

WYROK

z dnia 19 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 r. przez **Odwołującego** – "Fire-Max" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – "Fire-Max" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin, na rzecz odwołującego – "Fire-Max" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17b; 70-240 Szczecin 14, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu pożarniczego dla Wojskowej Straży Pożarnej - zestaw hydraulicznych narzędzi ratowniczych” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 czerwca 2012 roku pod numerem 2012/S 119-197017.

Zamawiający dnia 30 sierpnia 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 7 września 2012 roku wykonawca FIRE-MAX Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224; 02-495 Warszawa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego, a mianowicie polegającej na naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem w zaistniałym stanie faktycznym, oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w wyniku niezgodnych z prawem działań zamawiającego, za taką uznaną nie została.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Nakazanie zamawiającemu podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
3. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zdaniem odwołującego, nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki, rozumiane jako okoliczności faktyczne, do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.
5. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego.

Zamawiający dnia 18 września 2012 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku braku podstaw do odrzucenia odwołania, wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest

więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Wszystkie wymienione w tym przepisie przypadki naruszeń ustawy są wadą postępowania w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Treść art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w pkt od 1 do 6 określa bardzo wąski i konkretny katalog naruszeń stanowiących podstawę unieważnienia umowy tj.: bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, który skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela, iż podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi nie tylko art. 146 ust. 1 (kwalifikowane wady postępowania), ale przy ocenie podstaw do nieważnienia postępowania należy mieć również na uwadze treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. A zatem należy przyjąć, iż zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. Przyznanie Prezesowi Urzędu wyłącznej kompetencji do wzruszania zawartych umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że jest ono obciążone tak poważnymi nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy o zamówienie publiczne, które jednak wykraczają poza dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1033/11, z dnia 31 marca 2011r., sygn. akt KIO 582/11, z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1037/11).

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wada postępowania musi mieć charakter nieusuwalny. A zatem w sytuacji, w której zamawiający wybierze ofertę, a następnie poweźmie wiadomość, że oferta ta nie spełnia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile możliwa będzie powtórna ocena ofert, nie zaistnieją

podstawy do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na fakt, że wadę postępowania będzie można usunąć.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie udowodnił, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Okolicznością znajdującą potwierdzenie powyższej tezy jest fakt, iż zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 30 sierpnia 2012 roku, podał w uzasadnieniu, że *„Tak opisane parametry techniczne mogą utrudniać uczciwą konkurencję, co jest naruszeniem art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.”*.

Powyższe twierdzenie pozostaje bowiem w sprzeczności z czynnościami zamawiającego, który pismem z dnia 13 lipca 2012 roku, w odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców wprowadził zmiany do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które umożliwiły zaoferowanie przedmiotu zamówienia szerszemu gronu wykonawców, w tym odwołującemu.

Zważyć należy, że jeżeli zamawiający stoi na stanowisku, iż oferta odwołującego w istocie nie spełnia warunków (parametrów technicznych) opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązany jest do wypełnienia dyspozycji normy zwartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto wskazać należy, że wcześniejsza czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została przez zamawiającego skorygowana pismem z dnia 23 sierpnia 2012 roku. Tym samym odwołujący, w przypadku odrzucenia jego oferty będzie mógł skutecznie odwoływać się od takiej czynności zamawiającego.

Izba nakazując unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniła żądanie najdalej idące. Oczywistym jest jednak, że wybór oferty najkorzystniejszej, który został dokonany i unieważniony tylko z tej przyczyny, iż w ocenie zamawiającego, zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania, musi zostać powtórzony.

Izba stwierdziła również, że zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 3 ustawy Pzp w związku z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie podając pełnych i wyczerpujących podstaw prawnych i faktycznych unieważnienia postępowania oraz niedostatecznie je uzasadniając, co mogło i wywołało u wykonawców stan obawy o prawidłowość czynności zamawiającego i związanego z tym statusu wykonawcy w postępowaniu, w szczególności zagrożenia wynikającego z możliwości nieuzyskania zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: