sygn. akt: **KIO 1903/23**

WYROK

z dnia 17 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę

POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A, ul. Podmiejska 2; 78-500 Drawsko Pomorskie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A., ul. Podmiejska 2; 78-500 Drawsko Pomorskie,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51; 61-623 Poznań** na rzecz wykonawcy **POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A., ul. Podmiejska 2; 78-500 Drawsko Pomorskie** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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 1903/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Remont nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku Zbietka – Mieścisko – II i III etap”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 18 maja 2023 r., pod nr 2023/BZP 00222731/01.

Dnia 26 czerwca 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 3 lipca 2023 roku, wykonawca POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A. (dalej*„Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp poprzez uznanie,
że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo, że brak jest uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego dokonania czynności unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym odwołujący, na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wniósł o:

1.merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem, a także o:

3.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji winno prowadzić do kontynuacji procesu badania i oceny ofert
w aktualnie prowadzonym postępowaniu z możliwością uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert złożonych
w postępowaniu została uplasowana na pozycji drugiej po ofercie Transbruk M.B. SKA, ul. Polna 1B; 62-330 Nekla. W trakcie postępowania zamawiający czynnością z dnia 16.06.2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej uznając za taką ofertę Transbruk. Przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec powyższej czynności zamawiający po uzyskaniu od odwołującego zastrzeżeń odnośnie czynności wyboru dokonał unieważnienia rozstrzygnięcia (20.06.2023

r.) uznając, że powziął wiadomość o okolicznościach mających wpływ na prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym konieczne jest dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w powyższym postępowaniu. Przyczyną unieważnienia wyboru Transbruk było potwierdzenie przez zamawiającego zastrzeżeń odwołującego wobec Kierownika budowy wskazanego w ofercie tego wykonawcy. Zamawiający określił warunek udziału dotyczący Kierownika budowy jako wymagane uprawnienia bez ograniczeń oraz wskazane w SWZ doświadczenie zawodowe. Dodatkowo doświadczenie zawodowe wskazanego w ofercie Kierownika było podstawą punktacji
w kryterium oceny ofert o wadze 20%. Kierownik budowy wskazany w ofercie Transbruk posiada uprawnienia ograniczone, co wykluczało dodatkową punktację. Odwołujący
w złożonej ofercie wskazał Kierownika budowy z uprawnieniami bez ograniczeń
i doświadczeniem zawodowym pozwalającym na uzyskanie maksymalnej punktacji
w kryterium oceny ofert. Wobec faktu, że Kierownik budowy w ofercie Transbruk nie może uzyskać punktacji w kryterium, a jednocześnie nie spełnia warunku granicznego, to oferta odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert i treścią oferty znajduje się aktualnie na pierwszej pozycji rankingu ofert i po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania to on ma możliwość uzyskania zamówienia w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania
i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania ma bezpośredni wpływ na jego wynik, a w konsekwencji możliwość uzyskania i realizacji zamówienia przez odwołującego.
W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Uzasadniając wniesione odwołanie, odwołujący wskazał, co następuje.

Jak wynika z Projektu wykonawczego, a nawet tytułu postępowania przedmiot zamówienia opisany w SWZ dotyczy drogi wojewódzkiej o klasie drogi G, która nie jest drogą lokalną a tym bardziej dojazdową. Droga wojewódzka o klasie drogi G to kategoria, dla której wymagane jest posiadanie przez kierownika uprawnień budowlanych w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń. Oznacza to, że warunek udziału dotyczący konieczności posiadania uprawnień budowlanych w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń w związku
z przedmiotem zamówienia jest ściśle z nim związany, proporcjonalny, adekwatny a nawet konieczny.

Zgodnie z SWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

7.WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I SPOSÓB DOKONYWANIA OCENY ICH SPEŁNIANIA

7.1O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu

7.2Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 4) zdolności technicznej lub zawodowej:

b) Wykonawca musi wykazać osobę, która zostanie skierowana do realizacji zamówienia posiadająca kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanej przez nią czynności oraz Wykonawca musi wykazać, że będzie dysponował osobą podając podstawę dysponowania tą osobą:

W postępowaniu ten sam kandydat na stanowisko Kierownika budowy i jego doświadczenie zawodowe stanowił podstawę punktacji w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie kierownika budowy".

Zamawiający po otrzymaniu od odwołującego informacji w przedmiocie ograniczonych uprawnień Kierownika budowy Transbruk, czynnością z dnia 16.06.br. uznał, że w kontekście powyższych okoliczności wybór tej oferty jest wadliwy i konieczne będzie dokonanie
w postępowaniu ponowienia badania i oceny ofert.

Jednak zamiast dokonać zgodnie z SWZ i ofertami jakie zostały złożone w postępowaniu dalszych czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej czynnością z dnia 20.06.br. powołując się na art. 255 pkt 6) Ustawy Pzp dokonał jego unieważnienia stwierdzając, że „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Jak wynika z powołanych powyżej regulacji prawnych uwzględniając przedmiot zamówienia warunek udziału był w pełni zasadny i ściśle związany oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji wykluczone jest, aby można w uzasadniony sposób twierdzić,
że uprawnienia bez ograniczeń byłyby nadmiarowe czy też nieproporcjonalne. Warunek nieproporcjonalny zgodnie z orzecznictwem KIO to warunek, który: *„Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia*" - KIO 455/23 z dnia 7 marca 2023 r., *„Nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia*

w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijającą konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu" - KIO 882/22 z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Skoro zatem przedmiot zamówienia w postaci remontu drogi wojewódzkiej o klasie drogi G skorelowany jest z koniecznymi dla kierowania robotami uprawnieniami kierownika budowy bez ograniczeń to wykluczone jest, aby powyższe miało stanowić jakąkolwiek wadliwość
w zakresie warunku udziału. Co więcej wskazać należy, że także żaden z uczestników postępowania na etapie poprzedzającym złożenie ofert nie kwestionował ani też nie wnosił
o jego modyfikację czy też wyjaśnienia. Także odwołujący wobec racjonalnego i koniecznego brzmienia warunku wskazał w złożonej ofercie kandydata na stanowisko Kierownika budowy z uprawnieniami bez ograniczeń. Dodatkowo wskazać należy, że wobec powszechności posiadanych uprawnień zawodowych bez ograniczeń w specjalności drogowej nie może być mowy o ograniczeniu konkurencyjności w postępowaniu.

Znamienne w sprawie jest również, że zamawiający do etapu wyboru oferty Transbruk nie dopatrywał się w treści warunku żadnej wady, a dopiero w sytuacji, gdy okazało się,
że wybrany wykonawca faktycznie wskazał kandydata z uprawnieniami ograniczonymi, zamawiający stwierdził, że postępowanie ma być obarczone nieusuwalną wadą.

W ocenie odwołującego okoliczności sprawy wskazują w istocie na całkowicie pozorny charakter rzekomej wadliwości i dążenie do unieważnienia postępowania, pomimo
że obiektywnie żadna wadliwość postępowania, w dodatku skutkująca zawarciem unieważnialnej umowy o zamówienie publiczne nie występuje. Ponadto jak wskazują dane dostępne na stronie internetowej zamawiającego a dotyczące prowadzonych przez zamawiającego postępowań na wykonanie tożsamych rodzajowo robót warunki dotyczące kierowników budowy z uprawnieniami bez ograniczeń to wymaganie standardowe - gdyby zatem podzielić argumentację zamawiającego zawartą w uzasadnieniu unieważnienia wszystkie niżej wymienione postępowania, a w konsekwencji umowy o zamówienie publiczne były obarczone wadą unieważnialności, na jaką aktualnie powołuje się zamawiający:

Postępowania z najwcześniejszym terminem składania ofert na dzień 21.04.2023 r.

-Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 449 w m. Mączniki – bez ograniczeń

-Wzmocnienie drogi wojewódzkiej nr 189 Jastrowie – Więcbork, odcinek Kujan do granicy gminy Zakrzewo – bez ograniczeń

-Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 160 w ciągu ul. Marszałka Piłsudskiego
i ul. Poznańskiej w m. Międzychód – bez ograniczeń

Postępowania po terminie składania ofert:

-Wzmocnienie drogi wojewódzkiej nr 182 odcinek Piotrowo – Klempicz – bez ograniczeń

-Wzmocnienie drogi wojewódzkiej nr 181 odc. Drawski Młyn- Wieleń – bez ograniczeń

-Remont drogi wojewódzkiej nr 196 (ul. Gdyńska) w Czerwonaku na odcinku od skrzyżowania z ul. Kościelną do skrzyżowania z ul. Krętą wraz z poprawą bezpieczeństwa ruchu drogowego – bez ograniczeń – wybór oferty COLAS

-Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 197- budowa chodnika w m. Komorowo – etap I - bez ograniczeń – wybór oferty KONSORCJUM Firma Usł.-Handl. „A." Gniezno, Firma Bud.Remont.-Drog. D. Białobrzycki Gniezno

-Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 303 odc. Nieborza – Siedlec – budowa ścieżki rowerowej – bez ograniczeń – wybór oferty CAŁUS Sp. z o. o. Sp.k.

-Wzmocnienie nawierzchni na drodze wojewódzkiej nr 182 w m. Kaczlin – bez ograniczeń – wybór oferty – Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Szamotuły

-Budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową na ul. Powstańców Wlkp. w Orchowie w ciągu drogi wojewódzkiej nr 262 Kwieciszewo – Szyszłowo – etap I – bez ograniczeń – wybór oferty A.K. Ad-Bud

-Przebudowa skrzyżowania ulic Gnieźnieńskiej i Armii Poznań (DW 260)w m. Witkowo – bez ograniczeń – Kost-bud

-Remont drogi wojewódzkiej nr 184 w m. Szczepankowo – bez ograniczeń – wybór oferty Przedsiębiorstwo Robot Drogowo Mostowych Szamotuły – umowa podpisana 14.06.2023

-Remont drogi wojewódzkiej nr 434 odcinek Kleszczewo – Szczodrzykowo – bez ograniczeń – wybór oferty COLAS

-Remont drogi wojewódzkiej nr 436 wraz z budową chodnika w m. Chrząstowo – bez ograniczeń – wybór oferty COLAS – umowa podpisana 09.06.2023 r.

-Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 470 Kościelec – Kalisz na odcinku od m. Morawin do m. Podzborów – bez ograniczeń – wybór oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Kalisz

-Wzmocnienie nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 305 na odcinku Wroniawy – Solec – bez ograniczeń – wybór oferty COLAS (*Pytanie 31: Dotyczy SWZ Tom I Rozdział 1 punkt 18.1 – kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, kryterium doświadczenia kierownika budowy. Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o rozszerzenie kryterium*

Doświadczenia Kierownika Budowy w sposób umożliwiający wskazanie osoby posiadającej doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. Jednocześnie chcielibyśmy podkreślić, że proponowana zmiana w żaden sposób nie obniży wymagań Zamawiającego, pozwoli natomiast na uczciwą konkurencję i zwiększy grono Wykonawców mogących w należyty sposób wykonać przedmiotowe zamówienie. Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody)

-Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 443 w m. Lubinia Mała – etap I – bez ograniczeń – wybór oferty DROBUD, umowa 16.05.2023

-Remont drogi wojewódzkiej nr 311 odcinek Rosnówko - Szreniawa wraz z urządzeniami poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego – bez ograniczeń – wybór oferty COLAS – umowa podpisana 17.05.2023

Łącznie, na 18 powyższych postępowań, wszystkie zawierają informacje o wymaganych uprawnieniach kierownika budowy w zakresie bez ograniczeń. Żadne z postępowań nie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6) Ustawy Pzp. Co więcej jak wynika z opisu zamówienia aktualne postępowanie dotyczy Remontu nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku Zbietka – Mieścisko – II i III etap. Jak wynika z dokumentacji postępowania na I etap tej samej inwestycji: Remont nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku Zbietka – Mieścisko – etap I (…) zamawiający określił, w analogiczny jak aktualnie sposób, warunek dotyczący kierownika budowy. Trudno zatem mówić, że wadliwość i nadmiarowy charakter warunku miałby dotyczyć wyłącznie kolejnych dwóch etapów tej samej inwestycji.

Przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 255 Pzp nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyr. KIO: z 11 kwietnia 2017 r., KIO 593/17, Legalis; z 12 lutego 2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, Legalis).

Unieważnienie postępowania, zdaniem odwołującego, jest bowiem decyzją znoszącą to postępowania od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 431/08, analogicznie KIO 3078/20, wyrok z dnia 14 grudnia 2020 r.).

Wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym – tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 176/09), z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 248/08) oraz z dnia 11 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/08).

Potwierdza powyższe także aktualne orzecznictwo Izby - KIO 725/22 wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r. wskazując, że katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, a przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Odwołujący wskazuje, że w świetle przesłanki unieważnienia z art. 255 pkt 6 Pzp, pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, kryje się takie uchybienie przepisom Prawa zamówień publicznych, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, a ew. zawarcia umowy doprowadziłoby do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu.

Do zastosowania 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia łącznie wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności:

1)musi wystąpić wada postępowania,

2)wada musi być niemożliwa do usunięcia,

3)niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,

4)zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 457 Pzp – przepis zawiera bowiem zamknięty katalog przesłanek unieważnialności umowy o zamówienie publiczne.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy żadna z powołanych okoliczności skutkujących unieważnialnością umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu nie wystąpiła. Tak więc w konsekwencji nie może być podstaw prawnych do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp. Skoro tak, a katalog podstaw unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, zaś przesłanka, na którą powołuje się zamawiający tj. art. 255 pkt 6 Pzp referuje do także zamkniętego katalogu podstaw unieważnialności umowy z art. 457 ust 1 Pzp, to brak jest podstaw prawnych unieważnienia postępowania.

Powyższa kwestia była już przedmiotem orzecznictwa KIO na tle aktualnego brzmienia przepisów ustawy Pzp, jak wskazuje Izba przykładowo w orzeczeniach (zamawiający usiłowali powoływać się na rozszerzające rozumienie przesłanki unieważnialności umowy z art. 457 ust 1 pkt 1 Pzp, ew art. 705 KC: KIO 3204/21 z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 1441/22 z dnia 17 czerwca 2022 r., KIO 3659/21 z dnia 30 grudnia 2021 r.).

Żaden z istniejących komentarzy do PZP nie popiera takiego rozumienia ww. przepisu,

w szczególności:

1)J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak,

J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457;

2)E. Wiktorowska (w:) A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457;

3)P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;

4)(red.) M.J., D.G., J.J., A.M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;

5)(red.) H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021;

6)(red.) W. Jarzyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021.

Ponadto odwołujący powołał się we wskazanym zakresie (sposobie rozumienia przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, na aktualne orzecznictwo Izby (KIO 882/23 z dnia 17 kwietnia 2023 r., KIO 3049/22 z dnia 6 grudnia 2022 r., KIO 1441/22 z dnia 17 czerwca 2022 r.).

Tak również orzeczenie Sądu Zamówień Publicznych XXIII Zs 39/22 – Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 czerwca 2022 r.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby twierdzić, iż przesłanka z art. 255 pkt 6 Pzp, pozwala na unieważnienie postępowania w związku z art. 457 ust 1 Pzp, to w przedmiotowej sprawie nie występuje jakakolwiek wada skutkująca zawarciem w wyniku postępowania unieważnialnej umowy o zamówienie publiczne. Skoro dla przedmiotu zamówienia - remontu nawierzchni drogi wojewódzkiej o klasie drogi G konieczne jest posiadanie przez kierownika budowy uprawnień bez ograniczeń a SWZ postępowania prawidłowo wskazała na taki wymóg to brak jest z tego tytułu podstaw do unieważnienia postępowania. Okoliczności związane z innymi postępowaniami prowadzonymi przez zamawiającego potwierdzają, że warunek uprawnień bez ograniczeń nie stanowi podstawy unieważnienia prowadzonego postępowania i był prawidłowy i nie ograniczający konkurencji w postępowaniu. Gdyby faktycznie we wszystkich pozostałych postępowaniach występowała analogiczna wada to poddawać należałoby
w wątpliwość ważność wszystkich powołanych powyżej umów zawartych przez zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący powołał się wyroki: KIO 882/23 z dnia 17 kwietnia 2023 r., KIO 3472/22 z dnia 11 stycznia 2023 r., KIO 3204/21 z dnia 18 listopada 2021 r.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż istota problemu w niniejszej sprawie sprowadza się do niezrozumienia przez odwołującego na czym polega nieproporcjonalne określenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień kierownika budowy, a w konsekwencji niezrozumienie podstaw unieważnienia przez zamawiającego postępowania.

Zamawiający w SWZ warunkował udziału w postępowaniu dysponowaniem przez wykonawcę osobą z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowalnymi bez ograniczeń (dowód: SWZ pkt 7.2 ppkt 4b).

W dniu 19 czerwca 2023 r. zamawiający został poinformowany przez odwołującego
o okolicznościach mających wpływ na prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym zamawiający uznał za konieczne dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę – TRANSBRUK M.B. sp.k-a do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału
w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego przesłane 15 czerwca 2023 r. uprawnienia budowlane pana (…) zawierają zakres do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynieryjnej w zakresie budowy dróg. Zamawiający
w pkt. 7.2.4 b) Instrukcji dla Wykonawców wymagał uprawnień budowlanych do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń. Uprawnienia pana (…) tego warunku nie spełniają (dowód: pismo odwołującego z 19 czerwca 2023 r., pismo zamawiającego z 20 czerwca 2023 r.).

Wykonawca – TRANSBRUK M.B. sp. k-a pismem z 22 czerwca 2023 r. złożył wyjaśnienia w zakresie uprawnień kierownika budowy p. (…) oraz załączył stanowisko Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej przy Polskiej Izbie Inżynierów z 7 sierpnia 2017 r. Z obu dokumentów wynikało, iż p. (…) w zakresie posiadanych uprawnień „z ograniczeniami" może pełnić funkcję kierownika robót na zadaniu objętym niniejszym postępowaniem (dowód: pismo wykonawcy – TRANSBRUK M.B. sp.k-a z 22 czerwca 2023 r.).

W tej sytuacji zamawiający uznał, iż postawił warunki w przedmiotowym postępowaniu
w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych uprawnień kierownika budowy. Przedmiot zamówienia - remont nawierzchni drogi wojewódzkiej - jest robotą budowlaną drogową o powszechnie stosowanych rozwiązaniach technicznych. Z tego względu wystarczające do właściwego kierowania robotami budowlanymi byłyby uprawnienia kierownika budowy z ograniczeniem do kierowania robotami drogowymi. Mając powyższe na uwadze zamawiający 26 czerwca 2023 r. unieważnił w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, postępowanie przetargowe (dowód: pismo zamawiającego z 26 czerwca 2023 r.).

Jak wynika z powyższych faktów, do właściwego kierowania robotami drogowymi przy remoncie nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku Zbietka - Mieścisko - II i III etap, wystarczające byłyby uprawnienia kierownika budowy z ograniczeniami do kierowania robotami drogowymi. Zatem zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu dysponowaniem przez wykonawcę osobą z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowalnymi bez ograniczeń, określił go w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wobec tego zamawiający jest zobowiązany do działania, zgodnie z przepisami PZP. Utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na uprawnienie, a nawet na obowiązek zamawiającego do korygowania własnych błędów. Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z 22 lipca 2015 r., stwierdziła, że „*do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności*" (sygn. akt KIO 1462/15). Zamawiający może więc unieważnić każdą czynność dokonaną z naruszeniem prawa,
tj. unieważnić wybór oferty, odrzucenie oferty, unieważnić czynność unieważnienia postępowania. Zamawiający, który dostrzegł swój błąd, lub został o nim poinformowany przez uczestnika postępowania, powinien błąd ten skorygować, unieważnić czynność podjętą
z naruszeniem prawa, zmienić nieprawidłowo podjętą decyzję. W tym postępowaniu błąd został dostrzeżony przez odwołującego, co skutkowało cofnięciem przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający ponownie przeanalizował dokumenty postępowania i doszedł do wniosku (popartego orzecznictwem KIO),
iż postępowania od samego początku (tj. od wszczęcia postępowania obarczone było wadą). Nikt z potencjalnych wykonawców na etapie od wszczęcia do zbierania ofert nie poinformował w pytaniach o wadzie postępowania, która ograniczała konkurencję. W przedmiotowym postępowaniu warunek w zakresie wymaganych uprawnień kierownika budowy został opisany nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. W pkt 7.2 ppkt 4b) Zamawiający warunkował udział w postępowaniu dysponowaniem osoby z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń. Przedmiot zamówienia Remont nawierzchni drogi wojewódzkiej jest robotą budowlaną drogową o powszechnie stosowanych rozwiązaniach technicznych. Z tego względu wystarczające do właściwego kierowania robotami budowlanymi byłyby uprawnienia kierownika budowy z ograniczeniem do kierowania robotami drogowymi. Potwierdza to opinia Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, która wskazuje wprost, iż zdaniem Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej pojęcie „*o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych w specjalności konstrukcyjno–inżynieryjnej*
w zakresie dróg, może być rozumiana, jako dla kierownika budowy przy remontach dróg wszystkich kategorii".

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności. Jej realizacja sprowadza się do konieczności dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań
i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Przez pryzmat proporcjonalności do przedmiotu zamówienia powinny być konstruowane przez zamawiającego warunki udziału
w postępowaniu. „*Proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanawiania wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga bowiem wyważenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego i umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Niemniej jednak ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, które są zainteresowane wzięciem udziału w tym postępowaniu i realizacją konkretnie tego zamówienia*" (KIO 2173/21).

Zamawiający jest obowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Kluczowe znaczenie dla wyznaczonych warunków ma proporcjonalność do przedmiotu zamówienia i możliwość oceny zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji zamówienia. Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu należy przy tym do instytucji zamawiającej. Jeżeli jednak zamawiający zdecyduje się na ustanowienie przedmiotowych warunków, ponosi pełną odpowiedzialność za ich ukształtowanie. Muszą być one sformułowane w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się ich spełnieniem, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to

jednak, że wskazane warunki muszą umożliwiać złożenie oferty każdemu wykonawcy. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania (KIO 1027/22).

W wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r., KIO 2180/16 Krajowa Izba Odwoławcza odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. "*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*". Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19.04.2022 r., sygn. akt KIO 882/22, "*w ocenie Izby, co do zasady, każdy warunek podmiotowy prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia udziału w postępowaniu. Niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne*
w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców
i proporcjonalności warunku do jego celu - co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. O ustanowieniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy. Zaś nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijającą konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia
a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu". W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15.02.2022 r., sygn. akt KIO 261/22, wskazano, że "*Z przywołanych przepisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie*". Ponadto, w wyroku z 16.06.2021 r., sygn. akt KIO 1163/21, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że "*Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością*
o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji" (KIO 356/21 z 4 marca 2021 r.).

Zgodnie z orzecznictwem TSUE proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego dbającego o należyte wykonanie zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani
z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. Z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 r. wynika, że „*podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 (starej) PZP, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 (starej) PZP, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu*

zamówienia. Przy czym powyższe warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Nakaz opisania warunku w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia należy interpretować jako opisanie warunku na poziomie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Nie jest dozwolone takie sformułowanie warunku, które zawiera wymaganie, które nie są konieczne do należytej realizacji zamówienia (…)".

Mając powyższe na uwadze należy uznać warunek ustanowiony przez zamawiającego w pkt 7.2. ppkt 4b SWZ, wymagający dysponowania osobą z uprawnieniami do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń jako warunek nieproporcjonalny. W sytuacji, kiedy do pełnienia funkcji kierownika robót przy zadaniu polegającym na remoncie drogi wojewódzkiej, wystarczą uprawienia kierownika budowy z ograniczeniem do kierowania robotami drogowymi. Tym samym warunek określony przez zamawiającego został ustalony z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp. Przesłanki obligatoryjnego unieważnienia postepowania, w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. A stwierdzone nieprawidłowości rzutują bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego.

Artykuł 457 ustawy Pzp, zawiera podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek. Wyjątkowy charakter unieważnienia umowy wyklucza wykładnię rozszerzającą powyższego unormowania, a zwłaszcza obejmowanie nim sytuacji niewymienionych w ustawie. Zgodnie z tym przepisem umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Okoliczności wyróżnionych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują na ich odniesienie do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (jawności, przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności).Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia. Bez wątpienia ustalenie warunku działu w postępowania w sposób nieproporcjonalny, ograniczający krąg potencjonalnych wykonawców stanowi naruszenie podstawowych zasad obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych. Co w konsekwencji czyni niemożliwym zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący próbując uzasadnić pozorność, błędnie wskazuje na postępowania zamawiającego na tożsame rodzaje robót, gdzie jego zdaniem warunek jest określony analogicznie, jak w niniejszym postępowaniu. Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić.

W niniejszym postępowaniu zamawiający określił warunek udziału następująco: „*Uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń oraz pełnił obowiązki kierownika budowy przy realizacji minimum dwóch robót budowlanych związanych z remontem (z wyłączeniem remontów cząstkowych) nawierzchni poprzez ułożenie nowych warstw konstrukcji nawierzchni jezdni wraz z odnowieniem oznakowania poziomego, każde o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto*".

Natomiast w postępowaniach przywołanych w odwołaniu warunek jest określony w następujący sposób: „*Uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi lub uprawnienia konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń oraz zrealizował co najmniej 3 zadania na stanowisku kierownika budowy/robót przy realizacji zadania związanego z wykorzystaniem technologii MCE oraz układaniem warstw 7 bitumicznych doprowadzone do odbioru i rozliczenia końcowego robót o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 PLN brutto każde*" (dowód: warunki dot. uprawnień i doświadczenia kierownika budowy/robót w postępowaniach WZDW w Poznaniu XII 2022 r. do VI.2023 r.).

Jak widać z porównania, w pierwszym przypadku zamawiający wymagał, aby osoba skierowana do wykonania zamówienia posiadała uprawnienia kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń. Natomiast w drugim przypadku z uwagi na użycie w zdaniu łącznika (spójnika logicznego) „lub", który stanowi funktor alternatywy nierozłącznej. Oznacza to, że możemy wybrać jeden z dwóch wyrażeń, ale równie dobrze możemy wybrać oba. Zatem w drugim przypadku zamawiający dopuści do udziału zarówno wykonawcę, który skieruje osobę z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi, jak i osobę z uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi bez ograniczeń. W postępowaniach wskazanych przez odwołującego, zamawiający prawidłowo określił

warunek udziału w postępowaniu, w sposób nie naruszający zasad proporcjonalności i konkurencyjności. Bowiem dopuszczony jest do udziału szeroki krąg podmiotów, które dysponują osobami z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi, jak i osobę z uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi bez ograniczeń.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, jak i orzecznictwo tam przywołane.

W informacji o unieważnieniu postępowania, zamawiający wskazał, co następuje.

„Podstawa prawna: art. 255 pkt 6) Ustawy Pzp (…).

Uzasadnienie. Zamawiający postawił warunki w przedmiotowym postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych uprawnień kierownika budowy. W pkt. 7.2.4 b) Zamawiający warunkował udział w postępowaniu dysponowaniem osoby z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi bez ograniczeń. Przedmiot zamówienia Remont nawierzchni drogi wojewódzkiej jest robotą budowlaną drogową o powszechnie stosowanych rozwiązaniach technicznych. Z tego względu wystarczające do właściwego kierowania robotami budowlanymi byłyby uprawnienia kierownika budowy z ograniczeniem do kierowania robotami drogowymi. Zgodnie z orzecznictwem TSUE proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego dbającego o należyte wykonanie zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2017 r. wskazano, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 (starej) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 (starej) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym powyższe warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Nakaz opisania warunku w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia należy interpretować jako opisanie warunku na poziomie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Nie jest dozwolone takie sformułowanie warunku, które zawiera wymaganie, które nie są konieczne do należytej- realizacji zamówienia (…)”.

Izba wskazuje, że jako podstawę do unieważnienia postępowania, zamawiający wskazał przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Szczególną rolę odgrywa zawarta w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności.

Co istotne, zdaniem Izby, wada postępowania, na którą wskazuje zamawiający, nie jest wadą istotną, której charakter skutkowałby unieważnieniem zawartej umowy. Nie jest też wadą, która ograniczałaby konkurencję. W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert,

a do terminu składania ofert nie wpłynęło żadne zapytanie ani wniosek o modyfikację spornego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, zdaniem Izby, niezasadne jest twierdzenie zamawiającego o braku zachowania zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, gdyż każdy z uczestników postępowania, który zapoznał się z dokumentacją postępowania, był świadomy warunków tam opisanych. Okoliczność, iż zamawiający, w trakcie badania ofert, z informacji przekazanej mu przez odwołującego dowiedział się, że być może postawił warunek, który zdaniem zamawiającego jest nieadekwatny do zakresu prac (posiadanie odpowiednich uprawnień bez ograniczeń) nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że jest to wada postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Jak słusznie podnosił odwołujący, wspierając się dodatkowo orzecznictwem Izby, wykładnia przepisu stanowiącego podstawę do unieważnienia postępowania (art. 255 pkt 6 ustawy Pzp), musi być interpretowana ściśle w powiązaniu
z przepisem art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający niezasadnie twierdzi, odwołując się do ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp (zamawiający przygotowuje
i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;
3) proporcjonalny), iż okoliczność ustanowienia warunku udziału w postępowaniu w sposób, który na obecnym etapie postępowania wzbudził u zamawiającego wątpliwości, co do jego prawidłowości, ograniczał konkurencję.

Podsumowując stwierdzić należało, iż zamawiający nie wykazał zarówno podstaw prawnych, jak i uzasadnienia faktycznego, które uprawniałyby zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……