

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawcę D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynierii Drogowej DAR - BUD D. B. w Kałęczynie przy ul. Łąkowa 44, 05-825 Grodzisk Mazowiecki w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli przy ul. Główniej 3, 96-321 Żabia Wola

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynierii Drogowej DAR - BUD D. B. w Kałęczynie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Żabia Wola na rzecz wykonawcy D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynierii Drogowej DAR - BUD D. B. w Kałęczynie, kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Gmina Żabia Wola z siedzibą w Żabiej Woli, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: *„Bieżące utrzymanie dróg o nawierzchni bitumicznej oraz polepszenie nawierzchni dróg poprzez powierzchniowe utwalenie na terenie Gminy Żabia Wola w roku 2023”* (nr referencyjny: RI.271.2.7.2023), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00102231.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 28 marca 2022 r. wykonawca D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynierii Drogowej DAR - BUD D. B. w Kałęczynie (zwani dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami Pzp obejmujące podjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na:

unieważnieniu postępowania tj. naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na tej podstawie, pomimo braku obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, o którym poinformowano w dniu 23 marca 2023 roku oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności odwołujący przywołał fragmenty specyfikacji warunków zamówienia, w tym specyfikacji zakresu, realizacji i odbioru robót oraz kosztorysu, w których określono przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z treścią Rozdziału II.1.1) SWZ: *„Przedmiot zamówienia stanowi bieżące utrzymanie dróg o nawierzchni bitumicznej oraz polepszenie nawierzchni poprzez powierzchniowe utwaleni e polega na systematycznym wykonywaniu robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa ruchu. W zakres zamówienia wchodzi likwidacja spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych, ubytków powierzchniowych jezdni i podbudowy, spękań krawędziowych. Wykruszenia i ubytki należy uzupełnić taką samą mieszanką z jakiej wykonana jest nawierzchnia”*.

Stosownie zaś do postanowień Rozdziału II.1.3) SWZ: *„Szczegóły związane z zakresem realizacji zamówienia, sposobem prowadzenia robót, sposobem odbioru robót oraz lokalizacją robót określone zostały w załączniku nr 11 do SWZ pn.: Specyfikacja zakresu, realizacji i odbioru robót.”* W

treści punktu I przywołanego załącznika nr 11 do SWZ wskazano: „Zamówienie obejmuje następujące pozycje kosztorysowe wraz z przewidywanymi ilościami oraz jednostkami miar:

1) *Naprawy cząstkowe warstwy nawierzchni jezdni mieszanką mineralno-asfaltową z uzupełnieniem podbudowy kruszywem łamanym zagęszczonym mechanicznie: 2000,00 [m2]*

2) *Naprawy nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe utrwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi oraz likwidacja spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych 6000,00 [m2]”*

W dalszej kolejności odwołujący wskazał na treść załącznika nr 2 do SWZ, w którym Zamawiający zamieścił dokument określony jako „Kosztorys ofertowy”, a mający w rzeczywistości charakter tabeli cenowej, służącej wskazaniu cen jednostkowych za obie ww. pozycje składające się na przedmiot zamówienia. Zamawiający wymagał jego złożenia wraz z ofertą, co też odwołujący uczynił składając wraz z ofertą prawidłowo wypełniony kosztorys ofertowy, wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 2 do SWZ.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu nie były składane jakiegokolwiek wnioski o wyjaśnienie treści SWZ.

W postępowaniu w terminie składania ofert wpłynęła jedynie oferta odwołującego. Po otwarciu ofert Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego z jakimkolwiek wezwaniem do uzupełnienia lub wyjaśnienia, zaś po kilkunastu dniach od dnia otwarcia ofert, zamawiający unieważnił postępowanie, jako podstawę przywołując przepis art. 255 pkt 6 pzp, a jako uzasadnienie faktyczne wskazując między innymi, że:

- *„Nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp udzielić zamówienia Wykonawcy, który wybrany został w ramach procedury dotkniętej wadą, polegającą na niezachowaniu w postępowaniu przestrzegania zgodności z naczelnymi zasadami ustawy Pzp wyrażonymi w art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp, a więc zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i zasadą proporcjonalności.”*

- *„W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie określenia parametrów mających wpływ na należyte przygotowanie oferty w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Informację o powyższym stanie faktycznym Zamawiający pozyskał od Wykonawcy, który dostrzegł błąd Zamawiającego, kiedy upłynął termin do zadawania pytań, co w konsekwencji uniemożliwiło Wykonawcy złożenie oferty. Wykonawca poinformował Zamawiającego o tym fakcie już po terminie składania ofert.”*

- *„Dostrzeżony przez Wykonawcę błąd w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający weryfikował poprzez ponowną analizę dokumentów stanowiących integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w tym m.in. załącznika nr 11 do SWZ – specyfikacja zakresu, realizacji i odbioru robót, w której okazało się, że Zamawiający w sposób niedostateczny określił wymagane parametry techniczne dotyczące realizacji zamówienia – poprzez brak wskazania szerokości pasów drogowych do realizacji zakresu prac, na które składało się polepszenie nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe utrwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych oraz niedużych ubytków. Ten nieprawidłowy opis*

przedmiotu zamówienia skutkowałby zawarciem przez Zamawiającego umowy z pokrzywdzeniem Wykonawcy.”

W ocenie odwołującego zastosowanie przepisu art. 255 pkt 6 pzp zgodnie z którym: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” wymaga zajścia łącznie trzech przesłanek:

- Wystąpienia wady postępowania;
- Nieusuwalny charakter wady postępowania;
- Skutek wady w postaci braku możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący zgodził się z zamawiającym należy się jedynie o tyle, że obecnie – wskutek upływu terminu składania ofert – usunąć opisaną jako wada okoliczności już się nie da, gdyż *a contrario* z treści art. 286 ust. 1 pzp wynika, że po otwarciu ofert nie można dokonać jakichkolwiek zmian czy modyfikacji SWZ.

Odwołujący z całą stanowczością podkreślił jednak, że w przedmiotowym postępowaniu nie występuje wada opisana w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania. W ocenie odwołującego przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, a informacja wskazana przez zamawiającego jako rzekomo brakująca w opisie (to jest dot. szerokości pasów drogowych) w rzeczywistości – wobec wskazania łącznej powierzchni dróg objętych przedmiotem zamówienia – jest zupełnie zbędna dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Stosownie bowiem do postanowienia § 3 ust. 5 projektu umowy (Załącznik nr 10 do SWZ): *„Wynagrodzenie ryczałtowo-kosztorysowe: będzie stanowić wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w ofercie. Ostateczne wynagrodzenie ustalone zostanie na podstawie rzeczywiście wykonanych i potwierdzonych robót utrzymaniowych wg cen jednostkowych na podstawie kosztorysu ofertowego Wykonawcy stanowiącego załącznik nr 2 do umowy.”*

Nie może zatem w ocenie odwołującego dojść do jakiegokolwiek pokrzywdzenia wykonawców, czym martwi się (a przynajmniej tak twierdzi) zamawiający, gdyż ich wynagrodzenie będzie bowiem równe iloczynowi jednostek miary danej pozycji oraz rzeczywistego zakresu robót.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na postanowienie § 3 ust. 3 projektu umowy, zgodnie z którym *„Zakres przedmiotu umowy określony w Kosztorysie Ofertowym jest szacunkowy. W zależności od faktycznych potrzeb dopuszcza się – bez konieczności sporządzania pisemnego aneksu – przesunięcia ilościowe między poszczególnymi technologiami, z zastrzeżeniem, że łączna kwota zamówienia nie może być przekroczona.”* Mając powyższe postanowienia na uwadze zdaniem odwołującego nie sposób żadną miarą przyjąć, iż informacja o szerokości pasów drogowych cokolwiek wnosi czy to na etapie tworzenia ofert, czy to rozliczenia robót po zawarciu umowy. Różnice w tym zakresie w odniesieniu do dróg gminnych mogą być zupełnie marginalne i nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla określenia kosztów robót.

Odwołujący wskazał, że orientacyjny (szacunkowy) wolumen robót w obu odmianach składających się na opis przedmiotu zamówienia znalazł się w dokumentach zamówienia, podobnie jak dostatecznie szczegółowy opis wymagań zamawiającego w zakresie technologii i metodologii

wykonania robót, zaś kosztorysowo-ryczałtowy sposób określenia wynagrodzenia zabezpiecza przy tym odpowiednio interesy wykonawców.

Co równie istotne w ocenie odwołującego, opisana okoliczność (traktowana jako wada przez Zamawiającego) w żadnym wypadku nie może prowadzić do braku możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wynika to zdaniami odwołującego chociażby z prostej analizy przesłanek unieważnienia umowy ujętego w treści art. 457 pzp (oraz przepisów, do których odsyła), wśród których brak jest przesłanki opisanej przez Zamawiającego. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2022 roku (KIO 867/22) oraz wyrok z dnia 31 stycznia 2022 roku (KIO 143/22), w których Izba wskazała, że: *„Przepis art. 255 pkt 6 p.z.p. powinien być stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust. 1 p.z.p., który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy, a w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 p.z.p.”*. Zdaniem odwołującego w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania nawet bez sięgnięcia do jakichś wymyślnych reguł interpretacyjnych można z łatwością ustalić, co jest przedmiotem zamówienia i zarazem przedmiotem świadczenia wykonawcy na podstawie zawartej następnie umowy.

Odwołujący stwierdził, że nie sposób nie powziąć wrażenia, że „wada”, której istnienia doszukać się miał zamawiający, stanowi w rzeczywistości jedynie pretekst służący uzasadnieniu unieważnienia postępowania, gdyż zamawiający nie odniósł wskazanej przez siebie rzekomej wady do przesłanek określonych w treści art. 457 pzp, poprzestając na przyjęciu, że z całą pewnością stanowi ona naruszenia fundamentalnych zasad postępowania. Z taką argumentacją odwołujący się nie zgadza i wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (zawartą w piśmie datowanym na 11 kwietnia 2023 r.), w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie zgadza się z tezą Odwołującego, według której informacja wskazana przez Zamawiającego jako brakująca w opisie jest zbędna dla Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wydaje się wręcz, że odwołujący – poprzez twierdzenia swojego pełnomocnika – emocjonalnie zareagował na informację o unieważnieniu, co utrudniło mu merytoryczne zrozumienie sprawy i odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego. W szczególności Odwołujący skupia się na rzekomo istniejącym „pretekście” do unieważnienia postępowania pomijając zupełnie okoliczność, że Zamawiający otrzymał od innego podmiotu informację o uniemożliwieniu mu udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2023 r., w tym w szczególności:
 - ogłoszenie o zamówieniu;
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym przede wszystkim załącznik nr 2 (kosztorys ofertowy), nr 10 (wzór umowy) oraz nr 11 (Specyfikacja zakresu, realizacji i odbioru robót);
 - informację z otwarcia ofert w postępowaniu z dnia 7 marca 2023 r.;
 - ofertę złożoną przez odwołującego;
 - informację o unieważnieniu postępowania z dnia 23 marca 2023 r.;
- 2) dowody złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy:
 - ogłoszenie o zamówieniu, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 770602-N-2020 z dnia 22 grudnia 2020 r.;
 - specyfikację warunków zamówienia do postępowania nr P/47/IW/20;
 - protokół z otwarcia ofert z dnia 13 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła co następuje

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Bieżące utrzymanie dróg o nawierzchni bitumicznej oraz polepszenie nawierzchni dróg poprzez powierzchniowe utwalenie na terenie Gminy Żabia Wola w roku 2023”.

Izba ustaliła, że w Rozdziale II pkt 1 ppkt 1) SWZ, Zamawiający określił przedmiot zamówienia wskazując, że obejmuje on bieżące utrzymanie dróg o nawierzchni bitumicznej oraz polepszenie nawierzchni poprzez powierzchniowe utwalenie polegające na systematycznym wykonywaniu robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa ruchu. Z kolei w treści załącznika nr 11 do SWZ pn.: ”Specyfikacja zakresu, realizacji i odbioru robót” zamawiający wskazał, że zamówienie obejmuje następujące pozycje kosztorysowe wraz z przewidywanymi ilościami oraz jednostkami miar:

1) *Naprawy cząstkowe warstwy nawierzchni jezdni mieszanką mineralno-asfaltową z uzupełnieniem podbudowy kruszywem łamanym zagęszczonym mechanicznie: 2000,00 [m2]*

2) *Naprawy nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe utwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi oraz likwidacja spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych 6000,00 [m2].*

Powyższe pozycje wraz z ww. ilościami zostały również zamieszczone przez zamawiającego w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ zakres przedmiotu umowy określony w Kosztorysie Ofertowym jest szacunkowy. W zależności od faktycznych potrzeb dopuszcza się – bez konieczności sporządzania pisemnego aneksu – przesunięcia ilościowe między poszczególnymi technologiami, z zastrzeżeniem, że łączna kwota zamówienia nie może być przekroczona.

Jednocześnie w pkt V załącznika nr 11 - Lokalizacje prowadzenia robót zamawiający wskazał, iż przewiduje się realizację robót na drogach we wszystkich obrębach pozostających w granicach administracyjnych Gminy. Biorąc pod uwagę dynamiczny charakter realizacji robót bieżącego utrzymania dróg oraz konieczność dostosowywania harmonogramów robót do bieżących potrzeb zarządcy dróg, wynikających z okoliczności co do których zaistnienia zarządca dróg nie miał wiedzy w czasie publikacji postępowania przetargowego, przewiduje się możliwość realizacji robót we wszystkich miejscowościach. Zastrzega się możliwość zlecenia realizacji robót w dowolnym miejscu na terenie Gminy, w przypadku zaistnienia okoliczności obligujących zarządcę drogi do podjęcia interwencji.

Otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło w dniu 07.03.2023 r. o godz. 11.00. Ofertę w postępowaniu złożył jedynie odwołujący.

Izba ustaliła, że w dniu z dnia 21 marca 2023 r. zamawiający otrzymał na adres e-mail wiadomość, w której treści jej nadawca wskazywał, że z analizy specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami wynika, że w dokumentacji dotyczącej zamówienia w niedostateczny sposób określono wymagane parametry techniczne dotyczące realizacji zadania. Nie została wyspecyfikowana szerokość pasów drogowych do realizacji zakresu prac określonego jako *Polepszenie nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe trwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych oraz niedużych ubytków. Jest to parametr w istotny sposób determinujący metodę realizacji zadania w i mojej ocenie konieczny do poprawnego sformułowania oferty. W związku z powyższym wyczerpana zostaje przesłanka opisana w art. 255. ust. 6 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Informacją z dnia 23 marca 2023 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu powyższej czynności zamawiający wskazał:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, zamówienia udziela się wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie w art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp. Nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp udzielić zamówienia Wykonawcy, który wybrany został w ramach procedury

dotkniętej wadą, polegającą na niezachowaniu w postępowaniu przestrzegania zgodności z naczelnymi zasadami ustawy Pzp wyrażonymi w art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp, a więc zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i zasadą proporcjonalności. Zasady te, a zwłaszcza zasada uczciwej konkurencji, mają bowiem charakter zasad fundamentalnych dla udzielania zamówienia publicznego. Stąd fakt naruszenia zasady z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, skutkujący realnym zawężeniem kręgu podmiotów, które złożyły w tym postępowaniu oferty, należy uznać za wadę tego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie określenia parametrów mających wpływ na należyte przygotowanie oferty w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Informację o powyższym stanie faktycznym Zamawiający pozyskał od Wykonawcy, który dostrzegł błąd Zamawiającego, kiedy upłynął termin do zadawania pytań, co w konsekwencji uniemożliwiło Wykonawcy złożenie oferty. Wykonawca poinformował Zamawiającego o tym fakcie już po terminie składania ofert.

Dostrzeżony przez Wykonawcę błąd w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający weryfikował poprzez ponowną analizę dokumentów stanowiących integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w tym m.in. załącznika nr 11 do SWZ – specyfikacja zakresu, realizacji i odbioru robót, w której okazało się, że Zamawiający w sposób niedostateczny określił wymagane parametry techniczne dotyczące realizacji zamówienia – poprzez brak wskazania szerokości pasów drogowych do realizacji zakresu prac, na które składało się polepszenie nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe utwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych oraz niedużych ubytków. Ten nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia skutkowałby zawarciem przez Zamawiającego umowy z pokrzywdzeniem Wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że wskazane uchybienie w istotny sposób wpływa na prawidłowe przygotowanie ofert, jak również należyte zrealizowanie zamówienia, Zamawiający podejmuje decyzje o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Zgodnie z ugruntowanym piśmiennictwem, wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania (por. Dzierżanowski W. Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz wyd. 8). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19, uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

Takie też stanowisko potwierdza wyrok KIO 613/22, w którym to Krajowa Izba Odwoławcza, w uzasadnieniu stwierdziła, że „w myśl art. 255 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający ma zatem obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na jego wadę, która spełnia dwa kryteria, a mianowicie: jest to wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan

zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz jest to wada rzutuująca bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest zawarcie wyłącznie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Dodatkowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. sygn. KIO 909/22 skład orzekający potwierdził, że jeżeli „Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 p.z.p. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić”, co niewątpliwie nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle powyższego nie powinno budzić wątpliwości unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 255 pkt 6 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że dla oceny czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przekazanego przez zamawiającego wykonawcom. Izba ocenia czynność zamawiającego w kontekście powodów ujawnionych w treści ww. uzasadnienia.

W dalszej kolejności, w ramach rozważań ogólnych, skład orzekający przyjął, że przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający będzie miał obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności:

- po pierwsze, postępowanie musi być obarczone wadą o nieusuwalnym charakterze;
- po drugie wada taka, musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu,

pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie stanowiły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Powyższe oznaczało, że zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania, co czyniło zasadnym zarzut odwołania.

W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na treść uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający stwierdził w nim, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia parametrów mających wpływ na należyte przygotowanie oferty w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Błąd w opisie przedmiotu zamówienia w ocenie zamawiającego polegał na braku wskazania szerokości pasów drogowych do realizacji zakresu prac, na które składało się polepszenie nawierzchni jezdni poprzez powierzchniowe utwalenie emulsją asfaltową i grysami kamiennymi spękań poprzecznych, podłużnych i siatkowych oraz niedużych ubytków. Ten nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia skutkowałby zdaniem Zamawiającego zawarciem umowy z pokrzywdzeniem wykonawcy, jak również w istotny sposób wpływało na prawidłowe przygotowanie ofert, jak również należyte zrealizowanie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego stanowisko zamawiającego było nieprawidłowe. Nie można było stwierdzić, że wskazywany przez zamawiającego brak stanowi – mając na uwadze charakter prac będących przedmiotem zamówienia – wadę postępowania, która skutkowałaby brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Jak wynika z treści dokumentacji przetargowej przedmiot zamówienia obejmuje prace realizowane sukcesywnie, zgodnie z bieżącymi potrzebami zamawiającego zgłaszanymi wykonawcy. Sam zamawiający w treści załącznika nr 11 wskazuje na dynamiczny charakter realizacji robót bieżącego utrzymania dróg oraz konieczność dostosowywania harmonogramów robót do bieżących potrzeb zarządcy dróg, wynikających z okoliczności co do których zaistnienia zarządca dróg nie miał wiedzy w czasie publikacji postępowania przetargowego. Zamawiający nie ma bowiem możliwości przewidzenia w którym miejscu wystąpią uszkodzenia wymagające interwencji wykonawcy. Stąd znalazło się w dokumentacji przetargowej zastrzeżenie możliwości zlecenia realizacji robót w dowolnym miejscu na terenie Gminy, w przypadku zaistnienia okoliczności obligujących zarządcę drogi do podjęcia interwencji. Skoro zatem zamawiający na etapie opisu przedmiotu zamówienia nie dysponował informacją w jakim

miejscu będą prowadzone prace, to tym samym nie mógł wskazać szerokości pasa drogowego którego będą dotyczyły. W tym miejscu Izba pragnie wskazać, że pojęcie pasa drogowego zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz 645) pas drogowy to wydzielony liniami rozgraniczającymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym jest lub będzie usytuowana droga. W ocenie Izby z uwagi na charakterystykę prac określonych w OPZ przedmiotowego postępowania brak informacji w tym zakresie nie miała charakteru wady skutkującej brakiem możliwości umowy niepodlegającej unieważnieniu. W pierwszej kolejności należy bowiem wskazać, że z uwagi na interwencyjny charakter prac *de facto* nie jest możliwa do określenia. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy w którym miejscu na terenie gminy wystąpią przyszłe uszkodzenia wymagające interwencji, a tym samym warunki terenowe czy geodezyjne w miejscu wykonywania prac stanowią ryzyko przypisane pracom o tym charakterze. Wykonawcy wykonujący tego rodzaju prace (o charakterze interwencyjnym w odniesieniu do zdarzeń przyszłych i niepewnych) muszą się z tym ryzykiem liczyć analogicznie jak z innymi opisanymi w dokumentacji postępowania (takimi jak np. występowanie w danym miejscu elementów uzbrojenia podziemnego czy innych elementów infrastruktury, znaków geodezyjnych czy dostosowanie sposobu wykonania prac do charakteru uszkodzenia itp.). Informacja ta zatem w warunkach przedmiotowego zamówienia nie stanowiła parametru, którego brak skutkowało naruszeniem zasad postępowania, prowadzącym do przywoływanego przez zamawiającego realnego zawężenia kręgu podmiotów, które złożyły w tym postępowaniu oferty.

O takim zawężeniu nie może świadczyć przywoływana przez Zamawiającego korespondencja mailowa z dnia 21.03.2023 r. Podkreślenia wymaga, że w odniesieniu do dokumentacji postępowania nie wpłynęły jakiegokolwiek wnioski o wyjaśnienie jej treści. Profesjonalni wykonawcy, jeśli mieliby problemy z ustaleniem ostatecznej treści zobowiązania wynikającego z OPZ, powinni zasygnalizować przedmiotową okoliczność jeszcze przed upływem terminu na składania ofert.

Ponadto zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wykazał również dlaczego przyjęta przez niego wada uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co tym bardziej potwierdzało nieprawidłowość tej czynności. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że opis przedmiotu zamówienia skutkowałby zawarciem przez zamawiającego umowy z pokrzywdzeniem Wykonawcy. Tym samym zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Swoją decyzję zamawiający oparł wyłącznie na subiektywnej interpretacji zapisów dokumentacji i umowy, która dodatkowo w świetle przywoływanych wcześniej okoliczności charakteryzujących przedmiot zamówienia, jak również działań i stanowiska wykonawcy, który złożył odwołanie, a przede wszystkim brzmienie przepisów ustawy nie może zostać uznana za podstawę do podjęcia tak istotnej decyzji jak unieważnienie postępowania

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie

zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: