

WYROK

z dnia 19 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Wysokim Mazowieckim**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Wysokim Mazowieckim i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Zarządu Dróg Powiatowych w Wysokim Mazowieckim** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia wykonawcy.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1487/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Wysokim Mazowieckim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozbudowa drogi powiatowej Nr 2077B Plewki – Szepietowo Janówka - Dziłkowiny*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 17 maja 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 310 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne unieważnienie postępowania.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty wobec zaskarżonej czynności Zamawiającego:

naruszenia art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzasadnienia prawnego i faktycznego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

naruszenia art. 310 ustawy Pzp poprzez bezzasadne powołanie się przez Zamawiającego na powyższy przepis, pomimo, iż nie zaistniał przypadek, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazanie Zamawiającemu kontynuowania procedury udzielania zamówienia publicznego, w tym nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że Odwołujący jako jedyny złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu oraz w przypadku ustanowienia przez Odwołującego pełnomocnika i wstąpienia przez niego do postępowania - zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron 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.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

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

Do Izby w terminie przewidzianym w ustawie nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia żadnego z wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i 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.

Pismem z dnia 13 maja 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania. Zamawiający oparł swoje zawiadomienie na podstawie art. 310 ustawy Pzp, nie podał jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego swojej czynności.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie wraz z zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania zamawiający przesyła uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji. Uzasadnienie faktyczne i prawne pozwala wykonawcy na poznanie podstaw unieważnienia postępowania, odnoszących się do okoliczności konkretnej sprawy. Jeśli Zamawiający nie dysponuje środkami – bądź środki nie zostały mu przyznane – to powinien powyższą okoliczność wskazać w uzasadnieniu unieważnienia. Podawanie podstaw faktycznych – dopiero na rozprawie – należy uznać za spóźnione – a co istotne nie pozwala wykonawcom zweryfikowania takiej decyzji i w przyszłości polemizowania z nią. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego żart. 260 ust. 1 ustawy PZP, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i wymaga konkretnego odniesienia się do okoliczności danej sprawy co warunkuje realizację podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Zgodzić należało się z Odwołującym, że uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd jak również nie może rodzić jakichkolwiek wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania a nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy -- Prawo zamówień publicznych. Czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego musi być pozbawiona uznaniowości.

W ocenie Izby niewątpliwie Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego unieważnienia tego postępowania, zaś dopiero na rozprawie podał okoliczności, które odnoszą się do tego postępowania a które można by uznać jako uzasadnienie faktyczne niniejszej decyzji. W ocenie Izby niepodanie uzasadnienia faktycznego decyzji o unieważnieniu postępowania odbiera wykonawcy możliwość weryfikacji zasadności podjętej przez zamawiającego decyzji i w konsekwencji możliwości wniesienia środka ochrony prawnej na czynność podjętą w toku postępowania. Wobec powyższego należało uznać za zasadny zarzut Odwołującego, jednocześnie wskazując że dopiero po poznaniu uzasadnienia faktycznego – przekazanego wszystkim wykonawcom jednocześnie wykonawca będzie mógł podważać zasadność podjętej decyzji, dlatego też Izba uznała zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania na wskazanej podstawie faktycznej i prawnej będzie możliwy do zweryfikowania dopiero po poznaniu pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert. Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....