

WYROK

z dnia 25 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **WKM Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Modelarskiej 27 (40-142 Katowice) – lider konsorcjum oraz **Magwent Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Okrąg 5/59 (00-415 Warszawa) – partner konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Komunalne „Therma” Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielsku-Białej przy ul. Michała Grażyńskiego 108 (43-300 Bielsko-Biała)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **WKM Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach oraz **Magwent Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **WKM Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach oraz **Magwent Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **WKM Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach oraz **Magwent Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – **Przedsiębiorstwa Komunalnego „Therma” Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielsku-Białej kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Komunalne „Therma” Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Wymiana izolacji na rurociągach sieci ciepłowniczej napowietrznej od kompensatora U19 do PS38 w zakresie granic miasta Bielsko-Biała ETAP 1 -odcinek sieci ciepłowniczej 2xDN700mm od U19 do PS22 Zadanie IB: Wymiana izolacji termicznej na rurociągach sieci ciepłowniczej napowietrznej od punktu stałego PS16 do punktu stałego PS22 przy ul. Michała Grażyńskiego w Bielsku Białej* (nr postępowania: nr KP/RI/007/19), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2019 r., pod numerem 2019/S 133-328084.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się udzielenie zamówienia: WKM Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Magwent Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwani dalej: „odwołującym” w dniu 11 października 2019 r. wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania;
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuzasadniony brak wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z przeniesieniem na wykonawcę, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę konsekwencji związanych z nieprecyzyjnymi zapisami SIWZ.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania zbadania i oceny ofert w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocników.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, w wyniku czego odwołujący mógłby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne. W przypadku zatem unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem nieuprawnione czynności zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu dla postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że w dniu 3 października 2019 r zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poinformował o wynikach postępowania nr KP/RI/007/19 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. W informacji o wynikach postępowania wskazał, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnia postępowanie wskazując w uzasadnieniu prawnym, że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podniósł, że w SIWZ podał dwa różne okresy gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe oraz użyte materiały. W rozdziale III.7 maksymalny termin gwarancji został określony na 60 m-cy, a w rozdziale XXI pkt 3.2 maksymalny okres gwarancji wynosi 84 m-ce. W związku z powyższym zamawiający mając na uwadze że rozbieżności w zapisach dotyczących okresów gwarancji mogłyby wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców (np. ograniczając ich liczbę) postanowił unieważnić postępowanie. Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością zamawiającego oraz jej uzasadnieniem.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że w przypadku powołanej przez zamawiającego rozbieżności w okresach gwarancji, nie można mówić, że stanowi ona wadę, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Przede wszystkim jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej *Obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. KIO 660/15). W wyroku tym KIO wskazała również, że zamawiający powinien rozważyć unieważnienie postępowanie, która to czynność stanowi dla

niego możliwość a nie obowiązek, ale w sytuacji w której *ilość niejednoczonych postanowień SIWZ i możliwości interpretacyjnych jest większa niż przeciętna*. Z sytuacją taką nie mamy do czynienia na gruncie tego postępowania. Wystąpiła bowiem w tym przypadku jedynie rozbieżność w okresach gwarancji, niemniej jednak w takiej sytuacji zamawiający powinien był uwzględnić na korzyść wykonawcy zaproponowany przez niego okres gwarancji tj. 60 m-cy. Pozwoliłoby to wybrać ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą (była to jedyna oferta, która wpłynęła w toku postępowania) i zawrzeć, odmiennie niż twierdzi zamawiający, umowę o zamówienie publiczne, która z powodu zawarcia w niej oferowanego przez wykonawcę okresu gwarancji nie podlegałaby na tej podstawie unieważnieniu.

Jak słusznie – w ocenie odwołującego – wskazuje się w doktrynie *Przesłankę unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 [p.z.p.] należy rozważyć w kontekście art. 146 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zgodnie z którym sankcją nieważności umowy objęte jest wyłącznie takie naruszenie przepisów p.z.p., które miało wpływ na wynik postępowania* (Mazurek Grzegorz, Wada powodująca unieważnienie postępowania, M.Zam.Public. 2018/1/22-25 - Artykuł). Z sytuacją taką nie miał do czynienia zamawiający na gruncie postępowania, nie może zatem twierdzić, że rozbieżność w okresach gwarancji nie pozwala na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący nie zgodził się również z twierdzeniem, jakoby taka rozbieżność miała prowadzić do ograniczenia liczby wykonawców poprzez wprowadzenie ich w błąd. W pierwszej kolejności kierując się zasadami logiki i doświadczenia życiowego należy stwierdzić, że każdy potencjalny wykonawca, który byłby zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu w sytuacji powzięcia wątpliwości zadałby zamawiającemu pytanie do treści SIWZ. Biorąc pod uwagę, że żadne pytanie w tym zakresie nie zostało skierowane do zamawiającego można przyjąć, że zapisy SIWZ nie budziły wątpliwości. Ponadto, na ograniczenie liczby wykonawców mogłoby raczej wpłynąć przyjęcie przez zamawiającego dłuższego okresu gwarancji, nie zaś samo to, że w SIWZ pojawiła się rozbieżność w tym zakresie. Trzeba zatem stwierdzić, że zamawiający unieważnił postępowanie tylko dlatego, aby nie dopuścić do wyboru oferty, która wybrana byłaby jako najkorzystniejsza z krótszym okresem gwarancji. Takie działanie zamawiającego nie daje się pogodzić ani z zasadą proporcjonalności, ani przejrzystości w oparciu o które zamawiający powinien był postępowanie przeprowadzić. Na poparcie powyższych twierdzeń odwołujący przywołał treść uchwały Izby z dnia 28 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO/KD 14/17.

Następnie odwołujący wskazał, że na gruncie tego postępowania, zamawiający odpowiedzialnością za swój błąd i niedopatrzenie obciążył wykonawcę, którego oferta została wybrana. W odniesieniu do tego odwołujący przytoczył fragmenty wyroków: Sądu

Okręgowego w Szczecinie z 7 marca 2018 r. o sygn. akt VIII Ga 102/18 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt IV Ca 831/10).

W świetle powyższego odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego było wykazanie wystąpienia przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez wskazanie, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów. Pomiędzy naruszeniem, a niemożliwością zawarcia umowy musi bowiem istnieć obiektywny i adekwatny związek przyczynowy. Decyzja zamawiającego nie została poparta dowodem, z którego wynikałoby, iż wykonanie przedmiotu zamówienia z 60 miesięcznym terminem gwarancji nie jest możliwe, jak również, iż minimalnym możliwym w tym przypadku terminem gwarancji jest 84 miesiące. Zatem w ocenie odwołującego okoliczność, na jaką powołał się zamawiający w podstawie unieważnienia postępowania, tj. podanie w SIWZ dwóch różnych okresów gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe, nie uzasadniała postawienia tezy, że postępowanie dotknięte zostało wadą, niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie ważnej, tj. niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując wykładni przywołanej normy prawnej należy zatem wskazać, że przede wszystkim koniecznym jest wystąpienie wady postępowania, która z uwagi na sformalizowany charakter procedury musi wynikać z naruszenia przez zamawiającego któregoś z przepisów Pzp. Ponadto, wada ta nie może być usunięta, co w przypadku wadliwej treści SIWZ, może zaistnieć dopiero po otwarciu ofert i stanowić przeszkodę dla zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy. Dopiero łączne wystąpienie wszystkich tych okoliczności umożliwia stwierdzenie podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odnosząc się do przesłanki wystąpienia wady postępowania odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie wskazuje się, iż *nie każdy błąd Zamawiającego, niedokładność, czy przeoczenie, których skutkiem są niedoskonałe postanowienia siwz, będzie prowadził do tego rodzaju wady postępowania, która wpłynie będzie na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego częste są przypadki, kiedy pomimo braku wskazania w siwz, istotnych dla postępowania informacji, np. związanych z opisem przedmiotu zamówienia, składane są ważne oferty podlegające ocenie, a następnie postępowanie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej. Wypaczeniem sensu procedury o udzielenie zamówienia publicznego, byłoby w takich sytuacjach unieważnianie postępowań* (podobnie Sąd Okręgowy w

Warszawie w wyroku z 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12). Dopiero zatem wykazanie, iż wada postępowania ma ten charakter, z jakim ustawodawca wiąże podstawy do unieważnienia umowy, umożliwia stwierdzenie adekwatnego związku przyczynowego uzasadniającego unieważnienie postępowania. Powyższe zdaniem odwołującego nie zaistniało jednak na gruncie postępowania prowadzonego przez zamawiającego, co prowadzi do stanowczego wniosku, że zamawiający naruszył przepisy Pzp dokonując czynności unieważnienia postępowania. Przede wszystkim niedopatrzenie zamawiającego nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania.

Ponadto jak dalej wyjaśnił odwołujący, zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie wskazał żadnego przepisu Pzp, do którego naruszenia miałby się w toku postępowania, które to naruszenie przekładałoby się za zaistnienie wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania powinien był wskazać, że nie jest możliwe przeprowadzenie w oparciu o istniejące zapisy SIWZ oceny ofert, czego jednak nie zrobił. W ocenie zaś odwołującego, zamawiający mógł ocenić ofertę, która została złożona, porównać oferty i dokonać jej wyboru, uwzględniając przyjęty przez wykonawcę 60 miesięczny termin gwarancji. Zamawiający nie udowodnił więc istnienia wady postępowania, a zatem tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp) oraz możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 146 ust. 1 Pzp). W ocenie odwołującego, niedopatrzenie zamawiającego nie doprowadziło do naruszenia nawet ogólnych zasad postępowania.

Zamawiający w ocenie odwołującego, nie miał zatem podstawy do unieważnienia postępowania. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza *w przypadku, gdy zamawiający dokonując wykładni - po upływie terminu składania ofert - natknie się na brak precyzji w SIWZ, to zamawiający nie może wywieść z takiego postanowienia tłumaczenia powodującego negatywne konsekwencje dla wykonawcy, który złożył ofertę*. Wynika to z utrwalonego stanowiska orzecznictwa i doktryny, na co można wskazać fragment wyroku KIO o sygn. akt KIO 1201/16 cyt. wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. KIO 2319/16).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności odnosząc się do podniesionych zarzutów, zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że argumentacja podnoszona przez odwołującego jest nietrafiona, a podjęta przez zamawiającego decyzja o unieważnieniu postępowania była konieczna na gruncie niniejszej sprawy. Powyższe wynika z okoliczności, że SIWZ przewidywała w sposób

błędny w rozdziale III punkt 7.1 minimalny wymagany okres gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe w wymiarze 60 miesięcy, natomiast w rozdziale XXI punkt 3.2, definiując przyjęte w postępowaniu kryteria oceny ofert, zamawiający określił oczekiwany minimalny okres gwarancji na 84 miesiące wskazując, że wymiar ten jest niezbędny dla możliwości uznania, iż złożona oferta jest zgodna z warunkami przewidzianymi w SIWZ. Okoliczność ta stanowi oczywistą wewnętrzną sprzeczność w SIWZ, która mogła zostać wychwycona na wcześniejszym etapie przez wykonawców, jak również samego zamawiającego. Gdyby do zauważenia tego błędu doszło na wcześniejszym etapie postępowania, zamawiający mógłby zmienić treść SIWZ i doprowadzić je do stanu pozbawionego błędem na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp. Do dokonania zmian w SIWZ na podstawie przywołanego przepisu mogłoby dojść zarówno na skutek zwrócenia się przez wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, jak i bez ingerencji wykonawców, ze względu na samodzielne zauważenie błędem przez zamawiającego. Na gruncie niniejszej sprawy ani zamawiający, ani odwołujący, nie zauważyli błędem na etapie pozwalającym na dokonanie zmian w SIWZ.

W ocenie zamawiającego nie sposób z powyższej okoliczności wyprowadzać wniosku, że treść SIWZ nie budziła wątpliwości i nie doprowadziła do ograniczenia liczby wykonawców. Nawijając do przywołanych przez odwołującego zasad logiki i doświadczenia życiowego zamawiający stwierdził, że odwołujący – jako potencjalny wykonawca zainteresowany złożeniem oferty, powinien był zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, albowiem wewnętrzna sprzeczność SIWZ w niniejszym postępowaniu jest oczywista. Stosując bowiem wytyczne przewidziane w SIWZ, zamawiający nie miałby możliwości zakończenia postępowania w sposób inny niż unieważnienie postępowania, albowiem zamawiający zmuszony byłby odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp ze względu na treść rozdziału XXI pkt 3.2. SIWZ. Po odrzuceniu oferty odwołującego postępowanie musiałoby natomiast zostać unieważnione ze względu na art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Taki krok nie został jednak przez odwołującego podjęty, co doprowadziło do sytuacji, w której wewnętrzna sprzeczność SIWZ została zaobserwowana dopiero po upływie terminu składania ofert, zatem na etapie postępowania, kiedy wada ta nie była już możliwa do usunięcia.

Zamawiający podkreślił, że pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Przytoczył w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 232/19, w myśl którego: *Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie*

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W ocenie zamawiającego przewidziany w art. 93 ust. 1 Pzp katalog przyczyn unieważnienia ma charakter zamknięty i obligatoryjny. Konsekwencją powyższego jest przymus unieważnienia postępowania w przypadku zajścia choćby jednej z przesłanek ujętych w przywołanym przepisie. Natomiast wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ma charakter nieusuwalny i powoduje, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania wskutek wystąpienia wady musiałaby podlegać unieważnieniu. W tym zakresie zamawiający przytoczył fragment wyroku Izby z 9 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1209/18. Powyższe wynika z okoliczności, że katalog uchybień wad postępowania określony w art. 146 ust. 1 Pzp ma charakter otwarty. Do unieważnienia może bowiem dojść także ze względu na okoliczności określone w art. 146 ust. 6 Pzp, czyli wskutek innych czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Doktryna jest bowiem zgodna, że skoro w takich okolicznościach faktycznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to zamawiający, który stwierdzi wystąpienie wady postępowania, może unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp. Pogląd potwierdzający to stanowisko wyrażony został przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1235/18, zgodnie z którym: *Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 p.z.p., jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że w szczególności wskazać należy, iż przyczyną powodującą konieczność unieważnienia umowy przez zamawiającego może być naruszenie wyrażonej w art. 29 ust. 1 Pzp zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisanie zamówienia, czy też opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, tj. naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp. Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 549/19: *Zawarte w art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na dowolną interpretację, nie zaś jako tożsame z określeniami zawartymi w innych aktach czy dokumentach, zatem wewnątrznie sprzeczne, wykluczające się wzajemnie sformułowania zawarte w SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu nie mogą być uznane za jednoznaczne. Nie jest też możliwe, sugerowane przez odwołującego, dokonanie przez zamawiającego, po otwarciu ofert, korzystnej dla odwołującego interpretacji sprzecznych zapisów SIWZ, skutkującej uznaniem*

jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo jej niezgodności z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ, gdyż w sposób rażąco naruszałoby to zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Niewykluczone jest bowiem, że inni, potencjalni wykonawcy zrezygnowali ze złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu ze względu na przewidziany w rozdziale XXI punkt 3.2. SIWZ minimalny 84 miesięczny okres gwarancji na wykonane prace budowlane. Arbitralne podjęcie przez zamawiającego decyzji o dokonaniu wykładni tak dalece sprzecznych zapisów SIWZ byłoby nie do pogodzenia z zasadą przejrzystości postępowania.

W konkluzji odpowiedzi na odwołanie zamawiający stanął na stanowisko, że zaistniały na gruncie niniejszej sprawy błąd popełniony przez zamawiającego polegający na wewnętrznej sprzeczności SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert i minimalnego okresu gwarancji oznaczał konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem SIWZ sporządzona w niniejszym postępowaniu uniemożliwiły dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a wada ta miała na aktualnym etapie postępowania charakter nieusuwalny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, jak i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania nadesłanej w dniu 18 października 2019 r. przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, w tym w szczególności z treści: specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal: „SIWZ”) wraz z załącznikami, formularza ofertowego złożonego przez odwołującego oraz pisma z dnia 2 października 2019 r. stanowiącego informację o unieważnieniu postępowania.

Izba ustaliła co następuje.

W rozdziale III pn. *Opis przedmiotu zamówienia*, pkt 7 pn. *Wymagany okres gwarancji na wymagany przedmiot zamówienia*, ppkt 7.1 SWIZ zamawiający wskazał, że: *Na*

wykonane prace budowlano-montażowe oraz użyte materiały: minimum 60 miesięcy, maksymalnie 120 miesięcy.

W rozdziale XXI SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert ich znaczenie oraz sposób oceny ofert. Jak wynika z przedmiotowego rozdziału zamawiający ustanowił dwa kryteria:

- cenę o wadze 97%;
- okres gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe oraz użyte materiały o wadze 3%.

W pkt 3, a ppkt 3.2 powyżej wskazanego rozdziału SIWZ zamawiający zawarł następujące zastrzeżenie: *Wymagany okres gwarancji – 84 miesięcy, jest okresem minimalnym, niezbędnym do oceny przez Zamawiającego, iż oferta jest zgodna ze SIWZ.* Dodatkowo należy wskazać, że z ppkt 3.1 wynikało, iż okres gwarancji określony przez wykonawców, który miał być brany pod uwagę przez zamawiającego w celu przyznania punktacji w ramach kryterium pozacenowego, powinien być podany w formularzu ofertowym oraz powinien być podany w miesiącach. Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik nr 1 do SIWZ i na str. 2 tego formularza znajdowała się część dotycząca okresu gwarancji i w pkt 1 zawarta została informacja do wypełnienia o treści: *Na wykonane prace budowlano-montażowemiesiące.*

Odwołujący w złożonym formularzu ofertowym jako okres gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe wskazał 60 miesięcy.

W informacji o wynikach postępowania z dnia 2 października 2019 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym dla tej czynności zamawiający wskazał: *Zamawiający w SIWZ podał dwa różne okresy gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe oraz użyte materiały. W rozdz. III pkt 7 maksymalny termin gwarancji został określony na 60 m-cy a w rozdz. XXI pkt 3.2 maksymalny termin gwarancji wynosi 84 m-ce. W związku z powyższym Zamawiający, mając na uwadze że rozbieżności w zapisach dotyczących okresów gwarancji mogłyby wprowadzać w błąd potencjalnych Wykonawców (np. ograniczając ich liczbę), postanowił unieważnić niniejsze postępowanie.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Meritum sporu w zakresie przedmiotowego odwołania sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie – czy zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp? W ocenie Izby na powyżej postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym wada postępowania, która była przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 Pzp nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 Pzp). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Powyższe stanowisko jest zgodne zarówno z orzecnictwem (zob. np. wyrok Izby z 9 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1235/18) jak i stanowiskiem doktryny (zob. np. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2017).

Z powyższych stwierdzeń można w ocenie Izby wysnuć wniosek, że wada wskazana w treści art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinna łącznie spełniać następujące przesłanki:

- po pierwsze, być niemożliwa do usunięcia;
- po drugie, mieć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Jeśli chodzi o pierwszą wskazaną powyżej przesłankę Izba uznała, że wada postępowania jaka powstała w wyniku niezgodności postanowień SIWZ w zakresie okresu gwarancji na wykonane prace budowlano-montażowe pomiędzy opisem przedmiotu

zamówienia (minimum 60 miesięcy), a opisem kryteriów oceny ofert (minimum 84 miesiące), miała charakter nieusuwalny. Zamawiający nie poprawił tej niezgodności do momentu upływu terminu składania ofert, co skutkowało tym, że odwołujący w formularzu ofertowym zadeklarował okres gwarancji (tj. 60 miesięcy), niezgodny z treścią postanowienia zawartego w rozdziale XXI pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ, który wprost wskazywał, że wymagany okres gwarancji – 84 miesięcy, jest okresem minimalnym, niezbędnym do oceny przez zamawiającego, iż oferta jest zgodna z SIWZ, co oznacza, że zadeklarowanie przez wykonawcę mniejszego niż 84-miesięczny okresu gwarancji powinno skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warto także dodać, że powyżej wskazaną niezgodność postanowień SIWZ należy uznać za niebudzącą wątpliwości.

Jeśli chodzi o drugą ww. przesłankę Izba stwierdziła, że wada postępowania mogła mieć wpływ na jego wynik. Na wstępie należy wskazać, że różnica błędu pomiędzy oboma terminami gwarancji była w ocenie Izby dość duża, bo wynosiła aż 24 miesiące. W tym zakresie Izba uznała argumentację zamawiającego, który wyjaśniał, że niewykluczone jest, iż inni, potencjalni wykonawcy zrezygnowali ze złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu ze względu na przewidziany w rozdziale XXI pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ minimalny 84-miesięczny okres gwarancji na wykonane prace budowlane. Ponadto sugerowana przez odwołującego, możliwość dokonania przez zamawiającego, po otwarciu ofert, korzystnej dla odwołującego interpretacji sprzecznych postanowień SIWZ, skutkującej uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo jej niezgodności z kryteriami oceny ofert zawartymi w SIWZ, była w ocenie Izby niemożliwa, gdyż w sposób rażąco naruszałoby to zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Na marginesie należy wskazać, że przywołana przez odwołującego, wynikająca z orzecznictwa Izby, zasada rozpatrywania wszelkich niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawców, nie znalazła zastosowania w przedmiotowej sprawie. W ocenie Izby powyższa zasada ma zastosowanie do czynności badania oferty przez zamawiającego, zmierzającej do ustalenia jej zgodności z treścią SIWZ w kontekście jej ewentualnego odrzucenia co oznacza, że niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ nie powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast rozszerzenie tej zasady także na możliwość zastosowania art. 96 ust. 1 pkt 7 Pzp należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ mogłoby doprowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której zamawiający byłby zobowiązany do zawarcia umowy, co do której już przed jej podpisaniem miałby wiedzę, że może ona podlegać unieważnieniu. Warto przy tym dodać, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tylko od razu unieważnił całe postępowanie, co w opisanym powyżej kontekście

całej sprawy nie stanowiło, ani naruszenia zasady stanowiącej o rozpatrywaniu wątpliwości wynikających z SIWZ na korzyść wykonawcy, ani dyspozycji art. 96 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Dodatkowo Izba uznała, że treść uzasadnienia prawnego jak i faktycznego podana w informacji z dnia 2 października 2019 r. o wynikach postępowania, była wystarczająca i nie powodowała wątpliwości w zakresie przyczyny unieważnienia postępowania. Potwierdzeniem tego jest chociażby treść odwołania, w którym odwołujący zawarł zarówno związane z czynnością zamawiającego zarzuty oraz żądania jak i był w stanie sporządzić wynikające z nich uzasadnienie.

Z związku z powyższym Izba stwierdziła, że należy oddalić zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji oddaleniu podlegały także dwa pozostałe, podniesione w odwołaniu zarzuty, gdyż w wyniku prawidłowej czynności polegającej na unieważnieniu postępowania zamawiający nie mógł wybrać najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, przez co nie naruszył treści art. 91 ust. 1 Pzp oraz nie naruszył także zasad przyświecających systemowi zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty reprezentacji przed Izbą zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący: