

WYROK

z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 6 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 19 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Red Ocean sp.k. z siedzibą w Warszawie, Red Code S.K.A. z siedzibą w Gdyni [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. Świadczenie usług inżyniera kontraktu w ramach realizacji projektu pn.: „Podniesienie efektywności i dostępności e-usług w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy, współfinansowanego ze środków UE z EFS w ramach RPR Woj. Podkarpackiego

2014-2020, Działanie 2.1 Podniesienie efektywności i dostępności e-usług - Typ 7: Projekty z zakresu wytworzenia / modernizacji / rozwoju e-usług w ramach PSIM” (nr postępowania ZP-TP-10/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny złożonych ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) - odpowiadającą kosztom poniesionym z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e

Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”, „uPzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. Świadczenie usług inżyniera

kontraktu w ramach realizacji projektu pn.: „Podniesienie efektywności i dostępności e-usług w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy, współfinansowanego ze środków UE z EFS w ramach RPR Woj. Podkarpackiego 2014-2020, Działanie 2.1 Podniesienie efektywności i dostępności e-usług - Typ 7: Projekty z zakresu wytworzenia / modernizacji / rozwoju e-usług w ramach PSIM” (nr postępowania ZP-TP-10/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 marca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 00086419/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

7 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania.

19 kwietnia 2022 r. Red Ocean sp.k. z siedzibą w Warszawie i Red Code S.K.A. z siedzibą w Gdyni, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej również: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy pzp - przez prowadzenie postępowania przetargowego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę przejrzystości, w wyniku niewłaściwej interpretacji drugiego z powyżej wskazanych przepisów oraz nieprawidłowego zastosowania trzeciego z powyżej wymienionych przepisów, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia tego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Badania i oceny oferty Konsorcjum, w tym weryfikacji wyjaśnień dotyczących ceny, wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających niepodleganie odrzuceniu, co w konsekwencji doprowadzi do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zawarcia umowy z Konsorcjum w sprawie tego zamówienia.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający podał, że unieważnia postępowanie o udzielenie tego zamówienia (...)

na podstawie art. 255 pkt 6 uPzp, gdyż postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada powyższa polega na tym, że Zamawiający nie wypełnił ustawowego nakazu wynikającego z art. 85 ust 1 uPzp. I tak:

1) Jeden z Wykonawców był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia - polegające na opracowaniu Wniosku o Dofinansowanie ze środków z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Woj. Podkarpackiego 2014-2020, Działanie 2.1 Podniesienie efektywności i dostępności e-usług - Typ 7: Projekty z zakresu wytworzenia / modernizacji / rozwoju e-usług w ramach Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej (PSIM),

2) Zamawiający nie podjął odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział tego Wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, a w szczególności nie przekazał pozostałym Wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem tego Wykonawcy w w/w przygotowanie postępowania.

Odwołujący podejrzewa, że Zamawiającemu chodzi o wskazany w ofercie Konsorcjum jako podmiot udostępniający zasoby Eurogrant sp. z o.o. {dalej: „Eurogrant”}, który - w ramach zawartej z Zamawiającym umowy na opracowanie dokumentacji aplikacyjnej dla projektu planowanego do dofinansowania w ramach ogłoszonego konkursu nr RPPK.02.01.00-IZ-00-18-004/20 w ramach RPO Województwa Podkarpackiego 2014-2020, 2. Oś Priorytetowa Cyfrowe Podkarpackie, Działanie 2.1. Podniesienie efektywności e-usług {dalej: „Umowa”} - m.in. opracował wniosek o dofinansowanie.

Eurogrant ani nie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia, ani nie należy z (członkami) Konsorcjum do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który definiuje grupę kapitałową jako wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Z Umowy nie wynika, że w ramach świadczonych usług miało nastąpić wsparcie Zamawiającego w przygotowaniu tego postępowania.

Na Portalu o Funduszach Europejskich wskazano, czym jest wniosek o dofinansowanie: (...) Jednym z podstawowych dokumentów, które są wymagane przy ubieganiu się o wsparcie (...) We wniosku o dofinansowanie musisz dowieść, że Twój projekt spełnia wszystkie warunki określone w regulaminie konkursu i wpisuje się w cele programu. Wnioski składa się w ściśle określonych terminach wskazanych w ogłoszeniu o konkursie.

We wniosku o dofinansowanie muszą się znaleźć następujące informacje:[^] ogólne informacje o projekcie (m.in. program/priorytet/działanie/poddziałanie, tytuł i opis projektu, wartość i rodzaj projektu), • miejsce i termin realizacji, • klasyfikacja (m.in. zakres interwencji, forma finansowania, rodzaj działalności gospodarczej), • informacje o wnioskodawcy (m.in. NIP, nazwa, dane teleadresowe, forma prawna), • kwestie finansowe (m.in. budżet projektu, źródła jego finansowania). Wzór wniosku o dofinansowanie stanowi załącznik do regulaminu konkursu. (...) Pamiętaj także o załącznikach do wniosku o dofinansowanie. Wykaz wymaganych dokumentów oraz, w razie potrzeby, ich wzory znajdziesz w dokumentacji konkursowej.

Opracowanie wniosku o dofinansowanie, w którym zawiera się zamierzenia projektu nie jest tożsame z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Wniosek o dofinansowanie a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymagają odmiennych zakresów dokumentów, sporządzonych na podstawie innych wymagań i procedur.

Wniosek o dofinansowanie wraz z załącznikami jest dokumentem który można pozyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Z kolei opracowana przez Eurogrant Koncepcja techniczna projektu {dalej również: „Koncepcja techniczna”} określa zakres rzeczowy projektu, a nie zakres usług świadczonych w ramach pełnienia funkcji inżyniera kontraktu {dalej również: „IK”}, stąd nie może być materiałem do konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania.

Zawarty w części IA SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2. pn. „Szczegółowy zakres wymagań i obowiązków po stronie wykonawcy” opis jest bardzo szczegółowy i umożliwiał każdemu zainteresowanemu wykonawcy rzetelne przygotowanie oferty i właściwe skalkulowanie jej ceny.

W toku tego postępowania każdy z wykonawców chcących złożyć ofertę musiał zapoznać się z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w części IA SWZ, gdzie wskazano szczegółowy zakres wymagań i obowiązków po stronie wykonawcy, w tym:

- w pkt. 2.1. lit. a) Usługi świadczone przez Kierownika projektu (Koordynatora zespołu IK) - Zapoznanie się Koordynatora zespołu ze zgromadzoną dokumentacją dotyczącą Projektu, w tym w szczególności z wnioskiem i umową o dofinansowanie Projektu, Koncepcją techniczną, harmonogramem prac i innymi kluczowymi dokumentami projektu;
- w pkt. 2.2. lit. a) Usługi świadczone przez Architekta infrastruktury i bezpieczeństwa systemu - Przeprowadzenie weryfikacji technicznej posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektu w szczególności koncepcji technicznej projektu oraz przekazanie Zamawiającemu informacji w formie audytu technicznego;
- w pkt 2.3. lit. a) Usługi świadczone przez Specjalistę ds. zamówień publicznych -

Przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego (tj. zgodnie z art. 37 ust. 2, ust. 3 pkt 3 i pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), w szczególności: a) Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z umową o dofinansowanie, a w szczególności opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, obliczenie wartości szacunkowej zamówienia, analizy potrzeb i wymagań, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, projektów stosownych umów oraz specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający w ramach zmiany SWZ z 31.03.2022 r. wprowadził nowy rozdział, który szczegółowo opisuje zakres rzeczowy projektu podlegającego usługom inżyniera kontraktu, tj. część IE pn. „Zakres rzeczowy projektu ze wskazaniem elementów w ramach

projektu i odniesieniem do wszystkich elementów projektu", w szczególności zawiera istotne informacje z wniosku o dofinansowanie.

{okoliczności prawne}

Z art. 85 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający musi podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia braku zakłócenia konkurencji, polegające na przekazaniu pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub podmiotu należącego z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej.

Zgodnie z treścią ustawy pzp oraz aktów wykonawczych do niej przynależność do grupy kapitałowej rozpatruje się w kontekście wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o czym świadczą następujące przepisy prawne.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp, który stanowi o tym, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Z kolei zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (wydanego na podstawie art. 128 ust. 6 pzp) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Zgodnie z definicją wynikającą z art. 7 pkt 18 pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Jedną z naczelnych zasad przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest m.in. zasada przejrzystości, co oznacza, że działania zamawiającego i podejmowane przez niego czynności muszą być jawne dla wszystkich zainteresowanych. Zasada przejrzystości przejawia się m.in. w przekazywaniu zawiadomień o wykonywanych czynnościach wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym. Przejrzystości należy interpretować szerzej niż wyłącznie jako jawność postępowania, która odnosi się do udostępniania informacji o postępowaniu. Potwierdzeniem powyższego jest m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE {dalej: „Trybunał” lub „TSUE”} z 11.12.2014 r. C-440/13, w którym Trybunał odniósł się do zasady przejrzystości w kontekście prawa do zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających i podkreślił, że wymóg podania uzasadnienia decyzji o odwołaniu przetargu wynika z chęci zagwarantowania minimalnego poziomu przejrzystości w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych, do których zastosowanie znajdują przepisy prawa Unii, i w rezultacie zagwarantowania poszanowania zasady równego traktowania, która leży u podstaw tych przepisów. Przejrzystość postępowania jest nierozdzielnie związana z innymi zasadami prowadzonego postępowania, a jej nadrzędnym celem jest zapewnienie możliwości weryfikacji czynności zamawiającego. Poszanowanie zasady przejrzystości przez zamawiającego wymaga udokumentowania czynności podejmowanych w postępowaniu, wskazania podstaw podejmowanych decyzji oraz zapewnienia dostępu do tych informacji.

Przesłanki unieważnienia postępowania powinny być zawsze interpretowane ściśle, co wyklucza dowolność interpretacji „wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy" z przesłanki uregulowanej w art. 255 pkt 6 ustawy pzp. W art. 457 ust. 1 ustawy pzp wskazano bowiem, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów. Z kolei art. 457 ust. 5 pzp stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Jak wskazuje się w doktrynie: Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 pzp ust. 1 i 5, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 pzp. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania. (.) Jednocześnie, dopóki nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny niezgodność z Konstytucją RP, przepis podlega stosowaniu (wyrok SN z 7.11.2002 r., V CKN 1493/00, LEX nr 57238) [Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021].

Zamawiający, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp, winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy w nawiązaniu do okoliczności z art. 457 ust. 1 ustawy pzp. W przeciwnym razie każde postępowanie można byłoby unieważnić, przywołując dowolny przepis ustawy pzp jako pozostający w związku z art. 255 pkt 6 pzp.

Zamawiający musi podać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, przy czym uzasadnienie to powinno zawierać przytoczenie okoliczności, które spowodowały wystąpienie przesłanki oraz wskazanie, w jaki sposób ją wyczerpują, a następnie powiązać wystąpienie tych okoliczności z odpowiednim przepisem ustawy pzp. Unieważnienie postępowania z uwagi na wady postępowania wynikające z czynności zamawiającego wymaga najwyższej staranności i rzetelności w wyjaśnieniu i udowodnieniu tych podstaw. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 19.07.2021 r. sygn. akt KIO 1487/21: Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego z art. 260 ust. 1 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. 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. Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 11.06.2021 r. sygn. akt KIO 1343/21 Izba stwierdziła, że: Cel przepisu art. 260 ust. 1 pzp sprowadza się do nałożenia na zamawiającego obowiązku zawiadomienia o decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także o powodach podjęcia takiej decyzji. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania ma umożliwić wykonawcom skuteczne odwołanie się od decyzji zamawiającego.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, a ponadto, że podana przez Zamawiającego podstawa prawna unieważnienia postępowania tj. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp nie wskazuje na wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nadinterpretował bowiem treść art. 85 ust. 1 pzp i automatycznie uznał, że postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6 pzp, co przeczy zasadzie przejrzystości, konkurencyjności oraz równego traktowania

wykonawców, w szczególności Konsorcjum. Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien działać zgodnie i w poszanowaniu przepisów prawa, a nie dokonywać ich swobodnej interpretacji, naruszając interes Konsorcjum w uzyskaniu tego zamówienia. Zamawiający stworzył sztuczne podstawy do unieważnienia postępowania, co jest działaniem na szkodę Konsorcjum.

Po pierwsze, nie można utożsamiać powiązań pomiędzy podmiotem udostępniającym zasoby na podstawie art. 118 ustawy pzp a Konsorcjum w kontekście treści art. 85 ust. 1 pzp. Taka interpretacja wypacza sens powoływania się na potencjał innych podmiotów i stanowi jawne ograniczenie polegania na potencjale takiego podmiotu.

Po drugie, Zamawiający z niezrozumiałych powodów utożsamia pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia z definicją wniosku o dofinansowanie. Opracowania wniosku o dofinansowanie (notabene przez podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum) nie można utożsamiać z doradzaniem lub innym zaangażowaniem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Samo przygotowanie wniosku o dofinansowanie nie sprawia, że pozyskuje się wiedzę na temat niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie posiada się wiedzę o zakresie rzeczowym projektu tj. o ogólnych zamierzeniach inwestycyjnych. Wniosek o dofinansowanie, a także załączniki do niego nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania, a jedynie opis projektu. Treść wniosku o dofinansowanie oraz załączników do niego nie ma żadnego wpływu na opis przedmiotu zamówienia usług inżyniera kontraktu, nie ma związku z doradzaniem czy innym sposobem zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nie wykazał żadnego powiązania pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, które potwierdziłoby doradztwo lub inny sposób zaangażowania Konsorcjum w przygotowanie tego postępowania.

Po czwarte, Zamawiający - jako profesjonalista posiadający odpowiednią wiedzę i znajomość procedur ustawy pzp - musiał wiedzieć o istnieniu art. 85 ust. 1 pzp przed wszczęciem postępowania i już wtedy mógł dokonać odpowiednich czynności informacyjnych. Tymczasem Zamawiający nie uznał, że wiedza o tym, kto przygotował wniosek o dofinansowanie wraz z innymi dokumentami projektowymi, mogłaby zakłócić konkurencję. W przeciwnym razie podałby dane tego podmiotu i treść załączników do wniosku o dofinansowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem tego nie zrobił, nie może post factum po otwarciu ofert zmienić w tej kwestii swojego podejścia.

Po piąte, z opisu przedmiotu zamówienia wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli poznać wiedzę o konieczności zapoznania się z dokumentami będącymi w posiadaniu Zamawiającego, w tym m.in. wniosku o dofinansowanie wraz z załącznikami. Jednak żaden z wykonawców w nie złożył wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, nie wyraził chęci pozyskania informacji co do treści wniosku o dofinansowanie, koncepcji technicznej czy też autora tych opracowań, a w toku postępowania były zadawane różne pytania. Uznać należy zatem, że dla żadnego z wykonawców nie było to na tyle istotne, aby można było mówić o zakłóceniu konkurencji.

Po szóste, cena oferty Konsorcjum nie ma żadnego związku z opracowaniem wniosku o dofinansowanie i załączników do niego przez podmiot udostępniający zasoby, a wynika z posiadanego doświadczenia i wypracowanych technik świadczenia usług będących przedmiotem tego zamówienia. Odwołujący oświadczył, że jest w stanie udowodnić i wyjaśnić w sposób rzetelny, że cena ta gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia przez Zamawiającego, gdyż przygotował w tym zakresie wyjaśnienia, które miał złożyć do 20.04.2022 r., jednak z powodu nieuzasadnionego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego nie był w stanie ich przesłać.

Po siódme, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, po otwarciu ofert już wiedzą, jak Konsorcjum wyceniło ofertę, i w wyniku powtórnego ogłoszenia postępowania mogą skalkulować ceny ofert poniżej tej ceny, co oznacza, że unieważnienie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Przedmiotem zamówienia jest usługa, która nie ma ustalanych zasad czy standardów dokonywania jej wyceny.

Po ósme, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była pochopna i nie została przeanalizowana, o czym świadczy lakoniczność jej uzasadnienia.

W odpowiedzi na odwołanie z 4 maja 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

{okoliczności faktyczne}

W Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} określono, że wykonawca będzie posiadał zespół świadczący usługi inżyniera kontraktu, składający się m.in. z kierownika projektu oraz architekta infrastruktury i bezpieczeństwa systemu, a formułując obowiązek wykonawcy SWZ kilukrotnie odwołuje się do dokumentu pn. „Koncepcja techniczna projektu” {dalej również: „Koncepcja techniczna”}.

W części 1A SWZ w pkt 3 pn. „Szczegółowy zakres wymagań i obowiązków po stronie wykonawcy” określone zostały:

- w pkt 3.1. Usługi świadczone przez kierownika projektu (Koordynatora zespołu IK), w tym: zapoznanie się koordynatora zespołu ze zgromadzoną dokumentacją dotyczącą Projektu, w szczególności z wnioskiem i umową o dofinansowanie, koncepcją techniczną, harmonogramem prac i innymi kluczowymi dokumentami projektu [lit. a)], Sprawowanie nadzoru nad realizacją i wdrożeniem Projektu w zakresie zgodności z założeniami określonymi we wniosku o dofinansowanie, koncepcji technicznej, umowy o dofinansowanie oraz aneksami do niej [lit. i)];
- w pkt 3.2. Usługi świadczone przez architekta infrastruktury i bezpieczeństwa systemu, w tym przeprowadzenie weryfikacji technicznej posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektu, w szczególności koncepcji technicznej oraz przekazanie Zamawiającemu informacji w formie audytu technicznego [lit. a)].

Powyższe zapisy zostały powtórzone w części IB SWZ oraz znalazły odzwierciedlenie w projekcie umowy zamieszczonym w części XII A SWZ.

Warunki określone w koncepcji technicznej projektu, która stanowiła załącznik nr 8 do wniosku o dofinansowanie, zostały uwzględnione przy konstruowaniu zapisów SWZ.

Treść samego wniosku o dofinansowanie, w tym koncepcji technicznej projektu, nie zostały udostępnione wykonawcom.

Zamawiający po otwarciu ofert dostrzegł następujące zależności pomiędzy autorem koncepcji technicznej projektu a Konsorcjum:

- ofertę Konsorcjum podpisał Ł. A. K.;
- liderem Konsorcjum jest Red Ocean sp.k., a jak wynika z KRS, uprawnionym do jego reprezentacji jest Fundacja „RED”, której prezesem zarządu, jak wynika z KRS, jest Ł. A. K.
- Eurogrant sp. z o.o. {dalej również: „Eurogrant”}, podmiot udostępniający swoje zasoby Konsorcjum, a jak wynika z pierwszej strony koncepcji technicznej projektu, jej autorem jest Ł. K., Eurogrant sp. z o.o.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach dla Zamawiającego nie budzi wątpliwości, że Konsorcjum było w posiadaniu istotnych informacji, czyli treści koncepcji technicznej projektu, którymi nie dysponowali inni wykonawcy.

Zamawiający oświadczył, że w związku z wiedzą, którą powziął po otwarciu oferty Konsorcjum, powinien przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje w postaci wniosku o dofinansowanie, w szczególności koncepcję techniczną projektu, a także wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert. Jednak po otwarciu ofert zrealizowanie obowiązku wynikającego z art. 85 ust. 1 ustawy pzp stało się niemożliwe.

Według Zamawiającego z powyższego względu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co obligowało go do jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż unieważnienie tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie sprecyzował wady opisu przedmiotu zamówienia, która nie pozwalałaby na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia w rozumieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy pzp.

Niezależnie od tego Zamawiający nie wykazał, że w prowadzonym przez niego postępowaniu zaistniała jakakolwiek wada, w tym polegająca na niedochowaniu wynikającego z art. 85 ust. 1 ustawy pzp obowiązku podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy (lub podmiotu z jego grupy kapitałowej), który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji - ani zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, ani nawet w odpowiedzi na odwołanie, które wyczerpująco wskazywało braki uzasadnienia podjętej decyzji.

Po pierwsze, nie wiadomo, czy i na jakiej zasadzie Eurogrant sp. z o.o., czyli - co niesporne - podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby Konsorcjum, został zakwalifikowany przez Zamawiającego jako wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie, względnie podmiot z grupy kapitałowej Konsorcjum.

Po drugie, nie wiadomo, czy i na jakiej zasadzie opracowanie przez Eurogrant wniosku o dofinansowanie projektu, o którym mowa w zawiadomieniu o unieważnieniu, zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego jako doradztwo mu czy udział w przygotowaniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, ponieważ według Zamawiającego przekazanie wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia treści wniosku o dofinansowanie projektu (w tym koncepcji technicznej projektu) stało się konieczne dopiero z chwilą zidentyfikowania, kto reprezentuje Konsorcjum i jaki podmiot udziela mu zasobów, niejasny pozostaje charakter zawartych tam informacji jako elementu opisu przedmiotu zamówienia, gdyż ten powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także nie utrudniać uczciwej konkurencji (patrz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp), niezależnie od kręgu wykonawców.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przywołanego przepisu wynika zatem, że dokonanie tej czynności przez zamawiającego wymaga kumulatywnego wystąpienia w prowadzonym postępowaniu: (1) naruszenia przepisów ustawy pzp, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu. Przy czym ta ostatnia przesłanka została doprecyzowana w art. 457 ust. 1 pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5) udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Reasumując, ponieważ art. 457 ust. 1 uisła pzp zawiera zamknięty katalog pięciu okoliczności, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy pzp dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu - unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednej z tych pięciu sytuacji, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp.

Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) {dalej: „popzp”} pierwotnie przyznano zamawiającemu szerokie uprawnienie do unieważnienia prowadzonego postępowania, gdyż w ramach katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 popzp znalazły się również przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy [w pkt 5] albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania [w pkt 6].

Natomiast od 29 stycznia 2010 r. obowiązywał już zbliżony do aktualnego stan prawny, w którym analogiczna przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp [odpowiednika art. 255 pkt 6 pzp] była doprecyzowana w 146 ust. 1 pkt 1-7 popzp [odpowiedniku art. 457 ust. 1 pkt 1-5 pzp], czyli uprawnienie zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania przez obciążonego nieusuwalną wadą ograniczone zostało do zamkniętego katalogu kazuistycznie uregulowanych sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Jednocześnie w znowelizowanym art. 146 ust. 6 popzp zawarto przepis o charakterze klauzuli generalnej, uprawniający wyłącznie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „Prezesa UZP”} do wystąpienia 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. Z jednej strony nastąpiło zatem ograniczenie podmiotowe legitymacji czynnej wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, z drugiej zakres przedmiotowy podstawy unieważnienia, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 popzp (nawet łącznie rozważanych), uległ dalszemu rozszerzeniu, gdyż wystarczające było, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik.

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowało się jednak przekonanie, że wykładnia literalna znowelizowanego art. 146 ust. 6 popzp prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obciążonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i wyczekiwania, czy ewentualnie Prezes UZP wystąpi z powództwem o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Innymi słowy oznaczałoby to przyzwolenie na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie wystąpienia okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający przy unieważnianiu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 popzp jest również uprawniony do brania pod uwagę okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 popzp

Tymczasem w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych

sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 pzp, czyli w tych samych, w których zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą.

Jednakże art. 256 pzp przyznaje dodatkowo zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione. W przeciwieństwie do art. 255 pkt 6 pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pzp, przesłanka unieważnienia z art. 256 pzp jest nieostra i pozostawia zamawiającemu pewien luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert.

Konkludując, de lege lata o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności.

Co istotne dla tej sprawy, niedopełnienie przez zamawiającego obowiązku podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy (lub podmiotu z jego grupy kapitałowej), który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji nie jest jedną z sytuacji wyszczególnionych w art. 457 ust. 1 pzp. W konsekwencji takie naruszenie art. 85 ust. 1 pzp, niezależnie od jego stopnia i usuwalności, nie mieści się w zakresie zastosowania przesłanki unieważnienia postępowania uregulowanej w art. 255 pkt 6 pzp.

W rozstrzyganej sprawie brak jest zatem prawnych podstaw dla uchylenia się przez Zamawiającego od przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Niezależnie od powyższego Zamawiający naruszył również art. 260 ust. 1 pzp, który nakazuje nie tylko równoczesne zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli oferty, ale i podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego. Tymczasem uzasadnienie podane przez Zamawiającego jest ogólne i enigmatyczne w warstwie faktycznej, niekompletne pod względem prawnym, a przede wszystkim nie wskazuje na wypełnienie się hipotezy normy prawnej wskazanej jako podstawa prawna podjętej czynności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 260 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzona złożoną do zamknięcia rozprawy fakturą) orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.