

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Poddębicach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Poddębicach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Poddębicach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Poddębicach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Roboty budowlane i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejony w latach 2016-2019 z podziałem na 4 zadania.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2016 roku pod numerem ogłoszenia S/2016 418769/2016.

8 lutego 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Poddębicach (pełnomocnik) oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sieradzu - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy,
- naruszenie art. 7 ust.1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania. Jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust.1 ustawy jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że złożył jako jedyny ważną ofertę, która spełnia określone przez Zamawiającego kryteria

kwalifikacji dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawców. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy unieważnieniu postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest również pozbawienie Odwołującego realnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi wymierną szkodę dla Wykonawcy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Roboty budowlane i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych i drogowych obiektów inżynierskich administrowanych przez Rejony w latach 2016 - 2019 z podziałem na 4 zadania: Zadanie 3 — Roboty budowlane i usługi w zakresie nawierzchni bitumicznych, poboczy, chodników, odwodnienia dróg i obiektów inżynierskich na terenie administrowanym przez Rejon w Sieradzu.

W dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że w części 3 zamówienia doszło do naruszenia art. 7 ust.1, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w zgodzie z zasadami proporcjonalności oraz art.22 ust.1a, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od Wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, podaje nadto, iż określając warunki udziału w postępowaniu, ustalone wymogi i parametry do spełnienia odniósł do ilości szacowanych. Zaś w części nr 3 zamówienia, zakres przedmiotu zamówienia znajdujący odzwierciedlenie w ilościach zamawianych czynności do wykonania w ramach zadania nr 3 (Formularz 2.1.3. Kosztorys ofertowy dla części nr 3), został znacząco zaniżony w stosunku do potrzeb Zamawiającego. W związku z czym, w sposób nieproporcjonalny, w stosunku do przekazanych Wykonawcom w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, określono kryteria kwalifikacji dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawców. Z uwagi na to, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania, a naruszenie ww. przepisów może skutkować stwierdzeniem nieważności umowy, Zamawiający unieważnił część nr 3 zamówienia.

Odwołujący, mając na względzie okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania podniósł, że uznać należy, że czynność ta została podjęta pod wpływem nieuzasadnionej i wadliwej oceny przesłanek unieważnienia oraz błędnego przyjęcia, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. W informacji Zamawiający wskazał jedynie, art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy, który nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy, opisanych w art. 146 ust.1 ustawy. Nie jest wystarczające, także, powołanie się na generalną zasadę równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy. Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisów ustawy, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To na Zamawiającym ciąży ciężar wskazania: po pierwsze - wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy, regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), po drugie - istotnego charakteru wady, jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje, po trzecie - związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy, po czwarte - nieusuwalność wady.

Odwołujący wskazał, że w informacji Zamawiający nie podał w sposób prawidłowy podstawy prawnej unieważnienia postępowania, jak również w sposób wyczerpujący nie podał uzasadnienia swojej decyzji.

Nadto, wskazał Odwołujący, w piśmie o unieważnieniu Zamawiający powołuje się na okoliczności, które były mu wiadome we wstępnych fazach postępowania. Odwołujący podniósł, że w dniu 23 grudnia 2016 r. jeden z Wykonawców zadał pytanie nr 4 o następującej treści: „Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dla zad 3 tj. zmniejszenia wymaganych do wykazania powierzchni wykonanych remontów cząstkowych nawierzchni asfaltowych na drogach lub ulicach minimum klasy G nie mniejszej niż 22.000 m(2) oraz nawierzchni asfaltowych (warstwy ścieralnej) z betonu asfaltowego na drogach lub ulicach klasy minimum G o łącznej powierzchni 200.000 m(2), zmiany klasy drogi ww. nawierzchni bądź też wydłużenia okresu w którym te nawierzchnie były wykonywane powyżej 12 kolejnych miesięcy. Wykonawca pragnie bowiem zauważyć, że ze względu na przedmiot danego zamówienia publicznego, sposób dokonywania oceny spełnienia warunków przez Zamawiającego jest zbyt daleko idący oraz, że niewielu Wykonawców będzie w stanie spełnić warunki postawione przez Zamawiającego, co znacznie utrudni uczciwą konkurencję....” Na tak postawione pytanie Zamawiający z całą stanowczością i w sposób jednoznaczny udzielił następującej odpowiedzi: „Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób adekwatny i proporcjonalny do zakresu w danej części zamówienia. Zamawiający nie wprowadza zmian SIWZ w tym zakresie”.

Postawione pytanie nie wzbudziło u Zamawiającego żadnych wątpliwości i nie spowodowało

weryfikacji warunków udziału w postępowaniu, nie przeszkodziło to Zamawiającemu w otwarciu ofert.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający każdorazowo przed dokonaniem czynności unieważnienia postępowania powinien dokonać analizy sytuacji faktycznej przez pryzmat stosowanych przepisów ustawy w celu zakwalifikowania jej do konkretnej przesłanki unieważnienia – Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2754/14 - „przepis art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp. *expressis verbis* odnosi się wyłącznie do wad nieusuwalnych, których występowanie czyni zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego obiektywnie niemożliwym. Okoliczności te muszą występować łącznie, nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest możliwe ich usunięcie w inny sposób, niż przez jego unieważnienie. Konieczne jest zweryfikowanie ciężaru gatunkowego takich wad, może się bowiem okazać, że mimo ich istnienia nie wpływają ani na prawidłowość prowadzonej procedury, ani na jej wynik”.

Odwołujący podniósł, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a - wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez Zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na Zamawiającym (zob. wyroki KIO: z dnia 23 września 2011 r., sygn. akt KIO 1948/11, LEX nr 964389, i z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 991/14; KIO 1001/14, LEX nr 1480088). Jeżeli zaistnieje jedna z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1-1b, Zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie. Artykuł 93 ust. 1-1b zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania. Należy je interpretować ściśle. Unieważnienie postępowania na podstawie przesłanki innej niż określona w art. 93 ust. 1 i 1a jest nieskuteczne.

Obowiązująca na gruncie prawa zamówień publicznych zasada *numerus clausus* przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą (zob. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1693/11).

Przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy występuje w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z żądaniem unieważnienia umowy może wystąpić każdy, kto ma w tym interes. Wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy (z uwzględnieniem ust. 2). Przepis art.

93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146 ustawy, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 ustawy nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (zob. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 34/11). Odniesienie "niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego" wyłącznie do przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 (z uwzględnieniem ust. 2) prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, ale niewymienionej w art. 146 ust. 1, uniemożliwi Zamawiającemu unieważnienie postępowania, nakładając tym samym na niego obowiązek zawarcia umowy. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. „Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe. (...) Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zamawiający wykluczył wykonawcę, którego oferta jedynie hipotetycznie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Nie można przyjąć, że w takiej sytuacji zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania. Ewentualne błędne decyzje zamawiającego dotyczą innego wykonawcy, których wzruszenie nie jest już możliwe, nie mają żadnego wpływu na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji zamawiający winien zawrzeć umowę z wykonawcą, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie udowodnił okoliczności faktycznych i prawnych, które mają uzasadniać unieważnienie postępowania. Zamawiający ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń i nie sprostał ciężarowi dowodowemu. Błędy te nie mogą jednak obciążać Odwołującego, szczególnie w sytuacji, w której unieważnienie postępowania nie ma żadnych podstaw faktycznych i prawnych. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Do akt sprawy, w trakcie rozprawy, zrobiono kopię z oryginałów dokumentów:

- Kosztorys Inwestorski dla zadania nr 3 oraz
- Formularz 2.1.3 Kosztorys ofertowy dla zadania nr 3.

Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem Stron pismo *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego jak również wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, następujący stan faktyczny w sprawie:

Odwołanie dotyczy Zadania nr 3 - Roboty budowlane i usługi w zakresie nawierzchni bitumicznych, poboczy, chodników, odwodnienia dróg i obiektów inżynierskich na terenie administrowanym przez Rejon w Sieradzu.

Szacunkowa wartość zamówienia dla zadania nr 3 została podana przez Zamawiającego w protokole postępowania i wynosi 23 562 838, 89 zł netto.

Szacunkowa wartość wynika z Kosztorysu Inwestorskiego dla zadania nr 3 i wynosi 23 562 838, 89 zł netto (28 982 291,83 zł brutto).

Zgodnie z Kosztorysem Inwestorskim Zamawiający oszacował wartość zamówienia przyjmując do szacowania:

- w pozycji 7 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego na drogach i drogowych obiektach inżynierskich o gr 4 cm - 300 000 m² (cena jednostkowa – 17,36 zł),
- w pozycji 9 - Ułożenie warstwy ścieralnej z AC - betonu asfaltowego o średniej grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 300 000 m² (cena jednostkowa – 22,13 zł),
- w pozycji 10 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego dodatek za każdy następny 1 cm grubości do pozycji nr 9 kosztorysu - 50 000 m² (cena jednostkowa – 5,66 zł),
- w pozycji 11 - Ułożenie warstwy ścieralnej z SMA o grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 150 000 m² (cena jednostkowa – 26,71 zł),

Realizacja w latach 2016-2019.

W Formularzu 2.1.3. Formularz ofertowy w SWIZ dla zadania nr 3 Zamawiający podał:

- w pozycji 7 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego na drogach i drogowych obiektach inżynierskich o gr 4 cm - 40 000 m²
- w pozycji 9 - Ułożenie warstwy ścieralnej z AC - betonu asfaltowego o średniej grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 10 000 m²
- w pozycji 10 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego dodatek za każdy następny 1 cm grubości do pozycji nr 9 kosztorysu - 10 000 m²
- w pozycji 11 - Ułożenie warstwy ścieralnej z SMA o grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 100 000 m²

Realizacja w latach 2016-2019.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę 26 455 701,00 zł brutto, oferując w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego

- w pozycji 7 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego na drogach i drogowych

objektach inżynierskich o gr 4 cm - 40 000 m² (cena jednostkowa – 45,00 zł),
- w pozycji 9 - Ułożenie warstwy ścieralnej z AC - betonu asfaltowego o średniej grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 10 000 m² (cena jednostkowa – 60,00 zł),
- w pozycji 10 - Ułożenie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego dodatek za każdy następny 1 cm grubości do pozycji nr 9 kosztorysu - 10 000 m² (cena jednostkowa – 7,00zł),
- w pozycji 11 - Ułożenie warstwy ścieralnej z SMA o grubości 4 cm na drogach i obiektach mostowych - 100 000 m² (cena jednostkowa – 65,00 zł),
Realizacja w latach 2016-2019.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w rozdziale 7 – Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 7.2 ppkt 3 lit. a) *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w ramach 1 lub 2 lub 3 zakończonych zadań:*

Dla zadania Nr 3

- a) remont cząstkowych nawierzchni asfaltowych na drogach lub ulicach klasy min. G, w technologii napraw mieszankami mineralno – asfaltowymi wytwarzanymi i wbudowywanymi na gorąco w ilości nie mniejszej niż 25 000m² w ciągu jednego roku (rozumianego jako kolejnych 12 miesięcy) oraz*
- b) nawierzchni asfaltowych (warstwy ścieralnej) z betonu asfaltowego lub SMA na drogach lub ulicach klasy min. G na łącznej powierzchni min. 200 000 m² w ciągu jednego roku (rozumianego jako kolejnych 12 miesięcy);*

Pismem z dnia 23 grudnia 2016 roku Zamawiający, udzielając wyjaśnień w zakresie skierowanych do niego pytań zawarł między innymi odpowiedź na pytanie nr 4:

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dla zad 3 tj. zmniejszenia wymaganych do wykazania powierzchni wykonanych remontów cząstkowych nawierzchni asfaltowych na drogach lub ulicach minimum klasy G nie mniejszej niż 22.000 m² oraz nawierzchni asfaltowych (warstwy ścieralnej) z betonu asfaltowego na drogach lub ulicach klasy minimum G o łącznej powierzchni 200.000 m², zmiany klasy drogi ww. nawierzchni bądź też wydłużenia okresu w którym te nawierzchnie były wykonywane powyżej 12 kolejnych miesięcy.

Wykonawca pragnie bowiem zauważyć, że ze względu na przedmiot danego zamówienia publicznego, sposób dokonywania oceny spełnienia warunków przez Zamawiającego jest zbyt daleko idący oraz, że niewielu Wykonawców będzie w stanie spełnić warunki postawione przez Zamawiającego, co znacznie utrudni uczciwą konkurencję. Tymczasem

według wiedzy Wykonawcy, Wykonawcy mają możliwość wykazania się wykonaniem nawierzchni asfaltowych o powierzchni mniejszej niż żądana przez Zamawiającego, bądź w zakresie dróg, ulic o innej klasie drogi czy też w dłuższym okresie z pewnością podolają wykonać w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanek w/w zamówienie publiczne.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób adekwatny i proporcjonalny do zakresu w danej części zamówienia. Zamawiający nie wprowadza zmian SIWZ w tym zakresie.

Pytanie nr 4 nie zostało zadane przez Odwołującego.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 roku (w tym samym dniu) Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy postępowania w zakresie Zadania nr 3, wskazując, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w zgodzie z zasadami proporcjonalności oraz art. 22 ust. 1a, zgodnie z którym Zamawiający wskazał również, że określając warunki udziału w postępowaniu, ustalone wymogi i parametry do spełnienia odniósł się do ilości szacowanych. Wskazał Zamawiający, że dla zadania nr 3 zakres przedmiotu zamówienia znajdujący odzwierciedlenie w ilościach zamawianych czynności do wykonania w ramach zadania nr 3 (Formularz 2.1.3. Kosztorys ofertowy dla części nr 3), został znacząco zaniżony w stosunku do potrzeb Zamawiającego. W związku z czym, w sposób nieproporcjonalny, w stosunku do przekazanych Wykonawcom w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, określono kryteria kwalifikacji dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawców. Z uwagi na to, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania, a naruszenie ww. przepisów może skutkować stwierdzeniem nieważności umowy, Zamawiający unieważnił postępowanie w zadaniu nr 3.

Izba zważyła:

I.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i*

uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

II.

Izba, działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:*

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodgalającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- art. 93 ust. 4 ustawy - *W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.*

- art. 93 ust. 5 ustawy - *W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.*

- art. 146 ust. 6 ustawy – *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

- art. 22 ust. 1a ustawy – *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

- art. 22d ust. 1 ustawy - *Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych*

przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

III.

Izba na wstępie wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciążących na Zamawiającym obowiązków, jak również nie niweczy tego obowiązku błąd w działaniu Zamawiającego.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że w tej konkretnej sytuacji, przed zawarciem umowy Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie unieważnił postępowanie. Zaznaczyć należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu udzielenie tego zamówienia i zawarcie ważnej umowy z wykonawcą, który w realnych warunkach konkurencji mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykazał, że ukształtowany przez niego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnośnie *nawierzchni asfaltowych (warstwy ścieralnej) z betonu asfaltowego lub SMA na drogach lub ulicach klasy min. G na łącznej powierzchni min. 200 000 m² w ciągu jednego roku (rozumianego jako kolejnych 12 miesięcy)* był nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w kosztorysie ofertowym.

Izba wskazuje, że zgodnie z kosztorysem ofertowym dla zadania nr 3, w punktach 7, 9, 10, 11 podane zostały roboty odpowiadające przedmiotowo wymaganiom określonym ww. warunkowi udziału w postępowaniu. W tym miejscu Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy Odwołujący nie zakwestionował zakresu przedmiotowego wskazanego przez Zamawiającego, a odpowiadającego przedmiotowo ukształtowanemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla zadania nr 3 warunkowi. Tym samym należało uznać, że Odwołujący przyznał, że przedmiotowo warunek udziału w postępowaniu zawiera się Wskazane w punktach 7, 9, 10, 11 kosztorysu ofertowego roboty sumarycznie obejmują 160 000 m² powierzchni, które mają zostać zrealizowane w okresie od 2017 do 2019 roku. Natomiast Zamawiający warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej określił na poziomie *min. 200 000 m² w ciągu jednego roku*. Wymaganie ukształtowane przez Zamawiającego w żaden sposób nie jest nawet zbliżone do faktycznej ilości zamawianych robót, nie jest zapewne proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, że do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku. W wyniku tej nowelizacji usunięto dotychczasowo obowiązujący przepis art. 22 ust. 4 ustawy (*Opis sposobu dokonania oceny spełnia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*) i

wprowadzono regulację art. 22 ust. 1a ustawy (*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*).

Nowelizacja przepisów pozostawiła jednakże punkt spójny pomiędzy dotychczasowo obowiązującą regulacją a nowym przepisem, a mianowicie odniesienie do tego, że ukształtowane przez Zamawiającego wymagania mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Izby jak również sądów powszechnych oraz stanowiska wypracowane w doktrynie przedmiotu.

Izba wskazuje, że Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy - musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający zobowiązany do postępowania według określonych w art. 7 ustawy zasad, mając na względzie przesłanki z art. 22 ust. 1a ustawy, określenie warunku udziału w postępowaniu musi być związane bezpośrednio z przewidzianym do wykonania w ramach danego zamówienia przedmiotem. Warunek udziału w postępowaniu stanowi bowiem materię, która jest zindywidualizowana na dane postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego, jego ukształtowanie stanowi szczególne uprawnienie w ramach podejmowanych przez Zamawiającego czynności, jednakże jednocześnie ukształtowanie warunku przez Zamawiającego doznaje ograniczenia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności zawodowej niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia. Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W doktrynie, w oparciu o orzecznictwo Trybunału (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. sygn. akt C-448/01) podnosi się, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa a dyskryminować małych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie.

W rozpoznawanej sprawie, w trakcie rozprawy Zamawiający przyznał, wyjaśnił, że *osoba przygotowująca postępowanie posłużyła się niewłaściwym kosztorysem ofertowym, który nie odzwierciedla wymagań z kosztorysu inwestorskiego*. Zamawiający wyjaśnił, że warunki

w postępowaniu zostały ustalone w oparciu o wymagania przedmiotowe zawarte w kosztorysie inwestorskim przy jednoczesnym załączeniu do dokumentacji postępowania formularza kosztorysu ofertowego, w którym Zamawiający wskazał znacząco mniejsze ilości w odniesieniu do zamawianych robót. Izba wskazuje, że w trakcie prowadzonego postępowania nie uległ zmianie opis przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 3. Należy wskazać, że Zamawiający w trakcie rozprawy odniósł się również do udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 23 grudnia 2016 roku, wskazując że *osoba udzielająca odpowiedzi na to pytanie odniosła się do kosztorysu inwestorskiego, a nie do kosztorysu ofertowego*. W tym miejscu należy wskazać, że wnioskodawcą pytania był inny niż Odwołujący podmiot, który nie złożył w postępowaniu oferty.

Całokształt argumentacji przedstawionej w tej sprawie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający w dokumentacji przedstawionej wykonawcom zawarł warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jednocześnie Izba stwierdziła, że było to efektem błędów, zaniedbań Zamawiającego, na które wskazał sam Zamawiający w trakcie rozprawy podnosząc, że posłużono się w dokumentacji niewłaściwym kosztorysem ofertowym.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, że działania Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2017 roku w zakresie zidentyfikowania nieprawidłowości w prowadzonym postępowaniu, a dotyczącej ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i braku jego proporcjonalności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 3 była prawidłowa. Działanie Zamawiającego – które podjął w wyniku wcześniej popełnionych błędów w postępowaniu - było zasadne i dzięki temu nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy, tym samym odwołanie oddaliła.

Należy zaznaczyć również, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a z taką właśnie przyczyną mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, wykonawcy który złożył w tym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy). Takie uprawnienie wykonawcy wynikające z ustawy stanowi swoiste potwierdzenie tego, że prawodawca przewidziała sytuacje, w których Zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie po terminie składania ofert z przyczyn, które leżą po jego stronie. Ustawodawca również, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, przewidział możliwość, w której wykonawca, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, w którym postępowanie zostało unieważnione, może złożyć do Zamawiającego wniosek o zawiadomienie go, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (art. 93 ust. 4 ustawy).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: