

sygn. akt: KIO 3265/24

WYROK

Warszawa, 3 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata Członkowie: Aleksandra Kot

Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A; 02-305 Warszawa,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A; 02-305 Warszawa i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A; 02-305 Warszawa na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:

Członkowie:

sygn. akt: KIO 3265/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142A; 02-305 Warszawa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Przebudowa dworca kolejowego Dąbrowa Białostocka w systemie projektuj i buduj”.

9 września 2024 roku, wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego – niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na unieważnieniu postępowania, mimo braku spełnienia ustawowych przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy tego rodzaju okoliczności w postępowaniu nie wystąpiły, a zamawiający nie wykazał ich zaistnienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez odwołującego w postępowaniu stanowiła ofertę z najniższą ceną, co wobec braku przewidzenia w ramach Specyfikacji Warunków Zamówienia innych kryteriów oceny ofert, wskazywało na duże prawdopodobieństwo uznania jej za ofertę najkorzystniejszą. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego (unieważnienia postępowania) odwołujący został więc pozbawiony realnej możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która stanowiłaby dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”. Odstąpienie przez zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z odwołującym, wprost godzi więc w interes odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki odwołujący

zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy. Dowodzi to wypełnieniu wymagań do wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

W treści Informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że „Opracowany na potrzeby przedmiotowego postępowania Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) wymagał zachowania nastawni wraz z pomieszczeniami towarzyszącymi, co skutkowało koniecznością przewidzenia szeregu warunków i ograniczeń związanych z wykonaniem przedmiotu

zamówienia dotyczących tych pomieszczeń”. Ponadto stwierdził, że „Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, powziął informacje, że opis przyszłej inwestycji zawarty w PFU, stanowiący podstawę do sporządzenia oferty, zawiera informacje oraz wymagania, które nie odpowiadają stanowi faktycznemu, przez co jest wadliwy. Nieprawidłowości ujawnione w PFU stanowią wadę, której na obecnym etapie postępowania nie można usunąć”. Należy jednak w tym miejscu przypomnieć, że postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a ponadto, wskazane przez zamawiającego w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania okoliczności, pozostają bez istotnego wpływu na wycenę złożonych ofert.

Zamawiający tymczasem próbuje argumentować, że niemożliwe jest porównanie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ rzekomo każdy mógłby przyjąć inne parametry do wyceny, opierając się na przedstawionej przez zamawiającego zmianie przeznaczenia budynku dworca kolejowego w Dąbrowie Białostockiej w zakresie pomieszczeń technicznych oraz pomieszczeń, w których znajdują się urządzenia nastawni. W rzeczywistości jednak nic bardziej mylnego.

W doktrynie i orzecznictwie generalnie podnosi się, że aby móc skorzystać z podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest art. 255 ust. 6) ustawy Pzp, konieczne jest przede wszystkim ustalenie, że „w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (Wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 12.4.2022 r., KIO 881/22, Legalis; wyr. KIO z 7.4.2022 r., KIO 867/22, Legalis oraz wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis)” (tak: Komentarz do art. 255 ustawy Pzp, red. Jaworska 2023, wyd. 5). Drugim elementem kluczowym do określenia możliwości unieważnienia postępowania na tej podstawie jest zaistnienie wady rzeczywiście niemożliwej do usunięcia (chodzi o nieusuwalność bezwzględną, czyli brak możliwości wyeliminowania przez zamawiającego lub wykonawcę na etapie postępowania w żadnej z dopuszczalnych w ustawie procedur sanacyjnych). Trzecim elementem koniecznym do uwzględnienia jest osiągnięcie skutku w postaci braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym należy podkreślić, że między wskazanymi przesłankami należy ustalić związek przyczynowo - skutkowy, bowiem wszystkie elementy podstawy unieważnienia muszą zaistnieć łącznie, kumulatywnie, skoro przepis ma charakter skutkowy (wynikowy). Należy przy tym pamiętać, że „przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym (zob. wyroki KIO: z 23.09.2011 r., KIO 1948/11, LEX nr 964389; z 3.06.2014 r., KIO 991/14; KIO 1001/14, LEX nr 1480088)”.

Wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy musi mieć charakter wady kluczowej, istotnej, o dużym znaczeniu, wady znaczącej, fundamentalnej. Należy pamiętać, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest tak naprawdę krokiem ostatecznym, który powinien być stosowany przez zamawiających w sytuacjach niewątpliwych, a także gdy w inny sposób nie da się naprawić sytuacji, w której zamawiający się znalazł. W efekcie unieważnienia, postępowanie „upada” i nie może być wznowione ani konwalidowane. Tymczasem celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 pkt 18) ustawy Pzp jest co do zasady wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przez ten pryzmat działania i oceny dokonywane przez zamawiającego winny być weryfikowane.

Artykułu 255 pkt 6) ustawy Pzp nie można stosować w przypadku, gdy nieważność mogłaby dotyczyć tylko części umowy i to części stanowiącej marginalny zakres świadczenia. Nieważnością musi być bowiem dotknięta cała umowa w rozumieniu art. 457 ustawy Pzp. Z całą pewnością podstawą unieważnienia postępowania nie mogą być okoliczności błahe, a także stanowiące jedynie pretekst do tego, by w sposób autorytarny zdecydować o zakończeniu konkretnego osobnego bytu w ramach zamówień publicznych.

Warto podkreślić, że w przypadku tego postępowania oferty złożyło czterech wykonawców, co oznacza co najmniej cztery zespoły pracujące nad przygotowaniem ofert i ich szczegółową wyceną, co niesie za sobą określone koszty liczone w dziesiątkach tysięcy złotych. Również i z tego powodu z niezwykłą rozumą i roztropnością należy podchodzić do kwestii unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na ten aspekt omawianej kwestii zwrócił też uwagę jeden z komentatorów (Józef Edmund Nowicki, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, WKP 2023) wskazując, że „Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności, gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia”.

Należy przypomnieć, że podstawą unieważnienia mogą być tylko wady stanowiące konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania spowodowane przez zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny (tak: art. 255 PZP red. Sieradzka 2022/Sieradzka) „Mając na względzie charakter normy

prawnej wyrażonej w art. 255 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl, decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10, Legalis)".

Z kolei według A. Gawrońskiej - Baran („Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany” red. A. Gawrońska-Baran) „działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej”.

Takie podejście do instytucji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dziwi również dlatego, że jak pisze J. E. Nowicki (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, WKP 2023) „Udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ma swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Ponosi on odpowiedzialność za unieważnienie postępowania, a tym samym za bezpodstawną rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (zob. art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych)”. Co więcej, w ocenie cytowanego komentatora, „Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania”.

Na podstawie powyższej charakterystyki unieważnienia postępowania z powodu wady postępowania, którą zastosował zamawiający, łatwo wysnuć wniosek, że jest to instytucja z całą pewnością szczególna, która niweczy cel postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie powinna być nigdy nadużywana. Bez wątpienia, a na takim stanowisku stała również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 2309/21), instytucja ta nie służy konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego.

Przedstawiciele doktryny są wobec powyższego zgodni, że:

- błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, które pozostają bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania,
- rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia,
- zamawiający nie może podjąć decyzji o unieważnieniu postępowania, jeśli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami

zamawiającego,

- zamawiający nie może podejmować decyzji o unieważnieniu postępowania na zasadzie uznaniowości,
- zamawiający ponosi odpowiedzialność za bezpodstawną rezygnację z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- instytucja unieważnienia nie służy konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego.

Po dokonaniu analizy najnowszego orzecznictwa odnoszącego się do podstawy unieważnienia, która znalazła się w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp odwołujący stwierdza, że jako powody unieważnienia na tej podstawie wskazuje się:

- niezgodność formularza cenowego i opisu przedmiotu zamówienia, które pozostawały ze sobą w kolizji i były ze sobą sprzeczne, przy czym sprzeczności znalazły odzwierciedlenie w treści złożonych przez wykonawców ofert (wyrok KIO z 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 847/23),
- brak zamieszczenia w formularzu oferty formularzy cenowych, w związku z czym zasady sporządzenia oferty określone przez zamawiającego w dokumentacji wprowadzały w błąd wykonawców i spowodowały złożenie przez nich nieporównywalnych ofert (wyrok KIO z 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 637/23),
- brak jednoznacznego opisanie zasad dokonywania oceny, co powoduje, że w zależności od tego w jakim dniu i o jakiej godzinie zamawiający dokona oceny - uzyskane wyniki oceny ofert w ramach tego kryterium mogą się różnić i w konsekwencji dojdzie do sytuacji, w której uzyskana punktacja w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert będzie różna, co czyni ocenę niejednoznaczną, a przez to nieobiektywną i przekłada się na ranking złożonych ofert (wyrok KIO z 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2113/22),
- brak informacji na temat konieczności samodzielnego i odpłatnego uzyskania protokołów komunikacyjnych od producentów sterowników; ostatecznie została złożona tylko jedna oferta wykonawcy, który miał wiedzę na temat tego dodatkowego obowiązku, mimo że o wyjaśnienie tej kwestii wnioskowało trzech innych wykonawców w postępowaniu (ich pytania zostały pozostawione bez odpowiedzi) (wyrok KIO z 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1623/22).

Wspomniana analiza orzecznictwa doprowadziła odwołującego do konkluzji, że efektem działania zamawiającego prowadzącym do podjęcia próby unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp jest najczęściej brak możliwości porównania złożonych ofert, brak ofert lub tylko jedna prawidłowo złożona, bądź też duże rozbieżności w wycenach przedmiotu zamówienia. Ewentualne braki w dokumentacji postępowania, jeśli jakiegokolwiek występują i powodują rozbieżności w dokumentacji, które mogą sprawiać, że wykonawcy

w inny sposób interpretują jej postanowienia, muszą dotyczyć dokumentów wiążących i ostatecznych. Tylko w takim przypadku można mówić o stwierdzeniu niezgodności nieusuwalnej. Z żadną taką sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia.

W ocenie odwołującego zamawiający nie podjął nawet próby wywiedzenia, iż unieważnienie postępowania w okolicznościach przedmiotowej sprawy było zasadne i konieczne, podczas gdy – zgodnie ze stanowiskami wyrażanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą – ciąży na nim wręcz obowiązek wykazania przeszkody w dalszym prowadzeniu postępowania. Tak np.: wyrok z 24 marca 2022 r., sygn. akt KIO 667/22, wyrok z 10 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 911/16, wyrok z 26 września 2017 r., sygn. akt KIO 1878/17.

Odwołujący przypomina, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy (udzielenie zamówienia). W jego ocenie, po wnikliwej analizie uzasadnienia dokonanego unieważnienia, zamawiający nie wykazał zaistnienia realnych wad postępowania, zwłaszcza takich, które byłyby niemożliwe do usunięcia i jednocześnie uniemożliwały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Choć przepis art. 255 pkt 6) ustawy Pzp zawiera w gruncie rzeczy klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres jego zastosowania można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Stąd niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej omawianego przepisu, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie.

Zamawiający w ramach uzasadnienia unieważnienia postępowania wskazał na jedną główną okoliczność, która miałaby rzekomo wpływać na konieczność unieważnienia postępowania. Mianowicie, zamawiający wskazał, że przed upływem terminu składania ofert „nie posiadał wiedzy, iż spółka PKP PLK S.A., będąca najemcą powierzchni technicznych, nie planuje, dalszego wykorzystania i zarządzania pomieszczeniami technicznymi oraz pomieszczeniami, w których znajdują się urządzenia nastawni, w dotychczasowym zakresie. Termin zakończenia eksploatacji urządzeń nastawni, a w rezultacie jej całkowita likwidacja nastąpi, zanim wykonany zostanie przedmiot zamówienia”. Uwzględniając formułę, w jakiej prowadzone jest postępowanie, zamawiający w dalszej części uzasadnienia odniósł się również do kwestii opisu przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, „w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz

stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne”. Jak dodatkowo nadmieniono w informacji o unieważnieniu postępowania, w PFU zamawiający wskazał następujące elementy:

„- obowiązek związany z koniecznością prowadzenia prac przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania nastawni oraz pod ścisłym nadzorem i w uzgodnieniu z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,

- wyłączenie określonych prac z pomieszczeń czynnej nastawni (w tym m.in. brak konieczności demontażu wyposażenia i urządzeń czynnej nastawni oraz instalacji i urządzeń),
- konieczność założenia odpowiedniego etapowania robót (harmonogramu prac przy czynnej nastawni),
- konieczność wykonania prac w pomieszczeniach nastawni według szczegółowego zakresu opisanego w Koncepcji wielobranżowej”.

Według zamawiającego, wynikiem inwestycji miało być „dalsze wykorzystywanie dworca kolejowego na potrzeby funkcjonowania nastawni. W rezultacie tego, PFU został podporządkowany ograniczeniom wynikającym zarówno z potrzeby bieżącego funkcjonowania nastawni, jak również wykorzystywania pomieszczeń dworca na potrzeby jej funkcjonowania w przyszłości. Mając na uwadze powyższe, PFU zawiera zatem informacje oraz wymagania, których wykonanie na etapie realizacji zadania inwestycyjnego jest bezprzedmiotowe. Skoro w budynku dworca nie będzie działała nastawnia, to opis zadania inwestycyjnego, w którym podane zostało, że przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz funkcja pomieszczeń nastawni pozostaje bez zmian, jest opisem zawierającym informacje nie odpowiadające stanowi faktycznemu, a przez to wadliwe. Sposób użytkowania poszczególnych pomieszczeń budynku dworca ma zasadniczy wpływ na układ funkcjonalny, formę architektoniczną planowanej inwestycji oraz na sposób realizacji przedmiotu zamówienia”.

Konkluzje przedstawione przez zamawiającego oparte są w ocenie odwołującego na z gruntu nieprawidłowych założeniach, które nie mogą być zaaprobowane w świetle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. Co więcej, zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania opiera się jedynie na głoślośnych twierdzeniach, nie przedstawiając przynajmniej wyliczeń, które wskazywałyby na zasadność przyjętych konkluzji. Zamawiający używa do opisu sytuacji bardzo pojemnych kategorii, sformułowań niewyczerpujących i nieostrych, które tylko na pierwszy rzut oka sprawiają wrażenie zasadnych. Skoro bowiem zamawiający twierdzi, że „sposób użytkowania poszczególnych pomieszczeń budynku dworca ma zasadniczy wpływ na układ funkcjonalny, formę architektoniczną planowanej

inwestycji oraz na sposób realizacji przedmiotu zamówienia” – to powinien konkretnie wskazać, jakie jego zdaniem ma to przełożenie na zaoferowane przez wykonawców ceny za realizację przedmiotu zamówienia i ewentualnie wpływ zarówno na

kolejność wykonawców w rankingu złożonych ofert jak i na sam skład podmiotowy wykonawców składających oferty. Podobnie, zamawiający twierdzi, że „spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., będąca najemcą powierzchni technicznych, nie planuje, dalszego wykorzystania i zarządzania pomieszczeniami technicznymi oraz pomieszczeniami, w których znajdują się urządzenia nastawni, w dotychczasowym zakresie”, jednakże nie wskazuje, jakie te okoliczności mają przełożenie na złożone w postępowaniu oferty. Zamawiający nie pokusił się nawet o sprawdzenie (albo przekazanie wykonawcom tej informacji), jak rzeczywiście kształtowały się będą szacowane koszty przedmiotowej inwestycji nawet w przypadku wyłączenia przedmiotowego zakresu.

Dodatkowo zamawiający poruszył też w swoim piśmie z informacją o unieważnieniu brak możliwości skalkulowania tego ryzyka w cenie oferty, co miałyby rzekomo świadczyć o braku porównywalności ofert. Należy wreszcie wskazać, że zamawiający wymienia elementy PFU związane z nastawnią, czyli: obowiązek związany z koniecznością prowadzenia prac przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania nastawni oraz pod ścisłym nadzorem i w uzgodnieniu z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., wyłączenie określonych prac z pomieszczeń czynnej nastawni (w tym m.in. brak konieczności demontażu wyposażenia i urządzeń czynnej nastawni oraz instalacji i urządzeń), konieczność założenia odpowiedniego etapowania robót (harmonogramu prac przy czynnej nastawni), oraz konieczność wykonania prac w pomieszczeniach nastawni według szczegółowego zakresu opisanego w Koncepcji wielobranżowej, ale nie próbuje nawet podać, jaką wartość mogą mieć wskazane elementy w kontekście wartości przedmiotu zamówienia. Skąd więc konkluzje, że ofert nie można porównać, że zawęży się krąg wykonawców zdolnych złożyć oferty, że wykonawcy nie wliczyli niezbędnego ryzyka do swoich ofert? Tego nie sposób zgadnąć na podstawie informacji udzielonych przez zamawiającego w piśmie o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający pozostaje nad wyraz enigmatyczny biorąc pod uwagę stanowisko orzecznictwa i doktryny dotyczące kwestii unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym z całą pewnością nie wolno podejmować takiej decyzji pochopnie, bez dogłębnego zbadania tematu, bez jej poparcia konkretnymi wyliczeniami. Tymczasem wykonawcy chcący podważyć czynność zamawiającego dotyczącą unieważnienia postępowania, zmuszeni są opierać się wyłącznie na szczątkowych informacjach i zapewnieniach, bowiem brakuje również jakiegokolwiek dowodu na prawdziwość twierdzeń dotyczących planów PKP PLK S.A. co do samej nastawni.

Z ostrożności wskazać należy, że gdyby w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający próbował rozszerzyć argumentację uzasadniającą dodatkowo unieważnienie postępowania – prezentując nowe jakościowe argumenty i powody podjęcia omawianej decyzji, należałoby to uznać za niedopuszczalne i nieskuteczne, i ostatecznie - spóźnione. Do takich nowych argumentów czy powodów odrzucenia odwołujący

nie miał bowiem siłą rzeczy możliwości odniesienia się w odwołaniu, nie mógł ich zatem wziąć pod uwagę czy to podejmując decyzję o wniesieniu odwołania, czy też konstruując zarzuty podniesione w odwołaniu, czy też wreszcie przygotowując strategię procesową, materiał dowodowy oraz argumentację na potrzeby udziału w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. W tym zakresie zauważyć należy, że wskazanie w piśmie zamawiającego powodów unieważnienia postępowania i ich uzasadnienia określa granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Za podstawę dokonanej wyceny odwołujący przyjął załącznik nr 4 do PFU, Koncepcję wielobranżową z 22 listopada 2023 r., w której znalazła się część informacyjna ze szczegółowym spisem pomieszczeń, ich wyposażeniem i ze zdjęciami poglądowymi. W pkt 8.9 rzeczonego dokumentu (od strony 56), znajduje się szczegółowa informacja na temat zakresu prac budowlanych w poszczególnych pomieszczeniach nastawni PKP PLK S.A. na dworcu Dąbrowa Białostocka. Na podstawie tych szczegółowych opisów, odwołujący dokonał odpowiednich obliczeń na etapie przed składaniem oferty.

Ponieważ zamawiający przedstawił szczegółowy opis czynności i stanu faktycznego na miejscu, dokładne oszacowanie tych elementów przedmiotu zamówienia nie sprawiało większych trudności. Odwołujący, podobnie jak zapewne wszyscy pozostali wykonawcy składający swoje oferty, wyliczyli dokładnie, co należało w kalkulować do własnej wyceny. Odwołujący dokładnie policzył wszystkie wyszczególnione elementy, które miałyby rzekomo świadczyć o konieczności unieważnienia postępowania i otrzymał wartość niespełna 300.000 zł (dokładnie 295.997,04 zł) za wszystkie wyszczególnione elementy. Przy szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia opiewającej na 32.415.333,90 zł brutto, wartość robót mogących ulec zmianie wskutek zmiany sposobu użytkowania i przeznaczenia pomieszczeń związanych z nastawnią daje więc dokładnie 0,91%, a więc niecały 1%.

Odwołujący dokonał ponadto alternatywnych szacunków związanych ze zmianą przeznaczenia pomieszczeń nastawni, biorąc pod uwagę swoje własne doświadczenie z realizacji podobnych obiektów, wykonywanych zresztą dla zamawiającego (przykładowo: Budowa Dworca Kolejowego w Białymstoku, Budowa Dworca Kolejowego we Włocławku, Budowa Dworca Kolejowego w Bydgoszczy). W ramach przeszłych inwestycji wykonywanych przez odwołującego o podobnym zakresie i wolumenie robót oraz o podobnym przedmiocie zamówienia, najczęściej pomieszczenia nastawni były przebudowywane w pomieszczenia biurowe. Odwołujący oszacował również taki wariant robót, co przedstawia w ramach załącznika do odwołania, w większym, lepiej czytelnym formacie. Również przy przekształceniu istniejących pomieszczeń nastawni w pomieszczenia biurowe, wartość takich prac jest zbliżona i według szacunków odwołującego wynosi 329.100,93 zł. Zatem różnica przy przekształceniu pomieszczeń technicznych nastawni w pomieszczenia biurowe to zaledwie

33.103,89 zł - dowód: Tabela z kalkulacją wartości robót związanych z nastawnią w obecnym kształcie i po przekształceniu w pomieszczenia biurowe.

Abstrahując od tego, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z jakąkolwiek wadą postępowania, to nawet jeśli uznać, że zamawiający w PFU nie przewidział okoliczności, że nie jest planowane dalsze wykorzystanie i zarządzanie pomieszczeniami technicznymi oraz pomieszczeniami, w których znajdują się urządzenia nastawni w dotychczasowym zakresie, to nie sposób tym okolicznościom przyznać waloru istotności, niezbędnego do wdrożenia dyspozycji art. 255 pkt 6) ustawy Pzp. Zamawiający nie przedłożył bowiem żadnych wyliczeń uzasadniających takie konkluzje, a według wyliczeń odwołującego wykonanych w dwóch wariantach, wartościowa różnica zakresów do wykonania oscyluje w okolicach 300.000 zł, co stanowi zaledwie niecały 1% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia określonej przez zamawiającego przed otwarciem ofert, a jednocześnie 2,18% wartości oferty odwołującego, która jest najkorzystniejsza pod względem ceny (oferta odwołującego opiewa na 11.049.302,00 zł netto, 13.590.641,46 zł brutto).

Dodatkowo odwołujący wskazuje, że profesjonalnie działający na rynku wykonawcy regularnie składający swoje oferty (a za takich z pewnością można uznać wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w tym postępowaniu), wyceniają te zakresy bazując w głównej mierze na swoim doświadczeniu i w ten sposób szacują niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia elementy – również te wymienione przez zamawiającego. Trudno uznać, by racjonalnie działający zamawiający powyższe elementy traktowali jako kluczowe dla wykonania przedmiotu zamówienia albo chociaż przedstawiające jakąkolwiek istotną wartość. W rzeczywistości jest bowiem dokładnie odwrotnie: każda z pozycji wskazanych przez zamawiającego jako ta, która ma wpływ na kalkulację ofert, a także wszystkie te pozycje łącznie, mają marginalne znaczenie w kontekście ewentualnych błędów postępowania i pozostają bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie mogą tym samym stanowić wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania. Wskazany przez siebie elementom zamawiający przydaje istotną moc sprawczą, której w sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości nie mają.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Względem istnienia wady.

W uzasadnieniu Informacji o unieważnieniu postępowania z 29.08.2024 r., zamawiający w sposób szczegółowy i rzeczowy wskazał podstawy podjętej decyzji. W szczególności zamawiający wskazał, że przyczyną unieważnienia postępowania jest wadliwy opis przedmiotu zamówienia. W sytuacji bowiem, gdy w budynku dworca nie będzie nastawni to opis zadania budowlanego, w którym:

- podane zostało, że przeznaczeniem ukończonych robót ma być zachowanie nastawni,
- podane zostało, że funkcja pomieszczeń nastawni pozostaje bez zmian,
- podano szereg szczegółowych wymagań i ograniczeń z tego wynikających, które w rzeczywistości nie wystąpią,

jest opisem zawierającym nieprawdziwe informacje, a przez to wadliwym.

Zamawiający wskazał też konkretne przepisy, z których wynika wadliwość opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności wskazał na art. 103 ust. 3 ustawy Pzp, § 18 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarówno w zarzutach odwołania, jak i w uzasadnieniu, odwołujący w ogóle nie odniósł się do ww. podstaw prawnych. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznej argumentacji ze strony odwołującego, z której wynikałoby, iż odwołujący twierdzi, iż w postępowaniu nie doszło do niezgodności opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący na str. 4 odwołania podkreśla jedynie, że przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Nie wiadomo jednak, jakie konkretnie wnioski wyciąga z tego odwołujący. Jeżeli odwołujący uznaje, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” pozwala na zaaprobowanie sytuacji, w której przedmiot zamówienia z etapu badania i oceny ofert może być całkowicie inny od tego, co będzie następnie realizowane oraz, że formuła ta pozwala, by po podpisaniu umowy na nowo kształtować przedmiot zamówienia – a tak zamawiający odczytuje twierdzenia odwołującego, iż „wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje (gdyż zostanie dopiero opracowana), a ma dla realizacji przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie”, str. 4 odwołania – to zamawiający kategorycznie się z tym nie zgadza.

W pierwszej kolejności byłoby to działanie zaprzeczające wprost zasadom określonym w PFU. Względem dokumentacji projektowej, w PFU – Część opisowa, Załącznik 1 – Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych, Branża budowlana, pkt 1.1.5 Dokumentacja projektowa, ppkt 1.1.5.1. Zakres dokumentacji projektowej, wskazano, że: „Realizację inwestycji zaplanowano w formule „zaprojektuj i buduj”. Wykonawca przygotowuje wielobranżową dokumentację projektową dla całego zakresu przedmiotowego zadania oraz uzgodni projektowany zakres z Zamawiającym. Po uzgodnieniu i zatwierdzeniu dokumentacji projektowej przez Zamawiającego przewiduje się wykonanie wszystkich robót budowlanych oraz dostaw przewidzianych do wykonania. Warunkiem rozpoczęcia robót jest zatwierdzenie dokumentacji przez Zamawiającego”.

Stanowisko odwołującego nie znajduje także oparcia w żadnym przepisie prawa, jak również sprzeciwia się temu orzecznictwo KIO.

W przypadku formuły „zaprojektuj i wybuduj”, zgodnie z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp, jednym z kluczowych i obligatoryjnych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest wskazanie w PFU przeznaczenia „ukończonych” robót budowlanych oraz

stawianych im wymagań. Odwołujący podnosząc, jako argument, realizowanie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” popada więc w sprzeczność, skoro uważa, że zmiana wskazanego w PFU przeznaczenia ukończonych robót budowlanych jest rzeczą błahą, nieistotną, którą będzie można „załatwić” odpowiednio sporządzoną dokumentacją projektową przygotowaną według wymagań innych niż wynikające z PFU obowiązującym w przetargu.

Wywodom odwołującego należy też przeciwstawić stanowisko Prezesa UZP oraz KIO, przyjęte w sprawie rozstrzygniętej uchwałą KIO z dnia 4.12.2018 r., sygn. akt KIO/KD 42/18.

W przytoczonej sprawie, podobnie jak w niniejszej, zamawiający prowadził postępowanie w formule „projektuj i wybuduj” i na etapie realizacji umowy dokonał zmiany zakresu realizowanych robót, pomimo tego, że na etapie rozstrzygnięcia przetargu miał świadomość, iż określony zakres robót nie będzie wykonywany. Prezes UZP w wynikach kontroli uznał, że ostatecznie zrealizowany przedmiot umowy był konsekwencją zmian w treści PFU dokonanych dopiero na etapie realizacji. W konsekwencji Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego m.in. art. 29 ust. 1 poprzedniej ustawy Pzp (obecny art. 99 ust. 1 ustawy Pzp) oraz § 18 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (obecny § 18 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia MRT z 20 grudnia 2021 r.). Krajowa Izba Odwoławcza w ww. uchwale w całości podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do stwierdzonych naruszeń, wskazując m.in., że: „Zamawiający w PFU sprecyzował elementy składające się na przedmiot zamówienia wskazując, że zakres robót budowlanych do wykonania stanowi droga o długości 270 m. Parametr długości drogi był w tym przypadku obligatoryjnym elementem, składającym się na opis, co wynika z treści § 18 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia, nakazującego wskazanie co najmniej wielkości obiektu lub zakresu robót budowlanych do wykonania. Tymczasem, jak przyznał Zamawiający w piśmie z dnia 8 września 2017 r., kierowanym do Prezesa Urzędu, miał on świadomość co do faktu, że część robót (dwa odcinki drogi ok. 62 m od ulicy S. do ulicy S. i około 100 m od ulicy S. do ulicy N.) były realizowane przez deweloperów”.

W niniejszej sprawie zaistniały analogiczne okoliczności, jak w sprawie poddanej kontroli Prezesa UZP oraz KIO. I tak:

- w niniejszym przypadku elementem obligatoryjnym PFU było wskazanie przeznaczenia ukończonych robót budowlanych oraz określenie funkcji poszczególnych pomieszczeń. Zamawiający ma świadomość, co do faktu, że informacje zawarte w tym zakresie w PFU nie są prawidłowe,
- w sprawie poddanej kontroli Prezesa UZP oraz KIO, zamawiający miał świadomość innego zakresu zamówienia niż rzeczywisty, a ostateczny przedmiot zrealizowanej umowy był konsekwencją uzgodnienia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą „odmiennego zakresu robót budowlanych w stosunku do treści PFU, a także w stosunku do treści oferty”,
- w niniejszym przypadku także mielibyśmy do czynienia z uzgadnianiem dopiero na etapie realizacji wykonania innego przedmiotu zamówienia niż został opisany w PFU. Na etapie realizacji umowy koniecznym byłoby więc dokonanie istotnych zmian w dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia.

W ww. sprawie poddanej kontroli Prezesa UZP oraz KIO wskazano natomiast, że „nietrafione są również argumenty Zamawiającego odnoszące się do specyfiki zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Nie upoważnia to zamawiającego do dokonania tak daleko idących zmian w dokumentacji projektowej, w stosunku do zakresu zamówienia opisanego w PFU”,

- istota sprawy poddanej kontroli Prezesa UZP oraz KIO sprowadza się do tego, że zamawiający miał świadomość realizacji zamówienia w sposób inny niż zostało to podane w PFU, co świadczyło o wadliwości PFU,
- w niniejszej sprawie zachodzi analogiczna sytuacja.

W ocenie zamawiającego poza sporem powinno więc być to, że w Postępowaniu wystąpiła wada w postaci wadliwego opisu przedmiotu zamówienia (wskazana w Informacji o unieważnieniu niezgodność z art. 99 ust. 1 oraz art. 103 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne wskazanie przeznaczenia ukończonych robót, zakresu robót budowlanych w nastawni oraz pomieszczeniach towarzyszących, a w konsekwencji błędne określenie właściwości funkcjonalno-użytkowych wraz z określeniem funkcji jakie pomieszczenia te mają spełniać).

Zamawiający w istocie z ostrożności odniósł się szczegółowo do tej kwestii, gdyż jak wskazano wcześniej, z treści odwołania nie wynika, by odwołujący kwestionował istnienie wady. Ciężar argumentacji przedstawionej w odwołaniu koncentruje się jedynie na braku istotności wady, którą odwołujący wywodzi z własnych wyliczeń w zakresie kosztów. Jednocześnie jednak odwołujący używa ogólnikowych sformułowań typu: „Zamawiający nie wykazał zaistnienia realnych wad postępowania” (str. 9 odwołania); „brakuje również jakiegokolwiek dowodu na prawdziwość twierdzeń dotyczących planów PKP PLK S.A. co do samej nastawni” (str. 11 odwołania), czy przedstawia przykładowy katalog powodów unieważnienia (str. 7-8 odwołania).

Stąd też zamawiający, pomimo blankietowości twierdzeń odwołującego w postaci stawiania samej ogólnikowej tezy, bez wskazania argumentów, z których teza ta ma wynikać, uznał za wskazane odniesienie się także do tej kwestii. Zamawiający podnosi przy tym, że nie miał obowiązku załączania do Informacji o unieważnieniu skanu korespondencji z PKP PLK S.A. Odwołujący mógł zresztą wystąpić o udostępnienie tej korespondencji, czego nie uczynił.

Niezrozumiałe jest więc sugerowanie w odwołaniu braku dowodu na „prawdziwość twierdzeń” zamawiającego.

Żadnym argumentem przeciwko decyzji zamawiającego nie może być też przedstawienie przez odwołującego kilku

wybranych powodów unieważnienia postępowania (str. 7-8 odwołania). Katalog przyczyn unieważnienia nie ma charakteru zamkniętego i nie może budzić wątpliwości, że za powód unieważnienia postępowania uznaje się wadliwy opis przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie:

- sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 10.03.2022 r., KIO 509/22).
- dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 27.04.2022 r., KIO 909/22; podobnie wyrok KIO z 15.11.2023 r., KIO 3207/23).

Względem istotności wady.

Zamawiający nie zgadza się także z argumentami odwołującego, jakoby zaistniała wada postępowania w postaci wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, miała charakter marginalny. Przeciwnie, zawarte w opisie przedmiotu zamówienia wymagania i ograniczenia związane z wykonaniem prac dotyczących pomieszczeń nastawni nie mają marginalnego znaczenia, zarówno w kontekście ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w kontekście samej już realizacji przedmiotu zamówienia, lecz znaczenie istotne - dowód: Program Funkcjonalno-Użytkowy (w aktach postępowania).

Sposób i realizacja prac dotyczących pomieszczeń nastawni była także przedmiotem pytań do treści SWZ. Co istotne, to sam odwołujący te pytania formułował. Niewątpliwie uznawał więc wówczas, że są to kwestie istotne. W wyjaśnieniach nr 2 do treści SWZ z dnia 16.04.2024 r., w odpowiedzi na pytanie nr 19 i nr 20, Zamawiający udzielał odpowiedzi w tym zakresie:

Pytanie 19:

Czy Zamawiający przewiduje etapowanie przekazywania pomieszczeń Nastawni do prac remontowych czy możliwe będzie udostępnienie wszystkich pomieszczeń jednocześnie?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisami PFU stanowiącego OPZ, który stanowi Załącznik nr 1 do SWZ, wskazanymi m.in. w pkt. 8.9: „Założenia Ogólne” podpunkt 3: „zakłada się nieprzerwaną pracę nastawni”, co potwierdza również zapis na stronie 66: „Ze względu na konieczność nieprzerwanej pracy nastawni prace należy wykonać bez wnoszenia urządzeń z pomieszczenia a jedynie ich przestawienie (...)”.

Ponadto zamawiający wyjaśnia, iż przewiduje się etapowanie przekazywania pomieszczeń Nastawni do prac remontowych w porozumieniu z najemcą PKP PLK S.A.

Pytanie 20:

Czy do udostępnionych pomieszczeń Nastawni będzie możliwy dostęp nieograniczony czasowo czy może są przedziały w ciągu doby podczas których prowadzenie prac nie będzie możliwe?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż pomieszczenia Nastawni są obecnie przedmiotem najmu przez PKP PLK S.A. i zgodnie z zapisami PFU stanowiącego OPZ, który stanowi Załącznik nr 1 do SWZ, wskazanymi m. in. w pkt. 8.9: „Założenia Ogólne” podpunkt 3: „zakłada się nieprzerwaną pracę nastawni”, co potwierdza również zapis na stronie 66: „Ze względu na konieczność nieprzerwanej pracy nastawni prace należy wykonać bez wnoszenia urządzeń z pomieszczenia a jedynie ich przestawienie (...)”.

Ponadto Zamawiający wyjaśnia, iż na etapie opracowywania dokumentacji projektowej Wykonawca w uzgodnieniu z PKP PLK S.A. opracuje harmonogram dostępu do pomieszczeń nastawni w celu zrealizowania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

dowód: Wyjaśnienia nr 2 do treści SWZ z dnia 16.04.2024 r. (w aktach postępowania).

Zawarte w PFU wymagania dotyczące nastawni miały więc niewątpliwie istotne znaczenie zarówno dla podjęcia decyzji, co do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jak i sposobu przygotowania oferty. Generowały po stronie wykonawców szereg obowiązków i ryzyk na każdym etapie realizacji inwestycji, m.in. wskazane w przytoczonych fragmentach PFU:

- obowiązki i ryzyka związane z koniecznością uwzględnienia prowadzenia prac przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania nastawni;
- obowiązki i ryzyka związane z koniecznością prowadzenia robót pod ścisłym nadzorem i w uzgodnieniu z PKP PLK S.A.;
- wyłączenia określonych prac z pomieszczeń czynnej nastawni;

- obowiązki wykonania określonych prac w sposób oddzielny dla nastawni;
- obowiązki i ryzyka związane z etapowaniem prac;
- obowiązki związane z zapewnieniem wykwalifikowanego personelu;
- obowiązki i ryzyka związane z prowadzeniem prac ze szczególną ostrożnością;
- obowiązki i ryzyka związane z koniecznością uzgodnienia harmonogramu prac przy czynnej nastawni;
- obowiązki związane z koniecznością wykonania prac w pomieszczeniach nastawni według szczegółowego zakresu opisanego w Koncepcji wielobranżowej.

W pełni prawdziwe i zasadne jest więc podane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania stwierdzenie, iż „Sposób użytkowania poszczególnych pomieszczeń przez PKP PLK S.A. miał zasadniczy wpływ na układ funkcjonalny, formę architektoniczną planowanej inwestycji, jak również na sposób realizacji przedmiotu zamówienia”.

Zamawiającemu trudno zrozumieć, co w tym sformułowaniu pozostaje niejasne dla odwołującego, skoro dla odczytania jego sensu i prawdziwości wystarczające jest zapoznanie się z treścią PFU.

Dla odparcia ogólnikowych twierdzeń odwołującego zamawiający przedkłada też opinię Multiconsult Polska sp. z o.o. (autora PFU), która nie pozostawia wątpliwości, co do zasadności ww. fragmentu uzasadnienia unieważnienia postępowania. Wskazuje wręcz, że bez wymagań związanych z koniecznością zachowania nastawni najbardziej uzasadnionym z punktu widzenia efektywności ekonomicznej inwestycji będzie rozbiórka istniejącego obiektu i realizacja nowego budynku dedykowanego wyłącznie na cele obsługi pasażerów, na przykład w formule dworca systemowego - dowód: opinia Multiconsult Polska sp. z o.o. z 17.09.2024 r.

Zamawiający zdecydowanie nie podziela również stanowiska odwołującego, iż o istotności wady decyduje wartość wymagań wadliwie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. W zasadzie jest to jedyny argument, który w uzasadnieniu odwołania jest przywoływany dla wykazania braku istotności wady. Odnosząc się więc do argumentacji odwołującego zamawiający wskazuje, że nie wiadomo, na jakiej podstawie odwołujący uznaje, że obowiązkiem zamawiającego było dokonywanie tego rodzaju wyliczeń i wskazywanie ich w uzasadnieniu Informacji o unieważnieniu.

Z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie wynika, że o istotności wady decyduje wyłącznie wartość. Same przykłady podstaw unieważnienia, podawane przez odwołującego na str. 7-8 odwołania, nie uzależniają istotności wady od jej wartości.

Obok przykładów podawanych przez odwołującego można też wskazać przypadek, gdy opis przedmiotu zamówienia zawiera nazwy własne. Pomimo, że wartość rozwiązań opisanych w ten sposób może być niewielka, nie ma wątpliwości, że jest to istotna wada opisu przedmiotu zamówienia skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego i nikt nie warunkuje unieważnienia od wcześniejszego dokonywania jakichś wyliczeń (także z tego względu, że art. 16 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się przecież nie tylko do etapu prowadzonego już postępowania).

Nie wiadomo, na jakiej podstawie zamawiający miałby uznawać, że jedynym wyliczeniem miarodajnym dla porównywania ofert jest wyliczenie przedstawiane przez odwołującego. Takie podejście do sprawy byłoby właśnie wyrazem uznaniowości, gdyż zamawiający w żaden przejrzysty i logiczny sposób nie byłby w stanie wyjaśnić, dlaczego wyliczoną przez odwołującego kwotę ok. 300 tys. zł można uznawać w tej sprawie za jedynie właściwą, a nie przykładowo kwotę 600 tys. zł, jednego miliona lub więcej. Wyliczenia prezentowane przez odwołującego mogą więc stanowić dowód, co najwyżej na okoliczność tego, na ile odwołujący wycenił ten zakres prac. Nie jest to żaden dowód, z którego można wywodzić, że każdy inny

wykonawca tak samo kalkulował lub kalkulowałby (w przypadku zdecydowania się na udział w przetargu) obowiązki i ryzyka związane z wymaganiami dotyczącymi nastawni.

Dodatkowo, w niniejszej sprawie, gdy weźmie się pod uwagę dysproporcję między ofertą odwołującego a dwoma innymi ofertami (różnica ok. 23 mln zł względem oferty MKBUD Firma Budowlana – Handel Mariusz Kosiński oraz różnica ok. 25 mln zł względem oferty konsorcjum TWD-BUD T. sp. k., W. T. H. sp. k.) można w sposób graniczący z pewnością przyjąć, że także względem szacowania kosztów i ryzyk związanych z nastawnią nie funkcjonuje na rynku jedna i ta sama metodologia liczenia kosztów.

Wyliczenia prezentowane przez odwołującego pozostają bez znaczenia również z tego względu, że obowiązkowi przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania nie można zawężyć jedynie do ofert, które ostatecznie zostały złożone.

Jak wskazano wcześniej zakres stosowania art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie ogranicza się tylko do etapu prowadzonego już postępowania. Przepis ten wyraźnie stanowi o konieczności zachowania ww. zasad już na etapie przygotowania postępowania („Zamawiający przygotowuje i przeprowadza ...”). W zakres art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wchodzi więc obowiązek polegający na sporządzeniu prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w tak kluczowych kwestiach, jak – w przypadku opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą PFU – przeznaczenia ukończonych robót budowlanych, funkcji poszczególnych pomieszczeń oraz wynikających z tego wymagań lub ograniczeń w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zasadę z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp należy więc odnosić nie tylko do podmiotów, które ostatecznie złożyły ofertę, ale i wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy mogliby być zainteresowani

postępowaniem.

W ocenie zamawiającego jest rzeczą oczywistą, że gdyby w PFU nie zostało wskazane, że przeznaczeniem ukończonych robót budowlanych, w tym funkcją poszczególnych pomieszczeń, jest zachowanie i dalsze działanie nastawni, jak również gdyby z tego powodu nie zawarto w PFU szeregu szczególnych wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, aktualizujących się zarówno na etapie projektowania, jak i samej już realizacji robót budowlanych, to w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogliby wziąć udział inni wykonawcy, jak również mogłyby zostać przyjęte oferty innej treści.

Zamawiający stoi tym samym na stanowisku, że wyliczenia i dowód składany przez odwołującego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania. Analogicznie pozbawiony wartości dowodowej jest dowód dotyczący kosztów przekształcenia w pomieszczenia biurowe. Zamawiający zresztą w żadnym miejscu PFU nie wskazywał na przekształcanie pomieszczeń nastawni w pomieszczenia biurowe.

Podsumowując, zamawiający prawidłowo wskazał w uzasadnieniu unieważnienia, że zaistniała wada ma charakter istotny i skutkuje brakiem porównywalności ofert. Obok ww. argumentów zamawiający przywołuje na tę okoliczność przytoczoną już wcześniej uchwałę

KIO z 4.12.2018 r., sygn. akt KIO/KD 42/18, gdzie wskazano: „Zdaniem Prezesa UZP, w przedmiotowej sprawie, żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie na etapie składania ofert nie mógł wiedzieć w jakim stopniu Zamawiający będzie dążył do dokonania zmian w zakresie robót, przez co nie było możliwe skalkulowanie tego ryzyka w cenie oferty. Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia nie mają już możliwości dostosowania ceny do nowych wymagań Zamawiającego w szczególności, jeśli Zamawiający przewidział wynagrodzenie w formie ryczałtowej”.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją analogiczną. Żaden z wykonawców, który złożył ofertę lub rozważał ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, nie mógł wiedzieć o zakresie zmian, do jakich trzeba by dążyć na etapie realizacji zamówienia z powodu zmiany przeznaczenia nastawni, w tym funkcji poszczególnych pomieszczeń. Żaden z wykonawców nie mógł skalkulować tego ryzyka w cenie oferty, która także ma charakter ryczałtowy, co z kolei świadczy o braku porównywalności ofert.

Względem nieusuwalności wady i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący nie przedstawia żadnej rzeczowej argumentacji, z której wynikałoby, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z wadą rzeczywiście nieusuwalną skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Poprzestaje jedynie na cytowaniu fragmentów z orzecznictwa i doktryny, nie odnosząc zawartych tam tez do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

Zamawiający podkreśla więc, że brak możliwości korekty opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązek unieważnienia postępowania w przypadku niezgodności opisu przedmiotu zamówienia jest konsekwentnie podkreślany w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, że:

- „specyfikacja warunków zamówienia nie może być zmieniana po terminie składania ofert, co oznacza, że zamawiający oraz wykonawcy są związani jej treścią”,
- „Postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert”,
- „Istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy- tym samym stanowią podstawę unieważnienia postępowania”,
- „Wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu. Jeżeli Zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ w określonym zakresie, to zasadnie przyjął, iż należało unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania”,
- „Wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu. Jeżeli zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ w określonym

zakresie, to należy unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”,

- „Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i niewątpliwie zawarciu ważnej umowy na przeszkodzie stają nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego”,
- „zamawiający prawidłowo dostrzegł i zidentyfikował opisywane wady postępowania, które okazały się tego rodzaju, że uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W

konsekwencji zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp (...) w sytuacji, kiedy zamawiający stwierdza, na etapie po upływie terminu składania ofert, niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, która doprowadziła do naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, jedynym narzędziem pozwalającym na usunięcie stanu niezgodności z prawem, jest unieważnienie postępowania, nie jest już bowiem możliwe dokonanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania”.

Ponadto, odwołujący wnosząc odwołanie pominął, że zamawiający wskazał w uzasadnieniu unieważnienia postępowania na art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Za sprzeczną z tą zasadą zamawiający uznaje sytuację, w której doszłoby do udzielenia zamówienia, tylko po to, by następnie na etapie realizacji na nowo, już tylko w relacji dwustronnej, kształtować inne warunki wykonania i realizacji prac projektowych oraz robót budowlanych.

Względem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Abstrahując od ogólnikowości argumentacji odwołującego, treść odwołania jednoznacznie nasuwa wniosek o realizacji inwestycji w sposób odmienny od warunków obowiązujących na etapie przetargu. Argumenty odwołującego:

- że „wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje” (str. 4 odwołania),
- że „Zamawiający nie pokusił się nawet o sprawdzenie (albo przekazanie wykonawcom tej informacji, jak rzeczywiście kształtowałyby się będą szacowane koszty przedmiotowej inwestycji nawet w przypadku wyłączenia przedmiotowego zakresu” (str. 10 odwołania),

- że „najczęściej pomieszczenia nastawni były przebudowywane w pomieszczenia biurowe”

(str. 18 odwołania),

świadczą, zdaniem zamawiającego, ewidentnie za tym, że odwołujący kieruje się wyłącznie interesem własnym w uzyskaniu kontraktu, a następnie realizowaniem robót w całkowicie inny sposób.

Zamawiający inaczej postrzega zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sytuacja, w której na etapie przetargu wprowadza się szereg wymagań i ograniczeń związanych ze sposobem realizacji zamówienia, a następnie wybiera się wykonawcę tylko po to, by od tych wymagań odstąpić i ustalić z wykonawcą inny zakres robót i sposób ich realizacji, jest zdaniem zamawiającego właśnie zaprzeczeniem zasadom z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stoi tym samym na stanowisku, że właśnie z uwagi na art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, jedynym rozstrzygnięciem czyniącym zadość zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, było unieważnienie postępowania. Końcowo zamawiający wskazuje, że argumentem przeciwko zasadności decyzji zamawiającego nie może być podnoszona przez odwołującego kwestia związana z kosztami przygotowania oferty, zaangażowania pracowników, itp. (str. 6 odwołania). Ustawa Pzp zawiera w tym zakresie mechanizm chroniący interesy wykonawców, którzy mogą dochodzić swoich roszczeń w oparciu o art. 261 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

22 maja 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert w ramach postępowania, przed którym zamawiający, stosownie do art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, wskazał kwotę brutto jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, określając ją na poziomie 32.415.333,90 zł brutto. Następnie, stosownie do art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający poinformował o wykonawcach (łącznie oferty złożyło 4 wykonawców), którzy złożyli oferty w ramach postępowania i zaofferowanych przez nich cenach brutto.

29 sierpnia 2024 r., zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę

prawną swojej decyzji zamawiający wskazał art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, a w ramach uzasadnienia wskazał, cyt.: „Opracowany na potrzeby przedmiotowego postępowania Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) wymagał zachowania nastawni wraz z pomieszczeniami towarzyszącymi, co skutkowało koniecznością przewidzenia szeregu warunków i ograniczeń związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia dotyczących tych pomieszczeń. Wskazane w PFU, w dziale Zakres planowanych robót budowlanych, warunki, w szczególności: prowadzenia prac budowlanych przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania nastawni z zachowaniem ostrożności celem nienaruszenia czynnych instalacji związanych z pracą nastawni, wymuszały na potencjalnym wykonawcy robót oraz projektancie wprowadzenie założeń związanych z etapowaniem robót budowlanych.

Powyższe podyktowane było przeświadczeniem Zamawiającego, że dworzec kolejowy w Dąbrowie Białostockiej, po przebudowie, będzie pełnił dotychczasową funkcję, tj. obsługi pasażerskiej (w mniejszej części budynku) oraz nastawni wraz z pomieszczeniami towarzyszącymi (w większej części budynku).

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, powziął informacje, że opis przyszłej inwestycji zawarty w PFU, stanowiącym podstawę do sporządzenia oferty, zawiera informacje oraz wymagania, które nie odpowiadają stanowi faktycznemu, przez co jest wadliwy. Nieprawidłowości ujawnione w PFU stanowią wadę, której na obecnym etapie postępowania nie można usunąć.

Zamawiający przed upływem terminu składania ofert, na etapie, na którym możliwa jest modyfikacja Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), z zastrzeżeniem art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, nie posiadał wiedzy, iż spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., będąca najemcą powierzchni technicznych, nie planuje, dalszego wykorzystania i zarządzania pomieszczeniami technicznymi oraz pomieszczeniami, w których znajdują się urządzenia

nastawni, w dotychczasowym zakresie. Termin zakończenia eksploatacji urządzeń nastawni, a w rezultacie jej całkowita likwidacja nastąpi, zanim wykonany zostanie przedmiot zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż przeznaczenie poszczególnych pomieszczeń miało zasadniczy wpływ na układ funkcjonalny, formę architektoniczną oraz sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana treści SWZ w zakresie PFU, którą Zamawiający, przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp, mógłby ewentualnie dokonać przed upływem terminu składania ofert, gdyby powziął powyższe informacje znacznie wcześniej, mogłaby doprowadzić do zmiany kręgu wykonawców, gdyż z przedmiotu zamówienia wyłączone zostałyby roboty budowlane związane z pracami prowadzonym w warunkach nieprzerwanej pracy nastawni. Na etapie składania ofert ani Wykonawcy ani Zamawiający nie posiadali wiedzy, iż nastąpiły zmiany w przeznaczeniu pomieszczeń, w tym funkcji poszczególnych pomieszczeń.

Na obecnym etapie postępowania Wykonawcy nie mają już możliwości dostosowania ceny do nowych wymagań Zamawiającego w szczególności, jeśli Zamawiający przewidział wynagrodzenie w formie ryczałtowej. Żaden z Wykonawców nie mógł też skalkulować tego ryzyka w cenie oferty, która także ma charakter ryczałtowy, co z kolei świadczy o braku porównywalności ofert.

Ustawa Pzp, w myśl art. 99 ust. 1, zobowiązuje Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (jak stanowi art. 103 ust 3 ustawy PZP), którego celem jest określenie wymagań Zamawiającego dotyczących planowanej inwestycji budowlanej. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Jak wskazuje natomiast rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, część opisowa PFU obejmuje opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wypełniając obowiązki wynikające z ww. przepisów Zamawiający w przygotowanym PFU wskazał m.in. na następujące kwestie:

- obowiązek związany z koniecznością prowadzenia prac przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania nastawni oraz pod ścisłym nadzorem i w uzgodnieniu z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,
- wyłączenie określonych prac z pomieszczeń czynnej nastawni (w tym m.in. brak konieczności demontażu wyposażenia i urządzeń czynnej nastawni oraz instalacji i urządzeń),
- konieczność założenia odpowiedniego etapowania robót (harmonogramu prac przy czynnej nastawni),
- konieczność wykonania prac w pomieszczeniach nastawni według szczegółowego zakresu opisanego w Koncepcji wielobranżowej.

Powyższe znalazło również odzwierciedlenie w odpowiedziach z dnia 16.04.2024 r. udzielonych Wykonawcom na złożone przez nich wnioski o wyjaśnienie treści SWZ.

Wynikiem inwestycji miało być nie tylko zachowanie obsługi pasażerskiej, ale także dalsze wykorzystywanie dworca kolejowego na potrzeby funkcjonowania nastawni. W rezultacie tego,

PFU został podporządkowany ograniczeniom wynikającym zarówno z potrzeby bieżącego funkcjonowania nastawni, jak również wykorzystywania pomieszczeń dworca na potrzeby jej funkcjonowania w przyszłości.

Mając na uwadze powyższe, PFU zawiera zatem informacje oraz wymagania, których wykonanie na etapie realizacji zadania inwestycyjnego jest bezprzedmiotowe. Skoro w budynku dworca nie będzie działała nastawnia, to opis zadania inwestycyjnego, w którym podane zostało, że przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz funkcja pomieszczeń nastawni pozostaje bez zmian, jest opisem zawierającym informacje nie odpowiadające stanowi faktycznemu, a przez to wadliwe.

Sposób użytkowania poszczególnych pomieszczeń budynku dworca ma zasadniczy wpływ na układ funkcjonalny, formę architektoniczną planowanej inwestycji oraz na sposób realizacji przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, przygotowany PFU jest niezgodny z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp, § 18 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, oraz jest niezgodny z zapisami art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także z art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Opracowany PFU obciążony jest wadami i nie może zostać uznany za wyczerpujący oraz uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uwzględnia błędne wymagania i wytyczne w zakresie przeznaczenia ukończonych robót z zachowaniem nastawni i funkcji poszczególnych pomieszczeń, których realizacja jest bezprzedmiotowa.

Skutkiem powyższego, zaistniała w przedmiotowym postępowaniu wada dotycząca błędnie opisanego przedmiotu zamówienia jest wadą uniemożliwiającą zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a wada ta ma charakter bezzwzględnie nieusuwalny.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, iż:

- postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (analiza PFU wskazuje na niezgodność z zapisami art. 99 ust 1 oraz art. 103 ust 3 ustawy Pzp poprzez błędne wskazanie przeznaczenia ukończonych robót, zakresu robót budowlanych w nastawni oraz pomieszczeniach towarzyszących, a w konsekwencji błędne określenie właściwości funkcjonalno-użytkowych wraz z określeniem funkcji jakie pomieszczenia te mają spełniać);
- wada jest niemożliwa do usunięcia (wady PFU nie są możliwe do usunięcia na tym etapie postępowania, bowiem wyeliminowanie wad wymagałoby zmiany PFU, co nie jest możliwe po upływie terminu na składania ofert);
- wada skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego (jak stanowi art. 457 ust 1 pkt 1) ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia)."

Ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zdaniem Izby nie ma racji zamawiający, który twierdzi, że „postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (...)”, gdyż samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, do chwili ogłoszenia informacji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania było prowadzone w sposób prawidłowy i nie zawierało w sobie wady. Dopiero bowiem po terminie składania i otwarcia ofert zamawiający otrzymał informację o zmianie funkcjonalnej niektórych pomieszczeń, która to informacja została przekazana zamawiającemu pismami z 18 i 21 czerwca 2024 roku (w aktach sprawy).

Zdaniem Izby, zmiany powyższe (wskazane w ww. pismach) nie mogą stanowić podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba w całości podziela argumentację odwołującego oraz powołane w odwołaniu orzecznictwo odnoszące się do kwestii związanych z wyjątkowym charakterem omawianego przepisu, tj. dotyczących wyjątkowych i stricte szczególnych okoliczności, których stwierdzenie musi być jednoznacznie determinujące obowiązek zastosowania wskazanego przepisu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należało, że czynność zamawiającego nie była prawidłowa, gdyż zakres zmian, które uzasadniały w ocenie zamawiającego

unieważnienie postępowania, był marginalny i nieistotny. Okoliczności przeciwnej zamawiający nie wykazał. Jak słusznie bowiem podnosił odwołujący koszt zmiany zakresu zamówienia oscylował (wg. wyliczeń odwołującego) w okolicach 1% wartości szacunkowej zamówienia i ok. 2,18% wartości oferty odwołującego.

Oczywiście przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie wskazuje, że wartość prac ma znaczenie przy zastosowaniu tego przepisu, jednakże może wpływać na ustalenie czy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby znikoma wartość prac nie może być uznana za podstawę do stwierdzenia, że postępowanie obciążone jest taką wadą, że konieczne jest jego unieważnienie.

Zamawiający powołuje się również na okoliczność, że innego rodzaju zachowanie naruszyłoby zasadę określoną przepisem art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż w przypadku gdyby przedmiot zamówienia został opisany z uwzględnieniem zmian wynikających z pism PKP PLK S.A. z 18 i 21 czerwca 2024 roku, to zakres podmiotowy wykonawców mógłby się zmienić. Zdaniem Izby, profesjonalne podmioty uczestniczące na rynku zamówień publicznych w Polsce, świadome zadań im stawianych przez zamawiających są w stanie zweryfikować zasadność uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym. Sokoro zatem w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło 4 wykonawców, oznaczać to może, że zainteresowanie tym kontraktem nie byłoby większe przy zmianie zakresu prac, które tak jak to wcześniej wskazywano są marginalne. Tym samym stanowisko zamawiającego w tym zakresie uznać należało za niezasadne.

Zdaniem Izby, nie można też nie brać pod uwagę okoliczności, którą bagatelizuje zamawiający, że przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Taka formuła realizacji przedmiotu zamówienia oznacza bowiem, że zakres materiałów, jaki otrzymuje wykonawca od zamawiającego, m.in. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jest znacznie ograniczony (w stosunku do występującego w przypadku formuły „wybuduj”), a co za tym idzie założenia koncepcyjne czy też finansowe przyszłej, planowanej inwestycji opracowane są w odmiennych warunkach niż dla formuły „wybuduj”. Nie oznacza to oczywiście twierdzenia, że z uwagi na zastosowaną w postępowaniu formułę wykonania zamówienia wykonawcom należy pozwolić na składanie ofert nieodpowiadających wymaganiom PFU. Nie można jednak pomijać faktu, że specyfika tego rodzaju inwestycji sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej (co nastąpi dopiero po zawarciu umowy), która nie istnieje na etapie dokonywania oceny ofert. Nie można zatem pomijać faktu, że wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje (gdyż

zostanie dopiero opracowana), a ma dla realizacji przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie.

Odnosnie powyższego twierdzenia istotne są również postanowienia załącznika nr 11 do SWZ (Wzór umowy), które precyzują również możliwość wprowadzania zmian do zakresu realizacji przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający wskazał:

„§ 13 KONTROLA I ODBIÓR ROBÓT BUDOWLANYCH, ust. 11. Czynności odbioru końcowego będą przebiegać w następujący sposób, pkt 4) Dokumentacja powykonawcza powinna zawierać w szczególności: lit. o) kopię projektu budowlanego i wykonawczego z naniesionymi zmianami wprowadzonymi w trakcie realizacji robót (...),

§ 20 NADZÓR, ust. 6. Inżynier Kontraktu nie ma prawa do dokonywania ingerencji skutkujących podwyższeniem kosztów inwestycji ponoszonych przez Zamawiającego, zmianą zakresu Umowy, zmianą wysokości wynagrodzenia Wykonawcy lub przedłużeniem terminu realizacji Umowy, bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności,

§ 22 ZMIANY UMOWY, ust. 1. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany postanowień zawartej Umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, w następującym zakresie i warunkach wprowadzenia zmian:

1) wprowadzenia zmian w wykonywanych robotach budowlanych nie wymagających zmiany decyzji budowlanej (w tym pozwolenia na budowę lub pozwolenia na prowadzenie prac konserwatorskich i/lub restauratorskich), ani zapłaty dodatkowego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy

(...)

W takiej sytuacji zmianie może ulec:

A. zakres prac – poprzez jego zmniejszenie lub rozszerzenie, w tym określenie prac do wykonania lub zmian w robotach

B. zakres Przedmiotu Umowy/ Etapu lub Etapów /Kamieni Miłowych, poprzez jego/ ich rozszerzenie lub zmniejszenie, w tym określenie prac do wykonania lub zmian w robotach

C. wartość Kamieni Miłowych

D. termin realizacji Umowy/ Etapu lub Etapów/Kamieni Miłowych – poprzez jego/ ich wydłużenie lub skrócenie – w przypadku przedłużenia – o czas niezbędny do wprowadzenia zmian, wynikający zarówno z technologii wykonania, jak i czasu na podjęcie decyzji przez Zamawiającego w zakresie realizacji wprowadzanych zmian w wykonywanych robotach budowlanych

(...)

pkt 4) zaniechania wykonania robót, których wykonanie w trakcie realizacji stało się zbędne, czego Strony nie przewidziały w dniu zawarcia Umowy lub wynika ze zmiany okoliczności stanu faktycznego zaistniałego podczas realizacji Umowy uzasadniającego zaniechanie

wykonania robót, przy jednoczesnym obniżeniu wartości wynagrodzenia o wartość robót zaniechanych zgodnie z wyceną dokonaną w oparciu o Harmonogram, zaś w przypadku, gdy brak wyceny w Harmonogramie -

(...)

pkt 7) wprowadzenia zmian dotyczących Przedmiotu Umowy w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów (w tym konserwatora zabytków) lub innych nakazujących określony tryb postępowania w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności

pkt 8) wprowadzenia zmian dotyczących Przedmiotu Umowy dotyczących wykonania Przedmiotu Umowy, które wynikają z uzgodnień z gestorami sieci lub spółkami kolejowymi (w tym w zakresie robót wykonywanych na styku inwestycji realizowanych przez PKP S.A. oraz PKP PLK S.A.) - o ile ich powstanie nie jest lub nie było zależne od Wykonawcy".

Powyższe oznaczać może, że w przypadku, gdyby zamawiający nie unieważnił przedmiotowego postępowania, zmiany, które stanowiły podstawę do tej czynności, mogłyby zostać usankcjonowane na etapie realizacji zamówienia, po podpisaniu umowy, lub przed podpisaniem umowy, skoro ta okoliczność była znana zamawiającemu i wykonawcom, na tym etapie postępowania.

W zakresie powyższego twierdzenia za zasadne jest powołanie się wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 28 marca 2024 roku, sygn. akt XXIII Zs 7/24, w którym Sąd szczegółowo odniósł się istotnej wady postępowania dającej podstawę do unieważnienia postępowania wskazując, że „Zgodnie z art. 255 pkt 6) p.z.p. wskazanym jako podstawa unieważnienia postępowania w niniejszej sprawie zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika zatem, że przesłankami unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na jego podstawie, jest wada tego postępowania, która z jednej strony jest niemożliwa do usunięcia, a z drugiej wada ta musi być tego rodzaju, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przy czym, aby unieważnienie postępowania było dopuszczalne obie przesłanki muszą wystąpić łącznie. Innymi słowy sama wada postępowania, która da się wyeliminować w dalszym jego toku nie uzasadnia unieważnienia, nawet jeżeli wada ta uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Z drugiej zaś strony nawet jeżeli wada postępowania jest nieusuwalna, ale jest tego rodzaju, że nie uniemożliwia zawarcia umowy, jej wystąpienie nie uzasadnia unieważnienia postępowania. Oznacza to, że nie każde uchybienie przepisom i zasadom postępowania może być podstawą unieważnienia umowy,

a jedynie wada, którą uznać można za istotną. Ocena czy w danym postępowaniu wada taka wystąpiła dokonywana będzie każdorazowo przez zamawiającego, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania. W dalszej zaś kolejności przez Krajową Izbę Odwoławczą i sąd zamówień publicznych, w ramach postępowania odwoławczego i skargowego. Oczywiście aby unieważnienie postępowania było możliwe pomiędzy jego wadą, a niemożnością zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy musi zachodzić adekwatny związek przyczynowy”.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności przedmiotowego postępowania, fakt unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia, a wyliczenie ceny za oferowane roboty było możliwe, niezależnie od tego, jakie są plany co do wykorzystania i zarządzania pomieszczeniami nastawni. Wymagania ukształtowane przez zamawiającego w treści dokumentacji co do sposobu realizacji robót, obowiązki wykonawcy oraz sposób obliczenia ceny wskazują, że przedmiot zamówienia można zrealizować na podstawie opisu przewidzianego przez zamawiającego, a różnice związane z przeznaczeniem pomieszczeń nastawni nie mają na te okoliczności istotnego wpływu. Fakt, że przedmiot ten został opisany w sposób, o jakim pisze zamawiający w treści informacji o unieważnieniu nie przesądza o tym, że przedmiot ten jest opisany w sposób niewłaściwy. Kryteria unieważnienia postępowania mają wynikać z ustawy, a nie z uznania zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12).

Przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy Pzp należy zawsze brać pod uwagę jej cel. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do takiego działania oraz takiego korzystania z praw, jakie ustawa mu przypisuje i jego działanie ma doprowadzić do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania. Działanie zamawiającego ma jednocześnie zapewnić poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: