

Sygn. akt **XXIII Zs 126/22**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Renata Puchalska
Protokolant:	sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

z udziałem przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 21 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1685/22

I. oddała skargę,

II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sędzia Renata Puchalska

Sygn. akt **XXIII Zs 126/22**

UZASADNIENIE

(...) spółka akcyjna w W. (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu(...) pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odc. C. – T. – K. – I. – B. – M., dla zadań inwestycyjnych: a) (...) - Prace na liniach kolejowych nr (...), (...), (...) na odcinku K. (km 66,800) – R. (km 137,500), b) (...) - Prace na liniach kolejowych nr (...), (...), (...) na odcinku R. (km 137,500) – Z. (km 170,212)”.

W dniu 1 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. (dalej: Odwołujący lub przeciwnik skargi), zostało wniesione odwołanie.

Ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przez Zamawiającego wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r., do postępowania, zgodnie z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) # Przepisy

wprowadzające ustawę # Prawo zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.; dalej: PZP2004). Z kolei do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: PZP2019), stosownie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 oraz w związku z art. 7 ust. 1 PZP2004 – poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika, zdaniem Odwołującego, wprost z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 roku, sygn. akt KIO/KU 11/22. Odwołujący argumentował, że po przeprowadzeniu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli, w wyniku której stwierdzono naruszenia przepisów PZP2004, Zamawiający złożył zastrzeżenia, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę sygn. akt KIO/KU 11/22. W uchwale Izba w sentencji potwierdziła, że naruszenia w postępowaniu wystąpiły, jednak w uzasadnieniu wskazano, że naruszenia te nie mają wpływu na wynik postępowania. Zamawiający mimo to postępowanie unieważnił.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Wyjaśniał, że w zakresie stwierdzonego w kontroli Prezesa UZP naruszenia art. 12a ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP2004 zaleceniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Od wyniku kontroli Zamawiający wniósł zastrzeżenia, których jednak Izba nie uwzględniła, a Prezes UZP nie zmienił swoich zaleceń.

Zamawiający skierował do Prezesa UZP wnioski o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej oraz do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o sprostowanie uchwały. Ponieważ wniosek o sprostowanie uchwały został odrzucony, a Prezes UZP nie dokonał rewizji wyników kontroli, Zamawiający uznał, że zmuszony jest unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, co ostatecznie zrobił w dniu 14 czerwca 2022 r., przyjmując że postępowanie przetargowe obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła następujący stan faktyczny.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez Zamawiającego oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w dniu 11 października 2021 r. (w konsekwencji czego Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, w którym podnosi zarzut kwestionujący zasadność unieważnienia postępowania, ponieważ unieważnienie postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono niniejsze odwołanie. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 lutego 2022 r. Prezes UZP stwierdził m. in. naruszenie art. 12a ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP2004 (poprzez brak przedłużenia terminu składania ofert w następstwie dokonania istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu).

W konsekwencji stwierdzonego naruszenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyników kontroli Prezesa UZP, w których wnosił o uchylenie zalecenia unieważnienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004 argumentując, że zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w specyfikacji nie ograniczyły dostępu do uzyskania i realizacji zamówienia przez potencjalnych

wykonawców będących w stanie prawidłowo wykonać zamówienie, ponieważ polegały na złagodzeniu szeroko rozumianych wymogów Zamawiającego postawionych w postępowaniu. W swojej argumentacji Zamawiający przyjął, że złagodzenie warunków przetargowych mogło ewentualnie doprowadzić do potencjalnego zwiększenia konkurencji wśród wykonawców i dopuszczenia do udziału większej liczby wykonawców.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W dniu 14 marca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała uchwałę w sprawie o sygn. akt KIO/KU 11/22, w której wyraziła opinię co do zastrzeżeń Zamawiającego. W sentencji uchwały, Izba wskazała, że „zastrzeżenia zamawiającego z dnia 18 lutego 2022 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie”. Przy czym w uzasadnieniu wskazano, że „Jednocześnie jednak Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania.” (strona 17 uchwały).

W dalszej części uzasadnienia, Izba rozważała skutki stwierdzonego naruszenia i stanowisko Prezesa UZP w tej sprawie. Izba zauważyła, że „W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP odnosząc się do skutków naruszenia ograniczył się do stwierdzenia, że z uwagi iż, po upływie terminu składania ofert, zamawiający nie jest uprawniony do konwalidowania zaniechanej czynności, a zatem wada postępowania ma charakter nieodwracalny, zamawiający winien unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak wynikało z powyższego, organ kontrolujący uzasadnił zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. jedynie tym, że na obecnym etapie postępowania czynność zamawiającego jest już nieodwracalna. W myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powołanego przepisu, przesłanką unieważnienia postępowania z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. jest nie tylko niemożność usunięcia wady, ale także to, aby wada uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanki unieważnienia umowy zostały przez ustawodawcę opisane w art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r. Żadna z przesłanek z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. nie miała miejsca w analizowanej sprawie. Zgodnie natomiast z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r., umowa może podlegać unieważnieniu w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania” Zatem Izba uznała, że skoro nie ziściły się przesłanki prowadzące do unieważnienia przyszłej umowy, to brak podstaw do unieważnienia postępowania w związku ze stwierdzonymi naruszeniami.

Dalej, „Izba stwierdziła, że organ kontrolujący nie wykazał wpływu lub możliwości wpływu zarzucanego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r.

Po pierwsze, w analizowanej sprawie na uwagę zasługiwał kluczowy fakt, że mimo nieprzedłużenia terminu składania ofert zamawiający zapewnił wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach więcej niż minimalne 15 dni, o których mowa w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. Zmiana ogłoszenia i SIWZ miała miejsce 20 września 2019 r., zaś termin składania ofert upływał 31 października 2019 r. Organ kontrolujący nie wskazał, o jaki czas jego zdaniem należałoby wydłużyć termin składania ofert w sytuacji, gdy minimalny termin z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., mimo nieprzedłużenia, był zachowany. W braku argumentacji przeciwnej należało uznać, że zdaniem samego Prezesa UZP wystarczającym, dla wypełnienia dyspozycji art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r., byłoby przedłużenie terminu o jeden dzień.

Po drugie, Prezes UZP nieprawidłowo ocenił dalsze okoliczności faktyczne tej sprawy. Za takie specyficzne okoliczności faktyczne towarzyszące sprawie należało uznać charakter zmian polegających na rozszerzeniu, a nie na ograniczeniu konkurencyjności postępowania. Na uwagę zasługiwał także brak wniosków wykonawców o wydłużenie terminu składania ofert, brak odwołań do Izby w tym zakresie, znaczna liczba złożonych ofert pochodzących od większości wykonawców, którzy wyrażali zainteresowanie postępowaniem przed terminem składania ofert, a także

fakt, że liczba uzyskanych ofert nie odbiegała od średniej w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

Zdaniem Izby wszystkie rozpatrywane łącznie okoliczności faktyczne tej konkretnej sprawy nie wskazywały na to, aby zaistniałe naruszenie mogło lub miało wpływ na wynik postępowania, a przynajmniej Prezes UZP nie sprostał konieczności wykazania takiego choćby potencjalnego wpływu. Prezes UZP w tym zakresie ograniczył się do przedstawienia ogólnych i abstrakcyjnych rozważań o uniemożliwieniu udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniali pierwotnych wymogów postępowania i którzy gotowi byliby złożyć ofertę, gdyby taki termin został wydłużony. Izba wzięła pod uwagę, że powyższa argumentacja organu kontrolującego nie została uprawdopodobniona. Izba stwierdziła, że „możliwość wpływu na wynik postępowania”, o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r., nie powinna być oceniana abstrakcyjnie, ale z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy.

Jednocześnie Izba podkreśla, że organ kontrolujący niezasadnie zdawał się utożsamiać istotność zmiany w rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. z wpływem lub możliwością wpływu naruszenia na wynik postępowania, o której mowa w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r. Istotność zmiany warunków zamówienia, o której mowa w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r., stanowi jedynie przesłankę obowiązku przedłużenia terminu składania ofert. Natomiast wpływ na wynik postępowania należy badać w odniesieniu do naruszenia takiego obowiązku. Tego wpływu lub możliwości wpływu organ kontrolujący nie zdołał uprawdopodobnić.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia nie zdołał wyjaśnić dlaczego odstąpił w analizowanej sprawie od ocen prawnych przedstawianych przez siebie na tle analogicznych stanów faktycznych podczas kontroli uprzedniej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu (...) pn.: „Prace na linii kolejowej (...) na odc. C. – T. – K. – B. – M.” dla zadania pn. (...) – Prace na linii kolejowej (...) na odcinku N. (km 29,000) – K. (km 66,800) oraz na zaprojektowanie podstacji trakcyjnych i infrastruktury kolejowej na linii kolejowej nr (...) i (...)” jak również w postępowaniach kontrolnych, o których mowa w: 1) w uchwale KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. KIO/KD 11/18, 2) w uchwale KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. KIO/KD 22/18.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nie podzieliła argumentacji Prezesa Urzędu co do wpływu lub możliwości wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (strony 21-24 uchwały).

Reasumując, Izba w uzasadnieniu uchwały sygn. akt KIO/KU 11/22 potwierdziła, że naruszenie dostrzeżone przez Prezesa UZP w toku kontroli faktycznie miało miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale dokładnie przeanalizowała ewentualny wpływ stwierdzonego naruszenia na unieważnienie postępowania, i ostatecznie doszła do wniosku, że takiego wpływu przedmiotowe naruszenie nie miało, popierając swoją konkluzję obszerną argumentacją.

Pismem z dnia 16 marca 2022 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że zgodnie z art. 610 ust. 4 w zw. z art. 617 PZP2019 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w związku z czym nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli.

W dniu 28 marca 2022 r. Zamawiający skierował do Prezesa UZP wniosek o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej oraz do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o sprostowanie uchwały.

W odpowiedzi na wniosek o rewizję ostatecznych wyników kontroli uprzedniej, Prezes UZP przekazał Zamawiającego postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO/KU 11/22. W przedmiotowym postanowieniu Izba

odrzucała wniosek Zamawiającego o sprostowanie uchwały, z uwagi na brak w przepisach procedury sprostowania treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej.

W konsekwencji istniejącego (niezmienionego mimo wniosku Zamawiającego) zalecenia Prezesa UZP Zamawiający uznał, że zmuszony był unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP2004, co ostatecznie uczynił w dniu 14 czerwca 2022 r., przyjmując, że postępowanie przetargowe obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wyrokiem z 21 lipca 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie o sygn.. akt KIO 1685/22 na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w postępowaniu prowadzonym przez (...) spółka akcyjna w W. uwzględniła odwołanie i nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnia postępowania.

W uzasadnieniu Izba wskazała, że nie ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania, a wobec braku wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania, to można po wyborze oferty najkorzystniejszej zawrzeć ważną umowę. Izba podkreśliła, że nie było podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania był uzasadniony.

Skargę od powyższego wyroku wywiódł Zamawiający zaskarżając w całości orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2022 r. i zarzucając naruszenie:

1. art. 542 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 531 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 551 ust. 1 ustawy Pzp:

a) poprzez przyjęcie, że brak jest podstaw do oceny stanu faktycznego i prawnego w niniejszej sprawie, a przez to zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego;

b) poprzez uznanie sprawy za dostatecznie wyjaśnioną i zamknięcie rozprawy w sytuacji, w której nie ustalono pełnego stanu faktycznego i prawnego sprawy;

2. art. 552 ust. 1 ustawy Pzp poprzez oparcie wyroku na podstawie uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydanej pod sygn. KIO/KU 11/22, pomijając przy tym stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, w tym argumentację oraz fakty przywoływane w jego toku przez Skarżącego;

co skutkowało nieprawidłowym uznaniem, że naruszenie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzone w toku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie miało wpływu na wynik postępowania, a przez to, że nie ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania.

3. art. 559 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za udowodnione, wskazując przy tym jedynie, że ustalenie stanu faktycznego oraz prawnego sprawy oparła na stanowisku wyrażonym w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej wydanej pod sygn. KIO/KU 11/22, co uniemożliwia pełną ocenę rozważań, które doprowadziły do wydania orzeczenia.

Przepisów prawa materialnego, tj.:

4. art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp z 2004 r.”) w zw. z art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp z 2004 r. oraz w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp z 2004 r. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i przyjęcie, że w Postępowaniu nie było podstaw do jego unieważnienia, podczas gdy w przedmiotowym Postępowaniu doszło stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co stanowi podstawę do unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez oddalenie Odwołania w całości i utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania z dnia 14 czerwca 2022 r., a także zasądzenie

od Przeciwnika Skargi - (...) Sp. z o.o. na rzecz Skarżącego kosztów postępowania odwoławczego oraz Zasądzenie od Przeciwnika Skargi - (...)Sp. z o.o. na rzecz Skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów reprezentacji wg. norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł o oddalenie skargi z uwagi na jej bezzasadność oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wynikających z właściwych przepisów.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprowPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprowPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

(...) Spółki Akcyjnej w W. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 nPZP znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba w sposób staranny i wystarczający przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób kompleksowy i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Jednocześnie Sąd Okręgowy podkreśla, że brał po uwagę okoliczność, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1685/22 został sporządzony w sposób zwięzły, dlatego właśnie poddał podnoszone przez stronę skarżącą okoliczności pogłębionej analizie, z tej właśnie przyczyny po ponownym przanalizowaniu akt sprawy Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do wzruszenia prawidłowego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

Przechodząc do merytorycznej oceny skargi, w pierwszej kolejności za nietrafną należało uznać grupę zarzutów dotyczącą naruszenia przepisów postępowania tj. zarzutów naruszenia art. 542 ust. 1 nPZP w zw. z art. 532 ust 1. nPZP , poprzez przyjęcie, że brak jest podstaw do oceny stanu faktycznego i prawnego w niniejszej sprawie, a przez

to zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, a także poprzez uznanie sprawy za dostatecznie wyjaśnioną i zamknięcie rozprawy w sytuacji, w której nie ustalono pełnego stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego i poczyniła na jego podstawie prawidłowe ustalenia faktyczne. Na aprobatę nie zasługuje w związku z tym zarzut wywiedziony w pkt 1. petitum skargi. Zauważyć w tym miejscu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać trzeba też, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to Skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym. Podkreślenia wymaga również, że jeśli chodzi o ocenę materiału dowodowego w zakresie oceny dowodów, to w postępowaniu ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, stosujemy tożsame kryteria jakie wynikają z przepisów prawa procesowego art. 233§ 1 k.p.c. Skarżący nawet nie wskazał w skardze, które dowody nie zostały przeprowadzone, ewentualnie, które dowody zostały przeprowadzone wadliwie i na czym ta wadliwość miałyby polegać.

Faktem jest, że Krajowa Izba Odwoławcza sporządziła dość lakoniczne uzasadnienie, niemniej stan faktyczny sprawy był bezsporny. Krajowa Izba Odwoławcza zarówno w swojej uchwale KIO/KU 11/22, która jest kluczowym elementem niniejszej sprawy, jak i w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przedstawia ten sam stan faktyczny i wyraźnie podkreśliła, że wobec uchwały Izby KIO/KU 11/22 nie znajduje powodów, aby ponownie oceniać ten sam stan faktyczny, a stanowisko tam wyrażone uznała za własne. W istocie Skarżący podnosi, że Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła zasadę oceny dowodów, a także pominęła stanowisko Zamawiającego, w wyniku czego nie ustalono pełnego stanu faktycznego i prawnego sprawy. Skarżący nawet nie wskazał w skardze, które dowody nie zostały przeprowadzone, ewentualnie, które dowody zostały przeprowadzone wadliwie i na czym ta wadliwość miałyby polegać, oraz dlaczego oddalenie wniosków dowodowych było niezasadne. Należy w tym miejscu zgodzić się z przeciwnikiem skargi, który zasadnie podniósł, że w toku postępowania skargowego Skarżący nie przedstawił żadnych innych dowodów, poza dokumentacją przetargową, które mogłyby uzasadnić czynność unieważnienia postępowania, i które mogłyby być podstawą ustalenia odmiennego stanu faktycznego i prawnego, niż ten istniejący na dzień unieważnienia postępowania. W istocie w postępowaniu odwoławczym nie pojawiają się żadne nowe dowody w stosunku do tego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba wyraźnie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że stan faktyczny i prawny jest tożsamy ze stanem w uchwale Izby KIO/KU 11/22. Bynajmniej, za taki dowód nie można uznać zmiany pierwotnego stanowiska Skarżącego w zakresie wpływu naruszenia stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się w istocie do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy, która nie może wpłynąć na prawidłowe ustalenia Izby.

Odnosząc się pokrótce do zarzutu naruszenia art. 552 ust. 1 nPZP, oraz zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 nPZP, Sąd Okręgowy uznał je za niezasadne. W pierwszej kolejności Skarżący powołuje się na okoliczność, naruszenia przepisów postępowania poprzez oparcie wyroku na podstawie uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydanej pod sygn. KIO/KU 11/22 pomijając, że przy tym stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, w tym argumentację oraz fakty przywoływane w jego toku przez Skarżącego. Zarzut Skarżącego nie może odnieść zamierzonego skutku bowiem, jak już zostało wyjaśnione powyżej w postępowaniu odwoławczym nie przedstawiono Izbie żadnych nowych dowodów, a zatem niezasadne było uzupełnianie stanu faktycznego. Uchwała Izby, na którą wskazuje Skarżący, jest skonstruowana w sposób rzetelny i wyczerpująco odnosi się do stanu sprawy, dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła wszystkie te ustalenia zawarte w uchwale KIO/KU 11/22 i stały się one integralną

częścią wyroku w sprawie KIO 1685/22, co z drugiej strony uzasadnia nietrafność zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 nPZP.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego tj. art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp z 2004 r. oraz w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp z 2004 r. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i przyjęcie, że w postępowaniu nie było podstaw do jego unieważnienia, Sąd Okręgowy nie przychylił się do argumentacji skarżącego, a tym samym uznał zarzut za chybiony. Wskazany przepis art. 93 dPZP określa na jakiej podstawie zamawiający może unieważnić prowadzone postępowanie lub część prowadzonego postępowania, przesłanki te podzielone są na obligatoryjne (ust. 1) i fakultatywne (ust. 1a i 1d) przesłanki unieważnienia postępowania. Stanowią one katalog zamknięty, co oznacza, że zamawiający nie może unieważnić postępowania powołując się na inne okoliczności niż wskazane w tym przepisie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stwierdzenie ziszczenia się przesłanki przewidzianej w pkt 7 musi jednak zostać poprzedzone dogłębną analizą, bowiem do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, to znaczy że wystąpiła tzw. wada postępowania, zasadniczego podkreślenia wymaga przy tym, że błędy o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania (por. wyr. KIO z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis); zidentyfikowane naruszenie musi jednocześnie stanowić wadę nieusuwalną; wada postępowania musi ponadto skutkować brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady a brakiem możliwości zawarcia umowy oraz odwołanie się do art. 146 ust 1. dPZP). Przywołany art. 146 ust. 1 dPZP stanowi o przesłanki unieważnienia umowy. Wobec tego, że art. 93 ust. 1 pkt 7 dPZP należy czytać łącznie z art. 146 ust 1 ustawy., konieczna jest również analiza czy wystąpiła, którakolwiek z sytuacji tam przewidzianych, a to zamawiający, z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem; uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej; z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę; zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12. Dopiero stosując taki schemat należy oceniać ewentualne naruszenie zamawiającego.

Zamawiający, który chciałby unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych musiałyby w zawiadomieniu o anulowaniu postępowania wykazać naruszenie przepisu ww. ustawy, którego się dopuścił i nie będzie to każde naruszenie ustawy, a tylko takie, które miało (albo może mieć) realny wpływ na wynik przetargu. Co istotne, ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, który powinien mu sprostać w udostępnionej wykonawcom decyzji o anulowaniu przetargu, a nie ujawniać je dopiero w trakcie powstałego sporu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego przed Izba, aby przedstawić, co legło u podstaw unieważnienia przetargu narusza naczelną zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i posiada szczególne znaczenie dla kompetencji zamawiającego w zakresie podawania podstaw faktycznych i prawnych swoich decyzji, które bezpośrednio wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu. (por. Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1241/21)

Wobec powyższego stanu prawnego i zaistniałych w sprawie okoliczności faktycznych Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że istotą sporu w tej sprawie jest w zasadzie odpowiedź tylko na jedno pytanie, a to czy niewątpliwe, stwierdzone naruszenia postępowania przez Zamawiającego miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego i zagrażałyby zawarciu niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie Sądu Okręgowego wbrew zarzutom skarżącego nie każda zmiana warunków przetargu, nawet przy naruszeniu przepisów postępowania, tak jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie, (tj. niewydłużenia terminu składania ofert), będzie skutkowałą koniecznością unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania należy traktować jako sytuację wyjątkową, dlatego nie można stosować automatyzmu w sytuacji, gdy zamawiający dostrzeża, że mogła ziścić się jednak z przesłanek unieważnienia postępowania, należy jeszcze ocenić wpływ tego naruszenia na całokształt postępowania. Każdą kwestię należy badać indywidualnie w ramach konkretnej sprawy. Nie może być mowy o automatyzmie unieważniania przetargu w każdym naruszeniu, w tym przypadku art. 12a ust 2 dPZP.

Sąd Okręgowy w pełni aprobuje stanowisko Izby, a także stanowisko wyrażone przez przeciwnika skargi w odpowiedzi na skargę, że Skarżący nie wykazał, a co najmniej nie uprawdopodobnił, że naruszenie przepisów postępowania miało lub mogło mieć wpływ na wynik przetargu, co niewątpliwe go obciążało. Stanowisko i twierdzenia skarżącego należało ocenić jako przedstawienie hipotez, oraz hipotetycznego wpływu na postępowanie przetargowe. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący nawet nie uprawdopodobnił, że faktycznie gdyby do przesunięcia terminu składania ofert doszło, to rzeczywiście pojawiłyby się krąg wykonawców w zakresie większym niż miało to miejsce, a zatem że można było pozyskać więcej potencjalnych wykonawców niż te 7 podmiotów, które złożyły ofertę, a także, że faktycznie rynek zainteresowanych byłby większy gdyby doszło do przesunięcia terminu składania ofert zgodnie z art. 12a ust 2 pkt 1 dPZP. Wobec powyższego skarżący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, iż możliwe było, aby więcej niż 7 firm w ogóle było zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu.

Sąd Okręgowy zaznacza w tym miejscu, że ma świadomość, że postępowanie przetargowe jest dosyć skomplikowane i ten czas, który pozostał od momentu dokonania zmian przez zamawiającego do końca terminu składania ofert, był niedługi. Pomimo tego nie zostało wykazane, że dokonane zmiany ograniczyły prawa któregokolwiek z wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Reasumując nie zostało wykazane na żadnym etapie tego postępowania, zarówno ani do wniosku o unieważnienie przetargu, ani w postępowaniu odwoławczym, że faktycznie została naruszona zasada uczciwej konkurencji, w ocenie Sądu Okręgowego żaden z wykonawców poprzez działania zamawiającego, nie został postawiony w mniej korzystnej sytuacji od pozostałych.

Sąd Okręgowy miał również na uwadze bezsporny fakt, iż Zamawiający wielokrotnie dokonywał zmian w ogłoszeniach o zamówieniu bez jednoczesnego przesunięcia terminu składania ofert. Taka praktyka świadczy, iż on sam ma świadomość konieczności zmiany terminu składania ofert, w sytuacji takiej zmiany warunków przedmiotu zamówienia, która ma charakter istotny. Nie bez znaczenia dla oceny zasadności stanowiska skarżącego jest również, fakt, iż zmiany wprowadzone przez skarżącego w istocie rzeczy polegały na złagodzeniu wymogów zamówienia, to również pośrednio prowadzi do wniosku, iż nie może być mowy o ograniczeniu praw żadnego z wykonawców do złożenia oferty. Nie zostało również naruszone prawo do wszczęcia postępowania odwoławczego w reakcji na dokonane zmiany.

Na koniec, na marginesie wypada zauważyć, odnosząc się do stanowiska przeciwnika skargi zawartego w piśmie z dnia 9 listopada 2022 roku, iż sam Zamawiający raczej zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez KIO, a w istocie celem wniesionej skargi było usunięcie rozbieżności w stanowiskach KIO, oraz Prezesa UZP.

W tym stanie rzeczy, uznając podniesione w skardze wszystkie zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy oddalił skargę o czym orzekł w punkcie I. wyroku na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy nPZP.

O kosztach postępowania skargowego (pkt II. wyroku) orzeczono na podstawie art. 589 ust. 1 nPZP stosownie do wyniku tego postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, a zatem zgodnie z wynikiem tego postępowania obciążają go koszty poniesione przez obligatoryjnych uczestników. Na koszty te po stronie przeciwnika skargi składało się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 12.500 zł - stawki obowiązującej przed

Sądem Okręgowym, jako właściwym funkcjonalnie i rzeczowo sądem do rozpoznania skargi (sądem zamówień publicznych), stosującym w postępowaniu skargowym przepisy o apelacji, stosownie do wysokości stawki wynikającej z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, którą zasadzono od Skarżącego na rzecz przeciwnika skargi, jak w pkt II wyroku.

Sędzia Renata Puchalska