

**WYROK**

**z dnia 26 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2017 r. przez **wykonawcę: Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **Zamawiającego: Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy: Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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

Zamawiający – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu pk. Holownik”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 249-441915.

Wykonawca Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 7 kwietnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 marca 2017 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c., art. 92 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym uzasadnionymi kosztami Odwołującego w wysokości określonej rachunkami złożonymi na rozprawie.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności biorąc pod uwagę czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania z dnia 31 marca 2017 r., jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 kwietnia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn: „*Zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu pk. Holownik*”.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 31 marca 2017 r., str. 1/.*

Zamawiający w dniu 31 marca 2017 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniając swoją czynność następującymi okolicznościami. Według Zamawiającego w dniu 23 lutego 2017 r. Departament Kontroli MON w piśmie skierowanym do Ministra Obrony Narodowej wskazał, iż postępowanie dotknięte jest nieusuwalną wadą, gdyż Zamawiający dopuścił się do naruszenia art. 58 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie istotnych zmian przedmiotu zamówienia w zakresie wyporności holownika (zmiana z 350 ton na 490 ton). W ocenie kontrolujących Zamawiający nie był uprawniony do dokonania tak daleko idącej zmiany w zakresie parametrów technicznych. Wskazano, iż prowadzi to do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż kontrolujący podnieśli, że w wypadku takiego naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania istnieje uzasadnione ryzyko zawarcia umowy, która w przypadku poddania jej kontroli sądowej może zostać uznana za nieważną. Mając na względzie powyższe okoliczności Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2017 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania. Na powyższą czynność Wykonawca Remontowa Shipbuilding S.A. w dniu 17 marca 2017 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając naruszenie art. 93 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp oraz art. 6 KC poprzez unieważnienie postępowania mimo nieistnienia takich przesłanek oraz ich niewykazania. Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. Pismem z dnia 24 marca 2017 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania uznając, iż istotnie uzasadnienie czynności przez niego dokonanej było niepełne, tzn. nie precyzowało na czym polegała nieusuwalna wada postępowania. Zamawiający ponownie poddał analizie wnioski z przeprowadzonej przez Departament Kontroli MON kontroli i uznał, iż zmiana parametru wyporność pełnej jednostki na poziomie 350 ton na wyporność 490 ton była niezgodna z treścią art. 58 ust. 2 ustawy Pzp na dzień składania ofert, gdyż jest to istotna zmiana przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż obiektywnie wyporność jednostki pływającej jest parametrem istotnym bowiem w sposób bezpośredni znajduje odzwierciedlenie w jej wielkości, a także konsekwentnie w kosztach jej wybudowania. Zamawiający wstępnie przyjął we Wstępnych założeniach taktyczno-Technicznych, iż wyporność 350 ton będzie wystarczająca. Oferty wstępne wszystkich wykonawców zawierały istotną zmianę przedmiotu zamówienia, t.j. wyporność całkowitą holownika powyżej 350 ton i powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na względzie Zamawiający uznał, że zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania, gdyż jest ono – w ocenie Zamawiającego – obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na znaczącej zmianie wyporności jednostki pływającej, prowadzącej do zmiany przedmiotu zamówienia, do czego Zamawiający nie był uprawniony.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 31 marca 2017 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie w dniu 7 kwietnia 2017 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy: Remontowa Shipbuilding S. A. z siedzibą w Gdańsku z dnia 7 kwietnia 2017 r. /.*

Pismem z dnia 21 kwietnia 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2017 r. /.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący niezasadnego unieważnienia postępowania (t.j. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp ustawy Pzp) - uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zostały wykazane przez Zamawiającego – przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, które upoważniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej. Podstawą uwzględnienia odwołania jest stwierdzenie – w tym stanie faktycznym – przez Izbę zasadności zarzutu bezpodstawności unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający unieważnia postępowanie, gdy wystąpią następujące przesłanki: 1. Naruszenie konkretnego przepisu regulującego udzielanie zamówień (musi wystąpić wada postępowania); 2. Wada musi mieć istotny charakter, tak aby wpływała na niemożność zawarcia umowy; 3. Musi zaistnieć związek przyczynowy pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy; 4. Niemożliwość usunięcia wady przez zastosowanie instytucji dostępnych Zamawiającemu.

W pierwszej kolejności Izba zgodziła się z Odwołującym, że nie została wykazana jakakolwiek wada postępowania. W ocenie Izby, żadna z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego nie kwalifikuje się jako wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Przede wszystkim za taką wadę nie można uznać zaniechania Zamawiającego co do odrzucenia ofert wstępnych (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodzić się tu należy z

Odwołującym, że oferta wstępna nie ma charakteru wiążącego, co jest oczywiste i zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie oczywistym jest, że skoro oferty wstępne nie mają charakteru wiążącego, dopuszcza się możliwość wprowadzenia zmian w tym zakresie. Po trzecie Zamawiający nie przesądził w niniejszym stanie faktycznym, że kwestia wyporności, nie może być przedmiotem negocjacji, co wynika z dokumentacji (ofert wstępnych, negocjacji). Wobec powyższego, skoro Zamawiający dopuścił możliwość zmian, co wynika również z odpowiedzi Zamawiającego na zapytania wykonawców, w którym wyraził zgodę na możliwość negocjacji postanowienia SIWZ dotyczącego wyporności, zatem nie można zgodzić się że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 58 ust. 2 ustawy Pzp – w sposób który miałby wpłynąć na unieważnienie niniejszego postępowania, gdyż Zamawiający wyraźnie dopuścił w zakresie wyporności możliwość negocjacji, zatem dopuścił możliwość zmiany w tym zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji – w ocenie Izby - Zamawiający nie wykazał istnienia wady, która skutkowałaby unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji nie ziszcila się również przesłanka co do istotności takiej wady. Zgodzić należy się z Odwołującym, że przyjmując stanowisko Zamawiającego, każde ewentualne hipotetyczne naruszenie mogłoby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, a należy pamiętać że istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty, a przesłanki unieważnienia muszą mieć charakter obiektywny i zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy, nie może być nadużywane przez instytucje prowadzące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do dodatkowych argumentów, które miałyby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, należy wskazać, że podstawą oceny czynności Zamawiającego jest czynność unieważnienia w oparciu o wskazane okoliczności. Izba nie może orzekać o okolicznościach, które nie były podstawą unieważnienia postępowania, gdyż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyczerpującego uzasadnienia dokonanych czynności, co wynika z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp., tak aby wykonawcy mogli zapoznać się z motywami Zamawiającego dokonującego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w ocenie Izby dodatkowa argumentacja nie może być przedmiotem rozpoznania, gdyż nie stanowiła podstawy unieważnienia (czynności Zamawiającego z dnia 31 marca 2017 r.). Wobec powyższego – niewykazanie przesłanek

wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego do czego jest zobowiązany – musi skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz w konsekwencji wobec unieważnienia wyboru – także unieważnienie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600 zł.

**Przewodniczący:**

.....