostało sporządzone w stopniu wystarczającym. Nie zostało bowiem wykazane, aby każdy z wykonawców, a w szczególności Odwołujący, nie mógł prawidłowo zidentyfikować motywów działania Zamawiającego, zdefiniować okoliczności faktycznych, na których się on oparł, a także odnaleźć norm prawnych, które zastosował Zamawiający i których własną wykładnią się kierował. Z pełnego uzasadnienia rozpoznawanego odwołania wynika, że Odwołujący w sposób pełny i prawidłowy (zgodny z intencjami Zamawiającego) odczytał, tak uzasadnienie faktyczne, jak i prawne decyzji Zamawiającego. Czym innym jest to, że się z nim nie zgadzał. Ważne jest, że przekazana mu decyzja była dla niego *de facto* zrozumiała i uzasadniona w stopniu wystarczającym dla zidentyfikowania wszystkich istotnych dla skutecznego jej zaskarżenia elementów. Nie mogło, za wystarczające do uwzględnienia rozpoznawanego zarzutu, zdaniem Izby, zostać uznane zaniechanie przez Zamawiającego przywołania w uzasadnieniu swej decyzji wszystkich istotnych jednostek redakcyjnych ustawy Pzp, w sytuacji, gdy Zamawiający prawidłowo zidentyfikował normy prawne wpływające ze wszystkich istotnych dla oceny jego działania przepisów i dostatecznie omówił powody ich zastosowania. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego „art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

w związku z naruszeniem art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania”.

W odniesieniu do drugiego, a w konsekwencji również i ostatniego, trzeciego zarzutu, Izba stwierdziła, że istota postanowień SIWZ, do których odwołał się Zamawiający w uzasadnieniu swej decyzji, sprowadzała się do tego, iż wykonawcy składając ofertę zostali *de facto* zobowiązani do wyceny dwóch różnych wariantów realizacji przedmiotu umowy (a także uwzględnienia możliwości wystąpienia wszystkich stanów pośrednich między tymi dwoma skrajnymi wariantami). W pkt A.1.a) OPZ w zdaniu pierwszym wyraźnie wskazano, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych i kolejnych czynności zgodnych ze starym stanem prawnym (z wyłączeniem zastosowania specustawy) lub zgodnych z nowym stanem prawnym (z uwzględnieniem specustawy) – podkreślenia wymaga użycie w tym miejscu spójnika „lub” i wyraźne wskazanie dwóch alternatywnych możliwych rozwiązań, bez wyraźnego ich rozgraniczenia, ani w tym, ani w żadnym innym zapisie SIWZ. Na dzień przekazania wykonawcom SIWZ, a także, co szczególnie istotne, na dzień składania ofert, nie było wiadomym kiedy wejdzie w życie nowelizacja specustawy, nie było wiadomym też jaki będzie jej ostateczny kształt. Stan ten rodził po stronie wykonawców poważną niepewność jaki zakres czynności powinni oni uwzględnić przy wycenie oferty, i to niezależnie od tego, że ogół zapisów SIWZ zdawał się ustanawiać wymaganie zrealizowania przedmiotu umowy według starego stanu prawnego. Wyraźnym żądaniem Zamawiającego było wszak dostosowanie wykonanych na jego rzecz elementów przedmiotu zamówienia do stanu wymaganego przepisami specustawy (z dodatkowym zastrzeżeniem – o ile znajdzie ona w ogóle do przedmiotu zamówienia zastosowanie). Dostosowanie to miało zostać wykonane, niezależnie od zaawansowania prac już zrealizowanych przez wykonawcę, Zamawiający mógł się go domagać, tak dzień po podpisaniu umowy (o ile specustawa weszłaby wtedy w życie), jak i dzień przed odebraniem kompletnego przedmiotu umowy wykonanego według wymagań określonych w starym stanie prawnym. Co szczególnie istotne, na dzień składania ofert, z uwagi na fakt, iż nie był ostatecznie znany kształt regulacji wpływający ze specustawy, która miałaby znaleźć zastosowanie do realizowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, nie sposób było jednoznacznie określić, w jakim zakresie wykonawca będzie musiał dostosowywać już zrealizowane przez siebie czynności do wymogów określonych przepisami specustawy. Nie sposób było też określić, co już podkreślano, na jakim etapie dostosowanie to miałyby się rozpoczynać, a zatem brak było obiektywnych podstaw do rozstrzygnięcia tego, jaki poziom zaawansowania już zrealizowanych prac miałby być punktem wyjściowym do oszacowania kosztu dostosowania prac wykonanych w starym

reżimie prawnym do nowych wymogów ze specustawy. Na dzień składania ofert nie możliwym było przesądzenie jaki zakres czynności zostanie wykonany pod rządami starej, a jaki pod rządami nowej ustawy, ani też jaki zakres czynności już wykonanych podlegać miałby dostosowaniu do wymogów ustawy nowej i na czym dostosowanie to miałoby polegać. Mając to na uwadze, Izba uznała, że zasadnie Zamawiający uznał, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na fakt, iż w rozpoznawanej sprawie oczywistym jest, że termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego już upłynął, oczywistym było, w świetle przepisów ustawy Pzp (choćby art. 38), że na obecnym etapie postępowania nie jest możliwym zmiana opisu przedmiotu zamówienia, która usunęłaby stwierdzoną w nim nieprawidłowość stanowiącą naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadnie podnosił, zdaniem Izby, Zamawiający, iż powoływana przez niego nieścisłość w treści opisu przedmiotu zamówienia doprowadzić mogła, i *de facto* doprowadziła, do przedstawienia mu ofert nieporównywalnych – obejmujących swym zakresem realizację przedmiotu zamówienia na dwa alternatywne, wskazane w pkt A.1.a) OPZ sposoby. Wykonawcy przyjęli bowiem, że albo cały przedmiot zamówienia będzie realizowany pod rządami starej ustawy, albo też że do całego przedmiotu zastosowanie znajdzie ustawa nowa. Zauważyć przy tym należy, iż możliwym było przyjęcie, jako podstawy do wyceny oferty, wielu stanów pośrednich, w zależności od założenia według swego uznania (Zamawiający z oczywistym względów nie mógł w SIWZ tego rozstrzygnąć) dnia wejścia w życie specustawy i stanu zaawansowania na ten dzień prac już wykonanych, a także przewidywanego – bez możliwości oparcia się przy tym na konkretnych, znanych i ostatecznych zapisach nowej ustawy – zakresu prac dostosowawczych koniecznych do zrealizowania.

Co szczególnie istotne, analogiczna ocena zapisów SIWZ, wbrew jednoznacznym twierdzeniom o bezpodstawnym unieważnieniu przez Zamawiającego prowadzonego przez niego postępowania, wpływała również ze stanowiska Odwołującego. Już w odwołaniu stwierdził on, iż *„decydujące znaczenie będzie miał stan prawny obowiązujący w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia”*, czym pośrednio potwierdził wyrażoną przez Zamawiającego ocenę, iż na dzień składania ofert niemożliwym było rozstrzygnięcie, które przepisy znajdą zastosowanie, a tym samym jaki zakres czynności miałby zostać ostatecznie zrealizowany. Już wprost myśl tę Odwołujący wyraził w toku rozprawy przed Izba. Twierdził on, iż *„Zamawiający w treści SIWZ nie określił, jaki zakres przedmiotu zamówienia ma być realizowany według starego stanu prawnego, a jaki według nowego. W SIWZ nie ma żadnego podziału kwotowego, procentowego,*

czy też jakiegokolwiek innego, tym samym równie prawdopodobne jest, iż cały przedmiot zamówienia będzie realizowany według starego stanu prawnego, jak i to, że odpowiednim będzie dla pełnego opisu nowy stan prawny zmieniony nowelizacją specustawy”.

Uzasadnionym zatem było uznanie, że rozpoznawanej sprawie doszło do dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, do czego odwołuje się przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. To zaś przekonanie uzasadniało przyjęcie, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym, że zachodziła podstawa do unieważnienia tegoż postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co też Zamawiający uczynił. Dlatego też Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia „*art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*”.

Tak dokonanej oceny nie mógł zmienić fakt wykorzystywania analogicznych zapisów w dokumentacji znajdującej zastosowanie w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, co podnosił Odwołujący. Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w związku z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia i w tym też kontekście powinno być rozpoznawane.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż Zamawiający nie dopuścił się również naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: