

WYROK

Warszawa, dnia 11 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2025 r. przez Odwołującego - wykonawcę BBF sp. z o.o.

z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Tarnowo Podgórne z siedzibą w Tarnowie Podgórny

przy udziale wykonawców po stronie Odwołującego:

A. Allins Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu

B. R.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Telecad” R.B. z siedzibą w Lusowie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dalsze jego prowadzenie,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy).

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Tarnowo Podgórne z siedzibą w Tarnowie Podgórny prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r., poz. 1320; dalej: „Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2025/BZP 00151289/01 z dnia 18 marca 2025 r.

W dniu 14 maja 2025r. – wykonawca BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 241 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności unieważnienia Postępowania ze względu na jego wadę, podczas gdy postępowanie to - w zakresie kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia inspektora nadzoru - nie było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tym samym dokonany unieważnieniem postępowania Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i powtórzenia czynności oceny i badania ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu przedstawił stanowisko faktyczne i prawne w zakresie uzasadniające sformułowane zarzuty. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania oraz uzupełnionym stanowisku procesowym wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując decyzję wyrażoną w czynności z dnia 9 maja 2025r.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje:

odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w

związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba ustaliła:

I. Przedmiotem postępowania jest usługa pełnienia funkcji inspektora nadzoru nad budową Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórny.

II. W rozdz. XVI ust. 1 lit. b) SWZ Zamawiający wprowadził pozacenowe kryterium oceny ofert związane z doświadczeniem inspektora nadzoru w następującym brzmieniu:

b) doświadczenie inspektora nadzoru – ocenie zostanie podane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym doświadczenie osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru z uprawnieniami ogólnobudowlanymi, liczone w ilości przeprowadzonych i ukończonych nadzorów nad robotami budowlanymi o wskazanych niżej kubaturach. Wykazana osoba musi pełnić funkcję inspektora nadzoru nad realizacją inwestycji wskazanej w SWZ. Jeżeli w trakcie realizacji zamówienia nastąpi zmiana inspektora nadzoru, Wykonawca jest zobowiązany do zastąpienia go inną osobą z tymi uprawnieniami. Osoba ta musi posiadać co najmniej takie doświadczenie, które uprawniałoby do otrzymania tyle samo punktów w tym kryterium.

Wartość punktowa liczona będzie w następujący sposób:

doświadczenie osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru z uprawnieniami ogólnobudowlanymi, liczone w ilości przeprowadzonych i ukończonych nadzorów nad robotami dotyczącymi obiektów budowlanych o kubaturze powyżej 25 000 m³:

- do 5 obiektów budowlanych – 20 punktów; - powyżej 5 obiektów budowlanych – 40 punktów.

III. W dniu 8 maja 2025 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, podając w uzasadnieniu następujące stanowisko: „Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zauważył, iż popełnił błąd przy opisie kryterium wyboru oferty w zakresie doświadczenia inspektora nadzoru. Zamawiający zapisał w SWZ w rozdziale XVI ust. 1 lit. b), iż „wartość punktowa liczona będzie w następujący sposób: doświadczenie osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru z uprawnieniami ogólnobudowlanymi, liczone w ilości przeprowadzonych i ukończonych nadzorów nad robotami dotyczącymi obiektów budowlanych o kubaturze powyżej 25 000m³”. Tak zdefiniowany opis kryterium powoduje naruszenie art. 241 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową budynku Liceum Ogólnokształcącego w Tarnowie Podgórny, natomiast Zamawiający omyłkowo zastosował kryterium – doświadczenia inspektora nadzoru nad przeprowadzonymi i ukończonymi nadzorami nad robotami dotyczącymi obiektów budowlanych, co nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Dopuszczenie przeprowadzonych nadzorów nad obiektami budowlanymi spowodowało przydzielenie dodatkowych punktów w tym kryterium za nadzór nie tylko nad budową budynku, ale również nad budową budowli. Takie określenie kryterium, mające wpływ na przebieg postępowania i jego wynik, spowodowało, że Zamawiający przydzielił dodatkowe punkty za sprawowanie nadzoru m.in. nad budową hal, wiat, co nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia i będzie skutkowało możliwością unieważnienia zawartej umowy.

Reasumując wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie tak postawionych kryteriów w SWZ skutkował stan niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych, a udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), może w konsekwencji spowodować unieważnienie umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.”.

Izba zważyła:

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny, czy Zamawiający słusznie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp mając na względzie ustanowione w postępowaniu kryterium oceny ofert.

Izba stwierdziła po analizie dokumentacji postępowania oraz zaprezentowanych przez Strony stanowisk, że zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie, gdyż czynność Zamawiającego naruszała przepis art. 255 pkt 6 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp 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.

Zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 Pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 Pzp. Artykuł 457 ust. 1 Pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ww. ustawy uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Uwzględniając powyższe rozważania, Izba uznała, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu.

Podkreślić należy, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym prawidłowe i jednoznaczne opisanie kryteriów oceny ofert, którymi będzie kierował się Zamawiający, ponieważ właśnie ten element ma istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Opis kryteriów oceny ofert decyduje także o tym, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania oraz zasadzie odnoszącej się do obowiązku udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą względem opisanych kryteriów i został wybrany zgodnie z regułami określonymi w Pzp. Podkreślić należy, że podstawowym warunkiem poszanowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie właśnie kryteriów oceny ofert. Prawidłowe sporządzenie i opisanie przez Zamawiającego ustanowionych kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu ma również istotny wpływ dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest nie tylko jednoznaczne określenie kryteriów oceny ofert, ale również jednoznaczne określenie, co w ramach danego kryterium będzie oceniane i w jaki sposób ta ocena będzie następować.

Izba stwierdziła także, że sporządzenie opisu odnoszącego się do przesłanek kryteriów oceny ofert w sposób opisany powyżej może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania, ponieważ nie może istnieć dowolność przy ustalaniu rankingu ofert. Nie mniej jednak w ocenie Izby kryterium oceny ofert zawarte w rozdziale XVI ust. 1 lit. b) SWZ nie było obciążone wadą, a co więcej kryterium dotyczące doświadczenia inspektora nadzoru było jednoznaczne i powiązane – wbrew stanowisku Zamawiającego - z przedmiotem zamówienia. Wszelkie wywody Zamawiającego, które czynił on w informacji o unieważnieniu postępowania, odnoszące się do przyznania punktów za doświadczenie nawet w sytuacji sprawowania nadzoru nad budową obiektu budowlanego nie budynku, nie pozwalały na stwierdzenie, że postępowanie obciążone jest istotną wadą. Izba stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego według którego użycie w kryterium pojęcia „obektu budowlanego” a nie „budynek” skutkowało uznaniem, że nie mamy do czynienia z kryterium związanym z przedmiotem zamówienia jest niezasadne. Jak bowiem wskazał Odwołujący pojęcie obiektu budowlanego zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 1 ustawy - Prawo budowlane i zgodnie nią przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane – przez budynek należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Co więcej Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w pełnieniu *funkcji inspektora nadzoru z uprawnieniami ogólnobudowlanymi, liczone w ilości przeprowadzonych i ukończonych nadzorów nad robotami dotyczącymi obiektów budowlanych o kubaturze powyżej 25 000m³*. W związku z wprowadzeniem wymogu dotyczącego określonej kubatury obiektów budowlanych Zamawiający wyeliminował więc z tego kryterium oceny ofert wszelkie obiekty małej architektury. Również w ocenie Izby

wprowadzona kubatura obiektu w takiej a nie innej wielkości potwierdza, iż będą te obiekty kwalifikowane jako budynki, poprzez konieczność związania ich z gruntem. Również co istotne przedmiot zamówienia dotyczy nie wykonania robót budowlanych, lecz świadczenia usługi nadzoru nad robotami budowlanymi. Z powyższego wynika więc, że oczekiwaniem Zamawiającego jest posiadanie doświadczenia w ilości przeprowadzonych i ukończonych nadzorów, a także właśnie kubatura tych obiektów. W konsekwencji Izba zgodziła się z Odwołującym, że zastosowane kryterium dotyczyło przedmiotu niniejszego zamówienia (pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad budową liceum ogólnokształcącego).

Co również istotne Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że mamy do czynienia z wadą postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W tym aspekcie uzasadnienie Zamawiającego nie zawiera argumentacji merytorycznej, Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że zachodzi jedna z przesłanek, które spowodować mogą nieważność przyszłej umowy, ponieważ stwierdzona wada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niemożliwa do usunięcia na danym etapie. W tym zakresie Zamawiający podał tylko: „*udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), może w konsekwencji spowodować unieważnienie umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp*”.

Ponownie wskazać należy, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia 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. Oznacza to, że warunkiem koniecznym dla ziszczenia się przewidzianej w przepisie przesłanki unieważnienia umowy jest zaniechanie Zamawiającego dotyczące publikacji odpowiedniego ogłoszenia. W stanie faktycznym taka okoliczność miejsca nie miała. Natomiast fakt upatrywania wady postępowania w błędnym opisie kryterium doświadczenia inspektora nadzoru budowlanego, jest w ocenie Izby niewystarczające. Na podkreślenie zasługuje również to, że Zamawiający w decyzji o uzasadnieniu unieważnienia nie odniósł się do drugiej z przesłanek wymienionych w przywołanym przepisie Pzp, tzn. nie wykazał w jaki sposób stwierdzona wada postępowania przełożyć się mogła na nieważność przyszłej umowy, tak w aspekcie przepisów Pzp, czy też przepisów kodeksu cywilnego. Poza przytoczeniem przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie wskazano żadnego uzasadnienia w tym zakresie. Nie wykazano w jaki sposób określone przez Zamawiającego kryterium będzie skutkowało możliwością unieważnienia zawartej umowy. W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw aby uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało koniecznością uwzględnienia odwołania, o czym postanowiono w punkcie 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

Przewodnicząca: