

Jarosław, dnia 30 września 2021 r.

Dotyczy: informacja o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1778R Pruchnik-Kramarzówka-Helus z km 0+000- 8+365”. Numer postępowania: ZP.271.1.4.2021. (w skrócie „**postępowanie ZP.271.1.4.2021**”).

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740, z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 1 z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019, z późn. zm.) - w skrócie „**ustawa Pzp**”, unieważnił czynność unieważnienia postępowania ZP.271.1.4.2021.

UZASADNIENIE

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego - STRABAG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, reprezentowaną przez adwokata Macieja Majewskiego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1778R Pruchnik-Kramarzówka-Helus z km 0+000- 8+365”. Numer postępowania: ZP.271.1.4.2021. (w skrócie „postępowanie ZP.271.1.4.2021”), Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 255 pkt 6 w zw. art. 457 ust. 1 i 5 pzp - poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że zaniechania i czynności Zamawiającego, w oparciu o które unieważnione zostało postępowanie, tj. zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert oraz rozbieżność w wymogach odnoszących się do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, nie mogłyby stać się podstawą żądania unieważnienia umowy w sprawie realizacji zamówienia, a co za tym idzie nie mogły stanowić podstawy unieważnienia postępowania;”;
 - 2) „naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzystość postępowania;”;
- względnie
- 3) „art. 255 pkt 6 w zw. art. 16 pkt 3 pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nieproporcjonalny, wyrażający się w unieważnieniu postępowania na jego zaawansowanym etapie, już po otwarciu ofert, co stanowi działanie niewspółmierne do skali naruszenia.”

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Stanowisko Odwołującego: „Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jedynie w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w art. 255 pzp. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej oraz celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym (wyrok KIO z dnia 30.01.2020 r., sygn. KIO 99/20). Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności, gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 pzp, który przywołany został jako podstawa zaskarżonej czynności unieważnienia Postępowania, zamawiający unieważnia postępowanie, jest postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika, że wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 pzp. ust. 1 i 5, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie powinno być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 pzp [W. Dzierżanowski; Prawo zamówień publicznych. Komentarz, uwagi art. 255 pzp].

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie potencjalnego wpływu nieprawidłowości (nieusuwalnej wady postępowania) na umowę w sprawie zamówienia publicznego jest zatem znacząco ograniczone. Katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 pzp. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w przytoczonym powyżej przepisie. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.

Nie każde zatem wady, będące następstwem czynności i zaniechań zamawiającego, stanowią podstawy do unieważnienia postępowania. Stać się tak może tylko wtedy, jeśli wada prowadzić by mogła do unieważnienia umowy, z przyczyn które enumeratywnie wymienione zostały w ustawie. Wbrew temu, co podaje Zamawiający w motywach decyzji o unieważnieniu Postępowania, nie jest podstawą unieważnienia postępowania zaistnienie

niedającej się usunąć „wady mającej rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania”. Takiej przesłanki unieważnienia postępowania, w obecnej ustawie nie ma.

Na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., istniał art. 146 ust. 6 pzp, w oparciu o który Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł wystąpić 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. Aktualnie obowiązująca ustawa nie przewiduje odpowiednika przywołanej powyżej przesłanki unieważnienia umowy. Wykładnia historyczna powinna zatem zmierzać do wniosku, że świadomym zabiegiem racjonalnego ustawodawcy była rezygnacja tej właśnie podstawy unieważnienia umowy, a co za tym idzie, pośrednio także unieważnienia postępowania.

W tym stanie rzeczy należy zauważyć, że żadne z zaniechań (o ile w ogóle należy je tak kwalifikować - odwołujący powstrzymuje się w tym miejscu od oceny zasadności przekonania Zamawiającego o konieczności wydłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianami w SWZ, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania) nie stanowi podstawy unieważnienia umowy, o których mowa art. 457 ust. 1 i 5 pzp. W przepisach tych wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy; wśród nich brak jest jednak niewydłużenia terminu składania ofert, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek. Konsekwentnie, odmowa wydłużenia terminu składania ofert nie może się stać przyczyną unieważnienia postępowania. W obecnym stanie prawnym, hipotetycznie, nawet wystąpienie wady wpływającej na wynik postępowania, nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania. Stanie się tak tylko, jeśli zaistnieje którakolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 i 5 pzp.

Na marginesie, odwołujący chciałby zaznaczyć, że nie podziela wyrażonej przez Zamawiającego obawy, że ewentualne zaniechanie polegające na niewydłużeniu terminu składania ofert skutkowało w niniejszym postępowaniu ograniczeniem kręgu podmiotów, które złożyły ofertę. Przebieg postępowania nie daje podstaw do przyjmowania takiej konkluzji - żaden z uczestników postępowania nie wnosił o wydłużenie składania terminu ofert. Żaden z uczestników nie korzystał ze środków ochrony prawnej - nikt nie wniósł odwołania od zaniechania w postaci niewydłużenia terminu składania ofert. Zaświadczać to może o tym, że uczestnicy postępowania, podobnie jak pierwotnie Zamawiający, nie uznali dokonanych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu zmian, jako istotnych w rozumieniu art. 271 ust. 3 pzp, które powodowałyby konieczność odpowiedniego wydłużenia terminu składania ofert.

Z tych samych względów, co w przypadku nieprzedłużenia terminu składania ofert, podstawą do unieważnienia postępowania nie może być rozbieżność w SWZ dotycząca oczekiwań Zamawiającego, co do sposobu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Rozbieżność ta nie stanowi wady skutkującej koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający, oprócz niewiele wyjaśniającego stwierdzenia, że „nie zapewnił jednolitej kwalifikacji wykonawców”, nie stara się nawet uzasadnić dlaczego stwierdzona rozbieżność SWZ miałyby być przyczyną unieważnienia postępowania.

Zapisy w SWZ muszą mieć wprawdzie precyzyjny i jednoznaczny charakter, ale skutkiem zaistnienia tego rodzaju rozbieżności jest jedynie to, że wątpliwości powstałe na tym tle

muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Wyrażona w ustawie zasada przejrzystości oznacza bowiem zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika jednoznacznie i wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

Zaistniała rozbieżność w zakresie sposobu wykazywania braku podstaw do wykluczenia z postępowania skutkować by mogła co najwyżej tym, że Zamawiający nie mógłby wyciągnąć negatywnych skutków wobec tego spośród wykonawców, który złożyłby jedynie oświadczenie wstępne, nie przedkładając żadnych dokumentów podmiotowych, wymienionych w ust. 2 do 6 części 11 SWZ.

W jednym z poprzednich akapitów niniejszego odwołania, skarżący wskazał, że rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalna, ponieważ mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający mogliby bowiem świadomie nie poprawiać wcześniejszych uchybień, na które żadne z wykonawców wcześniej nie zwrócił uwagi, po to tylko, aby w zależności od przebiegu postępowania i jego wyniku, móc przywołać dotąd przemilczane zaniechania i niezgodne z ustawą czynności, czyniąc z nich podstawy unieważnienia postępowania. Takie działanie w sposób oczywisty prowadziłoby do naruszenia ustawionej w art. 16 pzp zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzystość postępowania. W takim układzie wady postępowania mogły stać się jedynie pretekstem, który pozwalałby Zamawiającemu uwolnić się konsekwencji, jakie niesie ze sobą przebieg postępowania.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający dokonał rozszerzającej interpretacji przesłanki unieważnienia z art. 255 pkt 6 pzp. Unieważnił postępowanie w oparciu o zdarzenia, które nie mogły stać się przyczyną unieważnienia umowy. Co istotne, dokonał tego na zaawansowanym etapie, przeszło 3 miesiące od złożenia ofert, tuż przed wyborem najkorzystniejszej oferty (w sytuacji w której pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty został unieważniony). W ocenie skarżącego, takie postępowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 16 pzp.

Niezalenie od powyższego, nawet jeśli przyjąć hipotetyczne założenie, że czynności i zaniechania wskazane przez Zamawiającego mogły stanowić podstawę unieważnienia postępowania, to i tak, działanie takie należałoby uznać za sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Określenie „proporcjonalny”, znamionujące jedną z naczelných zasad zamówień publicznych należy tłumaczyć zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny.

W tym świetle należy stwierdzić, że unieważnienie niniejszego Postępowania, na jego zaawansowanym etapie, ponad 3 miesiące po otwarciu ofert, po unieważnieniu uprzedniego wyboru najkorzystniejszej oferty, jawi się jako działanie dalece nieproporcjonalne. Stanowi to działanie zupełnie niewspółmierne do skali ewentualnych naruszeń.

Po dokonaniu ponownej analizy odwołania Zamawiający uznał w całości żądanie Odwołującego i unieważnił czynność unieważnienia postępowania ZP.271.1.4.2021.

Zamawiający: Powiatowy Zarząd Dróg w Jarosławiu ul. Jana Pawła II 17, 37-500 Jarosław
Nazwa nadana zamówieniu: „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1778R Pruchnik-Kramarzówka-Heluszczyce w km 0+000- 8+365”.
Numer postępowania: ZP.271.1.4.2021.

Informacja o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania

**p.o. Dyrektora
mgr Marcin Cetnarowicz**

.....
*Kierownik zamawiającego lub osoba upoważniona
do podejmowania czynności w jego imieniu*