Sygn. akt: KIO 156/24

KIO 160/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Małgorzata Matecka Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez:

A. wykonawcę Ground Transportation Systems Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. gen. Józefa Zajączka 9 (01-518 Warszawa) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 156/24;

B. wykonawcę Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 160/24

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa) przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 156/24:

A. wykonawcy Alstom Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Emilii Plater 53 (00-113 Warszawa);

B. wykonawcy FABE POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-884 Warszawa);

C. wykonawcy NDI spółki akcyjnej z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot);

D. wykonawcy STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków);

E. wykonawcy Zakłady Automatyki Kombud spółki akcyjnej z siedzibą w Radomiu przy ul. Wrocławskiej 10 (26-600 Radom);

2. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 156/24 –

wykonawcy AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze przy ul. Žirovnicka 3146/2, 106 00, Praha 10 (Republika Czeska)

orzeka:

KIO 156/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w pkt. I.1)-I.4) petitum odwołania dotyczących naruszenia:

- art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 pkt 1)-3) w związku z art. 362 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Zarzut nr 1);

- art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1)-3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Zarzut nr 2);

- art. 495 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1)-3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Zarzut nr 3);

- art. 91 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Zarzut nr 4).

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ground Transportation Systems Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 160/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 156/24

KIO 160/24

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym” w imieniu, której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót pn. Odcinek A – Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia” o numerze referencyjnym: 9090/IRZR1/23574/05834/23/P, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2024 r. pod numerem 00004182-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 156/24

W dniu 15 stycznia 2024 r. wykonawca Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym I”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności na wysokość proponowanej przez wykonawców ceny ofertowej;

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a w szczególności prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu;

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności;

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający prawo wykonawców do swobodnego wyboru kontrahentów, którym zamierzają (ewentualnie) powierzyć wykonanie części zamówienia, a w szczególności poprzez zobowiązanie wykonawcy do zawarcia

umowy o podwykonawstwo ze spółką AŽD Praha s.r.o. (zwaną dalej jako: „AŽD Praha”), będącą rzeczywistym wykonawcą systemu komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym zabudowanych w Lokalnym Centrum Sterowania Kartuzy (zwanym dalej jako: „LCS Kartuzy”);

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób przenoszący na wykonawcę zamówienia wszystkie ryzyka związane z zapewnieniem współpracy ze spółką AŽD Praha s.r.o.;

- sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący prowadzić do niemożliwości spełnienia świadczeń objętych zamówieniem;

- ukształtowaniu zasad przeprowadzania aukcji elektronicznej w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnego zapewnienia realizacji prac projektowych i robót budowlanych w zakresie wykonania powiązania z istniejącym systemem sterowania ruchem kolejowym na obszarze LCS Kartuzy oraz włączenia obszaru LCS Kartuzy do zdalnego sterowania realizowanego w nowoprojektowanym budynku LCS Kościerzyna przez podmiot trzeci, tj. spółkę AŽD Praha s.r.o., a także samodzielnego ustalenia szczegółowego zakresu ww. prac przez wykonawców, co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego z wykonawców oraz wyeliminowanie z udziału w postępowaniu innych wykonawców, naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu (Zarzut nr 1);

2) art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1- 3 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku współdziałania z AŽD Praha s.r.o., co nie może nastąpić w inny sposób niż poprzez wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia lub zawarcie pomiędzy wykonawcą a AŽD Praha s.r.o. umowy o podwykonawstwo, co należy traktować jako bezprawne ograniczenie przez Zamawiającego zasady swobody kontraktowania, w szczególności zasad swobody doboru kontrahenta (Zarzut nr 2);

3) art. 495 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez obciążenie wykonawców całym ryzykiem związanym z niemożnością spełnienia świadczenia w przypadku braku możliwości nawiązania współpracy z AŽD Praha s.r.o. lub odmowy wykonania przez AŽD Praha s.r.o. prac i robót w zakresie wykonania powiązania z istniejącym systemem sterowania ruchem kolejowym na obszarze LCS Kartuzy oraz włączenia obszaru LCS Kartuzy do zdalnego sterowania realizowanego w nowoprojektowanym budynku LCS Kościerzyna , co może prowadzić do niemożności

wykonania zamówienia i wygaśnięcia zobowiązań wynikających z umowy na jego realizację, a także do nieosiągnięcia założonych przez zamawiającego celów (Zarzut nr 3);

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części w taki sposób, aby zakres obejmujący prace i roboty wynikające z konieczności powiązania z istniejącym systemem sterowania ruchem kolejowym na obszarze LCS Kartuzy oraz włączenia obszaru LCS Kartuzy do zdalnego sterowania z poziomu LCS Kościerzyna, który może być wykonany wyłącznie przez AŽD Praha s.r.o., został udzielony jako odrębne zamówienie (Zarzut nr 4);

5) art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 133 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z 227 Pzp, art. 229 pkt 1 Pzp przez ukształtowanie zasad aukcji elektronicznej (SWZ – pkt 21 Instrukcji dla wykonawców, w tym w szczególności pkt 21.20) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, w tym przede wszystkim art. 66 § 1 k.c. wskazującym, że określenie wysokości ceny oferty stanowi wyłączną domenę wykonawcy (oferenta), (Zarzut nr 5).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, w związku z Zarzutem nr 5, zmiany treści postanowień SWZ – Instrukcji dla Wykonawców, w szczególności pkt 21.20 oraz 21.21 tejże, poprzez przyznanie wykonawcom prawa do określenia poszczególnych cen jednostkowych/ryczałtowych netto ujętych w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO) poprzez obniżenie cen jednostkowych netto z pierwotnie złożonej oferty (z wyłączeniem pozycji dotyczących Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej) o wartość upustu cenowego ustalonego w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, po zakończeniu aukcji elektronicznej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes z pozyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa z uwagi na następujące okoliczności:

1) odwołujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu;

2) naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, pomimo że dysponuje on potencjałem umożliwiającym jego realizację (zgodnie z postanowieniami Instrukcji dla Wykonawców), a także, w przypadku złożenia oferty, narażać odwołującego na poniesienie realnej i faktycznej szkody w związku z realizacją zamówienia w oparciu o aktualne brzmienie postanowień SWZ (w tym: projektowanych Warunków Umowy).

W uzasadnieniu dla Zarzutu nr 5 odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że nie neguje on prawa zamawiającego do określenia sposobu obliczenia Ceny, które wprost wynika z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp. Jak wskazuje się w doktrynie, określając sposób obliczenia ceny, zamawiający powinien przede wszystkim wskazać:

a. jakiego rodzaju wynagrodzenie przewiduje za wykonanie zamówienia (np. kosztorysowe, ryczałtowe);

b. w jaki sposób wykonawca powinien obliczyć swoją cenę, tj. jakie składniki cenotwórcze powinien wziąć pod uwagę;

c. w jaki sposób powinien podać cenę w ofercie (np. formularz cenowy, kosztorys), uwzględniając podanie cen w wymaganych przez zamawiającego pozycjach;

d. informacje o walucie, w jakiej ma być przedstawiona cena;

e. jednolity sposób zaokrąglania ceny, jeżeli obliczenie ceny może powodować powstanie wartości wyrażanych z dokładnością większą niż grosze.

Odwołujący podkreślił jednak, że powyższe uprawnienie nie może być utożsamiane z prawem zamawiającego do arbitralnego narzucenia wykonawcy ceny, za którą wykonawca ten ma wykonać przedmiot zamówienia, zaś wnioskując a maiori ad minus, również do narzucania wysokości cen jednostkowych składających się na globalną cenę wskazaną w ofercie czy też wysokości wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych części przedmiotu zamówienia. Należy jednoznacznie stwierdzić, że podmiotem wyłącznie uprawnionym do określenia ceny, za jaką zamierza on wykonać zamówienie jest

wykonawca. Uprawnienie to bezsprzecznie wynika z art. 66 § 1 k.c., znajdującego zastosowanie na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp do ofert składanych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia i zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie przepisów Pzp art. 66 § 1 k.c. doznaje znaczącego ograniczenia, albowiem to zamawiający bowiem określa projektowane postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp), czyniąc je umowami typu adhezyjnego, a także – co zostało już wspomniane – może określić sposób obliczenia ceny ofertowej. Żaden przepis prawa nie uprawnia natomiast zamawiającego do, chociażby pośredniego, narzucenia oferentom wysokości proponowanej przez nich ceny wykonania zamówienia publicznego. Takiego uprawnienia nie można również wyprowadzić z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp, chociażby z uwagi na fakt, iż przepisy Pzp stanowią regulacje o charakterze lex specialis względem przepisów Kodeksu cywilnego (por. art. 8 ust. 1 Pzp), a tym samym należy je intepretować w sposób ścisły. Także na etapie aukcji każdy z wykonawców decyduje o wysokości ceny, jaką ostatecznie zaproponuje za wykonanie zamówienia. Chociaż zamawiającemu przysługuje prawo do określenia sposobu dokonywania postąpień czy też nawet wysokości pojedynczego postąpienia (co ma z resztą miejsce w postępowaniu), ostateczna decyzja o samym dokonaniu postąpienia, jak i liczbie dokonanych postąpień należy do każdego z wykonawców. W konsekwencji to wykonawcy powinni samodzielnie decydować, w jaki sposób udzielony przez nich w toku aukcji upust będzie rozkładał się na poszczególne pozycje RCO. Odwołujący zauważył, że wykonawcy jako jedyni posiadają wiedzę na temat

kosztów skalkulowanych w poszczególnych pozycjach, w tym również zawartego w nich zysku oraz kalkulacji ryzyk związanych z wykonaniem poszczególnych robót. Jeżeli zatem RCO ma stanowić podstawę do wzajemnych rozliczeń pomiędzy Stronami, to wykonawcy powinni decydować o ostatecznym kształcie zaproponowanych przez siebie cen jednostkowych.

Uprzedzając ewentualną argumentację zamawiającego, jakoby powyższe miało prowadzić do nieuprawnionej zmiany treści oferty lub też nawet jej negocjowania, odwołujący wskazał, że czynność każdego z wykonawców polegająca na przeniesieniu udzielonego upustu do pozycji RCO nie stanowi zmiany oferty, a jedynie jej urealnienie i dostosowanie do wyników aukcji. To działania zamawiającego wyrażające się w odgórnym narzuceniu wykonawcom cen jednostkowych/ryczałtowych za wykonanie poszczególnych części zamówienia winno być traktowane jako nieuprawniona zmiana ofert złożonych w postępowaniu.

Jak zauważył odwołujący na gruncie postanowień IDW wykluczone jest również ryzyko dokonania innego rodzaju zmian treści RCO niż tylko wprowadzenie udzielonego upustu, w szczególności polegających na zwiększeniu kosztów w innych pozycjach, albowiem zamawiający jasno wskazał w pkt 12.8 i 12.9 IDW, że nie dopuszcza wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO, a ponadto że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 7,00% ceny ofertowej netto za wykonanie zamówienia – zakresu podstawowego części B (bez kwoty warunkowej).

Odwołujący podkreślił, że cena stanowi w postępowaniu jedyne i wyłączne kryterium oceny ofert, a co za tym idzie – stanowi jedyny element oferty za pomocą którego wykonawcy mogą konkurować pomiędzy sobą, ubiegając się o udzielenie zamówienia. Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że pomimo ryczałtowego (co do zasady, poza wyjątkami wskazanymi w Umowie) charakteru wynagrodzenia (por. § 3 ust. 4 SWZ – Warunki Umowy), zamawiający jasno wskazał, że ceny jednostkowe netto ujawnione w Rozbiciu Ceny Ofertowej będą stanowiły podstawę do wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami w toku wykonywania zamówienia oraz w inny sposób oddziaływały na sytuację ekonomiczną wykonawcy:

a. zgodnie z § 1 pkt 48 WU – wypełnione pozycje RCO stanowią punkt odniesienia przy ustaleniu ewentualnego wzrostu lub obniżenia wskaźników ujętych tam wyrobów dla waloryzacji opisanej w § 10 i 11 WU;

b. zgodnie z § 1 pkt 69 WU – wypełnione pozycje RCO stanowią podstawę do sporządzenia Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych służącego do oszacowania wartości oraz zaawansowania Robót;

c. zgodnie z § 3 ust. 5 pkt 4 WU ceny ujęte w poszczególnych pozycjach RCO stanowią podstawę ustalenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy za poszczególne elementy przedmiotu Umowy.

Zdaniem odwołującego niezależnie od faktu, iż przyznanie zamawiającemu uprawnienia do określenia wysokości poszczególnych elementów składowych ceny, oddziałujących na wysokość faktycznie należnego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, może ono prowadzić do niezasadnego odrzucenia oferty, a co za tym idzie – negatywnie oddziaływać na zapewnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Jako przykład odwołujący podał sytuację, w której skorygowanie przez zamawiającego pozycji RCO zgodnie z przedstawionym przez siebie wzorem (pkt 21.20 IDW) spowoduje, że którakolwiek z tych pozycji wyda się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

bądź zacznie budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości jej wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, doprowadzając do uznania, że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności do przedmiotowej sytuacji może dojść w wypadku, w którym dana pozycja RCO została wyceniona w oparciu o oferty przedłożone wykonawcy przez podwykonawców. W takim wypadku wykonawcy zostają pozbawieni jakiejkolwiek możliwości obrony przed zarzutami zamawiającego, albowiem jedynym argumentem jaki mogliby podnieść jest to, iż koszt wykonania danej części zamówienia został sztucznie zaniżony przez zamawiającego na skutek zastosowania przez niego wzoru, o którym mowa w pkt 21.20 IDW. Powyższe może prowadzić również do ograniczenia możliwości wzięcia przez wykonawców udziału w aukcji elektronicznej oraz swobodnego dokonywania postąpień, a co za tym idzie, dalszego konkurowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że to wykonawcy jako jedyne podmioty posiadające wiedzę na temat sposobu ustalenia (nie wyliczenia!) zaproponowanej przez siebie ceny ofertowej, powinni mieć prawo decydowania o tym, w ramach których elementów rozliczeniowych (pozycji RCO) mogą udzielić zamawiającemu upustu, a które elementy cenowe nie powinny być zmieniane (chociażby z uwagi na posiadane przez danego wykonawcę oferty podwykonawców na wykonanie danego zakresu zamówienia). Wreszcie, przyjęcie proponowanego przez zamawiającego sposobu ustalenia cen jednostkowych netto (pozycji RCO) prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy będą zmuszeni, wbrew postanowieniom pkt 12.5 IDW, do uwzględniania w wszystkich pozycjach RCO, które mogą zostać pomniejszone przez zamawiającego o koszt upustu, pewnego „zapasu" kosztowego wyłącznie na potrzeby ewentualnych postąpień w toku aukcji elektronicznej. Takie działania z kolei świadczyły nie tylko o braku zapewnienia przez zamawiającego konkurencyjności w postępowaniu, ale przede wszystkim będą skutkowały nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego odwołujący uznał, że podmiotami wyłącznie uprawnionymi do określenia pozycji RCO, które powinny zostać skorygowane po zakończeniu aukcji

elektronicznej i stosownie do udzielonego upustu cenowego, są wykonawcy biorący udział w tej aukcji, nie zaś zamawiający.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu, natomiast po stronie zamawiającego – wykonawca AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska).

W dniu 1 lutego 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

KIO 160/24

W dniu 15 stycznia 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym II") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego, polegających na wszczęciu kolejnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia, mimo że unieważnienie poprzedniego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia nie jest jeszcze prawomocne. Odwołujący wniósł bowiem w dniu 2 stycznia 2024 r. skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie na wyrok Izby oddalający odwołanie z dnia 30 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3384/23), a zatem wszczęcie kolejnego postępowania należy uznać za przedwczesne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 262 Pzp w zw. z art. 261 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp przez wszczęcie kolejnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia w sytuacji, w której unieważnienie poprzedniego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia nie jest jeszcze prawomocne, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) alternatywnie art. 138 ust. 1 Pzp w zw. z art. 262 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez wyznaczenie terminu składania ofert w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny, który nie uwzględnia okoliczności, że postępowanie skargowe dotyczące wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oddalającego odwołanie i potwierdzającego zasadność czynności zamawiającego polegającego na unieważnieniu „starego Postępowania" jest wciąż w toku,

co równocześnie wymusza na wykonawcach podjęcie określonych działań i kosztów związanych z przygotowaniem nowych ofert w sytuacji prawnie nieustabilizowanej, w której w przypadku uwzględnienia skargi, aktualne postępowanie podlegałoby unieważnieniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wszczęcia kolejnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia;

- alternatywnie nakazanie zamawiającemu przesunięcie terminu składania ofert w postępowaniu do czasu rozpoznania skargi z dnia 2 stycznia 2024 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3384/23.

Odwołujący wyjaśnił, że wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący wskazał także, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp. Szkoda ta wyraża się w konieczności poniesienia ponownych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w szczególności związanych z przygotowaniem oferty (w tym wniesienia wadium, przeanalizowania dokumentacji i sporządzenia nowej oferty z uwzględnieniem naniesionych przez zamawiającego zmian w dokumentacji). Odwołujący wyjaśnił, że poniósł je przygotowując ofertę w ramach pierwszego postępowania, następnie poniósł koszty wniesienia odwołania i przygotowania do rozprawy, po czym wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oddalający odwołanie, ponosząc koszty wpisu od skargi. Zanim skarga została jednak rozpoznana, zamawiający podjął decyzję o wszczęciu nowego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia, określając termin składania ofert na 15 lutego 2024 r. Ustalenie takiego terminu składania ofert, biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Zamówień Publicznych, doświadczenie życiowe profesjonalnych pełnomocników i fakt, że termin rozprawy przed Sądem nie został jeszcze wyznaczony, zdaniem odwołującego, wskazywało, że termin składania ofert w nowym postępowaniu będzie miał miejsce jeszcze przed rozpoznaniem wniesionej w „starym" postępowaniu skargi. Okoliczność ta z kolei sugerowała, że odwołujący, podobnie jak i inni wykonawcy biorący udział w „starym" postępowaniu, którzy zdecydują się złożyć oferty również w postępowaniu „nowym", poniosą koszty przygotowania nowych ofert, co wydaje się rozwiązaniem ze wszech miar nieekonomicznym, naruszając podstawowe zasady gospodarności, a także podstawowe

zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wydany w sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oddalający odwołanie (wyrok z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3384/23) został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie w ramach skargi wniesionej w dniu 2 stycznia 2024 r. (sygnatura sprawy nie została jeszcze nadana). W ocenie odwołującego czynności podjęte przez zamawiającego – zarówno unieważnienie „starego" postępowania (co stanowiło przedmiot odwołania o sygn. akt KIO 3384/23), jak i wszczęcie nowego dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam zakres, wprost godzą więc w interes odwołującego polegający na konieczności poniesienia kosztów przygotowania nowej oferty w sytuacji, gdy nie uprawomocnił się jeszcze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzający prawidłowość działania zamawiającego co do unieważnienia „starego" postępowania. Powyższe okoliczności w ocenie odwołującego dowodziły o wypełnieniu wymagań do wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że w treści informacji o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które obejmuje ten sam przedmiot zamówienia z dnia 4 stycznia 2024 r. zamawiający wskazał, że czynności tej dokonuje w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia pn. Realizacja zadania pn. Odcinek A – Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, etap I. Jako podstawę prawną dokonania tej czynności zamawiający wskazał równocześnie art. 262 Pzp. Użyte przez zamawiającego sformułowanie „w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia" i zastosowana podstawa prawna (art. 262 Pzp) sugerują, jakoby „stare" postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia było już prawomocnie unieważnione. Nie jest to wniosek zgodny z prawdą, bowiem w dniu 2 stycznia 2024 r. odwołujący wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3384/23. Zgodnie z art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 Pzp na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego. Orzeczenie Izby podlega bowiem ocenie i kontroli instancyjnej przez Sąd Okręgowy m.in. w celu ustalenia, czy uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawierało wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Prawo wykonawcy do rozpatrzenia jego zarzutów wobec

czynności i zaniechań zamawiającego gwarantowane jest zatem nie tylko przepisami odnoszącymi się do możliwości wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, ale również przepisami regulującymi prawo wykonawcy do wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie, tzw. Sądu Zamówień Publicznych. Odwołujący zwrócił uwagę na kanwie czynności podejmowanych przez zamawiającego, że zachowuje on w niniejszej sprawie daleko posuniętą konsekwencję – od momentu otrzymania informacji o unieważnieniu „starego" postępowania (czynność z dnia 31 października 2023 r.). Odwołujący wyjaśnił, że przedstawił stanowisko odmienne od zajętego przez zamawiającego, a później również przez Izbę w zakresie możliwości unieważnienia (w określonym stanie faktycznym) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konsekwentnie go broni. Nie zgodził się również z wyrokiem i argumentacją przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 listopada 2023 r. i w związku z tym zaskarżył go do Sądu. Odwołujący podniósł tym samym, że skorzystał ze wszystkich przysługujących mu na tym etapie środków ochrony prawnej i oczekuje konkludentnego rozstrzygnięcia w ramach kontroli instancyjnej i przysługujących środków ochrony prawnej. Zamawiający tymczasem, nie czekając nawet na upływ terminu do wniesienia skargi, zdecydował się wszcząć nowe postępowanie. Odwołujący poinformował, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3384/23) został mu doręczony w dniu 18 grudnia 2023 r. Doświadczenie życiowe i praktyka pozwalają uznać, że pisma kierowane przez Krajową Izbę Odwoławczą docierają do adresatów w tych samych sprawach mniej więcej w tym samym terminie (odchylenia obejmują zwykle okres 2-3 dni). Biorąc pod uwagę 14-dniowy termin na wniesienie skargi na orzeczenie Izby, i uwzględniając tzw. „okres między-świąteczny" łatwo policzyć, że strony miały czas na wniesienie skargi na przełomie starego i nowego roku. Zamawiający

tymczasem, co wprost wynika z informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie do publikacji w dniu 29 grudnia 2023 r. o godzinie 17:27, a zatem nie czekając nawet na informację, czy w niniejszym postępowaniu została wniesiona skarga do Sądu Okręgowego: Zamawiający zatem w sposób zupełnie nieuzasadniony uznał, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oddalający odwołanie kończy sprawę i pozwala uznać prawidłowość czynności Zamawiającego. W ocenie odwołującego, za sprawą wszczęcia nowego postępowania, zamawiający z jednej strony próbuje odmówić odwołującemu możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, a z drugiej – usiłuje zaprzeczyć funkcjonowaniu instancyjnej kontroli orzeczeń przez sąd wyższej instancji, arbitralnie ustalając, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. jest już prawomocne i ostateczne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Pzp kwestia prawomocności orzeczenia Izby została uregulowana wyłącznie w odniesieniu do orzeczenia Izby wydanego na podstawie art. 554

ust. 3 pkt 2 lit. b albo c Pzp. Zgodnie z art. 565 ust. 1 Pzp orzeczenie Izby, wydane na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c Pzp, staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę. Z drugiej strony, ogólną regulacją dotyczącą wszystkich orzeczeń Izby (generalnie) jest przepis art. 562 Pzp normujący kwestię stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby. Na tej podstawie uzasadniony jest wniosek, że dopiero upływ terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby oznacza, że orzeczenie to jest niezaskarżalne, a więc nie przysługuje już od niego żaden środek odwoławczy. Niezaskarżalność, a więc wyczerpanie dostępnych środków ochrony prawnej (w tym upływ terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby), odpowiada pojęciu prawomocności orzeczenia sądu cywilnego. Zgodnie z treścią postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2009 r. (sygn. akt IV CSK 511/08) „Moc wiążąca prawomocnego orzeczenia (tzw. prawomocność materialna w sensie pozytywnym) zabezpiecza poszanowanie dla rozstrzygnięcia sądu ustalającego i regulującego stosunek prawny stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia.” Dopóki zatem nie upłynie bezskutecznie termin na wniesienie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dopóty uzasadnione jest twierdzenie, że nie została potwierdzona prawidłowość czynności zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Dopóki strony postępowania mają możliwość zaskarżenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dopóty nie można mówić o prawomocności wyroku Izby, a tym samym – w tym konkretnym przypadku – o potwierdzeniu prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu „starego” postępowania. Wnioski takie zdaniem odwołującego są ze wszech miar uzasadnione, bowiem stanowią wyraz poszanowania podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a także ekonomiki postępowania. Jak zauważył odwołujący w postępowaniu unieważnienie poprzedniego postępowania zostało zaskarżone, a więc a contrario – nie stało się ostateczne, a zamawiający zobowiązany jest do respektowania prawa wykonawcy do skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Za pomocą podjętej przez siebie czynności wszczęcia nowego postępowania w sytuacji, gdy „stare” nie zostało prawomocnie unieważnione, zamawiający w ocenie odwołującego próbuje bezpodstawnie odebrać odwołującemu prawo do kwestionowania w ramach kontroli instancyjnej prawidłowości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Działanie takie należy określić jako nieprawidłowe nie tylko na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ale również orzecznictwa unijnego. W wyroku o sygn. akt KIO 2622/22 Krajowa Izba Odwoławcza trafnie odniosła się do przepisów unijnych, które w sposób równie jednoznaczny odnoszą się do kwestii prawomocności orzeczeń, instancyjności i możliwości

korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej aż do faktycznego wyczerpania tej drogi.

Zdaniem odwołującego ze stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej i sądów wynika jednoznacznie, że o prawomocności, czy też ostateczności orzeczenia Izby można mówić wówczas, gdy wykonawcy nie przysługuje już prawo do zaskarżenia tego orzeczenia (w formie skargi), albo gdy skarga na wyrok Izby została oddalona. W innych przypadkach orzeczenia Izby nie można uznać za prawomocne, a zatem ostateczne.

W tym miejscu na marginesie odwołujący nadmienił, że relacje na linii wykonawca – zamawiający w przypadku unieważnienia postępowania kształtują się zgoła odmiennie niż te same relacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym ogłoszono orzeczenie Izby dotyczące prawidłowości wyboru oferty. Jak wiadomo, w przypadku wniesienia odwołania na wybór, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze – jest to wprost uregulowane w przepisach Pzp. Jednakże po ogłoszeniu, w sytuacji gdy orzeczenie jest korzystne dla zamawiającego i dotyczy kwestii wyboru oferty najkorzystniejszej, nic nie wstrzymuje podpisania umowy – nawet wniesienie skargi. Wykonawca, który w takiej sytuacji zdecyduje się jednak na wniesienie skargi (albo wniesie ją w przewidzianym przepisami terminie, jednak umowa zostanie zawarta przez rozpatrzeniem sprawy przez Sąd Okręgowy), ma wówczas niebywale ograniczone możliwości dalszego działania, uwzględniające m.in. doprowadzenie do unieważnienia umowy (okoliczność niemal niespotykana w praktyce), czy – w sytuacji wydania korzystnego wyroku Sądu Okręgowego stwierdzającego naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp – dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych (okoliczność bardzo rzadka w praktyce orzeczniczej). Ewentualnie, w przypadku gdy umowa nie została jeszcze zawarta, a termin na wniesienie skargi jeszcze nie upłynął, skarżący może podjąć próbę sformułowania wniosku o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy, jednakże jest to również okoliczność niebywale rzadka w aktualnej praktyce orzeczniczej. Sytuacja wygląda zgoła odmiennie w bieżącej sprawie, która nie dotyczy czynności wyboru, a czynności unieważnienia. Stan faktyczny, który się w niej ukształtował, dotyczy bowiem czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, a ponadto dotyczy postępowania, które w poprzedniej formie („stare” postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 lipca 2022 r., a więc ponad półtora roku temu). Sprowadzając spór do znacznych uproszczeń, odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że najpierw zamawiający czekał blisko rok od upływu terminu składania ofert do dnia, w

którym unieważnił „stare” postępowanie, teraz zaś – nie czekając na uprawomocnienie się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie prawidłowości unieważnienia postępowania, wszczyna nowe postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia i obejmujące ten sam przedmiot zamówienia. Od dnia ogłoszenia

orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 3384/23 do dnia przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego „nowe” postępowanie nie upłynął tym razem nawet miesiąc (i to w okresie świątecznym, co de facto daje 19 dni roboczych). Tym razem czas nie stanowił dla zamawiającego przeszkody w sprawnym i efektywnym działaniu. Konieczność poniesienia podwójnych kosztów przygotowania oferty Powyższe, jak się wydawało odwołującemu, nieracjonalne działanie zamawiającego, ma konkretne przełożenie na sytuację zarówno odwołującego jak i innych wykonawców potencjalnie zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Dla przypomnienia, szacowana przez zamawiającego wartość „starego” przedmiotu zamówienia wynosiła 1 813 094 958,57 PLN brutto (w zakresie zamówienia podstawowego). Oferty złożyło 10 konsorcjów, co daje łącznie aż 18 firm jeśli zliczyć osobno wszystkich partnerów konsorcjum. Wszyscy ci wykonawcy zainwestowali określone środki w przygotowanie ofert do złożenia w „starym” postępowaniu, które już choćby ze względu na samą jego wartość – bezprecedensową w branży – stanowi określone i wymierne obciążenie (np. koszty uzyskania wadium, przygotowania oferty, specjalistyczne doradztwo, spotkania z potencjalnymi podwykonawcami). Podobny skład wykonawczy może być również zainteresowany złożeniem oferty w „nowym” postępowaniu, choćby biorąc pod uwagę wartość i skalę przedmiotu zamówienia „nowego”, pokrywającego się ze „starym”. O ile być może częściowo składane przez wykonawców oferty będą się powielać, już na tym etapie (po dokonaniu wstępnej analizy dokumentacji wszczętego postępowania) widać, że zamawiający dokonał w jej treści pewnych zmian, które będą wymagały dokonania nowej wyceny oferty, oczywiście po dokonania dogłębnej analizy (właściwie „słowo po słowie”) tego, co się zmieniło, a co pozostało w takim samym kształcie. Co więcej, podobnie jak miało to miejsce poprzednio, dokumentacja postępowania jest obszerna i dokładne jej przeanalizowanie (nawet w sytuacji powielenia pewnych elementów) będzie wymagało znacznych nakładów czasu i pracy specjalistów inżynierów, zespołu przygotowującego ofertę od strony formalnej i wsparcia prawnego. Koszty te są zatem ponoszone tak naprawdę podwójnie.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutu alternatywnego, a więc kwestii wyznaczenia terminu składania ofert w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny, odwołujący podniósł, że podstawowe dyrektywy dotyczące terminu składania ofert znajdują się w art. 138 Pzp. Z ust. 1 tego przepisu wynika, że termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Odwołujący jednak wyraźnie zaznaczył, że termin ten jest terminem minimalnym i każdorazowo należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na jego ustalenie. W ocenie odwołującego, z całą pewnością toczące się postępowanie skargowe w sprawie czynności unieważnienia „starego postępowania” można traktować jako okoliczność uzasadniającą

wydłużenie terminu składania ofert w ramach „nowego postępowania”, co też zamawiający powinien był uczynić.

Zdaniem odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy, a więc w sytuacji braku ostateczności wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a w konsekwencji braku potwierdzenia prawidłowości działania zamawiającego polegającego na unieważnieniu „starego” postępowania, należy stwierdzić, że działanie zamawiającego, który zdecydował się na wszczęcie nowego postępowania, sprzeciwia się również zasadzie gospodarności i efektywności ekonomicznej, która w szerokim rozumieniu dotyczy obowiązku prowadzenia postępowania w sposób nie tylko zapewniający najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków przeznaczonych na realizację (rozumienie sensu stricto), ale również w sposób, który oszczędza tak zamawiającemu jak i wykonawcom niepotrzebnych do osiągnięcia wyznaczonego celu kosztów (rozumienie sensu largo). W nawiązaniu do powyższego, odwołujący przypomniał również, że jako działanie nieracjonalne należy określić działanie zamawiającego, który wymusza na wykonawcach konieczność pokrycia kosztów przygotowania nowej oferty w sytuacji, gdy w toku jest postępowanie skargowe w odniesieniu do „starego postępowania”. W przypadku uwzględnienia skargi, „nowe postępowanie” musiałoby zostać unieważnione, ponieważ w obrocie nie mogą istnieć dwa postępowania o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia, a z taką sytuacją będziemy mieć do czynienia w opisanych okolicznościach. Przepisy Pzp, w tym w szczególności przepisy dotyczące unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i te dotyczące wszczęcia nowego dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia nie zwalniają zamawiającego z należytej staranności w planowaniu i udzielaniu zamówień publicznych, co jest uzasadnione ochroną interesu tak samych zamawiających jak i wykonawców. W ramach niniejszego postępowania zamawiający z sobie tylko znanych przyczyn zadziałał w sposób nieracjonalny na co najmniej kilku poziomach. W pierwszej kolejności w sposób opieszały podszedł do oceny ofert w „starym” postępowaniu, następnie z opóźnieniem zdecydował o rzekomym wystąpieniu podstawy do unieważnienia postępowania i zdecydował się na jego unieważnienie (wskazane okoliczności nie stanowią przedmiotu niniejszego odwołania, jednak prezentują model działania zamawiającego). Potem z kolei nie czekając na uprawomocnienie się korzystnego dla siebie wyroku, jakby w obawie przed kontrolą instancyjną zapadłego w sprawie orzeczenia, zamawiający zdecydował o błyskawicznym uruchomieniu nowego postępowania zbudowanego na tych samych podstawach. Swoim działaniem zamawiający tym samym wymusił poniesienie przez wykonawców podwójnych kosztów przygotowania oferty, szczególnie biorąc pod uwagę okoliczność, że wyznaczony przez zamawiającego termin składania ofert w postępowaniu „nowym” na dzień 15 lutego 2024 r. prawie na pewno przypadnie przed terminem rozprawy przed Sądem Okręgowym –

Sądem Zamówień Publicznych, przed którym rozpatrywana będzie skarga odwołującego na wyrok Izby z dnia 30 listopada 2023 r. W związku z tym z ogromnym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wykonawcy (potencjalnie łącznie aż 18 firm) będą po raz drugi przygotowywać oferty w tym samym postępowaniu, ponosząc podwójne koszty, w dodatku bez wyraźnego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego, czemu dał wyraz w ramach niniejszego odwołania, tylko wstrzymanie działania w ramach nowego postępowania, w tym otwarcia ofert, zagwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności rozumianych jako oczekiwanie podjęcia działań adekwatnych dla okoliczności faktycznych. W okolicznościach sprawy nieproporcjonalne jest oczekiwanie

wyrażone przez zamawiającego, dotyczące konieczności podjęcia kolejnego wysiłku i poniesienia dodatkowych kosztów uczestnictwa w „nowym postępowaniu", jeśli „stare postępowanie" jest wciąż „aktywne" w tym sensie, że nie zostało prawomocnie unieważnione.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 1 lutego 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24;

- wykonawcę FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24;

- wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24;

- wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24;

- wykonawcę Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24;

- wykonawcę AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 156/24. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch nośnikach typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 stycznia 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");

2) pismo z dnia 1 lutego 2024 r. wykonawcy AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska), złożone na rozprawie przez zamawiającego – dokument dotyczył sprawy o sygn. akt KIO 156/24.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 156/24 na rozprawie w dniu 2 lutego 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1-4, co należało rozumieć jako cofnięcie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1)-3) w zw. z art. 362 Pzp (Zarzut nr 1);

- art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp (Zarzut nr 2);

- art. 495 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp (Zarzut nr 3);

- art. 91 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp (Zarzut nr 4).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Skoro dyspozycja zawarta w art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części tj. w zakresie niektórych zarzutów. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o wycofaniu pozostałych zarzutów (nieuwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1) Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania.

W związku z powyższym Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim odwołujący I cofnął odwołanie.

Tym samym Izba w punkcie 1 sentencji orzeczenia, na podstawie art. 568 pkt 1) Pzp, umorzyła postępowanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 156/24 w zakresie powyżej opisanych zarzutów.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający wszczął w dniu 8 lipca 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Odcinek A – roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, etap I", na podstawie ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 133-380942 (zwane dalej jako: „stare postępowanie").

W dniu 31 października 2023 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu ww. postępowania. Zamawiający jako podstawę prawną swojej decyzji wskazał art. 255 pkt 6) Pzp.

W dniu 10 listopada 2023 r. odwołujący II wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sprawie nadano sygn. akt KIO 3384/23.

W dniu 30 listopada 2023 r. został ogłoszony wyrok o sygn. akt KIO 3384/23. Izba oddaliła odwołanie w ww. sprawie w całości.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2023 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o wszczęciu obecnego postępowania.

W dniu 2 stycznia 2024 r. odwołujący II złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r., wydane w sprawie o sygn. akt KIO 3384/23.

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców składających oferty w „starym" postępowaniu o wszczęciu kolejnego postępowania.

Zamawiający jako podstawę prawną zawiadomienia o wszczęciu postępowania wskazał art. 262 Pzp. Ponadto zamawiający wskazał, że czynności tej dokonuje w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia pn. Realizacja zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, etap I".

SWZ w obecnym postępowaniu został opisany w czterech tomach:

- Tom I – Instrukcja dla wykonawców (IDW);
- Tom II – Warunki Umowy – (WU);
- Tom III – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ – W TYM: CZĘŚĆ A – SPECYFIKACJE TECHNICZNE WYKONANIA i ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH (STWiORB) i DOKUMENTACJA PROJEKTOWA – CZĘŚĆ OPISOWA i RYSUNKOWA; CZĘŚĆ B -PROGRAM FUNKJONALNOUŻYTKOWY);
- Tom IV – Wycena (CZĘŚĆ A – PRZEDMIARY ROBÓT; CZĘŚĆ B – ROZBICIE CENY OFERTOWEJ (RCO)).

Jak wynikało z pkt 20.8 IDW jedynym kryterium wyboru ofert w postępowaniu jest Całkowita cena brutto.

Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w wyniku której dokona wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Postanowienia dotyczące aukcji zostały przedstawione w rozdziale 21 IDW.

Sposób wyliczenia cen jednostkowych po zakończeniu aukcji został opisany w pkt 21.20 IDW, zgodnie z którym:

> 21.20. Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeżeli występują) w następujący sposób:
>
> 1) wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, z zastrzeżeniem pkt 21.16, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:

U = 100 – (W aukcji x 100) / W oferty [%]

> 2) następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe/ryczałtowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych netto z pierwotnie złożonej oferty (z wyłączeniem pozycji dotyczących Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej) o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch (2) miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:

C aukcji = C oferty – (C oferty x U) gdzie:

U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej (pomniejszonej o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej) uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej.

W oferty – wartość oferty pierwotnie złożonej brutto (w zakresie pozycji podlegającej licytacji) pomniejszona o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert.

W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto (w zakresie pozycji podlegającej licytacji) pomniejszona o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert.

C aukcji – cena jednostkowa/ryczałtowa netto przyjęta do Umowy.

C oferty – cena jednostkowa/ryczałtowa netto oferty pierwotnie złożonej z zastrzeżeniem, że pozycje dotyczące Wynagrodzenia Warunkowego oraz kosztów komunikacji zastępczej wskazane przez Wykonawcę w ofercie pierwotnie złożonej nie podlegają obniżeniu.

3) Wyliczone zgodnie z ppkt 2) poszczególne ceny jednostkowe/ ryczałtowe będą uznawane za wiążące i na ich podstawie będą prowadzone wszelkie rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym w trakcie realizacji Umowy.

Ponadto w pkt 21.21 IDW posiadał następującą treść:

21 .21 Całkowita cena brutto, będzie to wartość oferty brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, zaś całkowita cena netto zostanie obliczona poprzez odjęcie od całkowitej ceny brutto podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie ze stawką wskazaną w ofercie Wykonawcy. Ww. wartości zostaną przyjęte jako wartość Umowy. Wyliczenie cen jednostkowych/ryczałtowych Zamawiający przekaże Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy (wersja elektroniczna, format pdf. i .xlsx).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 66 § 1 k.c. – Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.;

- art. 8 ust. 1 Pzp – Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.;

- art. 133 ust. 1 pkt 17 Pzp – SWZ zawiera co najmniej sposób obliczenia ceny;

- art. 227 Pzp – 1. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

2. Zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.;

- art. 229 pkt 1 Pzp – Aukcja elektroniczna może opierać się na następujących elementach ofert:

1) cenach, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena;

- art. 262 Pzp – W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.;

- art. 261 Pzp – W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 17 Pzp – 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

- art. 138 ust. 1 Pzp – Termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 156/24

W ramach przedmiotowej sprawy ostatecznie rozpoznaniu podlegał tylko jeden zarzut, oznaczony jako Zarzut nr 5. Pozostałe zarzuty w związku ze złożonym na rozprawie oświadczeniem odwołującego I o ich cofnięciu, nie zostały merytorycznie rozstrzygnięte, a postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone.

Rozstrzygając Zarzut nr 5 skład orzekający w znacznej mierze przyjął stanowisko zamawiającego uznając je za zasadne. Jak słusznie argumentował zamawiający przepisy Pzp (w tym przede wszystkim rozdziału 6 tejże ustawy) nie zawierają żadnych postanowień, które w sposób szczegółowy wskazywałyby, w jaki sposób zamawiający ma wyliczać ceny jednostkowe oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i obniżeniu ceny w wyniku złożonych przez wykonawców postąpień. Tym samym jako punkt wyjścia należało przyjąć, że Ustawodawca dał zamawiającym pewną swobodę w kształtowaniu postanowień dokumentacji przetargowej w zakresie wyliczania cen jednostkowych po zakończeniu aukcji z zachowaniem ogólnych zasad udzielania zamówień (art. 16 Pzp – przede wszystkim zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców). Nie można zatem było zgodzić się z odwołującym I, że zamawiający postąpił w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, skoro takich przepisów nie ma. Przepisy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący I – tj. art. 134 ust. 1 pkt 17 oraz art. 227 i art. 229 pkt 1 Pzp nie odwołują się w ogóle do sposobu wyliczania cen jednostkowych po zakończeniu aukcji. Przepis art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp stwierdza ogólnie, że zamawiający w SWZ ma wskazać sposób obliczenia ceny i taki sposób został wskazany w SWZ, a dokładniej rzecz ujmując w IDW. Z kolei art. 227 Pzp przewiduje możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz określa jej cel: uzyskanie nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Natomiast art. 229 pkt 1 Pzp stanowi jedynie, że aukcja elektroniczna może opierać się na cenach, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że skarżone przez odwołującego I postanowienia stosuje od wielu lat i nie były one kwestionowane ani przez wykonawców ani przez organy orzekające w sprawach zamówień publicznych. Skład orzekający nie znalazł powodu do tego żeby zakwestionować powyżej wskazane wyjaśnienie zamawiającego szczególnie, że odwołujący I nie przedstawił żadnego dowodu lub chociażby pogłębionego stanowiska, które mogłoby podważyć argumentację zamawiającego w tym zakresie. Warto dodać, że podczas rozprawy odwołujący I argumentował, że w przeszłości zdarzały się problemy związane ze stosowaniem kwestionowanych postanowień SWZ dotyczących wyliczenia cen jednostkowych po przeprowadzonej aukcji, szczególnie w kontekście rażąco niskiej ceny. Jak wskazano powyżej odwołujący pozostał gołosłowny w swojej argumentacji i nie przedstawił, ani nie powołał się chociażby na jedno z wcześniejszych postępowań, w których taki problem zaistniał. W wyniku tego Izba uznała stanowisko odwołującego w tej materii za niepotwierdzone i nie wzięła go pod uwagę.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 66 § 1 k.c. Jakkolwiek należało zgodzić się z odwołującym I w kwestii tego, że podmiotem wyłącznie uprawnionym do określenia ceny jest wykonawca, jednakże zasada ta doznaje określonej modyfikacji

w przypadku aukcji. Odwołujący I pominął w swojej argumentacji treść art. 235 ust. 1 Pzp zgodnie z którym oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Jednocześnie stosownie do art. 70^2 § 1 k.c.: oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać, gdy inny uczestnik aukcji (licytant) złożył ofertę korzystniejszą, chyba że w warunkach aukcji zastrzeżono inaczej. Skoro wykonawcy od momentu ogłoszenia postępowania wiedzą o mechanizmie obliczenia upustu i wyliczenia cen jednostkowych z jego zastosowaniem to należy przyjąć, że jeśli zdecydowali się na złożenie ofert, a następnie na udział w aukcji to zaakceptowali taką możliwość. Każdy wykonawca już w momencie składania oferty powinien być w stanie ustalić lub wyliczyć, jakie mogą być ostateczne ceny jednostkowe jeśli założy, że dokona określonego kwotowo postąpienia – mechanizm wyliczenia cen jednostkowych został opisany w SWZ i przez to jest wykonawcom znany. Nie można zatem przyjąć, że to zamawiający w jakiś sposób zmienia ofertę wykonawcy. Ponieważ identyczny mechanizm będzie

zastosowany do każdej z ofert, dalej będą one porównywalne. Jeśli wykonawca ma obawy, że po zakończeniu aukcji jego cena lub jakiś jej istotny element może stać się rażąco niski to powinien przede wszystkim rozważyć czy w ogóle wziąć udział w aukcji lub czy składać postąpienia poniżej określonego limitu.

Nietrafne w ocenie składu orzekającego okazało się również twierdzenie odwołującego I wskazujące, że zastosowanie upustu wpłynie w jakikolwiek sposób na wzajemne rozliczenia z zamawiającym. Zdaniem Izby w oczywisty sposób takie rozliczenia dalej będą możliwe.

Ponadto postulowane przez odwołującego I prawo do określania poszczególnych cen jednostkowych poprzez prawo decydowania, w którym elemencie rozliczeniowym ma zostać zastosowany upust mogłoby doprowadzić do naruszenia art. 223 Pzp, który ustanawia zakaz zmiany przez wykonawców treści ofert po terminie ich składania. Poza tym powyższy postulat mógłby prowadzić do problemu „obliczeniowego", skoro nie byłoby jednego wspólnego procentowego wskaźnika upustu. W oczywisty sposób zastosowanie tego procentowego wskaźnika przyczynia się do ujednolicenia i uproszczenia aktualizacji cen ofertowych po przeprowadzeniu aukcji.

Na marginesie warto wskazać, że Izba przy okazji sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 3772/23 rozstrzygnęła zbliżony zarzut. Powyżej wskazana sprawa dotyczyła innego postępowania zamawiającego, co do którego ten sam odwołujący, wniósł odwołanie, w którym podniósł m. in. zarzut oznaczony jako Zarzut nr 2. Zarzut ten dotyczył analogicznej kwestii jak Zarzut nr 5 w przedmiotowej sprawie. Wyrokiem z dnia 15 stycznia 2024 r. Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3772/23, które co do meritum dotyczyło wyłącznie kwestii ukształtowania zasad aukcji elektronicznej w kontekście wyliczenia cen jednostkowych netto oferty po zakończeniu aukcji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy,

podobnie jak przy okazji sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 3772/23, Izba nie dopatrzyła się po stronie odwołującego I argumentów, które pozwoliłyby na uwzględnienie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu.

W świetle powyższego Izba oddaliła Zarzut nr 5. Ponadto odwołanie zostało oddalone zważywszy na to, że jedyny zarzut, w zakresie którego postępowanie odwoławcze nie zostało umorzone, nie został uznany za uzasadniony.

KIO 160/24

W przedmiotowej sprawie skład orzekający w znacznej mierze przyjął stanowisko zamawiającego uznając je za zasadne.

Na wstępie należało wskazać, że odwołujący II w swojej argumentacji szczególnie akcentował kwestię prawomocności orzeczenia Izby, wskazując, że 2 stycznia 2024 r. wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych skargę na wyrok Izby z dnia 30 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3384/23. Wniesienie przez odwołującego II skargi skutkowało oczywiście uznaniem, że ww. wyrok Izby nie jest prawomocny, innymi słowy „stare" postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia nie zostało jeszcze prawomocnie unieważnione. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy istotne znaczenie miała nie tyle kwestia prawomocności wyroku, a kwestia tego czy ogłoszony wyrok Izby pozwalał czy nie pozwalał zamawiającemu na dokonywanie określonej czynności. W tym wypadku czynności wszczęcia kolejnego postępowania.

Odpowiadając na powyżej wskazane pytanie skład orzekający w pierwszej kolejności odniósł się do podniesionej w odwołaniu kwestii prawomocności orzeczeń Izby i kontroli instancyjnej jej orzeczeń. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 Pzp na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie, tzw. Sądu Zamówień Publicznych. Jak słusznie wskazał odwołujący II – w Pzp kwestia prawomocności orzeczenia Izby została w uregulowana w odniesieniu do orzeczenia Izby wydanego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c Pzp. Zgodnie z art. 565 ust. 1 Pzp orzeczenie Izby, wydane na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c Pzp, staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę. Z drugiej strony, jak wskazał odwołujący II ogólną regulacją dotyczącą wszystkich orzeczeń Izby (generalnie) jest przepis art. 562 Pzp normujący kwestię stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby. Zgodnie z ust. 1 powyższego artykułu – Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi

z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

Z powyższego odwołujący II wysunął oczywiście słuszny wniosek, że dopiero upływ terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby oznacza, że orzeczenie to jest niezaskarżalne, a więc nie przysługuje już od niego żaden środek odwoławczy. Następnie odwołujący II przywołał orzecznictwo sądów dotyczące prawomocności orzeczeń. Jakkolwiek nie mogło być żadnych wątpliwości co do tego, że w związku z wniesioną skargą orzeczenie w sprawie KIO 3384/23 na moment rozpoznania odwołania nie było prawomocne, przez co „stare" postępowanie nie zostało prawomocnie unieważnione, jednakże nie można było zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego II, jakoby zamawiający próbował bezpodstawnie odebrać mu prawo do kwestionowania w ramach kontroli instancyjnej prawidłowości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie mógł odebrać odwołującemu II prawa do zaskarżenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ prawo do złożenia skargi wynika wprost z ustawy i odwołujący II z takiego uprawnienia skorzystał.

Dalej odwołujący II wskazał, że dopóki strony postępowania mają możliwość zaskarżenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dopóty nie można mówić o prawomocności wyroku Izby, a tym samym – w tym konkretnym przypadku – o

potwierdzeniu prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu „starego” postępowania.

Jakkolwiek z powyższym wnioskiem należy się zgodzić to jednak ani z tego wniosku ani z przepisów prawa nie wynika, że zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia nowego postępowania, pomimo braku prawomocnego potwierdzenia przez sąd prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu „starego” postępowania. Innymi słowy nie ma w przepisach prawa zakazu, który zabraniałby zamawiającemu wszczęcia nowego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmującego ten sam zakres po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku potwierdzającego prawidłowość unieważnienia poprzedniego postępowania.

Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym zasadną jest konstatacja, że jeśli postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało zakończone i w jego wyniku Izba uznała prawidłowość czynności unieważnienia postępowania, to niezależnie od wniesienia skargi do sądu, zamawiający nie jest zobowiązany do oczekiwania na wynik postępowania skargowego i może ogłosić kolejne postępowanie w tej materii.

Ponadto Izba pominęła całość argumentacji odwołującego II jak i zamawiającego, która dotyczyła oceny prawidłowości lub nieprawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego przy okazji „starego” postępowania, a szczególnie czynności unieważnienia tego postępowania. Czynności tej dotyczyło orzeczenie w sprawie KIO 3384/23, które

zostało zaskarżone. Tym samym ocena lub chociażby stanowisko komentujące ww. czynność przy okazji tego postępowania nie mogły mieć miejsca.

Na marginesie Izba zwróciła uwagę na żądanie związane z zarzutem podniesionym w pkt 1 petitum odwołania. Żądanie to sprowadzało się do unieważnienia czynności wszczęcia postępowania. Jak wynika z treści art. 254 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy postępowanie na tym etapie mogło zakończyć się wyłącznie unieważnieniem, ponieważ zawarcie umowy z oczywistych względów nie mogło być brane pod uwagę. Obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania zostały enumeratywnie wymienione w art. 255 Pzp i odwołujący II w swojej argumentacji nie powołał się na żadną z nich. Oczywiście Izba miała świadomość, że Pzp wskazuje również fakultatywne przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 256-258 Pzp, jednakże również na nie odwołujący II nie zwrócił uwagi. W związku z tym odwołujący II nie zadał sobie trudu wskazania w jaki sposób mogłoby dojść do zgodnego z Pzp zrealizowania jego żądania, które sprowadzało się de facto do zakończenia postępowania, czyli w tym przypadku unieważnienia postępowania, ponieważ Pzp nie przewiduje czynności unieważnienia czynności wszczęcia postępowania. Izba uznała, że żądanie było nieprecyzyjne i zmierzało de facto do doprowadzenia do czynności, która nie ma swojego oparcia w przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 262 Pzp w zw. z art. 261 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu alternatywnego, podniesionego w pkt 2 petitum odwołania, Izba stwierdziła, że zamawiający wyznaczył termin postępowania zgodnie z art. 138 Pzp, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na jego ustalenie. Wbrew twierdzeniom odwołującego toczącego się postępowania skargowego w sprawie czynności unieważnienia „starego” postępowania nie można traktować jako okoliczności uzasadniającej wydłużenie terminu składania ofert w ramach postępowania, gdyż zamawiający nie był zobligowany żadnym przepisem prawa do czekania na prawomocność orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, ani nawet na upływ terminu do wniesienia skargi, aby wszcząć nowe postępowanie.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 138 ust. 1 Pzp w zw. z art. 262 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 156/24 i KIO 160/24, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego I wynikający z rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący: ……..……