Sygn. akt: KIO 3204/21

WYROK

z dnia 18 listopada 2021 roku
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawców: A. B. i M. B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych s.c. A. B. M. B. w Wieluniu ul. Fabryczna 41, 98-300 Wieluń w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wierzchlas ul. Szkolna 7, 98-324 Wierzchlas

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Wierzchlas, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawców: A. B. i M. B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych s.c. A. B. M. B. w Wieluniu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3204/21

Gmina Wierzchlas (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Wierzchlas i Przyczłapy - etap II w ramach zadania „Rozbudowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej na terenie gminy Wierzchlas oraz zakup wyposażenia służącego tworzeniu inwestycji", nr referencyjny: ZP.271.7.2021. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych w rozumieniu art. 3 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 3 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00134753/01.

Zamawiający 25 października 2021 r. przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W terminie ustawowym wykonawcy A. B. i M. B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych s.c. A. B. M. B. w Wieluniu (dalej: „Odwołujący") wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 Pzp poprzez unieważnienie postepowania pomimo braku przesłanek co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania i wypaczyło wynik postępowania,

2) art. 255 pkt 3 Pzp (w uzasadnieniu wskazując na art. 255 pkt 6) poprzez niezasadne zastosowanie i unieważnienie postępowania.

3) art. 260 ust. 1 Pzp poprzez brak należytego uzasadnienia faktycznego i braku wykazania przesłanek uzasadniających unieważnienia postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2) dokonanie wyboru oferty Odwołującego;

3) przeprowadzenie czynności niezbędnych dla zawarcia umowy z Odwołującym - w szczególności wykonania czynności wskazanych w art. 253 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1) Protokołu postępowania wraz z załącznikami - w szczególności z SWZ wraz z jej modyfikacjami i wyjaśnieniami,

2) oświadczenia złożonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego - Instytucja Wdrażająca PROW 2014-2020, na które powołuje się Zamawiający w piśmie z dnia 25 października 2021r. - zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale 6 SWZ przedstawił Informacje o Warunkach udziału w postępowaniu. Zamawiający nie postawił wymagań w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczymi w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wymagał, by wykonawcy byli ubezpieczeni w zakresie OC prowadzonej działalności i posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę co najmniej 2 mln zł. Wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający przedstawił w pkt 6.1.4. SWZ. Wykonawcy ubiegający się o zamówienia zobowiązani byli do dysponowania osobami posiadającym uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - łączenie funkcji nie było dopuszczalne - byli to: kierownik budowy, kierownik robót branży elektrycznej, kierownik robót branży drogowej. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 17 SWZ Zamawiający oceniał oferty w dwóch kryteriach: Cena - o wadze: 60% , Gwarancja - o wadze: 40%. Przed złożeniem ofert Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania Wykonawców i odpowiednio modyfikował SWZ. Warunki udziału w postępowaniu nie były kwestionowane. Do końca terminu wyznaczonego na złożenie ofert, czyli do dnia 16 września 2021r. wpłynęło 6 ofert. Najniższa cena (cena oferty Odwołującego) wynosiła 3 489 962,11zł, cena najwyższa wynosiła 5 781 000,- zł. Jeden z Wykonawców zaoferował 60 miesięczna gwarancję. Pozostali Wykonawcy - w tym Odwołujący - zaoferowali 72 miesiące gwarancji. Zamawiający dokonywał oceny ofert i pismem z 4 października br. poinformował Odwołującego, że jego oferta została najwyżej oceniona oraz wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący zgodnie z wezwaniem złożył dokumenty, których żądał Zamawiający i oczekiwał zawarcia umowy. Tymczasem Zamawiający poinformował o unieważnieniu postepowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Pomimo, iż pismo z 25 października br. jest dość obszerne, to nie zawiera ono przekonującego uzasadnienia. Podane okoliczności nie dają podstaw do uznania, iż decyzja Zamawiającego jest prawidłowa. Faktyczną przyczyną unieważnienia nie są - jak się wydaje - przesłanki ustawowe wskazane w art. 255 - 258 Pzp, a jedynie dokonana przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego negatywna ocena klauzuli o zakazie łączenia funkcji kierownika robót, kierownika robót branży elektrycznej i kierownika robót branży drogowej. Wymóg ten rzekomo ma charakter dyskryminujący tj. eliminujący wykonawców z postępowania.

Zdaniem Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest naruszenia przepisów i brak wady skutkującej niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w konsekwencji nie istnieje przesłanka trzecia traktująca o niemożliwości jej usunięcia. Art. 37 ust. 1 Pzp wskazuje, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza Postępowania, a art. 52 ust. 1 stwierdza, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania (...) odpowiada kierownik zamawiającego. Żaden z przepisów ustawy nie daje kompetencji Marszałkowi Województwa - a tym bardziej Urzędowi Marszałkowskiemu - kompetencji do unieważnienia postępowania lub nakazania unieważnienia postepowania (oczywiście, nie dotyczy to sytuacji, gdy zamawiającym jest Marszałek Województwa). Poglądy Marszałka Województwa można przyjąć jedynie jako opinię osoby trzeciej, która nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wykazania istnienia przesłanek unieważnienia Postepowania.

Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp daje Zamawiającemu prawo do określenia warunków udziału w postępowaniu, które mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwić ocenę zdolności należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający postawił adekwatne do przedmiotu zamówienia wymagania i nie zaburzyły one uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał m.in. iż: Różnice w treści złożonych ofert wskazują, że stawiane wykonawcy wymaganie w zakresie warunku dysponowania osobami pełniącymi kilka funkcji kierowników danych specjalności wymienionych w 6.1.4.1 SWZ było zbyt radykalne i realnie, a nie tylko potencjalnie, mogło od początku wyeliminować część wykonawców. Tymczasem oferty były złożone zgodnie ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego i ich treść jest zbieżna. Nie sposób, zdaniem Odwołującego, domyślić się jakie różnice miał na myśli Zamawiający i jaki jest związek tych różnic z treścią warunku. Zamówienia publiczne nie są dostępne dla każdego przedsiębiorcy. Każdy warunek, niezależnie jak bardzo liberalny, skutkuje tym, że możliwość ubiegania się o zamówienie jest w jakiś sposób ograniczona. Mechanizm ten jest strukturalnym elementem procesu udzielania zamówień. Postawiony warunek jest adekwatny dla zamówienia - jego skutek sprowadza się do tego, iż kadra techniczna nie będzie przeciążona obowiązkami i w konsekwencji nadzór będzie sprawowany należycie a zatem spodziewana jakość robót będzie wysoka. Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do takiego działania, co wynika za art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowiącym, że: Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Wymóg zapewnienia nadzoru przez trzech samodzielnych pracowników przy kontrakcie o wartości prawie czterech milionów złotych nie jest wymogiem wygórowanym, a zapewnia najlepszą jakość robót i najlepsze efekty w stosunku do poniesionych nakładów. Nie można bowiem pominąć faktu, iż praca trzech osób (zamiast jednej) znajduje swoje odzwierciedlenie zarówno cenie oferty jaki w późniejszej organizacji pracy na budowie.

Następnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie odniósł się też do kluczowej przesłanki jaką jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania wynika, iż brak jest którejkolwiek z przesłanek. Błędny jest pogląd Zamawiającego jakoby Istniejący w SWZ zapis o zakazie łączenia funkcji skutkuje brakiem możliwości dokonania oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp i podpisaniem ważnej umowy, gdyż w zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej zostałby dokonany w oparciu o istniejący zapis niespełniający kryterium obiektywnego postępowania i nieuwzględniający zasady równego traktowania wykonawców. Aktualnie nie jest kwestionowany dorobek orzeczniczy KIO wskazujący, iż równe traktowanie wykonawców nie polega na tym, że każdy może otrzymać konkretne zamówienie, ale na tym, że Zamawiający musi traktować wykonawców tak samo w takich samych okolicznościach. Sporna klauzula SWZ nie faworyzuje jakiegokolwiek przedsiębiorcy i nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Nawet jeśli uznać postawiony wymóg za sprzeczny z ustawą - choć Zamawiający nie wykazał, że tak jest, a Odwołujący temu zaprzecza - to w ślad za wyrokiem KIO z 14 stycznia 2020r. sygn. akt 2614/19 należy stwierdzić: Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Istotną okolicznością jest w sprawie fakt, iż ogłoszenie o Postępowaniu zostało dokonane właściwie, Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania zainteresowanych Wykonawców i zmienił termin składania ofert. Po tym, jak oferty zostały złożone i została dokonana ocena punktowa następuje unieważnienie postępowania. Sytuacja taka jest nieakceptowalna. W przypadku niemal każdej SWZ można postawić hipotezę o wygórowanych wymaganiach i ich rzekomym wpływie na wynik postępowania, o ile został postawiony jakikolwiek warunek. Przy takim założeniu, to właśnie

decyzja Zamawiającego narusza zasady postępowania - w szczególności art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że w ppkt. 6.1.4. SWZ określił warunki udziału w postępowaniu wykazując, że m.in. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania co najmniej trzema osobami posiadającymi uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalnościach: kierownik budowy, kierownik robót branży elektrycznej, kierownik robót branży drogowej. Oprócz dodatkowych opisów dotyczących tego punktu, Zamawiający zawarł zapis o treści: „Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji". Postępowanie zostało przeprowadzone i zakończyło się otwarciem ofert. Po tym, Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego - Instytucja Wdrażająca PROW 2014-2020, zwrócił Zamawiającemu uwagę, że taki zapis nie może się w warunkach przetargu utrzymać, gdyż ma charakter dyskryminujący tj. eliminujący wykonawców z udziału w przetargu. Zatem, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty według ww. warunków zostałaby dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, co mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i co uzasadnia uznanie, że wobec niemożności uzyskania najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający podniósł, że ocena tak ukształtowanych warunków zamówienia, jak w opisanym stanie faktycznym według koncepcji zapisu zamieszczonego w SWZ, stanowi ocenę naruszającą przepis art. 239 Pzp i w zakresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia art. 16 pkt 1 Pzp. Opis sposobu określenia warunków udziału w SWZ w postaci kategorycznego zakazu łączenia funkcji kierowników danych specjalności nie może być zakwalifikowany do poprawienia błędu, skoro obiektywnie wpływa na postępowanie, ograniczając udział w nim wykonawców, którzy mają uprawnienia w wymaganych specjalnościach, ale na skutek wprowadzonego ograniczenia nie mogą wziąć udziału w postępowaniu. Zatem, czynność Zamawiającego polegająca na ocenie ofert na podstawie m.in. stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostałaby dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i na ważność następnie zawartej umowy. Uzasadnia to pogląd, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 4 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 941/05 uznał, że „wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty." Wbrew zarzutom Odwołującego, zaistniałe okoliczności w obowiązującym stanie prawnym, całkowicie uzasadniają podjętą przez Zamawiającego decyzję o unieważnieniu postępowania. To właśnie fakt, iż wskutek zapisów pkt. 6.1.4. SWZ doszło do naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp. co spowodowało wadę z art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, gdyż powodowałoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy, uprawniał Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Zatem zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 16 ustawy jest chybiony. W odwołaniu Odwołujący wskazał na naruszenie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut ten jest błędny gdyż jako przesłankę unieważnienia Zamawiający wskazał art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Jednakże odnosząc się do uzasadnienia odwołania Zamawiający wskazał, iż 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. W ocenie Zamawiającego w postępowaniu zaistniały wszystkie okoliczności wymienione w ww. przepisie.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wyciągu z SWZ z 28 kwietnia 2021 r. dotyczącego części 1, tj. na budowę kanalizacji; informacji z 13 maja 2021 r. o treści złożonych ofert w ww. postępowaniu; informacji z 16 września 2021 r. o treści złożonych ofert w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie,
uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który nie podlega wykluczeniu z postępowania i złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która jest ofertą najkorzystniejsza w rozumieniu przepisów ustawy i SWZ, zaś Zamawiający błędnie uznał, iż postępowanie podlega unieważnieniu. Naruszenia przepisów ustawy wprost wpływają na interes Odwołującego poprzez uniemożliwienie uzyskania i realizacji zamówienia. W przypadku dokonania czynności zgodnie z przepisami umowa o zamówienie publiczne zostałaby zawarta z Odwołującym. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia. W konsekwencji Odwołujący nie osiągnie zakładanego zysku, jego zasoby nie powiększą się, nie zdobędzie dodatkowego doświadczenia oraz zdolności technicznych i zawodowych co może mieć negatywny wpływ na możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne w przyszłości.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do pkt 6.1.4.1 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę dysponowania co najmniej trzema osobami posiadającym uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w niżej przedstawionych specjalnościach:

a) kierownik budowy - jedna osoba, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 19 maja 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, Dz. U. 2019 poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane (patrz Wyjaśnienie poniżej) w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych i sanitarnych - bez ograniczeń.

b) kierownik robót branży elektrycznej - jedna osoba, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 19 maja 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, Dz. U. 2019 poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane (patrz Wyjaśnienie poniżej) w zakresie instalacji elektrycznych - bez ograniczeń.

c) kierownik robót branży drogowej - jedna osoba, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 19 maja 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, Dz. U. 2019 poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane (patrz Wyjaśnienie poniżej) w zakresie dróg - bez ograniczeń.

(■■■)

WYJAŚNIENIE! W przypadku każdych z ww. wymaganych uprawnień, Zamawiający jako „odpowiadające im uprawnienia budowlane" rozumie uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub posiadająca odpowiednie kwalifikacje zawodowe, nabyte w drodze odpowiedniej procedury w odniesieniu do podmiotów będących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, którzy nabyli prawo do wykonywania określonych zawodów regulowanych lub określonych działalności, jeżeli te kwalifikacje zostały uznane na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz.U.

2020 poz. 220). W przypadku gdy osoby przewidziane do pełnienia funkcji Kierownika budowy oraz Kierownika robót branży elektrycznych posiadają uprawnienia wydane przed 1994 r. Wykonawca powinien wykazać, iż zostały one zweryfikowane przez właściwy samorząd zawodowy - „jako uprawnienia bez ograniczeń".

UWAGA! W przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia wspólnie przez dwóch lub więcej Wykonawców warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą łącznie spełnianie ww. warunku.

UWAGA! Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji.

6.2. Zamawiający może, oceniając zdolność techniczną lub zawodową, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia na każdym etapie postępowania (art. 116 ust. 2 ustawy Pzp).

6.3. Sposób wykazania warunków udziału w postępowaniu wskazano w rozdziale 8 SWZ.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający jako uzasadnienie prawne podał: „Zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający podał: „Gmina Wierzchlas („Zamawiający) podjęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Wierzchlas i Przyclapy - etap II w ramach zadania „Rozbudowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej na terenie gminy Wierzchlas oraz zakup wyposażenia służącego tworzeniu inwestycji".

W ppkt. 6.1.4. do specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu wykazując, że m.in. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania co najmniej trzeba osobami posiadającymi uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalnościach: kierownik budowy, kierownik robót branży elektrycznej, kierownik robót branży drogowej. Oprócz dodatkowych opisów dotyczących tego punktu, Zamawiający zawarł zapis o treści: „Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji".

Postępowanie zostało przeprowadzone i zakończyło się otwarciem ofert. Po tym, Urząd

Marszałkowski Województwa Łódzkiego - Instytucja Wdrażająca PROW 2014-2020, zwrócił Zamawiającemu uwagę, że taki zapis nie może się w warunkach przetargu utrzymać, gdyż ma charakter dyskryminujący tj. eliminujący wykonawców z udziału w przetargu.

Ocena tak ukształtowanych warunków zamówienia, jak w opisanym stanie faktycznym według koncepcji zapisu zamieszczonego w SWZ, stanowi ocenę naruszającą przepis art. 239 Pzp i, w zakresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, art. 16 pkt 1 Pzp. Opis sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu na podstawie wskazanego w SWZ w postaci kategorycznego zakazu łączenia funkcji kierowników danych specjalności nie może być zakwalifikowany do poprawienia błędu, skoro obiektywnie wpływa na postępowanie, ograniczając udział w nim wykonawców, którzy mają uprawnienia wymaganych specjalności, ale na skutek wprowadzonego ograniczenia nie mogą wziąć udziału w postępowaniu. Zatem, czynność zamawiającego polegająca na ocenie ofert na podstawie m.in. stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostałaby dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i na ważność następnie zawartej umowy. Uzasadnia to pogląd, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 4 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 941/05 uznał, że „wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty." Przykładem prawidłowego zastosowania przesłanki z art. 255 pkt 6 Pzp będzie unieważnienie postępowania z uwagi na posłużenie się w specyfikacji warunkami podmiotowymi naruszającymi zasadę równego traktowania wykonawców. W takiej sytuacji po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmodyfikować specyfikacji i

równocześnie nie może kontynuować procedury naruszającej podstawowe zasady prowadzenia postępowania (Kardas Bartłomiej, Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w nowym PZP, Komentarz praktyczny, opublikowano: LEX/el. 2020).

Różnice w treści złożonych ofert wskazują, że stawiane wykonawcy wymaganie w zakresie warunku dysponowania osobami pełniącymi kilka funkcji kierowników danych specjalności wymienionych w 6.1.4.1 SWZ było zbyt radykalne i realnie, a nie tylko potencjalnie, mogło od początku wyeliminować część wykonawców, a na obecnym etapie zmiana zapisu w SWZ nie jest już możliwa.

Istniejący w SWZ zapis o zakazie łączenia funkcji skutkuje brakiem możliwości dokonania oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp i podpisaniem ważnej umowy, gdyż w zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej zostałby dokonany w oparciu o istniejący zapis niespełniający kryterium obiektywnego postępowania i nieuwzględniający zasady równego traktowania wykonawców.

Powyższa wada na tym etapie prowadzonego postępowania jest niemożliwa do usunięcia. Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SWZ po terminie otwarcia ofert. W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2016 r. sygn. akt II GSK 2382/15 Sąd stwierdził, że „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest najważniejszym elementem całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, na podstawie którego wykonawcy podejmują decyzję o uczestnictwie w danym postępowaniu. Błędy w opisie przedmiotu zamówienia, czy wszystkie inne zapisy w jakikolwiek sposób utrudniające wykonawcom uczestnictwo w postępowaniu winny stanowić okoliczności uzasadniające skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości, jaką daje przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp [wg starej ustawy Pzp]. Dokonywanie jednakże modyfikacji SWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty, po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne i niewątpliwie wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Możliwość zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp będzie miała miejsce tylko w momencie spełnienia wszystkich wymienionych przesłanek łącznie. Przedmiotowa zmiana winna nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie mając charakter realny, a nie potencjalny. Elementem koniecznym jest również istotność zmiany oraz jej nieprzewidywalny charakter. Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przykładem może być sytuacja opisana w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

Wniosek końcowy.

Mając na uwadze, że zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp koniecznym jest unieważnienie postępowania.

Wada postępowania w postaci spornego zapisu jest nieusuwalna i może rzutować na wynik postępowania oraz zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania.”

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty w nim przedstawione.

Stosownie do art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2)

przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 260 ust. 1 Pzp stanowi: O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (...) - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Powyższe wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli wystąpią łącznie podane w nim okoliczności, tj.

- postępowanie obarczone jest wadą,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia,
- wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis ten powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy, a w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniemlublub
albo jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w

4) z naruszeniemlubudzielił
zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniemlubudzielił zamówienia objętego
dynamicznym systemem zakupów.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie jest sporne, że po otwarciu ofert nie jest możliwe dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego treści SWZ. Spór dotyczy pozostałych ww. elementów przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził z tego skutki prawne, ani w informacji o unieważnieniu postępowania, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie, nie wykazał, że postępowanie, z uwagi na podany warunek udziału w postępowaniu, obarczone jest wadą, która stosownie do przepisów ustawy Pzp, powoduje brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a w konsekwencji skutkuje unieważnieniem postępowania.

Z treści zawiadomienia oraz stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, że wada polega na tym, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami: kierownikiem budowy, kierownikiem robót branży elektrycznej i kierownikiem robót branży drogowej wyłączył łączenie funkcji.

Zauważenia wymaga, że Zamawiający jasno określił, że wymaga dysponowania co najmniej trzema osobami posiadającym uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w przedstawionych specjalnościach i jednocześnie zakazuje łączenia funkcji. Oznacza to, że Zamawiający przygotowując postępowanie stał na stanowisku, że dla jego wykonania konieczne jest, aby każda z osób w trakcie realizacji zamówienia wykonywała przypisaną jej funkcję, niezależnie od posiadanych dodatkowych uprawnień. Nie zostało wykazane, aby taka ocena Zamawiającego była obarczona wadą, tym bardziej taką wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Po pierwsze wskazania wymaga, że jak wyżej wskazano, warunek jest jasno i spójnie postawiony. Po drugie, nie zostało wykazane, aby postawiony warunek ograniczał konkurencję czy wskazywał na nierówne traktowanie wykonawców. Nie jest sporne, że w postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, a żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania z uwagi na brak spełnienia tego warunku. Z ww. dowodów przedłożonych przez Odwołującego wynika, że warunki udziału w postępowaniu są możliwe do spełnienia przez 8 lokalnych podmiotów, co pokazuje, że brak konkurencyjności w postępowaniu nie został wykazany przez Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, że gdyby warunek został sformułowany w sposób pozwalający na łączenie ww. funkcji, to zostałaby złożona większa liczba ofert. Jak natomiast słusznie zauważył Odwołujący, zawsze warunki udziału w postępowaniu ograniczają konkurencję do podmiotów, które są w stanie należycie wykonać zamówienie. Nadto, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, nie ma możliwości, aby któryś z lokalnych przedsiębiorców nie spełniał tego warunku.

Po trzecie, nie zostało wykazane, aby warunek był nieproporcjonalny w rozumieniu przepisu art. 16 Pzp. Zamawiający nie wykazał, że jest on nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, że wykonawcy zainteresowani udziałem w przetargu kwestionowali ten warunek, wskazując np., że jest nadmierny, że wnosili o dokonanie jego zmiany. Oznacza to, że zważywszy na opis przedmiotu zamówienia, w tym zakres wymaganych do wykonania prac, jak też okres ich realizacji w ocenie wykonawców, wymóg dysponowania 3 osobami, tj. kierownikiem budowy, kierownikiem robót branży elektrycznej oraz kierownikiem robót branży drogowej był według nich uzasadniony i związany z celem postępowania.

Nie zostało także wykazane, aby warunek ten, wpłynął na nieuzasadnione opisem przedmiotu zamówienia podwyższenie cen złożonych w postępowaniu ofert. Przedstawiona w tym zakresie przez Zamawiającego na rozprawie argumentacja, że złożony w obecnym postępowaniu przez Odwołującego wykaz osób wskazuje, że dwie z tych osób będą zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej, co oznacza, zdaniem Zamawiającego, że będą zatrudnione na potrzeby tego postępowania, nie może być uznana za przekonującą do takiego stanowiska. Wynika to m.in. z tego, iż Zamawiający nie wykazał, że zatrudnienie dwóch osób na umowy cywilnoprawne oznacza, że w sposób istotny wpływa to na

podwyższenie ceny oferty Odwołującego, oraz, że przy zatrudnieniu np. jednej takiej osoby, która łączyłaby wszystkie ww. funkcje, jej wynagrodzenie byłoby niższe.

Zamawiający w swoich pismach w sposób ogólnikowy wskazuje na zakwestionowanie tego warunku przez jednostkę finansującą inwestycję, nie wykazując przy tym, że ta jednostka wykazała istnienie wady postępowania i wypełnienie przesłanek dla unieważnienia postępowania. Jak natomiast stwierdził Odwołujący, obecnie postawione warunki udziału w postępowaniu dotyczące osób są warunkami standardowymi w przypadku postępowań tego rodzaju, bowiem jedna osoba, która by łączyła wszystkie ww. funkcje wskazane w warunku, nie dawałaby rękojmi należytego wykonania zamówienia. Nadto taka sytuacja nie jest spotykana w analogicznych przetargach.

Nie zostało również wykazane, aby za sprawą spornego warunku udziału w postępowaniu, a ściślej wprowadzonego zakazu łączenia funkcji (jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, nie chodzi o skład minimalny, tj. minimalną liczbę osób, lecz o zakaz łączenia funkcji), naruszony został wskazany przez Zamawiającego przepis art. 239 Pzp

Przepis ten stanowi: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zamawiający wywodzi w tym zakresie, że opis sposobu określenia warunków udziału w SWZ w postaci kategorycznego zakazu łączenia funkcji kierowników danych specjalności, nie może być zakwalifikowany do poprawienia błędu, skoro obiektywnie wpływa na postępowanie, ograniczając udział w nim wykonawców, którzy mają uprawnienia w wymaganych specjalnościach, ale na skutek wprowadzonego ograniczenia nie mogą wziąć udziału w postępowaniu. Zatem, czynność Zamawiającego polegająca na ocenie ofert na podstawie m.in. stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostałaby dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i na ważność następnie zawartej umowy. Zdaniem Zamawiającego uzasadnia to pogląd, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, że w postępowaniu mogli nie wziąć udziału wykonawcy, którzy nie dysponują trzema osobami, a dysponują np. jedną, która łączy te funkcje. W konsekwencji, jak wskazał na rozprawie, umowa podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, a stosownie do art. 459 Pzp Prezes Urzędu mógłby wystąpić o jej unieważnienie, bowiem wystąpiła wada postępowania, polegająca na wprowadzeniu zakazu łączenia stanowisk.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w szczególności zauważenia wymaga, że jak wyżej wskazano, nie zostało wykazane, aby wprowadzając zakaz łączenia funkcji, Zamawiający naruszył przepisy Pzp, ponadto nie zostało podniesione i wykazane, aby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innych kryteriów, niż określone w dokumentach zamówienia.

Wskazania również wymaga, że Zamawiający błędnie interpretuje przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający bowiem uważa, że przepis ten zawiera dwie odrębne przesłanki. Pierwsza to naruszenie przepisów ustawy, a druga to brak zamieszczenia ogłoszenia. Zdaniem Zamawiającego, gdyby przyjąć inną interpretację, to doprowadziłoby to do sytuacji, że nawet w sytuacji, gdyby doszło do naruszenia ustawy, a Zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu, nie byłoby żadnej sankcji w postaci unieważnienia umowy czy też unieważnienia postępowania.

Nie można zgodzić się z takim rozumieniem ww. przepisu. Z przepisu wynika bowiem wprost, że unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. Wbrew zatem stanowisku Zamawiającego nie występują w nim dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy.

Wbrew stanowisku Zamawiającego udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy należy zatem odnosić do braku ww. ogłoszeń. Przemawia za tym także przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym nie podlega unieważnieniu umowa zawarta w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, jeżeli zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z przepisami Pzp, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, co należy odnosić np. do ogłoszenia właściwego dla trybu zamówienia z wolnej ręki.

W związku z tym samo ewentualne naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które nie może być zakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w ww. przepisie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy, czy to ze strony Prezesa UZP, co wynika z art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy ze strony wykonawcy, co wynika z art. 460 Pzp.

Podsumowując należy stwierdzić, że w sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp. Tym samym unieważnienie postępowania przez Zamawiającego należy uznać za pozbawione podstaw prawnych. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może bowiem nastąpić jedynie w okolicznościach przewidzianych w ustawie Pzp, a takie okoliczności w analizowanej sprawie nie zostały wykazane. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku ku temu przesłanek, co narusza zasady określone w tym przepisie i wypacza wynik postępowania.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 Pzp. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania nie odpowiada wymogom Pzp. Nie zawiera ono bowiem wykazania spełnienia przesłanek unieważnienia postępowania, jak też nie zawiera należytego uzasadnienia dotyczącego okoliczności faktycznych, które miałyby uzasadniać taką czynność. Zgodnie z przepisami Pzp i stanowiskiem orzecznictwa wykonawcy nie mogą być stawiani w sytuacji, że mają się domyślać przyczyn, dla których Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno przedstawione w informacji o unieważnieniu postepowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....