Sygn. akt KIO 1685/22

WYROK

z dnia 21 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Irmina Pawlik
Michał Pawłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę

Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna
w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę

Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie na rzecz wykonawcy Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1685/22

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach

projektu POIiŚ 5.1.-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo, dla zadań inwestycyjnych: a) LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500), b) LOT D - Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) - Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 023-049623 w dniu 2 lutego 2018 r.

W dniu 1 lipca 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce (dalej: Odwołujący), zostało wniesione odwołanie.

Ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przez Zamawiającego wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r., do postępowania, zgodnie z art. 90 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.; dalej: PZP2004). Z kolei do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: PZP2019), stosownie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 - poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika, zdaniem Odwołującego, wprost z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 roku, sygn. akt KIO/KU 11/22. Odwołujący argumentował, że po przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli, w wyniku której stwierdzono naruszenia przepisów PZP2004, Zamawiający złożył zastrzeżenia, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę sygn. akt KIO/KU 11/22. W uchwale Izba w sentencji potwierdziła, że naruszenia w postępowaniu wystąpiły, jednak w uzasadnieniu wskazano, że naruszenia te nie mają wpływu na wynik postępowania. Zamawiający mimo to postępowanie unieważnił.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Wyjaśniał, że w zakresie stwierdzonego w kontroli Prezesa UZP naruszenia art. 12a ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP2004 zaleceniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Od wyniku kontroli Zamawiający wniósł zastrzeżenia, których jednak Izba nie uwzględniła, a Prezes UZP nie zmienił swoich zaleceń.

Zamawiający skierował do Prezesa UZP wniosek o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej oraz do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o sprostowanie uchwały. Ponieważ wniosek o sprostowanie uchwały został odrzucony, a Prezes UZP nie dokonał rewizji wyników kontroli, Zamawiający uznał, że zmuszony jest unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, co ostatecznie zrobił w dniu 14 czerwca 2022 r., przyjmując że postępowanie przetargowe obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

II. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła dowód z dokumentacji sprawy o sygn. akt KIO/KU 11/22 jako dowód z urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

W postępowaniu o udzielnie zamówienia, prowadzonym przez Zamawiającego oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w dniu 11 października 2021 r. (w konsekwencji czego Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, w którym podnosi zarzut kwestionujący zasadność unieważnienia postępowania, ponieważ unieważnienie postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono niniejsze odwołanie. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 lutego 2022 r. Prezes UZP stwierdził m. in. naruszenie art. 12a ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP2004 (poprzez brak przedłużenia terminu składania ofert w następstwie dokonania istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu).

W konsekwencji stwierdzonego naruszenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyników kontroli Prezesa UZP, w których wnosił o uchylenie zalecenia unieważnienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004 argumentując, że zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w specyfikacji nie ograniczyły dostępu do uzyskania i realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców będących w stanie prawidłowo wykonać zamówienie, ponieważ polegały na złagodzeniu szeroko rozumianych wymogów Zamawiającego postawionych w postępowaniu. W swojej argumentacji Zamawiający przyjął, że złagodzenie warunków przetargowych mogło ewentualnie doprowadzić do potencjalnego zwiększenia konkurencji wśród wykonawców i dopuszczenia do udziału większej liczby wykonawców.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W dniu 14 marca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę w sprawie o sygn. akt KIO/KU 11/22, w której wyraziła opinię co do zastrzeżeń Zamawiającego. W sentencji uchwały, Izba wskazała, że „zastrzeżenia zamawiającego z dnia 18 lutego 2022 r.

do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie". Przy czym w uzasadnieniu wskazano, że

„Jednocześnie jednak Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania." (strona 17 uchwały).

W dalszej części uzasadnienia, Izba rozważała skutki stwierdzonego naruszenia i stanowisko Prezesa UZP w tej sprawie. Izba zauważyła, że „W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP odnosząc się do skutków naruszenia ograniczył się do stwierdzenia, że z uwagi iż, po upływie terminu składania ofert, zamawiający nie jest uprawniony do konwalidowania zaniechanej czynności, a zatem wada postępowania ma charakter nieodwracalny, zamawiający winien unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak wynikało z powyższego, organ kontrolujący uzasadnił zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. jedynie tym, że na obecnym etapie postępowania czynność zamawiającego jest już nieodwracalna. W myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powołanego przepisu, przesłanką unieważnienia postępowania z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. jest nie tylko niemożność usunięcia wady, ale także to, aby wada uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanki unieważnienia umowy zostały przez ustawodawcę opisane w art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. Żadna z przesłanek z art. 146 ust. 1

ustawy Pzp z 2004 r. nie miała miejsca w analizowanej sprawie. Zgodnie natomiast z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r., umowa może podlegać unieważnieniu w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z

naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania"

Zatem Izba uznała, że skoro nie ziściły się przesłanki prowadzące do unieważnienia przyszłej umowy, to brak podstaw do unieważnienia postępowania w związku ze

stwierdzonymi naruszeniami.

Dalej, „Izba stwierdziła, że organ kontrolujący nie wykazał wpływu lub możliwości wpływu zarzucanego naruszenia na wynik postepowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r.

Po pierwsze, w analizowanej sprawie na uwagę zasługiwał kluczowy fakt, że mimo nieprzedłużenia terminu składania ofert zamawiający zapewnił wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach więcej niż minimalne 15 dni, o których mowa w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. Zmiana ogłoszenia i SIWZ miała miejsce 20 września 2019 r., zaś termin składania ofert upływał 31 października 2019 r. Organ kontrolujący nie wskazał, o jaki czas jego zdaniem należałoby wydłużyć termin składania ofert w sytuacji, gdy minimalny termin z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., mimo nieprzedłużenia, był zachowany. W braku argumentacji przeciwnej należało uznać, że zdaniem samego Prezesa UZP wystarczającym, dla wypełnienia dyspozycji art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., byłoby przedłużenie terminu o jeden dzień.

Po drugie, Prezes UZP nieprawidłowo ocenił dalsze okoliczności faktyczne tej sprawy. Za takie specyficzne okoliczności faktyczne towarzyszące sprawie należało uznać charakter zmian polegających na rozszerzeniu, a nie na ograniczeniu konkurencyjności postępowania. Na uwagę zasługiwał także brak wniosków wykonawców o wydłużenie terminu składania ofert, brak odwołań do Izby w tym zakresie, znaczna liczba złożonych ofert pochodzących od większości wykonawców, którzy wyrażali zainteresowanie postępowaniem przed terminem składania ofert, a także fakt, że liczba uzyskanych ofert nie odbiegała od średniej w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

Zdaniem Izby wszystkie rozpatrywane łącznie okoliczności faktyczne tej konkretnej sprawy nie wskazywały na to, aby zaistniałe naruszenie mogło lub miało wpływ na wynik postępowania, a przynajmniej Prezes UZP nie sprostał konieczności wykazania takiego choćby potencjalnego wpływu. Prezes UZP w tym zakresie ograniczył się do przedstawienia ogólnych i abstrakcyjnych rozważań o uniemożliwieniu udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniali pierwotnych wymogów postępowania i którzy gotowi byliby złożyć ofertę, gdyby taki termin został wydłużony. Izba wzięła pod uwagę, że powyższa argumentacja organu kontrolującego nie została uprawdopodobniona. Izba stwierdziła, że „możliwość wpływu na wynik postępowania", o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., nie powinna być oceniana abstrakcyjnie, ale z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy.

Jednocześnie Izba podkreśla, że organ kontrolujący niezasadnie zdawał się utożsamiać istotność zmiany w rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. z wpływem lub możliwością wpływu naruszenia na wynik postępowania, o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. Istotność zmiany warunków zamówienia, o której mowa w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., stanowi jedynie przesłankę obowiązku przedłużenia terminu składania ofert. Natomiast wpływ na wynik postępowania należy badać w odniesieniu do naruszenia takiego obowiązku. Tego wpływu lub możliwości wpływu organ kontrolujący nie zdołał uprawdopodobnić.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia nie zdołał wyjaśnić dlaczego odstąpił w analizowanej sprawie od ocen prawnych przedstawianych przez siebie na tle analogicznych stanów faktycznych podczas kontroli uprzedniej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu POliŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo" dla zadania pn. LOT B - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) - Kalina (km 66,800) oraz na zaprojektowanie podstacji trakcyjnych i infrastruktury kolejowej na linii kolejowej nr 131 i 144" jak również w postępowaniach kontrolnych, o których mowa w: 1) w uchwale KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. KIO/KD 11/18, 2) w uchwale KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KD 22/18.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nie

podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (strony 21-24 uchwały).

Reasumując, Izba w uzasadnieniu uchwały sygn. akt KIO/KU 11/22 potwierdziła, że naruszenie dostrzeżone przez Prezesa UZP w toku kontroli faktycznie miało miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale dokładnie przeanalizowała ewentualny wpływ stwierdzonego naruszenia na unieważnienie postępowania, i ostatecznie doszła do wniosku, że takiego wpływu przedmiotowe naruszenie nie miało, popierając swoją konkluzję obszerną argumentacją.

Pismem z dnia 16 marca 2022 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że zgodnie z art. 610 ust. 4 w zw. z art. 617 PZP2019 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w związku z czym nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli.

W dniu 28 marca 2022 r. Zamawiający skierował do Prezesa UZP wniosek o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej oraz do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o sprostowanie uchwały.

W odpowiedzi na wniosek o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej, Prezes UZP przekazał Zamawiający postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO/KU 11/22. W przedmiotowym postanowieniu Izba odrzuciła wniosek Zamawiającego o sprostowanie uchwały, z uwagi na brak w przepisach procedury sprostowania treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej.

W konsekwencji istniejącego (niezmienionego mimo wniosku Zamawiającego) zalecenia Prezesa UZP Zamawiający uznał, że zmuszony był unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, co ostatecznie uczynił w dniu 14 czerwca 2022 r., przyjmując, że postępowanie przetargowe obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba uznała, że stwierdzenie naruszenia 12a ust. 2 pkt 1 PZP 2004 i jego wagi zostało opisane w uchwale KIO/KU 11/22. Izba w niniejszym składzie nie znalazła powodów, aby ponownie oceniać ten sam stan faktyczny i prawny.

Dlatego wnioski dowodowe Odwołującego na okoliczność istnienia stałego kręgu wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia (Odwołujący dowodził, że stwierdzone naruszenie braku przedłużenia terminu do składania ofert nie ma wpływu na wynik postępowania, niezależnie od tego, że zmiana specyfikacji zwiększała możliwość udziału w postępowaniu), Izba oddaliła, ponieważ nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Izba w niniejszym składzie stanowisko wyrażone w uchwale sygn. akt KIO/KU 11/22 odnośnie stwierdzonego naruszenia 12a ust. 2 pkt 1 PZP 2004 i braku jego wpływu na wynik postępowania uznała za własne. Izba w uchwale sygn. akt KIO/KU 11/22 potwierdziła dostrzeżone przez Prezesa UZP w toku kontroli naruszenia, stąd brzmienie sentencji. W uzasadnieniu, po analizie stanu faktycznego Izba uznała, że stwierdzone naruszenia nie mają wpływu na wynik postępowania.

Stąd w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, nie ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania - skoro brak wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania, to można po wyborze oferty najkorzystniejszej zawrzeć ważną umowę. Zatem nie było podstaw, w ocenie składu orzekającego, do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania był uzasadniony.

Izba, rozstrzygając odwołanie, nie brała pod uwagę dalszej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Prezesem UZP, na którą powoływał się Zamawiający - Krajowa Izba Odwoławcza wydaje opinię wyłącznie w zakresie zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli, nie ma podstaw do oceny innych czynności Prezesa UZP (Zamawiający wskazywał, że Prezes UZP nie zmienił zaleceń, mimo wniosku Zamawiającego, a więc wynik kontroli „pozostaje w mocy”), dlatego Izba uznała, że wskazywane przez Zamawiającego okoliczności są irrelewantne dla rozstrzygnięcia, czy unieważnienie postępowania było

prawidłowe.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....