

Sygn. akt: KIO 1689/11

**WYROK**  
z dnia 22 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 sierpnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego** Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków,

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Sławomira Kalemby, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Skład Materiałów Budowlanych KAL-BUD Sławomir Kalemba (pełnomocnik) i Kazimierza Dudzika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. CAT-BUD Kazimierz Dudzik z siedzibą pełnomocnika Czasław 186, 32-415 Raciechowice
- wykonawcy – Jacka Pelca, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DROSAM Jacek Pelc, ul. Oleśnicka 12e, 33-200 Dąbrowa Tarnowska,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39, 32-700 Bochnia, tytułem wpisu od odwołania.

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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2011 do 2014”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 marca 2011 r., poz. 2011/S 50-082170 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 8 sierpnia 2011 r. ENIGMA GROUP sp. z o. o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała unieważnienie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła mu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1; art. 91 ust. 3; art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Sławomir Kalemba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Skład Materiałów Budowlanych KAL-BUD Sławomir Kalemba (pełnomocnik) i Kazimierz Dudzik, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. CAT-BUD Kazimierz Dudzik z siedzibą pełnomocnika Czaśław 186, 32-415 Raciechowice oraz wykonawca Jacek Pelc, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DROSAM Jacek Pelc, ul. Oleśnicka 12e, 33-200 Dąbrowa Tarnowska.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu 1 czerwca 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego pojawiła się informacja, że oferta Odwołującego w zadaniach nr 4 i 6 w ramach Części III oraz nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6 w ramach Części IV postępowania została uznana za najkorzystniejszą. Następnie w dniu 28 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował o „unieważnieniu „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 czerwca 2011 r. nr ZDW/PW/2011/4052/DI3BJ”; i unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego, w zadaniach, w których wcześniej została uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez niewskazanie podstawy prawnej czynności i niepodanie uzasadnienia prawnego. Z żadnego pisma, jakie Odwołujący otrzymał, czy też zostały

opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, nie wynika, jaka była podstawa prawna zaskarżonej. czynności. Przepis art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania i ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż wystąpienie chociażby jednej z wymienionych tamże przesłanek musi skutkować unieważnieniem postępowania. Co więcej, przepis art. 93 ust. 3 Prawa zamówień publicznych określa również minimalne wymogi skuteczności czynności unieważnienia, do których należy zaliczyć podanie uzasadnienia prawnego. Zaniechanie wskazania podstawy prawnej i jej uzasadnienia stanowi rażące naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Po drugie, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał wystarczających podstaw do podjęcia czynności unieważnienia „Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 czerwca 2011 r. [...]” oraz „unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej [...]”. Odwołujący nie kwestionował prawa innych Wykonawców do „informowania” Zamawiającego o ich spostrzeżeniach co złożonej przez ENIGMA GROUP sp. z o. o. oferty, jednakże twierdził, iż „nie można nie uwzględnić także interesu tych Wykonawców interpretowaniu pewnych faktów i dokumentów, tak aby potwierdzały z góry założoną tezę o podaniu nieprawdy mającej wpływ na wynik przedmiotowego postępowania”.

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (kilkumiesięczna weryfikacja oferty - licząc od dnia jej złożenia - w oparciu fakty, czy też dokumenty, które nie mają żadnego związku z przedmiotowym postępowaniem, w sytuacji, kiedy z innymi Wykonawcami na inne zadania w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający już podpisał umowy). W ocenie Odwołującego, Zamawiający stale poszukuje powodu, aby można unieważnić wybór oferty Odwołującego, co naraża go na szkodę z powodu podrożenia surowców, które zostaną zakupione na zimowe utrzymaniu dróg np. sól). Czynności Zamawiającego naruszają zatem art. 7 ust. 3 w zw. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (poprzez uniemożliwienie podpisania umowy z Wykonawcą którego oferta okazała się najkorzystniejsza oraz który został wybrany zgodnie z przepisami Ustawy).

Na koniec Odwołujący podnosił, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający mógł na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych „unieważnić postępowanie”, a nie unieważnić poszczególne czynności. Zdaniem Odwołującego jest to świadome działanie, które tylko potwierdza przypuszczenia co do nierównego traktowania Wykonawców, a wręcz sprzyjania niektórym z nich. Dla Zamawiającego, który został pisemnie wezwany do zawarcia umowy, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek podstaw prawnych do „uniknięcia” jej zawarcia, jedynym rozwiązaniem jest prowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w taki sposób, aby zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania. Wówczas Zamawiający mógłby przeprowadzić jeszcze jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez narażania się na odpowiedzialność odszkodowawczą ze strony Wykonawcy. Zaś usługi objęte przedmiotowym postępowaniem mogłyby

zdaniem Odwołującego zostać zlecone do czasu rozstrzygnięcia nowego przetargu w formie odrębnych umów cywilnoprawnych.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w odwołaniu argumentował, dlaczego Zamawiający powinien uznać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i potencjału ekonomicznego (sprawozdania finansowego).

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia „Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 czerwca 2011 r. nr ZDW/PW/2011/4052/DI3BJ” oraz unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie publiczne na „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2011-2014 - Część III. Rejon Dróg Wojewódzkich Myślenice (Zadanie 4 i 6) i Część IV. Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów (Zadania: 1,2,3,4,5,6); ewentualnie wydanie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Części III (Zadanie 4 i 5) - Rejon Dróg Wojewódzkich Myślenice i w Części IV. (Zadania: 1,2,3,4,5,6) - Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów.

**II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.**

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby unieważniona czynność unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie publiczne zgodnie z pierwotnym wyborem oferty najkorzystniejszej (dla następujących części i zadań: Część III. Rejon Dróg Wojewódzkich Myślenice (Zadanie 4 i 6) i Część IV. Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów (Zadania: 1,2,3,4,5,6)).

Izba ustaliła, co następuje:

1. W dniu 1 czerwca 2011 r. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w Części III. Rejon Dróg Wojewódzkich Myślenice (Zadanie 4 i 6) i Części IV. Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów (Zadania: 1,2,3,4,5,6).
2. W dniu 28 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował o „unieważnieniu „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 czerwca 2011 r. nr ZDW/PW/2011/4052/DI3BJ””; i unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego, w zadaniach, w których wcześniej została uznana za najkorzystniejszą. Podając przyczyny swojej decyzji, Zamawiający wskazał, iż zachodzi „uzasadnione podejrzenie, że wykonawca ENIGMA GROUP sp. z o. o. w celu wykazania

spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg mógł podać nieprawdę mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania".

Odwołujący w odwołaniu twierdził, że Zamawiający nie miał prawa unieważnić wcześniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie sprowadzało się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający może sam zweryfikować wcześniej dokonaną przez siebie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i stwierdzić, że konieczne jest dalsze postępowanie wyjaśniające w tej kwestii.

Na tak postawione pytanie Izba odpowiedziała twierdząco.

Jeżeli po dokonaniu czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd, mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w takiej sytuacji w ocenie Izby Zamawiający ma prawo (i obowiązek) czynność badania i oceny ofert powtórzyć. Choć brak w Prawie zamówień publicznych wyraźnej podstawy do dokonania przez Zamawiającego „autopoprawki” wcześniej dokonanej czynności, konieczność jej wykonania można wywieść z innych przepisów. Gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, prowadziłyby to bądź do podpisania umowy z wykonawcą, co do którego jest wątpliwość, czy złożył ofertę najkorzystniejszą (a więc w konsekwencji zawarta umowa mogłaby być uznana za nieważną), bądź do unieważnienia postępowania. Przy czym unieważnienie postępowania w takim przypadku wydaje się wątpliwe – jako podstawa prawna unieważnienia mógłby być brany pod uwagę art. 93 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, jednak obliuguje on do unieważnienia postępowania wyłącznie w sytuacji, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość co do słuszności dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej, może swoje działanie poprawić (a więc wadę można usunąć), powtarzając czynność badania i oceny ofert. Niewykluczone, że weryfikacja poprzedniej czynności może doprowadzić do wykluczenia wykonawcy/odrzucenia oferty, uznanej pierwotnie za najkorzystniejszą i wyboru oferty kolejnej w rankingu ofert. Nie ma więc w takim wypadku powodów do unieważnienia postępowania, skoro ma ono szansę zakończyć się udzieleniem zamówienia – celem postępowania jest przecież efektywne udzielenie zamówienia, a nie samo prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami. Oczywiście autoweryfikację przez Zamawiającego swoich działań należy traktować jako wyjątek, a nie regułę, i powinna ona następować w wyjątkowych sytuacjach. W ocenie Izby nie można jednak jako podstawy dokonania takiej czynności wykluczać żadnej przyczyny – ani samodzielnego stwierdzenia przez Zamawiającego błędu we wcześniej dokonanej czynności, ani stwierdzenia tego na skutek impulsu z zewnątrz (tak jak w sytuacji niniejszego postępowania – w związku z informacją

pochodzącą od innych wykonawców). Nie ma powodów, aby ograniczać Zamawiającemu możliwość powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie do przypadków, wynikających z wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawców (czy do zawiadomienia na podstawie art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych na czynności, na które nie przysługuje odwołanie). Stworzenie przez ustawodawcę procedur szczególnych, umożliwiającym w ściśle określonych sytuacjach pozostałym wykonawcom zainteresowanym wynikiem postępowania uregulowany formalnie sposób dochodzenia ochrony ich słuszych interesów, nie może przesądzać o wykluczeniu weryfikacji przez Zamawiającego własnych wcześniejszych decyzji na skutek innych okoliczności. Trudno byłoby zaaprobować pogląd, nakazujący Zamawiającemu zignorować sygnały o nieprawidłowości dokonanej przez niego czynności.

Jak już zostało wskazane wyżej, celem postępowania jest udzielenie zamówienia i podpisanie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a więc jeżeli Zamawiający poweźmie z jakiegokolwiek źródła wątpliwość odnośnie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, powinien czynność powtórzyć. Weryfikacja dotychczasowej czynności powinna się odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, i nie może prowadzić do wzywania danego wykonawcy „do skutku”, aby wykazał warunki udziału w postępowaniu, bądź czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego; przeważnie będzie należało podjąć ustalenia co do nowych okoliczności, ujawnionych już po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponieważ Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a jedynie w zaskarżonej czynności stwierdził, że zachodzi poważna wątpliwość w tym zakresie, Izba nie badała, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też nie. Po dokonaniu czynności, która została zaskarżona w odwołaniu (unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej) Zamawiający prowadził dalsze postępowanie wyjaśniające. Można się spodziewać, że działania Zamawiającego zakończą się w przyszłości dokonaniem nowego wyboru oferty najkorzystniejszej – będzie to nowa czynność, na którą będą przysługiwały środki ochrony prawnej, zarówno Odwołującemu, jak i pozostałym uczestnikom postępowania. W konsekwencji, Izba nie mogła odnieść się do argumentacji odwołania, dotyczącej braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, ponieważ czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania jeszcze nie nastąpiła.

Odwołujący podnosił również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, wskazując, iż przepis art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania - wystąpienie chociażby jednej z wymienionych przesłanek musi skutkować unieważnieniem postępowania. Z kolei przepis art. 93 ust. 3 Prawa zamówień publicznych określa minimalne wymogi skuteczności czynności unieważnienia, do

których należy zaliczyć podanie uzasadnienia prawnego. Zaniechanie wskazania podstawy prawnej i jej uzasadnienia zdaniem Odwołującego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych podnoszony przez Odwołującego w odniesieniu do zaskarżonej czynności Zamawiającego jest w ocenie Izby nietrafny, ponieważ Zamawiający nie unieważnił postępowania, ale czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Na marginesie należy zauważyć, że choćby Zamawiający nie podał właściwej podstawy prawnej dokonanej czynności, nie przesądza to o braku jej skuteczności, jeżeli została dokonana prawidłowo, tzn. w oparciu o właściwą przesłankę faktyczną.

Co do zarzutu braku podania podstawy prawnej zaskarżonej czynności Zamawiającego, Izba stwierdziła, co następuje: w informacji z dnia 28 lipca 2011 r. Zamawiający powołał się na konieczność „zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (ostatni akapit pisma). A zatem, mimo że Zamawiający nie przywołał wprost art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez podanie numeru artykułu, powołał się na zasadę wynikającą z treści przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, niemal dosłownie go cytując.

Reasumując, nie można się w zaskarżonej odwołaniem czynności Zamawiającego dopatrzeć nieprawidłowości z punktu widzenia zgodności z Prawem zamówień publicznych.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1; art. 91 ust. 3; art. 93 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....