

WYROK
z dnia 31 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 marca 2011 r. przez **Schweerbau GmbH & Co. KG Bauunternehmen, Niemcy, 31655 Stadthagen, Industriestrasse 12** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, 70-603 Szczecin, ul. Bytomska 7**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Leonard Weiss GmbH & Co. KG, Niemcy, 73037 Göppingen, Leonhard-Weiss-Straße 22, Oddział w Polsce, 53-676 Wrocław, ul. Sokolnicza 5 lok. 74-75 (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) Budimex Spółka Akcyjna, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności: oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie, i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **Schweerbau GmbH & Co. KG z siedzibą w Stadthagen w Niemczech,**

1

Sygn. akt KIO 582/11

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie** na rzecz **Schweerbau GmbH & Co. KG z siedzibą w Stadthagen w Niemczech**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt KIO 582/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. „Przebudowa infrastruktury kolejowej w

portach w Szczecinie i Świnoujściu” (nr referencyjny: NZ/059/IN-23).

11 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – GmbH & Co. KG z siedzibą w Stadthagen w Niemczech, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

18 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od tej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu.

W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający błędnie wywodzi, iż wskutek udzielonych przez niego odpowiedzi na pytania wykonawców, doszło do sytuacji, w której oferty złożone są nieporównywalne. Tymczasem nie istnieją jakiegokolwiek podstawy prawne i faktyczne umożliwiające Zamawiającemu unieważnienie postępowania w zgodzie z przepisami prawa. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a której to wady nie można usunąć. Podstawy unieważnienia umowy w sprawie zamówienia określa zaś art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy pzp. Wśród przesłanek unieważnienia wymaganych w tym przepisie nie ma takiej wady, która dotyczyłaby nieporównywalności ofert złożonych przez wykonawców.

Zamawiający błędnie podnosi, iż wskutek udzielonych przez niego odpowiedzi na pytania oraz modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie również „s.i.w.z.”), zawartej w piśmie z 3 grudnia 2010 r. (modyfikacja nr 6), „wprowadził Wykonawców w błąd i niektórzy z nich, sporządzając swoją ofertę pozostawali w mylnym przekonaniu, że intencją Zamawiającego było zrezygnowanie z zakresu opisanego w pozycjach 71-74 ogólnego zakresu robót oraz w pozycjach 26,27, 28 przedmiaru robót – TORY DOJAZDOWE, albo by Wykonawcy zakres ten ujęli w innych pozycjach”.

3

Sygn. akt KIO 582/11

Zamawiający bezpodstawnie i mylnie wywodzi, iż otrzymał on w konsekwencji rzekomo nieporównywalne oferty.

Niezrozumienie przez niektórych wykonawców treści czynności dokonanej przez Zamawiającego nie stanowi wady postępowania, ale obciąża negatywnie wyłącznie tych wykonawców, którzy błędnie zinterpretowali wyjaśnienia Zamawiającego. Ich oferty niezgodne z treścią s.i.w.z., podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp. Jeżeli którykolwiek z wykonawców nie zrozumiał udzielonych odpowiedzi Zamawiającego, mógł zwrócić się o wyjaśnienie. O ile nieprecyzyjną treść s.i.w.z. należy tłumaczyć na korzyść wykonawców – a także nieprecyzyjną treść odpowiedzi na pytania – to jednak w niniejszym przypadku treść modyfikacji i odpowiedzi na pytania wykonawców była wystarczająco precyzyjna oraz jasna w świetle opisanego przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, iż dla każdego wykonawcy oczywiste musiało być to, że przedmiot zamówienia z samej swej natury musi obejmować kwestionowany zakres zamówienia.

Bezsporne jest jednak przede wszystkim to, że Zamawiający nie dokonał modyfikacji s.i.w.z. i nie usunął zakresu robót opisanego w pozycjach 26, 27, 28 przedmiaru robót – TORY DOJAZDOWE. Wykonawcy mieli obowiązek wycenić roboty ujęte w tych pozycjach, lub co najwyżej – tak jak zrobił to Odwołujący – mogli ująć tę wycenę w innych pozycjach przedmiaru robót (jednocześnie oferując wykonanie tego zakresu przedmiotu zamówienia). Oferty tych wykonawców, którzy oferują wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, nie mogą zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 s.i.w.z., bowiem ich treść w pełni odpowiada treści s.i.w.z.

W świetle art. 146 ust. 6 ustawy pzp, aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp, musi dojść do naruszenia tych przepisów ustawy pzp, które rzeczywiście mają istotny wpływ na wynik postępowania. Dla przykładu można wskazać, iż według wyroku KIO z 16 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10) „wadliwy opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p”. Nadto należy

stwierdzić, iż według wyroku KIO z 19 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 386/10) „jeżeli doszło do naruszeń przepisów p.z.p., ale nie stwierdzono, iż rzeczywiście miały wpływ na wynik postępowania, nie będzie podstawy do uznania umowy za nieważną na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 p.z.p.”

Stąd też, skoro oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i zawiera wycenę wszystkich pozycji przedmiotu zamówienia, to okoliczność, iż mniej korzystne oferty innych wykonawców nie zawierają wyceny tych elementów nie ma jakiegokolwiek negatywnego wpływu na wynik postępowania. Jeżeli bowiem ci wykonawcy wyceniliby wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, to zaproponowane przez nich ceny byłyby co najwyżej droższe.

4

Sygn. akt KIO 582/11

Stąd też Zamawiający nie popełnił błędu, który mógł mieć jakikolwiek wpływ na wynik postępowania.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie występuje jakakolwiek nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania oraz dokonując modyfikacji s.i.w.z. nie naruszył jakichkolwiek przepisów ustawy pzp – sam Zamawiający nie jest nawet w stanie wskazać jakie rzekomo przepisy ustawy pzp naruszył.

25 marca 2011 r. (pismem z 24 marca 2011 r.) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu oraz Uczestnikowi postępowania na posiedzeniu przed Izbą – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż mając na uwadze naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji postanowił o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, o czym zdecydowały następujące przesłanki.

Po pierwsze, specyfikację istotnych warunków zamówienia należy czytać łącznie z odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pzp. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień specyfikacji (wyrok KIO z 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1369/10). Natomiast zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po drugie, ustawa pzp nie przewiduje modyfikacji odpowiedzi na pytania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1088/09) odpowiedzi udzielone przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pzp wiążą strony postępowania na równi z treścią s.i.w.z., stanowią wykładnię autentyczną postanowień s.i.w.z., którą Zamawiający obowiązany jest uwzględniać w toku dalszych czynności w postępowaniu. Również w wyroku z 5 maja 2009 r. KIO wskazała, że wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego, jak wskazuje sama nazwa nadana przez ustawodawcę tego rodzaju kontaktom wykonawców z zamawiającym, mają stanowić interpretację postanowień s.i.w.z., budzących wątpliwości. W żadnym przypadku nie powinny zastępować brakujących uregulowań w treści s.i.w.z. lub tworzenia treści s.i.w.z. w sposób odmienny w stosunku do pierwotnych postanowień, z zastrzeżeniem zmiany treści s.i.w.z. (sygn. akt KIO/KU 1/09). Ze względu na przejrzystość postępowania i zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wykonawcy do udzielonych wyjaśnień muszą mieć takie samo zaufanie jak do treści samej s.i.w.z. Z tego powodu zamawiający, jak i wykonawcy, są związani udzielonymi wyjaśnieniami treści s.i.w.z. w równym stopniu, jak treścią „pierwotnej” s.i.w.z. (wyrok KIO z 3 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 177/09).

5

Sygn. akt KIO 582/11

Po trzecie, w niniejszym stanie faktycznym przedmiotowa modyfikacja nr 6 z 3 grudnia 2010 r. obejmowała kilka pozycji. Tylko jedna z nich odnosiła się do pytań, pozostałe dokonywały, zgodnie z art. 38 ust. 4 pzp modyfikacji s.i.w.z. Zatem Zamawiający dokonując modyfikacji odpowiedzi na pytanie i zamieszczając ją wśród modyfikacji s.i.w.z. wprowadził Wykonawców błąd. Ci zaś byli w pełni uprawnieni do uznania, że Zamawiający wskazane

pozycje wykreślił z s.i.w.z. W konsekwencji Zamawiający otrzymał nieporównywalne oferty, a konwalidowanie tego stanu rzeczy po upływie terminu składania i otwarciu ofert nie jest możliwe. Powyższym, wadliwym działaniem Zamawiającego nie można też obarczać wykonawców. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 20 lutego 2006 r., gdy zamawiający, udzielając wyjaśnień na podstawie art. 38 ust. 2 pzp wyraźnie stwierdził, że nie zmienia s.i.w.z., a jednocześnie w istocie rzeczy zmienił jej zapisy, to z tego tytułu nie można przypisywać negatywnych konsekwencji tym wykonawcom, którzy zachowali się zgodnie z wymaganiami pierwotnej „niezmienionej” specyfikacji. Zmienność działania zamawiającego nie może być przerzucana na wykonawców (sygn. akt UZP/ZO/0-432/06). Podobnie w wyroku KIO z 1 kwietnia 2010 r. wyraźnie wskazano, iż Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków wynikających z niewłaściwego działania zamawiającego. Brak precyzyjności zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w udzielanych wykonawcom wyjaśnieniach może obarczać wyłącznie zamawiającego (sygn. akt: KIO/UZP 402/10, KIO/UZP 420/10).

Po czwarte, zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lipca 2010r. „(...) Dostrzeżenie przez Zamawiającego naruszenia przepisów postępowania, które skutkuje, że postępowanie to obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmuje wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy unieważnienia umowy, ale także inne przyczyny, które prowadzą do skutku w postaci możliwości unieważnienia umowy – dotyczy to dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdzie wyłączną legitymację do wystąpienia o unieważnienie umowy posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych” (sygn. akt KIO/UZP 1437/10).

Po piąte, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał modyfikacji odpowiedzi na pytania i wprowadził Wykonawców w błąd. Biorąc pod uwagę, że ustawa pzp nie przewiduje modyfikacji odpowiedzi na pytania, Wykonawcy odebrali ją jako skuteczną zmianę s.i.w.z. W konsekwencji doszło do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe stanowi oczywisty błąd Zamawiającego, który doprowadzić może do ewentualnego unieważnienia przyszłej umowy. W konsekwencji ziszcila się przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

6

Sygn. akt KIO 582/11

Odwołujący zapomina, iż podstawa przywołana w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie wskazuje katalogu wad uniemożliwiających zawarcie niepodlegających unieważnieniu umowy. Nie można ich także utożsamiać jedynie z przypadkami określonymi w art. 146 ust. 1 pkt. 1-6 ustawy pzp. Do innych przesłanek możliwości unieważnienia umowy należą takie, które wiążą się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Przykładowo w orzecznictwie zaliczono do nich:

- niezastosowanie przepisów związanych z oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia (wyrok KIO/UZP z 9 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 397/08);
- zaniechanie wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu (wyrok KIO/UZP z 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 264/08);
- nieprecyzyjne określenie sposobu obliczenia ceny oferty jako istotnego elementu s.i.w.z. i dalsze potwierdzanie tych rozbieżności w wyjaśnieniach dotyczących treści s.i.w.z., prowadzące do złożenia ofert z różnymi stawkami podatku VAT (wyrok KIO/UZP z 28 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/07);
- modyfikację treści s.i.w.z. w zakresie zmiany kryterium oceny ofert (postanowienie ZA/UZP z 8 sierpnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-960/07).

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, wbrew ugruntowanej linii orzecznictwa, powinien obarczyć winą Wykonawców za swój błąd. To zaś prowadziłoby wprost do bezpodstawnego ukarania Wykonawców za działania Zamawiającego i doprowadziłoby wprost do rażącego naruszenia podstawowych zasad postępowania. To że oferta Odwołującego się jest – jego zdaniem – najkorzystniejsza, nie może prowadzić do dyskryminacji pozostałych Wykonawców. Takie bowiem działanie naruszałoby ich równe traktowanie. Działanie Zamawiającego, podjęte w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego jeszcze przed otwarciem ofert, polegające na skorygowaniu odpowiedzi na pytanie w trybie modyfikacji s.i.w.z. miało więc zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego przed oceną ofert złożonych w postępowaniu. Nieuprawnione jest więc zarówno twierdzenie Odwołującego, że jest on Wykonawcą, którego oferta w razie nie unieważnienia postępowania zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Na uwzględnienie nie zasługuje także wniosek, że skoro oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę należy kontynuować postępowanie wybierając ją jako najkorzystniejszą ignorując wpływ działania Zamawiającego na pozostałe oferty, złożone w postępowaniu.

21 marca 2011 r. (pismem z tej daty), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 18 marca 2011 r., wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Leonard

7

Sygn. akt KIO 582/11

Weiss GmbH & Co. KG z siedzibą w Göppingen w Niemczech (lider konsorcjum i pełnomocnik wykonawców), działająca za pośrednictwem swojego oddziału we Wrocławiu, oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłosili do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o jego uwzględnienie.

Izba na podstawie przepisu art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję Zamawiającego przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego konsorcjum Leonard Weiss-Budimex, gdyż Zamawiający zgłaszając opozycję nie uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Schweerbau, po stronie którego zgłosił przystąpienie. Zamawiający podniósł bowiem, iż zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż sam sporządzając swoją ofertę nie wycenił całego zakresu robót budowlanych, a zatem jego oferta podlegałaby odrzuceniu w przypadku nieunieważnienia postępowania.

Izba zważyła, iż interes jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 pzp). Nie ma w szczególności podstaw do ustalania istnienia tego interesu przez pryzmat antycypowanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, która według stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie, nie została dokonana. Konsorcjum wskazało w zgłoszeniu przystąpienia, iż ma interes w unieważnieniu czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania, gdyż tak jak Odwołujący dąży do uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Skoro Zamawiający nie podważał interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania zmierzającego do wyeliminowania czynności unieważnienia postępowania, tamującej możliwość przeprowadzenia czynności zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty, to nie może skutecznie podważyć interesu Przystępującego w uzyskaniu takiego rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Z punktu widzenia niniejszej sprawy bez znaczenia jest okoliczność, iż w razie uzyskania takiego rozstrzygnięcia interesy Odwołującego i Przystępującego mogą przestać być zbieżne, gdyż tylko jeden spośród nich może potencjalnie uzyskać zamówienie.

Uwzględniając powyższe oraz fakt zgłoszenia przez konsorcjum Leonard Weiss-Budimex przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie znalazła podstaw do niedopuszczenia konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

8

Sygn. akt KIO 582/11

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została

wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska procesowe.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 września 2010 r. pod nr 2010/S_1841-281508, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.port.szczecin.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 84.458.218,00 zł, co stanowi równowartość 22.000.056,78 euro.

Izba ustaliła następujące istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielonych odpowiedzi na pytania dotyczące jej treści oraz wprowadzonych zmian jej treści.

W rozdziale I s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt. I *Opis przedmiotu zamówienia*:

„Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej w portach Szczecin i Świnoujście, polegającej na przebudowie istniejących torów portowych wraz z rozjazdami i przejazdami oraz budowie nowych torów nabrzeżowych.

Przebudowa torów obejmie następujące roboty zasadnicze:

naprawa torów, w zakres której wejdą:

- rozbiórka istniejących torów, •
- budowa (odtworzenie) nowych torów,
- budowa nowych torów nabrzeżowych, •
- wymiana podkładów,
- oczyszczenie istniejącej podsypki w torach wraz z uzupełnieniem, •
- regulacja w planie i w profilu,

9

Sygn. akt KIO 582/11

naprawa rozjazdów, w zakres której wejdą:

- rozbiórka istniejących rozjazdów, •
- budowa (odtworzenie) nowych rozjazdów,
- budowa nowych rozjazdów, •
- wymiana doborów podrozdjezdnic,
- oczyszczenie istniejącej podsypki w rozjazdach wraz z uzupełnieniem, •
- regulacja w planie i w profilu,

prace w obrębie nawierzchni torów, międzytorza, przejazdów, dojazdów:

- rozebranie istniejącej nawierzchni, •
- odtworzenie nawierzchni.

Roboty będą prowadzone na następujących nabrzeżach:

- w Szczecinie:

(...)

- w Świnoujściu:

- Chemików, •
- Hutników,
- Górników, •
- Portowców.

Zakres robót w obrębie poszczególnych nabrzeży będzie zróżnicowany, w zależności od stanu technicznego urządzeń kolejowych.

(...)

Całość robót należy wykonać zgodnie z warunkami pozwolenia na budowę, obowiązującymi normami i przepisami, a także z dokumentacją projektową, warunkami wykonania i odbioru robót, warunkami określonymi w siwz oraz zasadami wiedzy technicznej.

(...)"

W rozdziale I s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt. II *Projekty związane*:
„W skład dokumentacji, określającej szczegółowy przedmiot zamówienia wchodzi następujące opracowania stanowiące załącznik do siwz, opracowane przez konsorcjum SOLID-RAIL S.C. (lider konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Uznańskiego 1/1 oraz UPW POLA z siedzibą w Legnicy przy ul. Roosvelta 11/8A:

(...)

31. Projekt wykonawczy – Modernizacja nawierzchni kolejowej – Port Handlowy Świnoujście – Nabrzeże Chemików.
32. Fazowanie robót – Harmonogram fazowania robót – Nabrzeże Chemików.
33. Projekt wykonawczy – Modernizacja nawierzchni kolejowej – Port Handlowy Świnoujście – tory dojazdowe.

10

Sygn. akt KIO 582/11

34. Fazowanie robót – Harmonogram fazowania robót – tory dojazdowe.
35. Projekt wykonawczy – Modernizacja nawierzchni kolejowej – Port Handlowy Świnoujście – Nabrzeże Hutników.
36. Fazowanie robót – Harmonogram fazowania robót – Nabrzeże Hutników.

(...)

Innymi dokumentami opisującymi szczegółowo przedmiot zamówienia są:

44. Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót dla zadania Przebudowa infrastruktury kolejowej w portach Szczecin i Świnoujście.
45. Przedmiar robót wykonany przez konsorcjum SOLID-RAIL S.C. (lider konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Uznańskiego 1/1 oraz UPW POLA z siedzibą w Legnicy przy ul. Roosvelta 11/8A”.

/Zgodnie z wykazem załączników wszystkie dokumenty wymienione w rozdziale I pkt II stanowią załącznik nr 14 do s.i.w.z./

Zarówno w Projekcie wykonawczym – Modernizacja nawierzchni kolejowej – Port Handlowy Świnoujście – Tory dojazdowe jak i w Fazowanie robót – Harmonogram fazowania robót – Tory dojazdowe znajduje się pkt. 6. **ROBOTY TOWARZYSZACE**:

„Wykonawca musi przewidzieć w swoich kosztach zabudowę nowych napędów zwrotnicowych do nowych rozjazdów Rz 549-300-1:9 numer: 601, 602, 603, 604, 605 oraz wszystkie koszty wynikające z wykonania branżowej dokumentacji technicznej sterownia ruchem kolejowym wraz ze wszystkimi zmianami w urządzeniu SRK wynikającymi z zabudowy w/w rozjazdów”.

W dokumencie *Przedmiar robót* zawarto tabelę w następującej systematyce, w której znalazły się między innymi pozycje:

LP Kod robót Zakres robót Jednostka Stawka [PLN] Podtorze

1 P-RZ Przekopy - korytowanie torowiska z zągęszczeniem korony m 3 0,00 (...)

Odwodnienie torowiska 3 Drenaż PE-HD100 SN8 TP z zasypką O-D100 m 0,00

(...) **Tory**

11 T-R-TOR rozbiórka toru m 0,00 (...)

Przejazdy 54 Rozebranie nawierzchni z płyt CBP P-R-CBP m 2 0,00

(...) **SRK**

71 wymiana zabezpieczenia rogatki ręcznego na elektryczne S-W-ROG kpl. 0,00 72 przestawienie tarcz manewrowych S-W-TCZ szt. 0,00

73 zmiany na pulpicie nastawczym wraz z dokumentacją S-PR kpl. 0,00

11

Sygn. akt KIO 582/11

74 S-EEA zabudowa napędów elektrycznych zwrotnicowych szt. 0,00 **KOZŁY**

75 K-R-KOZ rozbiórka kozła szt. 0,00 (...)

KANAŁ REWIZYJNY 78 budowa kanału rewizyjnego i schodów R-KAN m 0,00

Oprócz tego zamieszczono odrębne tabele dla każdego nabrzeża, sporządzone w analogicznej systematyce, przy czym ostatnia tabela została nazwana *Przedmiar robót – Tory dojazdowe* zawiera następujące informacje:

Lp. Nr STWiORB Kod robót Zakres robót jedn. Obmiar Stawka Wartość RAZEM 0,00

1 T.06 T-R-TOR rozbiórka toru m 2 263,00 0,00 0,00 (...)

26 T.09 S-W-TCZ przestawianie tarcz manewrowych szt. 4,00 0,00 0,00 zmiany na pulpicie nastawczym

27 T.09 S-PR kpl. 1,00 0,00 0,00 wraz z dokumentacją

zabudowa napędów elektrycznych 28 T.10 S-EEA szt. 5,00 0,00 0,00 zwrotnicowych

Odwolujący zadał 29 października 2010 r. następujące pytanie (w systematyce pytań zamieszczonych na stronie internetowej przez Zamawiającego nazwane „Pytaniem 35”):

„Przedmiar robót – Tory dojazdowe Port Handlowy Świnoujście

W przedmiarze robót towarzyszących brak wyspecyfikowania wszystkich robót srk dla przewidzianych robót nawierzchniowych.

Są wyspecyfikowane następujące roboty srk:

poz. 26 kod robót S-W-TCZ przestawienie tarcz manewrowych szt. 4

poz. 27 kod robót S-PR zmiany na pulpicie dokumentacja projektowa

poz. 28 kod robót S-EEA zabudowa napędów elektrycznych zwrotnicowych szt. 5

a brak:

- 1) Brak wyspecyfikowania robót związanych z demontażem urządzeń sterowania ruchem kolejowym (elektryczne napędy zwrotnicowe, elementy odcinków izolowanych tarcz z robót zwrotnicowych, manewrowych, uziemienia) wynikających nawierzchniowych,
- 2) Brak wyspecyfikowania robót urządzeń sterowania ruchem kolejowym związanych ze zmianą układu torowego:
 - a) zamiana istniejącego rozjazdu krzyżowego podwójnego (Rkdp) nr 604 (zwrotnic 604a/b i 604 c/d) na dwa rozjazdy pojedyncze zwyczajne Rz604 i Rz605,
 - b) zmiana izolacji rozjazdów i torów wynikająca ze zmiany układu torowego - pkt.2a,
 - c) zmiana zależności urządzeń wewnętrznych srk w nastawni przekaźnikowej „SIP”, wynikająca ze zmiany układu torowego - pkt.2a

12

Sygn. akt KIO 582/11

- 3) Brak wyspecyfikowania wykonania projektu wykonawczego na całość przebudowywanych robót srk (poz. 26, 27, 28, punkty 1, 2, 3).

W poz. 27 jest zapis o dokumentacji technicznej projektowej, ale w powiązaniu ze zmianami z pulpitem a nie jest to równoważne do całości robót srk.

W projekcie wykonawczym – Tory dojazdowe rozdział nr 6 jest prawidłowy zapis ogólny:

Wykonawca musi przewidzieć w swoich kosztach zabudowę nowych napędów zwrotnicowych do nowych rozjazdów Rz 549-300-1:9 numer: 601, 602, 603, 604, 605 oraz wszystkie koszty wynikające z wykonania branżowej dokumentacji technicznej sterownia ruchem kolejowym wraz ze wszystkimi zmianami w urządzeniu SRK wynikającymi z zabudowy ww rozjazdów, a to powinno mieć odzwierciedlenie w przedmiarze do prawidłowego wyliczenia kosztów realizacji robót i obowiązujące dla wszystkich oferentów. Proszę o potwierdzenie wyżej wymienionego zakresu robót urządzeń SRK lub o odpowiedź negatywną”.

Na co Zamawiający udzielił 8 listopada 2010 r. następującej odpowiedzi (w systematyce odpowiedzi zamieszczonych na stronie internetowej przez Zamawiającego nazwane „Odpowiedzią 35”):

„Wykonawca zobowiązany jest przewidzieć w cenach jednostkowych montażu nawierzchni torowej koszty wykonania prac SRK tj.:

- projekt wykonawczy dla wszystkich przebudowywanych urządzeń SRK; (wykonanie projektu branży SRK)
- demontaż ponowny montaż urządzeń;
- dostosowywanie zmian pulpitu nastawczego wraz z projektem;
- prac SRK związanych ze zmianą układu torowego takich jak: zmiana izolacji rozjazdów i torów, zmiany zależności urządzeń wewnętrznych SRK itp.

71 S-W-ROG wymiana zabezpieczenia rogatki ręcznego na elektryczne

72 S-W-TCZ przestawienie tarcz manewrowych

W dniu 3 grudnia 2010 r. Zamawiający przedstawił zmianę postanowień s.i.w.z. (nazwanej „Modyfikacją nr 6”) o następującej treści:

„W związku z odpowiedziami na pytania, zadane w toku postępowania Zamawiający dokonuje następujących modyfikacji siwz:

- 1) Przedmiar robót – Nabrzeże Polskie i Angielskie – **wykreśla się pozycje 15 i 16 jako zdublowane** (Wykonawcy mają obowiązek wypełnić skorygowaną wersję przedmiarów według załącznika nr 14 do SIWZ. Załączony do pytania 12 rachunek ilościowy i obmiary do projektu wykonawczego stanowią jedynie element pomocniczy).

13

Sygn. akt KIO 582/11

- 2) Koryguje się odpowiedź na pytanie 35 poprzez **wykreślenie tablicy z pozycjami 71 do 74.**
- 3) Przedmiar robót – Nabrzeże Belgijskie i Holenderskie – w pozycji 10 kostkę kamienną **zamienia się na kostkę betonową.**
- 4) Przedmiar robót – Nabrzeże Węgierskie – w pozycji 12 ilość 3021 **zmienia się na 3012”.**

Przystępujący zadał 18 listopada 2010 r. następujące pytanie (w systematyce pytań zamieszczonych na stronie internetowej przez Zamawiającego nazwane „Pytaniem 76”): „Dotyczy pytania Nr 35. W celu wykonania rzetelnej wyceny robót związanych z wymianą zabezpieczenia rogatek ręcznych na elektryczne, prosimy o podanie zakresu robót przypisanych tej pozycji występujących na poszczególnych nabrzeżach”.

Na co Zamawiający udzielił 13 grudnia 2010 r. następującej odpowiedzi (w systematyce odpowiedzi zamieszczonych na stronie internetowej przez Zamawiającego nazwane „Odpowiedzią 76”):

„Vide modyfikacja do SIWZ. Wymiana zabezpieczenia rogatek ręcznych na elektryczne została wykreślona”.

Powyższy stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., w tym załącznika nr 14 do s.i.w.z. zamieszczonego na płycie CD-ROM, przywołanych powyżej pism Odwołującego, Przystępującego i Zamawiającego oraz protokołu postępowania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z powyżej opisanych dokumentów. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także przedstawione ustnie w toku rozprawy do protokołu, Izba zważyła, co następuje:

14

Sygn. akt KIO 582/11

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 22 września 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o

zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwolującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się takim interesem, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie potwierdzenia się zarzutów odwołania zmierzających do anulowania unieważnienia postępowania. Jednocześnie decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania naraża Odwołującego na szkodę z tytułu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, iż odwołanie jest zasadne.

Wobec wprowadzenia nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. zmian w przepisach dotyczących nieważności umów w sprawie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności Izba rozważyła, czy w aktualnym stanie prawnym zamawiający są uprawnieni przy unieważnieniu prowadzonych postępowań na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp do powoływania się na wady postępowania, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika bowiem, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wskazać przy tym należy, iż przywołana nowelizacja wprowadziła istotne *novum* w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych, polegającą na przyjęciu w miejsce instytucji bezwzględnej nieważności umowy, potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę

15

Sygn. akt KIO 582/11

lub sąd powszechny. Kolejną istotną zmianą jest wprowadzone nowelizacją brzmienie przepisów art. 146 ust. 1 pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt. 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt. 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 5). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt. od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny wąsko i konkretnie sprecyzowane, dotyczące bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów – niepoddające się wykładni rozszerzającej na inne działania lub zaniechania zamawiających.

Mogłoby to prowadzić to wniosku, iż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący jednak wyłączną kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło

mieć wpływ na wynik postępowania. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik.

Można by zatem wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obciążonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby

16

Sygn. akt KIO 582/11

podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe jeszcze przed ich zawarciem. Skład orzekający lzby wyraża pogląd, iż zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 pzp. Zdaniem składu orzekającego lzby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający lzby rozważył, wobec pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie, czy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Wbrew stanowisku Zamawiającego, zdaniem składu orzekającego ustawa pzp nie daje bowiem możliwości powołania się na inne podstawy unieważnienia umowy, niż te wynikające z jej przepisów. Wskazuje na to już zarysowana powyżej odrębność instytucji podlegania umowy unieważnieniu (tzw. nieważności względnej) od stwierdzenia nieważności umowy (tzw. nieważności bezwzględnej), np. w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego. Nadto, choć przepis art. 146 ust. 5 pzp przyznaje zamawiającym możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie kodeksu cywilnego, to ogranicza ją do przepisu art. 705 kc, dotyczącego przesłanki wpływu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami na wynik przetargu przez jego uczestnika lub osobę działającą z nim w porozumieniu. Przede wszystkim jednak *de lege lata*, wskazana w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp podstawa unieważnienia postępowania, odsyła wprost do instytucji podlegania umowy unieważnieniu, a nie instytucji stwierdzenia nieważności umowy, jak to było w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Zatem skoro Zamawiający nie wskazał niemożliwej do usunięcia wady, która powodowałaby zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie katalogu przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 pzp, co w okolicznościach niniejszej sprawy było rzeczywiście obiektywnie niemożliwe, obowiązany był wykazać zajście przesłanek opisanych w przepisie art. 146 ust. 6 pzp.

W ocenie składu orzekającego lzby, choć przepis art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, iż zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że

17

Sygn. akt KIO 582/11

wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, iż w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na

wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę dla zamawiających znacząco ograniczone, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 pzp, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez nich na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, iż w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp. Tym bardziej niedopuszczalna jest zatem wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się 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. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Tymczasem w ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie Zamawiający nie był w stanie wskazać jaki przepis ustawy pzp naruszyły jego czynności związane z kształtowaniem treści obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający ograniczył się przy wskazaniu podstawy prawnej jedynie do samego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, natomiast wskazanie podstawy faktycznej obejmowało nadto przywołanie przepisów pzp: art. 38 ust. 1 i 4 – co do możliwości udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców do treści s.i.w.z. i dokonywania jej zmian, art. 146 ust. 1 – co do przyznania okoliczności, iż wada postępowania stwierdzona w prowadzonym postępowaniu nie mieści się w katalogu wskazanych tam przesłanek unieważnienia umowy, oraz art. 7 ust. 1 – co do tego, iż przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania były brane pod uwagę zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający rozszerzył swoją argumentację o wskazanie kilku orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej lub Zespołów Arbitrów, które jednak, po pierwsze – zapadły w stanie prawnym sprzed nowelizacji z grudnia 2009 r., po drugie – żadna z przywołanych wad postępowania: niezastosowanie przepisów dotyczących oszacowania wartości zamówienia, zaniechanie wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym, nieprecyzyjne określenia sposobu obliczenia ceny oferty,

18

Sygn. akt KIO 582/11

niedopuszczalna modyfikacji s.i.w.z. w zakresie kryterium oceny ofert – nie jest wadą postępowania, na którą powołał się Zamawiający unieważniając przedmiotowe postępowanie. Natomiast przywołany wyrok z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1437/10), potwierdza jedynie słuszność stanowiska składu orzekającego Izby, iż wskazanie przez Zamawiającego na zaistnienie wady postępowania z uwagi na podleganie umowy unieważnieniu nie może wykraczać poza przepis art. 146 ust. 6 pzp, a zatem wymaga między innymi wskazania konkretnego przepisu ustawy pzp. Natomiast podniesione przez Zamawiającego dodatkowo na rozprawie naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 pzp, pomijając, iż wykracza poza podstawy faktyczne i prawne unieważnienia postępowania wskazane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nie zostało w dostateczny sposób sprecyzowane co do tego na czym miałyby w istocie polegać naruszenie tego przepisu przez działania podjęte przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby odwołanie się przez Zamawiającego wyłącznie do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp jest nie tylko niewystarczające, gdyż nie tworzy samo z siebie wystarczającego zarzutu, który mógłby samoistnie przesądzić o uwzględnieniu lub oddaleniu odwołania, lecz jest również w okolicznościach sprawy nieuzasadnione. Na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, skoro o treści s.i.w.z., odpowiedziach na zadawane pytania do jej treści oraz dokonywanych zmianach jej treści – wszyscy wykonawcy byli informowani w jednakowy sposób za pośrednictwem strony internetowej Zamawiającego (zadający pytania jednocześnie otrzymywali odrębnie zaadresowane odpowiedzi tej samej treści). Zamawiający po prostu z góry bierze na siebie

odpowiedzialność za ewentualną niezgodność treści złożonych ofert z treścią ostatecznie ukształtowanej przez siebie s.i.w.z. Nawet jeżeli postępowanie Zamawiającego odbiegało od wzorcowego, to z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy nie wynika, aby naruszało zasady równego traktowania wykonawców i zasady przestrzegania uczciwej konkurencji.

Natomiast w ocenie składu orzekającego Izby, już sam brak możliwości wskazania przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, który naruszył swym działaniem, przesądza o bezpodstawności dokonanego unieważnienia postępowania. Izba rozważyła jednak dodatkowo, czy przywołana przez Zamawiającego wada postępowania, która miała wyniknąć z udzielonej przez niego 8 listopada 2010 r. odpowiedzi na pytanie 35 do treści s.i.w.z., w związku z treścią pkt. 2 dokonanej 3 grudnia 2010 r. zmiany treści s.i.w.z., polegająca na wprowadzeniu wykonawców w błąd, co doprowadziło do złożenia przez nich nieporównywalnych ofert.

Izba zważyła, iż w rozdziale I s.i.w.z. dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, w pkt. I pn. *Opis przedmiotu zamówienia* Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia

19

Sygn. akt KIO 582/11

polega na przebudowie istniejących torów portowych wraz z rozjazdami i przejazdami (dla której to przebudowy podał rodzaje robót zasadniczych) oraz budowie nowych torów w poszczególnych nabrzeżach portu w Szczecinie i portu w Świnoujściu – podając zagregowane ilości robót dla poszczególnych rodzajów robót zasadniczych. Natomiast w pkt. II pn. *Projekty związane* dotyczącego elementów dokumentacji, określającej szczegółowy przedmiot zamówienia, w pkt. od 1 do 40 wskazano dla każdego z nabrzeży po dwa opracowania: projekt wykonawczy oraz tzw. fazowanie robót, zawierające dodatkowo harmonogram prowadzenia robót objętych projektem wykonawczym. Jednakże dla portu w Świnoujściu, obejmującego 4 nabrzeża według pkt. I opisu przedmiotu zamówienia, przewidziano pięć parę tych opracowań, gdyż pkt. 33 i 34 dotyczą projektu wykonawczego i fazowania robót dla „Torów dojazdowych”. Zarówno projekt wykonawczy i dokument dotyczący fazowania robót dotyczące tych torów dojazdowych, oprócz określenia koniecznych do wykonania robót zasadniczych dotyczących przebudowy tych torów, obejmujących modernizację torów, remont torów wraz z rozjazdami oraz modernizację rozjazdów, wskazanych konkretnie w pkt. 5, w pkt. 6 wskazują na konieczność wykonania robót towarzyszących, w tym: zabudowy nowych napędów zwrotnicowych do 5 nowych rozjazdów, wykonania dokumentacji branżowej dokumentacji technicznej sterownia ruchem kolejowym (zwanej również w skrócie „SRK”), oraz zmian w urządzeniach SRK wynikłych z zabudowy nowych rozjazdów.

Wreszcie w pkt. II rozdziału I s.i.w.z. wskazano, iż innymi dokumentami opisującymi szczegółowo przedmiot zamówienia są: specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (pkt. 44) oraz przedmiar robót (pkt. 45). Ten ostatni dokument zawiera, po pierwsze, zbiorczą tabelę obejmującą 78 pozycji, zaliczonych kolejno do zakresu robót związanych z: podtorzem (poz. 1-2), odwodnieniem torowiska (poz. 3-10), torami (poz. 11-55), przejazdami (poz. 54-70), SRK (poz. 71-74), kozłami (poz. 75-77) i kanałem rewizyjnym (poz. 78) – z podaniem dla każdej pozycji: kodu robót, rodzaju robót, jednostki miary i miejscem na wpisanie w zł stawki za jednostkę miary danego rodzaju robót. W zakresie robót SRK pierwotnie wskazano 4 rodzaje robót, kolejno: wymianę zabezpieczenia rogatek (z) ręcznego na elektryczne (poz. 71), przestawienie tarcz manewrowych (poz. 72), zmiany na pulpicie nastawczym wraz z dokumentacją (poz. 73) i zabudowę napędów elektrycznych zwrotnicowych (poz. 74). Po drugie, w przedmiarze robót zamieszczono odrębne tabele przedmiarów robót dla poszczególnych nabrzeży wymienionych w pkt. I rozdziału I s.i.w.z. oraz odrębną tabelę przedmiarów robót dla torów dojazdowych, wymienionych wprost w pkt. 33 i 34 pkt. II tego rozdziału s.i.w.z. Tabele przedmiarów robót, w stosunku do tabeli zbiorczej, zawierają dodatkowe kolumny dotyczące poszczególnych rodzajów robót: jedną, wskazującą właściwą specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, a przede wszystkim, dodatkową kolumnę dotyczącą obmiaru robót do wykonania (po kolumnie

20

wskazującej jednostkę miary), oraz dodatkową kolumnę do wpisania wartości robót (po kolumnie wskazującej stawkę) – zsumowanie tych wartości ma z kolei dać łączną wartość robót wycenionych w ramach danego przedmiaru. Ostatnie trzy pozycje przedmiaru robót dotyczącego torów dojazdowych, to jest poz. 26, 27 i 28, odpowiadają dokładnie odpowiednio poz. 72, 73 i 74 – co do kodu robót, opisu rodzaju robót (w kolumnie nazwanej „Zakres robót”) i jednostki miary – jednak wyłącznie tutaj zostało zawarte wskazanie ilościowe tych robót do wykonania, i wyłącznie tutaj przewidziano miejsce na wpisanie ich wartości dla poszczególnych pozycji, co umożliwi zsumowanie z wartościami innych wycenionych rodzajów robót w celu uzyskania łącznej wartości wszystkich robót objętych tabelą tego przedmiaru.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, iż udzielona na pytanie 76, o podanie zakresu (ilości) rodzaju robót do wykonania na poszczególnych nabrzeżach, odpowiedź, w której wskazano, iż wymiana zabezpieczenia rogatek ręcznych na elektryczne, stanowiąca opis rodzaju roboty z poz. 71 zbiorczej tabeli z dokumentacji przedmiarowej, została wykreślona, *de facto* uwzględniła stan faktyczny, iż w rodzajach robót wymienionych w poszczególnych przedmiarach robót, w szczególności w przedmiarze dotyczącym torów dodatkowych, nie było od początku takiego rodzaju robót, a zatem nie istniał określony obmiar robót tego typu do wykonania. Wyłącznie w tym znaczeniu można uznać, iż również przed udzieleniem odpowiedzi, pierwotnie 4 pozycje zakresu „SRK” tabeli zbiorczej były skorelowane z trzema ostatnimi pozycjami przedmiaru robót dla torów dojazdowych, choć wbrew stanowisku Zamawiającego wyrażonemu na rozprawie, nie wymaga to wcale posiadania specjalistycznej wiedzy technicznej.

Izba zważyła, iż Zamawiający w opisie stanu faktycznego, który legł u podstaw unieważnienia postępowania, przytoczył w całości, zarówno treść pytania 35 i udzielonej odpowiedzi, jak i treść pisma z 3 grudnia 2010 r. dotyczącej zmiany treści s.i.w.z. (nazywanej „Modyfikacją nr 6”) – jednak nie wspominał już nic o pytaniu i odpowiedzi na pytanie 76, gdyż w sposób oczywisty nie pasuje ona do hipotezy Zamawiającego, iż mógł wprowadzić wykonawców w błąd, co do tego, iż jego intencją „było zrezygnowanie z zakresu opisanego w pozycjach 71-74 ogólnego zakresu robót oraz w pozycjach 26,27,28 przedmiaru robót – TORY DOJAZDOWE”. Niezrozumiałe jest takie stanowisko Zamawiającego również dlatego, że sugeruje jakoby zakres robót jaki jest do wykonania wynikał z sumy zakresu robót wskazanego w tabeli tzw. ogólnego zakresu robót i sumy zakresów robót wskazanego w przedmiarach robót dla poszczególnych nabrzeży i torów dojazdowych. Tymczasem tylko przedmiary usystematyzowane według miejsca wykonania robót, zawierają określenie ilości robót do wykonania, które należy wycenić w celu podania ceny oferty zgodnie z rozdziałem XI s.i.w.z. dotyczącym sposobu obliczenia ceny. Jednocześnie nic nie wskazuje na to, iż pomimo przewidzenia wynagrodzenia kosztorysowego „w oparciu o wyceniony przedmiar

21

Sygn. akt KIO 582/11

robót”, w tabeli zbiorczej przewidziano jakieś pozycje niewystępujące w tabelach poszczególnych przedmiarów robót, w celu umożliwienia wyceny tych pozycji na etapie wykonania umowy. Przynajmniej w odniesieniu do pozycji dotyczących robót „SRK”, Zamawiający sam wskazał na rozprawie, iż poz. 26-28 przedmiaru robót dla torów dojazdowych odpowiadają pozycji 72-74 tabeli zbiorczej. Niezrozumiałe jest jednak w jaki sposób nawet wprowadzenie zmian polegających na wykreśleniu pozycji 71-74 tabeli zbiorczej miałyby automatycznie pociągać za sobą wykreślenia pozycji 26-28 przedmiaru robót dla torów dojazdowych, skoro *de facto* te pierwsze są wyciągnięciem do zbiorczej tabeli stawek jednostkowych wskazanych w tych drugich, przede wszystkim na potrzeby obliczenia wartości robót na podstawie ich iloczynu i liczby jednostek miary.

Przede wszystkim jednak Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tego, że przedmiot zamówienia, choć co do ilości robót do wykonania został wskazany w tabelach poszczególnych przedmiarów – jednak zasadniczymi dokumentami opisującymi przedmiot zamówienia jest dokumentacja wskazana przez niego w pkt. II rozdziału I s.i.w.z., gdzie wskazano w pierwszej kolejności na dokumentację zawartą w poszczególnych projektach wykonawczych i dotyczących fazowania robót. W obu takich opracowaniach dla torów dojazdowych wskazano na zakres robót dotyczących SRK, wykraczający nawet poza opis zawarty w tabelach z dokumentu dotyczącego przedmiarów robót, co stało się przecież przyczynkiem do pytania 35 i udzielonej odpowiedzi. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać

faktu, iż, niezależnie od jakości i przejrzystości udzielonych odpowiedzi czy też dokonywania ich zmiany w piśmie dotyczącym zmiany s.i.w.z., nie dokonał żadnych zmian w zakresie wskazanego w pkt. 6 tych dokumentów zakresu objętych przedmiotem zamówienia robót towarzyszących dotyczących SRK.

W ocenie składu orzekającego Izby w sposób nieuzasadniony Zamawiający dopatruje się wady swego postępowania, bez przedniego ustalenia treści s.i.w.z. jaką ostatecznie ukształtował w wyniku dokonanych czynności, błędnie przy tym podnosząc, iż dokonał czynności niedopuszczalnej, to jest „modyfikacji odpowiedzi na pytanie”, podczas gdy ustawa pzp dopuszcza udzielanie odpowiedzi na podstawie przepisu art. 38 ust. 1 pzp oraz dokonywanie modyfikacji na podstawie przepisu art. 38 ust. 4 pzp. Pomijając, iż w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu art. 38 ust. 4 pzp mowa jest o zmianie treści s.i.w.z., a przepis art. 38 ust. 1 pzp wskazuje na udzielanie wyjaśnień treści s.i.w.z – w żaden sposób nie ogranicza to zamawiających w możliwości zmian udzielonych uprzednio odpowiedzi, w tym zawieraniu w jednym piśmie zarówno takiej zmiany, jak i postanowień bezpośrednio zmieniających treść s.i.w.z. Zgodnie z przywoływanym przez Zamawiającego orzecznictwem – s.i.w.z. wraz z wszystkimi zmianami oraz udzielonymi odpowiedziami wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Niepodważalne jest również, iż zdanie zamieszczone w pkt. 2 „Modyfikacji nr 6” z 3 grudnia 2010 r. brzmi „Koryguje się odpowiedź na pytanie 35

22

Sygn. akt KIO 582/11

poprzez wykreślenie tablicy z pozycjami 71 do 74”, a zatem w jego treści wykreślenie tablicy zostało nieodłącznie powiązane z uprzednią udzieloną odpowiedzią na pytanie 35. Tym samym również znaczenie tego zdania nie sposób odczytywać bez zapoznania się z uprzednio udzieloną odpowiedzią, która z kolei ze swej istoty jest powiązana z zadaniem pytaniem.

Jednocześnie Zamawiający antycypuje niedopuszczalny i nieusuwalny negatywny wpływ dokonanych czynności na wynik postępowania, wyłącznie na podstawie przeprowadzenia swego wstępnego badania ofert, choć jednocześnie twierdzi, że nie dokonał badania złożonych ofert. Zamawiający poprzedził bowiem unieważnienie postępowania wezwaniem niektórych wykonawców, w stosunku do których ustalił, iż wpisali w co najmniej jednej z poz. 26-28 wartość „0” w kolumnie „stawka” i kolumnie „wartość” – do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 pzp, co niewątpliwie stanowi element badania ofert. Na dokonanie takiego badania, wskazuje również treść dokonanego wezwania, nie tylko stwierdzającego okoliczność faktyczną, iż dla danej pozycji kosztorysu dotyczącego torów dojazdowych została podana wielkość „0”, lecz szczególnie sugerowanie przez Zamawiającego przyczyn takiego stanu, zawarte w sformułowaniu, iż „Zamawiający nie umie ocenić, czy Wykonawca świadomie nie wycenił przedmiotowych pozycji, czy też ujął je w innych pozycjach przedmiaru, etc.” W ocenie składu orzekającego Izby formułując w taki sposób wezwanie do wyjaśnień, Zamawiający wpłynął na treść udzielanych odpowiedzi, tracąc możliwość uzyskania w pełni autentycznych wyjaśnień.

Jednocześnie Zamawiający dopiero po takim wstępnym *quasi* badaniu ofert, doszedł do wniosku, iż prowadzone postępowanie jest rzekomo obarczone wadą, która jednak przecież tkwiła w nim na długo przed złożeniem ofert. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest prawnych możliwości dla uchylecia się przez Zamawiającego od dokonania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania złożonych ofert pod kątem zgodności ich treści z treścią s.i.w.z., ukształtowaną przez Zamawiającego w ten, a nie inny sposób, do której wszyscy wykonawcy mieli dostęp na równych zasadach – a następnie skonfrontowania uzewnętrznionego wyniku tego badania ze stanowiskiem zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

23

Sygn. akt KIO 582/11

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....