

WYROK

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Katarzyna Paprocka
Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez

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

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A) wykonawcy FABE POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Cybernetyki 19B (02-677 Warszawa);

B) wykonawcy Ground Transportation Systems Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. gen. Józefa Zajączka 9 (01-518 Warszawa);

C) wykonawcy ZUE spółki akcyjnej z siedzibą w Krakowie przy ul. Kazimierza Czapińskiego 3 (30-048)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Budimex spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Budimex spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 4 039 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłat od pełnomocnictw oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

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 jako: „postępowanie” lub „Somonino II”.

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 budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego, polegających na zaniechaniu unieważnienia postępowania Somonino II, mimo że w dniu 28 marca 2024 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał wyrok sygn. akt XXIII Zs 7/24, w którym zmienił zaskarżony

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3384/23 i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w przedmiocie zamówienia publicznego na *Realizację zadania pod nazwą Odcinek A – roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna-Somonino oraz 214 Somonino-Kartuzy*, nr referencyjny 9090/IRZR1/12568/03512/22/P, ogłoszenie

o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2022 roku nr 2022/S 133-380942 (zwane dalej jako „Somonino I”). W ocenie odwołującego

w związku z faktem, że zamawiający zaniechał dokonania powyższej czynności, do dnia wniesienia odwołania toczyły się równoległe dwa postępowania dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia i obejmujące ten sam przedmiot zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 255 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania Somonino II pomimo, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, tj. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

i Zamówień Publicznych wydał wyrok sygn. akt XXIII Zs 7/24, w którym zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3384/23 i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania Somonino I, co oznacza, że zamawiający w dalszym ciągu prowadzi postępowanie Somonino II mimo, że nie leży to w interesie publicznym, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

względnienie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej:

2) art. 256 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania Somonino II pomimo, że termin składania ofert jeszcze nie upłynął, a ponadto wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione ze względu na fakt, że Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał wyrok sygn. akt XXIII Zs 7/24, w którym zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3384/23 i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania Somonino I,

w związku z czym dalsze prowadzenie postępowania Somonino II doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia kolejnego postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia, tj. Somonino II.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący stwierdził, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp. Szkada 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) w sytuacji, w której odwołujący uzyskał korzystny dla siebie wyrok Sądu Okręgowego co do unieważnienia poprzedniego postępowania (Somonino I), w którym jego oferta została sklasyfikowana po otwarciu na miejscu pierwszym rankingu złożonych ofert. Jeszcze zanim skarga została rozpoznana i zanim został wydany korzystny dla odwołującego wyrok, zamawiający wszczął nowe postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia. Odwołujący uznał tym samym, że aby dostatecznie zabezpieczyć swój interes w uzyskaniu zamówienia, najpierw poniósł koszty przygotowania oferty w postępowaniu Somonino I, następnie dochodził swoich praw korzystając ze środków ochrony prawnej odpowiednio przed Krajową Izbą Odwoławczą i przed Sądem Okręgowym, by ostatecznie ponieść dalsze koszty związane tym razem z przygotowaniem oferty w postępowaniu Somonino II. Termin składania ofert był bowiem kilkakrotnie przesuwany, na moment wniesienia odwołania został wyznaczony na dzień 25 kwietnia 2024 r., a wyrok odnoszący się do kwestii unieważnienia postępowania Somonino I został wydany 28 marca 2024 r. W ocenie odwołującego czynności podjęte przez zamawiającego – zarówno unieważnienie postępowania Somonino I, wszczęcie nowego dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia i obejmującego ten sam zakres, a przede wszystkim zaniechanie unieważnienia postępowania Somonino II w obliczu wydanego wyroku Sądu Okręgowego, wprost godziły więc w jego interes odnoszący się w pierwszej kolejności do konieczności poniesienia kosztów przygotowania nowej oferty, a w drugiej – do braku możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu Somonino I, które w dalszym ciągu pozostaje unieważnione, wbrew wyrokowi Sądu Okręgowego. Niezależnie od powyższego odwołujący nadmienił, że w ramach postępowania Somonino I

jego oferta była już bardzo skrupulatnie badana przez zamawiającego, który nie znalazł żadnych podstaw do wykluczenia odwołującego z tego postępowania, czy też odrzucenia jego oferty. Cała procedura była rozciągnięta w czasie i ostatecznie zamawiający zdecydował się na unieważnienie postępowania Somonino I (o czym również była mowa w przedmiotowym odwołaniu), natomiast oferty odwołującego nie odrzucił. Jak zauważył odwołujący po dokonaniu przez zamawiającego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania Somonino I zgodnie

z treścią wyroku Sądu Okręgowego, jego oferta będzie się więc znajdowała na pozycji pierwszej rankingu ofert, które nie podlegają odrzuceniu, a zatem interes odwołującego wyrażał się również w możliwości dalszego uczestniczenia w postępowaniu, które może się zakończyć podpisaniem umowy.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w treści informacji o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (Somonino II) z dnia 4 stycznia 2024 r. zamawiający wskazał, że czynności tej dokonuje *w związku z unieważnieniem postępowania Somonino I*. Jako podstawę prawną dokonania tej czynności zamawiający wskazał równocześnie art. 262 Pzp. Zdaniem odwołującego użyte przez zamawiającego sformułowanie w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia i zastosowana podstawa prawna (art. 262 Pzp) sugerowały, jakoby „stare” postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia było już prawomocnie unieważnione. Nie był 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, a następnie – wyrokiem Sądu z dnia 28 marca 2024 r. Sąd zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3384/23) i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania Somonino I. W ocenie odwołującego w tych okolicznościach sprawy, w odniesieniu do postępowania Somonino II zaistniała konieczność jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 5) Pzp względnie na podstawie art. 256 Pzp. Odwołujący wskazał, że do zastosowania podstawy unieważnienia postępowania wynikającej z art. 255 pkt 5) Pzp niezbędne jest kumulatywne spełnienie elementów opisanych w treści przepisu, tj.:

- 1) musi dojść do istotnej zmiany okoliczności (zmiana okoliczności uzasadniona jest wydaniem przez Sąd Okręgowy wyroku w sprawie czynności unieważnienia postępowania Somonino I);
- 2) istotna zmiana okoliczności musi powodować, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym (w przypadku Somonino II interesem publicznym jest zaspokojenie potrzeb zbiorowości, które jednak zostanie zabezpieczone przez doprowadzenie do końca postępowania Somonino I, do czego dojdzie również w terminie szybszym niż zakończenie postępowania Somonino II);
- 3) czego nie można było wcześniej przewidzieć (w przypadku Somonino II nie można było przewidzieć, jaki będzie wyrok SO w sprawie Somonino I).

W odniesieniu do postępowania Somonino II o konieczności jego unieważnienia miały przemawiać następujące fakty:

- 1) pojawiły się nowe okoliczności (wyrok Sądu Okręgowego w sprawie Somonino I, sygn. akt XXIII Zs 7/24);
- 2) zmiana okoliczności jest istotna (doszło do znaczącej i niebagatelnej zmiany stanu rzeczy powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym – w przypadku Somonino II kluczowe jest, że toczą się dwa postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, przy czym to, które toczyło się wcześniej, czyli Somonino I, jest znacznie bardziej zaawansowane, a wyrokiem SO jego unieważnienie zostało uznane za nieprawidłowe);
- 3) zmiana okoliczności ma charakter zewnętrzny i trwały wobec zamawiającego (w przypadku Somonino II elementem będzie wyrok SO, a więc czynnik zewnętrzny względem samego zamawiającego);
- 4) obiektywnie nie było możliwości przewidzenia, że okoliczność nastąpi (nie było możliwości przewidzenia, jaki będzie wyrok Sądu);
- 5) skutkiem istotnej i nieprzewidywalnej zmiany okoliczności jest brak interesu publicznego w dalszym prowadzeniu postępowania, bowiem cel prowadzenia postępowania Somonino II zostanie osiągnięty za pomocą przeprowadzenia do końca postępowania Somonino I, a potrzeby publiczne zostaną w ten sposób zaspokojone.

W ocenie odwołującego pomiędzy powyższymi elementami zachodził związek przyczynowo-skutkowy, a zatem zamawiający zobowiązany był skorzystać z dyspozycji art. 255 pkt 5) Pzp względem postępowania Somonino II. Biorąc za podstawę przesłankę unieważnienia z art. 255 pkt 5) Pzp odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania Somonino II jest uzasadnione brakiem interesu publicznego w prowadzeniu tego postępowania, nie zaś wyłącznie brakiem interesu publicznego w udzieleniu zamówienia. Konkluzja ta oznaczała, że samo udzielenie zamówienia leży w interesie publicznym, ale zamówienie nie powinno być efektem danego konkretnego postępowania (w tym przypadku Somonino II). Jak zwrócił uwagę odwołujący w zbliżonym do omawianego stanie faktycznym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z 20 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 304/13), zgodnie z którym, jeśli postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, ale decyzja o unieważnieniu została następnie unieważniona (np. wyrokiem KIO czy sądu), wówczas zamawiający zobowiązany jest do kontynuowania takiego postępowania od momentu, w którym zostało przerwane.

Odnosząc się w tym miejscu dodatkowo do dyspozycji cytowanego wcześniej przepisu zawierającego fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania wynikającą z art. 256 Pzp odwołujący wyjaśnił, że obie podstawy unieważnienia postępowania Somonino II, a więc zarówno podstawa z art. 255 pkt 5) Pzp jak i z art. 256 Pzp mogą znaleźć zastosowanie

w obliczu wydania przez Sąd Okręgowy orzeczenia sygn. akt XXIII Zs 7/24, dodatkowo

w sytuacji, w której nie doszło jeszcze do upływu terminu składania ofert (okoliczność istotna w odniesieniu do art. 256 Pzp).

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że według stanu na dzień wniesienia odwołania zamawiający znajdował się w sytuacji, zgodnie z którą prowadzi dwa postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, choć oba postępowania znajdują się obecnie na innym etapie (postępowanie Somonino I jest znacznie bardziej zaawansowane). Odwołujący skorzystał bowiem z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przeszedł kontrolę instancyjną w ramach postępowania skargowego i został przez Sąd Okręgowy zmieniony. W związku z tymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi, odwołujący zwrócił również uwagę, że z pola widzenia nie może umykać koszt, jaki muszą ponieść wykonawcy zainteresowani udziałem w niniejszym postępowaniu wynikający z woli złożenia oferty. Oferty w postępowaniu Somonino I 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 postępowaniu Somonino I, które już choćby ze względu na samą jego wartość (ponad 1,8 mld złotych brutto w zakresie zamówienia podstawowego) – 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 postępowaniu Somonino II. Aktualnie termin złożenia ofert w tym postępowaniu został przesunięty na dzień 25 kwietnia 2024 r. Dokumentacja postępowania jest obszerna i dokładne jej przeanalizowanie (nawet w sytuacji powielenia pewnych elementów) wymaga znacznych nakładów czasu i pracy specjalistów inżynierów, zespołu przygotowującego ofertę od strony formalnej i wsparcia prawnego. Koszty te są zatem ponoszone tak naprawdę podwójnie. Obecnie Zamawiający znajduje się w o tyle komfortowej sytuacji, że w postępowaniu Somonino II nie doszło jeszcze do złożenia przez wykonawców ofert, więc nie istnieje podstawa do sformułowania roszczenia, o którym mowa w art. 261 Pzp. Sytuacja ta jednak ulegnie zmianie, jeśli zamawiający zaniecha unieważnienia tego postępowania, do czego ma w okolicznościach niniejszej sprawy pełne prawo, zgodnie z treścią odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w bieżącym stanie faktycznym i prawnym należy ocenić, że działanie zamawiającego, który nie decyduje się na unieważnienie postępowania Somonino II sprzeciwia się zatem 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).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 23 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie zarzutów odwołania w całości

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania 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 odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

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

- wykonawcę FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie;

do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 18 kwietnia 2024 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający prowadził 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”*, wszczęte na podstawie ogłoszenia z dnia 13 lipca 2022 r., opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 133-380942 (Somonino I).

W dniu 31 października 2023 r., zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania Somonino I. Jako podstawę prawną swojej czynności zamawiający wskazał art. 255 pkt 6) Pzp.

Od powyższej czynności zamawiającego, odwołujący wniósł odwołanie, które Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wyrokiem z dnia 30 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3384/23.

W dniu 2 stycznia 2024 r. odwołujący wniósł skargę do Sądu Okręgowego od wyroku Izby z dnia 30 listopada 2023 r.

W następstwie unieważnienia postępowania Somonino I, zamawiający wszczął kolejne postępowanie – Somonino II. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania Somonino II zostało opublikowane w dniu 3 stycznia 2024 r.

W wyniku wniesionej skargi, Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 28 marca 2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 7/24 zmienił zaskarżony wyrok Izby, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania Somonino I.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 255 pkt 5 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;*

- art. 256 Pzp – *Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.;*

- 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.*

Izba zważyła co następuje.

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

Na wstępie rozważań Izba stwierdziła, że wbrew argumentacji odwołującego zarówno w momencie wniesienia odwołania, jak i na moment zamknięcia rozprawy w przedmiotowej sprawie, zamawiający prowadził tylko jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla Odcinka A linii kolejowych nr

201 oraz 214 tj. postępowanie Somonino II. Jak wskazał sam odwołujący, Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 28 marca 2024 r. nakazał zamawiającemu dokonanie czynności polegającej na unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania Somonino I. Tym samym należało uznać, że wydany przez Sąd Okręgowy wyrok nie miał charakteru konstytutywnego, tj. nie zmienił istniejącego stanu rzeczy w ten sposób, że automatycznie doprowadził do „wznowienia” wcześniej unieważnionego postępowania tj. Somonino I. W ocenie składu orzekającego treść sentencji orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie należało interpretować w taki sposób, że to zamawiający – wykonując wyrok Sądu – ma podjąć czynność polegającą na unieważnieniu skutecznie zaskarżonej czynności, tj. unieważnienia postępowania Somonino I. Jeżeli zatem Sąd Okręgowy uznał, że do zgodnego z prawem unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania Somonino I koniecznym jest działanie samego zamawiającego, to do czasu dokonania takiej czynności postępowanie Somonino I pozostaje unieważnione, a co za tym idzie – w obrocie prawnym na moment rozpoznania przedmiotowej sprawy funkcjonowało wyłącznie jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla Odcinka A, tj. postępowanie Somonino II.

Powyżej poczynione ustalenia prowadziły do konstatacji, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, jaki miał miejsce na moment zamknięcia rozprawy, nie zaistniały przesłanki, które mogłyby uzasadniać unieważnienie przez zamawiającego postępowania Somonino II, tj. na moment rozpoznania sprawy poza postępowaniem Somonino II nie było prowadzone żadne inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, które było tożsame lub chociaż podobne do tego postępowania.

Już z tych powodów chybione okazało się główne założenie wynikające z argumentacji odwołującego wskazujące, że do dnia wniesienia odwołania toczyły się równolegle dwa postępowania dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia i obejmujące ten sam przedmiot zamówienia. W związku z tym argumentacja odwołującego nie mogła znaleźć potwierdzenia i musiała skutkować oddaleniem odwołania.

Pomimo tego, że już z powyżej przedstawionych rozważań wynikało stwierdzenie wskazujące na niezasadność argumentacji odwołującego, Izba odniosła się również pokrótce do podniesionych zarzutów oraz kwestii interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 1) *petitum* odwołania, Izba stwierdziła, że przepis art. 255 pkt 5 Pzp nie wprowadza cezury czasowej do dokonania czynności unieważnienia postępowania, a zatem to do zamawiającego należy ostateczna decyzja, kiedy *de facto* unieważnić postępowanie. Skoro zatem dany przepis nie precyzuje terminu na dokonanie określonej czynności w postępowaniu, odwołujący nie może czynić zarzutu zaniechania dokonania takiej czynności tylko dlatego, że czynność ta nie została zrealizowana w takim terminie, w jakim by sobie tego życzył odwołujący. Zgodnie z art. 513 Pzp, odwołanie przysługuje m. in. na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy (pkt 2 ww. przepisu). Mając na uwadze, że odwołanie dotyczyło zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podstawę do jego wniesienia stanowił właśnie art. 513 pkt 2 Pzp. Tym samym, rozpatrując przedmiotowe odwołanie przez pryzmat art. 513 pkt 2 Pzp, należało wskazać, że przepis ten zwraca uwagę na zaniechane czynności, do których zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Skoro więc żaden przepis Pzp nie obligował zamawiającego do unieważnienia postępowania w określonym terminie, to nie można było stwierdzić, że zamawiający zaniechał czynności, tylko dlatego, że nie wykonał jej w czasie

w jakim oczekiwałby tego odwołujący. Tym samym nie została wypełniona dyspozycja przepisu art. 513 pkt 2 Pzp do wniesienia odwołania i w świetle powyższego odwołanie musiało zostać oddalone.

W ocenie składu orzekającego, aby stwierdzić zaniechanie zamawiającego, dana czynność

w ogóle nie mogłaby mieć miejsca w postępowaniu lub zamawiający musiałby pozostawać

w zwłoce z jej wykonaniem, przy czym okoliczności te powinno się oceniać mając na uwadze indywidualny stan danej sprawy. Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że na dzień wniesienia odwołania, okoliczności faktyczne nie uzasadniały stwierdzenia, że zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania Somonino II. Po pierwsze, aby być w zwłoce co do wykonania określonej czynności postępowania, to przepis Pzp musi obligować do podjęcia określonego działania w przepisany terminie. W tym miejscu po raz kolejny należało podkreślić, że żaden przepis nie obliguje do unieważnienia postępowania w konkretnym czasie. Przepis art. 260 Pzp jedynie obliguje do niezwłocznego zamieszczenia informacji

o unieważnieniu postępowania na stronie prowadzonego postępowania, brak natomiast takiego wymagania co do podjęcia samej decyzji w tej materii. Po drugie, biorąc pod uwagę dość złożony stan faktyczny i prawny związany z postępowaniem oraz realia w jakich funkcjonuje zamawiający nie można było wymagać, aby zamawiający w krótkim czasie (10 dni od ogłoszenia orzeczenia Sądu Okręgowego) dokonywał czynności o kluczowym dla niego znaczeniu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy można było założyć, że czynności w tej sprawie wymagają zgód korporacyjnych, co ma związek z procesem akceptacji określonych rozwiązań na szczeblu centralnym, obiegu dokumentów, konieczności przeprowadzenia szczegółowej analizy itd. Po trzecie nawiązując do analizy stanu faktycznego

przedmiotowej sprawy oraz związanym z tym procesem decyzyjnym, zamawiający na dzień rozpoznania sprawy nie otrzymał uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego. W związku z tym nie można było pominąć również tego, że zamawiający rozważając różne rozwiązania jakimi dysponuje, może też wziąć pod uwagę przysługujące mu prawo do wniesienia skargi kasacyjnej. Do oceny takiej możliwości konieczne jest otrzymanie pisemnego uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, a następnie dalsza analiza zasadności skorzystania z nadzwyczajnego środka zaskarżenia.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zamawiający nie zaniechał unieważnienia postępowania Somonino II, gdyż na moment rozpoznania przedmiotowej sprawy nie można było stwierdzić, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp.

W przypadku zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania Izba stwierdziła, że przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 256 Pzp ma charakter fakultatywny. Przepis ten jest adresowany do zamawiającego, który ma możliwość, ale nie obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Skoro przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie ma charakter fakultatywny i zależy od wyłącznej decyzji zamawiającego, to żądania odwołującego wynikające z tego przepisu,

w okolicznościach przedmiotowej sprawy, były bezprzedmiotowe. Jeśli zamawiający nie dopuścił się zaniechania czynności, do której był zobowiązany to odwołujący nie mógł czynić z przepisu, który daje swobodę zamawiającemu, źródła obowiązku, na którym oparł swój zarzut.

W konsekwencji również zarzut naruszenia art. 256 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w zw. z art. 17 Pzp nie mógł znaleźć potwierdzenia.

Ponadto, rozpatrując zasadność przedmiotowego odwołania nie sposób było pominąć kwestię interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii – musi także wykazać spełnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej tj. wykazać, że:

- ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie;
- poniósł lub może ponieść szkodę;
- poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący składając przedmiotowe odwołanie nie dążył do uzyskania zamówienia w tym postępowaniu, a do unieważnienia postępowania, przy czym osiągnięcie tego celu w żaden sposób nie poprawiłoby jego sytuacji procesowej. W postępowaniu Somonino I, wobec którego Sąd Okręgowy nakazał unieważnienie postępowania, oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą, jeśli zamawiający dokona unieważnienia czynności unieważnienia tego postępowania i zdecyduje się wybrać najkorzystniejszą ofertę. W tym sensie, interes odwołującego nie doznał uszczerbku w wyniku zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania Somonino II. Przy czym Izba oczywiście ma świadomość, że w określonych sytuacjach wykonawca nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże w przedmiotowej sprawie odwołujący dążył do unieważnienia postępowania, lecz nie w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w kolejnym postępowaniu w przyszłości, a dlatego, że uzyskał korzystny wyrok Sądu Okręgowego dotyczący wcześniejszego postępowania tj. Somonino I i dlatego nie był już zainteresowany dalszym procedowaniem postępowania Somonino II.

Reasumując, nie została spełniona przez odwołującego materialnoprawna przesłanka do wniesienia odwołania w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie wykazał również chociażby potencjalnej szkody, jaką mógł ponieść w związku z naruszeniem przepisów ustawy. Odwołujący przez szkodę rozumiał konieczność 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) w sytuacji, w której odwołujący uzyskał korzystny dla siebie wyrok Sądu Okręgowego, co do unieważnienia postępowania Somonino I, w którym jego oferta została sklasyfikowana po otwarciu na miejscu pierwszym rankingu złożonych ofert. Nie można było się zgodzić z tak zaprezentowanym rozumieniem szkody, szczególnie biorąc pod uwagę treść z art. 261 Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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. Tym samym z przepisów Pzp wprost wynika roszczenie przysługujące

wykonawcy o zwrot kosztów przygotowania oferty w sytuacji unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Gdyby zamawiający unieważnił postępowanie po terminie składania ofert, to wykonawca nie doznałby szkody w postaci poniesienia kosztów przygotowania oferty.

Tym samym również w kontekście szkody odwołanie podlegało oddaleniu, z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a), b) i d) 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące: wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł), opłaty od pełnomocnictw (51 zł) oraz dojazd pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę (388 zł) – na podstawie spisu kosztów złożonego na posiedzeniu.

Przewodniczący:.....

.....

.....