

WYROK

z dnia 22 marca 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska  
Małgorzata Rakowska  
Ewa Rzońca  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 roku przez wykonawcę **Elektrobudowa Spółka Akcyjna w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator Spółka Akcyjna w Konstancinie-Jeziornej**

**orzeka**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Polskim Sieciom Elektroenergetycznym Operator Spółce Akcyjnej w Konstancinie-Jeziornej** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
2. kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator Spółkę Akcyjną** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Elektrobudowę Spółkę Akcyjną w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Polskich Sieci Elektroenergetycznych Operator Spółki Akcyjnej w Konstancinie-Jeziornej** na rzecz **Elektrobudowy Spółki Akcyjnej w Katowicach** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator Spółka Akcyjna w Konstancinie-Jeziornej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę stacji 400/110 kV Słupsk.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 9 marca 2012 roku wykonawca Elektrobudowa SA w Katowicach wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu czynności unieważnienia postępowania bez podstawy prawnej
- 2) ewentualnie dokonanie czynności unieważnienia postępowania poprzez oparcie czynności na przepisach nie mających zastosowania.

Wskazanim wyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 93 ust. 1 poprzez jego zastosowanie pomimo nie zaistnienia przewidzianych w/w przepisem przesłanek,
2. art. 22 ust. 4 poprzez oparcie na nim czynności unieważnienia, pomimo, że w/w przepis nie zawiera dyspozycji do dokonania czynności unieważnienia postępowania,
3. art. 93 ust 3 Pzp poprzez nie wskazanie w zawiadomieniu o dokonaniu czynności unieważnienia, uzasadnienia faktycznego i prawnego,
4. ewentualnie naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, poprzez jego zastosowanie pomimo nie zaistnienia przewidzianych ww. przepisem przesłanek.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności zamawiającego - czynności unieważnienia postępowania,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, i nakazanie zamawiającemu zwrotu kosztów odwołującemu.

W uzasadnieniu podniósł, że w wyniku przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej, stwierdzono, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, poprzez błędne sformułowanie opisu sposobu spełniania warunku doświadczenia. Za błędne sformułowanie uznano pominięcie w opisie sposobu spełnienia warunków, możliwości wykazania się doświadczeniem zdobytym w zakresie instalacji 330kV, przy jednoczesnym precyzyjnym dopuszczeniu doświadczenia zdobytego w zakresie instalacji 220kV i 400kV.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że mimo pominięcia w opisie dopuszczenia wykazania się doświadczeniem w zakresie instalacji 330kV, uznaje on to doświadczenie jako potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku. Wyrazem tego jest dopuszczenie do oceny oraz wybór oferty odwołującego, który doświadczenie zdobyte w zakresie instalacji 330kV wykazał.

Pomimo wyjaśnień zamawiającego, uznano, że tak sformułowany opis spełniania warunku jest nieproporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i jako taki jest niezgodny z art. 22 ust. 4 Pzp.

Powyższe informacje odwołujący uzyskał z Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19.01.2012r., zamieszczonej na witrynie internetowej UZP.

Pomimo złożenia przez zamawiającego zastrzeżeń i przekazania ich do rozpatrzenia przez KIO w trybie art. 171 a Pzp, jego stanowisko nie zostało podzielone przez właściwe organy i tym samym podtrzymano ustalenia i konkluzje zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19.01.2012r.

W dniu 01.03.2012r. odwołujący otrzymał (w formie faxu) od zamawiającego, Informację o unieważnieniu postępowania. W rzeczonyj informacji, zamawiający wskazał, iż dokonuje czynności unieważnienia postępowania na podstawie zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24.02.2012r. oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.02.2012r. W uzasadnieniu dokonania czynności zamawiający wskazał, iż cyt: „(...) unieważnia postępowanie w nawiązaniu do art. 22 ust. 4 Pzp, w związku z faktem, iż opis sposobu dokonania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia”.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania bez podstawy prawnej.

W art. 93 ust. 1 Pzp wskazano zamknięty katalog przesłanek, które muszą zaistnieć, aby zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania. Stworzenie takiego zamkniętego katalogu jest wyrazem tendencji ustawodawcy do ograniczenia możliwości swobodnego unieważniania postępowań.

Zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania, nie wskazuje na zaistnienie żadnej ze wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp przesłanek unieważnienia postępowania, co należy odczytać jako naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp, który wprost nakazuje zamawiającemu na wskazanie uzasadnienia prawnego unieważnienia. W sytuacji, w której jedynie art. 93 Pzp reguluje instytucję unieważnienia postępowania, a art. 93 ust. 1 Pzp, wskazuje zamknięty katalog przesłanek zastosowania tej instytucji, obowiązek wskazania uzasadnienia prawnego i tym samym podstawy prawnej należy odczytywać jako obowiązek wskazania zaistniałej przesłanki z katalogu zawartego w art. 93 ust. 1 Pzp. Tymczasem zamawiający uzasadnił dokonanie kwestionowanej czynności wyłącznie w oparciu o art. 22 ust. 4 Pzp oraz oparł się na ustaleniach zawartych w Informacji o wynikach kontroli uprzedniej z dnia 19.01.2012r. i uchwale KIO z dnia 21.02.2012r. oddalającej zastrzeżenia zamawiającego do wyników kontroli. W ocenie odwołującego, powyższe oznacza, że zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania bez należytego uzasadnienia.

Przepis art. 22 ust. 4 Pzp ma charakter, który nie pozwala na oparcie się wyłącznie na nim przy dokonywaniu czynności unieważnienia postępowania. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp zawiera ogólną zasadę, która mówi o sposobie formułowania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zawiera natomiast konkretnej dyspozycji oraz sankcji, które pozwalałyby na dokonanie na jego podstawie czynności unieważnienia postępowania. Stwierdzenie naruszenia tego przepisu nie upoważnia wprost do dokonania unieważnienia postępowania.

Oparcie się zamawiającego na ustaleniach poczynionych przez właściwe organy (Prezes UZP i KIO) co do zasady nie stanowi działania nieuprawnionego, jednak odwołujący stoi na stanowisku, że w komentowanym przypadku działanie zamawiającego nie koresponduje z rzeczonymi ustaleniami i w odniesieniu do nich jest zbyt daleko idące. Wskazać należy, że w ustaleniach zawartych w Informacji o wynikach kontroli uprzedniej z dnia 19.01.2012 r., nie zawarto zaleceń pokontrolnych, które zgodnie z art. 171 ust. 1 pkt 3 Pzp są zamieszczane, jeżeli w toku kontroli ustalono, że zachodzi konieczność unieważnienia postępowania lub usunięcia naruszeń. Skoro takich zaleceń nie wskazano, oznacza to, że organ kontrolujący prawidłowość tego postępowania, jakim jest Prezes UZP, nie uznał, aby koniecznym było unieważnienie przedmiotowego postępowania. To

stanowisko zostało zaprezentowane przez KIO w wyroku z dnia 17.10.2011 r. Ir.1. Również w uchwale KIO z dnia 21.02.2012r. w żaden sposób nie zasygnalizowano zamawiającemu konieczności dokonania czynności unieważnienia postępowania. Tym samym należy uznać, że działanie zamawiającego było zbyt daleko idące w odniesieniu do komentowanych ustaleń właściwych organów, a powołanie się na nie w Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 01.03.2012r. niezasadne.

Odwołujący podniósł, że czynność unieważnienia została dokonana bez wskazania podstawy prawnej i uzasadnienia prawnego. Jednak działanie zamawiającego pozwala odwołującemu domniemywać, że zamawiający dokonał czynności w oparciu o schemat działania właściwy dla unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp

Odwołujący wskazał, iż nie jest możliwym zaistnienie żadnych z okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 Pzp, czyli bezwzględnych przesłanek unieważnienia umowy. Jedną możliwością ewentualnego unieważnienia umowy jest procedura wskazana w art. 146 ust 6 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie, stwierdzone naruszenie zamawiającego nie podlega rygorowi z art. 146 ust 6 Pzp. Konstrukcja tego przepisu wskazuje na dwie niezbędne przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie aby mogło dojść do unieważnienia zawartej umowy. Są to: dokonanie czynności lub jej zaniechanie z naruszeniem przepisów Pzp oraz to czy naruszenie lub zaniechanie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nawet jeżeli uznać, że zamawiający dokonał pewnej czynności z naruszeniem przepisów (opublikował SIWZ zawierający wadliwie sformułowany zapis) to z pewnością nie można twierdzić, że miało to bądź mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. O wpływie tak sformułowanego, wadliwego zapisu SIWZ na wynik postępowania można by było mówić, w sytuacji gdyby któryś z oferentów został z postępowania wykluczony w oparciu o wadliwie sformułowany zapis SIWZ. Tymczasem jedyny oferent, który wykazywał się doświadczeniem zdobytym na instalacjach 330kV (czyli na takich, o których nie mówił SIWZ) nie dość, że nie został z postępowania wykluczony to w dodatku jego oferta została sklasyfikowana jako najlepsza. Zamawiający poprzez dopuszczenie do oceny oferty wykonawcy, wykazującego się doświadczeniem na instalacjach 330kV, niejako konwalidował swoje wcześniejsze uchybienie.

**Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy jest zgodny ze stanem przedstawionym przez odwołującego się w odwołaniu.**

**Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp określił przesłanki, na podstawie których zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog wskazanych przesłanek ma charakter zamknięty, co powoduje, że zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych powodów niż wskazane w przytoczonych przepisach. O unieważnieniu postępowania zamawiający obowiązany jest zawiadomić równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Zawiadomienie takie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, co wynika z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że w uzasadnieniu prawnym zamawiający winien podać jedną z przesłanek wskazaną w art. 93 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 1 marca 2012 roku podał, że informuje o unieważnieniu postępowania działając na podstawie zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24.02.2012 r. i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.02.2012 r. oraz że unieważnia postępowanie w nawiązaniu do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z faktem, iż opis spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby żadna z przywołanych przez zamawiającego podstaw unieważnienia postępowania nie koreluje z przesłankami unieważnienia postępowania wskazanymi w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Izba nie polemizuje z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartymi w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 stycznia 2012 roku oraz Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonymi w uchwale z dnia 21 lutego 2012 roku. Z ustaleń tych wynika jedynie, że dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia był nieproporcjonalny i naruszał art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Niemniej jednak zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, z której wynikałoby przełożenie wskazanych naruszeń na konieczność unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej – Prezes UZP w informacji o wynikach kontroli nie zawarł zalecenia pokontrolnego, co jest jednoznaczne z tym, że nie stwierdził w toku kontroli, że jest zasadne unieważnienie postępowania. Praktyka zawierania tego rodzaju informacji wynika z art. 171 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,.

Samodzielną podstawą unieważnienia postępowania nie może być również art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten zawiera jedynie wskazanie dla zamawiającego, w jaki sposób winien dokonywać opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tegoż artykułu. Naruszenie tego przepisu nie może powodować unieważnienia postępowania, jeżeli nie spowoduje sytuacji, w której koniecznym będzie unieważnienia postępowania na podstawie przesłanek wskazanych w art. 93 ustawy Pzp.

Izba przeanalizowała czynność unieważnienia postępowania pod względem wystąpienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp i zgodziła się z odwołującym się, że jedyną przesłanką, którą – oczywiście w domyśle – mógł kierować się zamawiający jest okoliczność wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tzn. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jednakże w ocenie Izby przesłanka ta nie miała miejsca w rozpoznawanym przypadku.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga stwierdzenia zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność.

Na gruncie ustawy Pzp przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp wskazującym na przesłanki nieważności umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie brzmienie art. 146 ust. 6 Pzp, przez pryzmat którego należy odczytywać przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca rygor nieważności umowy przewidział nie dla każdego przypadku naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów tej ustawy, ale jedynie do przypadków naruszenia, które miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający, o ile u podstaw jego działania legła przesłanka z na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, winien wskazać naruszenie ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania. Jeżeli w ocenie zamawiającego nieważność umowy wynikałaby z innych przepisów,



obowiązkiem zamawiającego również było wskazanie podstawy prawnej uzasadniającej unieważnienie postępowania.

Wskazując na powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....