

Sygn. akt: KIO 1367/21

WYROK
z dnia 8 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Warmia i Mazury Sp. z o.o. z siedzibą w Szczytnie;**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 28 kwietnia 2021 r. polegającej na unieważnieniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

Warmia i Mazury Sp. z o.o. z siedzibą w Szczytnie (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostosowanie infrastruktury lotniska Olsztyn-Mazury do II kategorii systemu ILS”; numer referencyjny: WIM.DEA.0812.15.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od progów unijnych, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 255-642978

W dniu 12 kwietnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego. Następnie, pismem z 28 kwietnia 2021 r., doręczonym odwołującemu w tym samym dniu, poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 10 maja 2021 r. wykonawca: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, podjętej w dniu 28 kwietnia 2021 r. zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy stwierdzona rozbieżność pomiędzy treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych, wynikająca ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) po modyfikacji a ogłoszeniem o zamówieniu (po sprostowaniu), nie może być uznana za istotną zmianę okoliczności powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, co jednocześnie doprowadziło do unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i dokonania przez zamawiającego

unieważnienia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy stwierdzona rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ (po modyfikacji) a treścią ogłoszenia (po sprostowaniu) w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych, która wynika z SIWZ i z ogłoszenia o zamówieniu (po sprostowaniu), jako nieistotna, nie stanowi o niemożliwej do usunięcia wadzie postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją było unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i unieważnienie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki do unieważnienia postępowania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania; unieważnieniu czynności polegającej na unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którą złożył odwołujący.

Zamawiający poinformował wykonawców, w dniu 10 maja 2021 r., o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ oraz zmian wprowadzonych do tych dokumentów, treścią ofert złożonych w postępowaniu a także po zapoznaniu się z odwołaniem, wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019).

Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 10 maja 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, a następnie czynność tą unieważnił, podejmując jednocześnie decyzję o unieważnieniu postępowania w sprawie zamówienia pomimo, że nie zaistniały ku temu przesłanki opisane w przepisach ustawy Pzp. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący uzyskałby zamówienie, wykonałby je i osiągnął zysk ekonomiczny z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w dniu 31 grudnia 2020 r. zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie, publikując ogłoszenie o zamówieniu. SIWZ dla przedmiotowego postępowania została zmodyfikowana 10 lutego 2021 r. Zmiany objęły swoim zakresem

między innymi modyfikację warunku udziału w postępowaniu, w tym postanowień zawartych w Rozdziale VIII pkt 1 lit. c, w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych wymaganych dla kierownika robót sanitarnych.

Zgodnie z treścią SIWZ (po zmianach) wykonawcy, którzy mieli zamiar ubiegać się o zamówienie zobowiązani byli wykazać, że dysponują zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujących się łącznie następującymi, wskazanymi przez zamawiającego kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem oraz doświadczeniem zawodowym, odpowiadającym funkcji, jaka zostanie im powierzona, w tym kierownikiem robót sanitarnych o następujących kwalifikacjach zawodowych: Wykształcenie techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm.) i Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r., poz. 831) lub im odpowiadające, ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 220).

Z kolei zgodnie z brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu (które nie zostało przez zamawiającego skorygowane) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujących się łącznie następującymi, wskazanymi przez zamawiającego kwalifikacjami zawodowymi, wykształceniem oraz doświadczeniem zawodowym, odpowiadającym funkcji, jaka zostanie im powierzona, w tym kierownikiem robót sanitarnych o następujących kwalifikacjach zawodowych: Wykształcenie techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności sieci i instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) i Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r., poz. 831) lub im odpowiadające, ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw

Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 220).

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 12 kwietnia 2021 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego. Następnie, 28 kwietnia 2021 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i o unieważnieniu postępowania, wskazując jako podstawę prawną unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję argumentował, że w toku czynności sprawdzających (autokontrola) prowadzonych przez zamawiającego ujawniono, że w ogłoszeniu zmian lub dodatkowych informacji (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, 2020/S 255-642978) na roboty budowlane przekazanym urzędowi publikacji Unii Europejskiej oraz opublikowanym w Dzienniku Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 031- 078304 w dniu 15 lutego 2021 r., nie została ujęta zmiana w zakresie kwalifikacji zawodowych wymaganych dla kierownika robót sanitarnych. Warunek ten został zmieniony, jednakże zmiana ta dokonana została jedynie w obrębie SIWZ, nie uwzględniając zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu. Zmiana SIWZ została podana do wiadomości wykonawców biorących udział w postępowaniu przez publikację na stronie internetowej zamawiającego. W konsekwencji doszło do rozbieżności w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ dostępnej na stronie internetowej zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu (kwalifikacje kierownika robót sanitarnych). W dalszej części uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 36 oraz art. 41 ustawy Pzp obowiązkowymi elementami ogłoszenia oraz SIWZ jest opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zamawiający ocenił jako istotną rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ a treścią ogłoszenia, która według niego może mieć wpływ na decyzje wykonawców o tym, czy złożą oferty w postępowaniu. Dalej zamawiający wymienia przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, który nakłada obowiązek zmian treści ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zmiany treści SIWZ. Powyżej wskazane przyczyny, według zamawiającego, stanowią podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że powyższe naruszenia mogą mieć skutek w postaci nałożenia na niego korekty finansowej przez instytucje kontrolne, które weryfikują prawidłowość prowadzonego postępowania w przypadkach, gdy zamawiający ubiega się o dofinansowanie zadania ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający argumentował jednocześnie, że nie mógł przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym, dlatego też w jego opinii zasadne jest unieważnienie postępowania także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia stwierdzić należy, że nie była sporna w niniejszej sprawie okoliczność, że zamawiający z naruszeniem wskazywanych przez niego przepisów, w szczególności art. 38 ust. 4 i art. 41 ustawy Pzp, zaniechał dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, gdy takiej zmiany dokonał w treści SIWZ. Istotą sporu była natomiast ocena prawna tego zdarzenia, odwołujący nie zgadzał się bowiem z twierdzeniem, że powyższe naruszenia mogą mieć istotny wpływ na decyzje wykonawców o tym, czy złożą oferty w postępowaniu, a w konsekwencji, że naruszone zostały w ten sposób naczelne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Izba, oceniając zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie nie zaszyły okoliczności uprawniające zamawiającego do podjęcia decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, albowiem nie ziściły się podstawy dla takiej decyzji określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Orzekając o zasadności podjętej przez zamawiającego decyzji, Izba oparła się wyłącznie na uzasadnieniu zamawiającego, które sformułował w piśmie z 28 kwietnia 2021 r. Przypomnieć bowiem należy, że oceniając czynności podejmowane w toku postępowania, skład orzekający bierze pod uwagę wyłącznie argumentację wyrażoną w treści pism, kierowanych do wykonawców ubiegających się o zamówienie. Tym samym wszelkie inne przesłanki i powody, które leżały u podstawy decyzji zamawiającego, wyrażone w toku postępowania odwoławczego nie są brane pod uwagę.

Jak już zauważono niesporny w niniejszej sprawie był stan faktyczny, nie ulega bowiem wątpliwości, że wystąpiła rozbieżność w literalnym brzmieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikająca z treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, która nastąpiła na skutek modyfikacji SIWZ przez zamawiającego w dniu 10 lutego 2021 r., czyli już po wszczęciu postępowania. Nie można jednak uznać, że owa rozbieżność jest na tyle istotna, iż miała ona wpływ na konkurencję w tym postępowaniu. Zgodzić należało się z odwołującym, że stanowi ona wyłącznie dostosowanie brzmienia zapisów dotyczących nazwy specjalizacji, w zakresie której kierownik robót sanitarnych powinien posiadać uprawnienia, do brzmienia (nazwy specjalizacji) wynikającego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Przesądza to, że zmianę tę należy ocenić jako mającą charakter porządkowy, nie wprowadzający nowych treści, a w konsekwencji nieistotny.

Znaczenie tej zmiany oceniać należy także w kontekście ewentualnego wpływu, jaki ma ona na krąg potencjalnych wykonawców, zamierzających ubiegać się o to zamówienie.

Tu z kolei należy jednoznacznie stwierdzić, że stosując wykładnię literalną treści warunku, opisanego zarówno w SIWZ (po modyfikacji) jak i w ogłoszeniu (po sprostowaniu), należy wywieść, że wykonawca musiał wykazać, że dysponuje osobą kierownika robót sanitarnych. Określona w ten sposób funkcja na budowie, jako samodzielna funkcja techniczna w budownictwie podlega ścisłym regulacjom przepisów prawa przywołanym przez zamawiającego w obu dokumentach, przy czym dostrzeżenia wymaga, że zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SIWZ zamawiający odwołał się do tych samych aktów prawnych, czyli ustawy Prawo budowlane i rozporządzenia w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Skoro zatem funkcję kierownika robót sanitarnych, w myśl wskazanych przepisów, może wykonywać wyłącznie osoba posiadająca odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, stwierdzone decyzją w postaci nadanych tej osobie uprawnień budowlanych, wydaną przez organ samorządu zawodowego, wpisana do centralnego rejestru (właściwa izba samorządu zawodowego), to niezależnie od tego w jaki sposób opisał to zamawiający, w myśl przepisów prawa kierownik robót sanitarnych musi legitymować się stosownymi uprawnieniami budowlanymi. W przypadku branży sanitarnej osoba wskazana przez wykonawcę musiała legitymować się więc uprawnieniami uzyskanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, gdyż żadne inne uprawnienia nie są w tej specjalności wydawane.

Zamawiający, zmieniając treść SIWZ, dostosował jej brzmienie do treści obowiązujących przepisów, w myśl których w tej specjalności uprawnienia budowlane nadawane są w zakresie: „instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń”. Z kolei w pierwotnym brzmieniu zamawiający nie określił pełnej nazwy uprawnień, co jednak jak zauważono powyżej, pozostaje bez wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, którzy zamierzali ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Dowodem na to, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie mieli wątpliwości w zakresie wymagań zamawiającego jest okoliczność, że po dokonanej zmianie SIWZ żaden z nich nie zgłaszał wątpliwości co do treści dokumentów publikowanych w postępowaniu. Ponadto kilku wykonawców odpowiedziało na ogłoszenie o przetargu i złożyło swoje oferty, co dodatkowo potwierdza, że przedmiotowa rozbieżność nie wzbudziła wątpliwości również w zakresie odnoszącym się do tego, w jaki sposób należy wykazać spełnienie tego warunku.

Odnosząc się z kolei do wskazywanych przez zamawiającego przesłanek unieważnienia postępowania, które przywołał w treści pisma informującego wykonawców

o unieważnieniu postępowania Izba stwierdziła, że brak było podstaw prawnych dla zastosowania w niniejszej sprawie zarówno przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak również art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2021 r., jako jedną z podstaw prawnych czynności unieważnienia postępowania, był art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w myśl którego unieważnia się postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Powyższy przepis, w zakresie możliwości unieważnienia postępowania wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można unieważnić, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03 "istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie". Omawiana przesłanka unieważnienia postępowania stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, wyrażającego się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych. Często się bowiem zdarza, że wskutek nadzwyczajnych okoliczności, które zaistniały już po wyborze najkorzystniejszej oferty, realizacja zamówienia na określonych w niej warunkach byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takim wypadku zamawiający, powołując się na interes publiczny, ma możliwość unieważnienia postępowania. Jak podkreślił jednak sąd w cytowanym orzeczeniu omawiana przesłanka powinna być przez zamawiających wykorzystywana wyjątkowo i tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

W każdej jednak sprawie, w której zamawiający podejmuje decyzję o zastosowaniu powyższego przepisu powinien wykazać, że zmiana ta faktycznie wystąpiła i jest istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też jego wykonanie, nie leży już w interesie publicznym. Do unieważnienia postępowanie o zamówienie nie wystarczy zatem sama możliwość zmiany okoliczności. Ponadto okoliczności nieprzewidziane, o których jest mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego już w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją, w której prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający, w uzasadnieniu faktycznym, powołał się bowiem jedynie na hipotetyczną możliwość utraty dofinansowania zamówienia w przypadku, gdy instytucja kontrolująca stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miały lub też mogłyby mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oznacza to, że podstawą unieważnienia jest jego własny interes, przejawiający się w konieczności sfinansowania części zamówienia w przypadku, który w dodatku nie miał miejsca tj. w razie nałożenia potencjalnej korekty finansowej.

Z pewnością zamawiający nie udowodnił, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Decydując się na zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powinien był wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, gdyż tylko w ten sposób jest w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców.

Co więcej zamawiający sam przyznał, że nadal jest zainteresowany realizacją zamówienia, mającego na celu poprawę jakości infrastruktury lotniskowej, oczekuje jedynie aby zadanie to sfinansowane było w całości ze środków zewnętrznych. Z tego powodu, że zamawiający obawia się o możliwość wystąpienia konieczności sfinansowania zamówienia ze środków własnych, w wymiarze większym niż pierwotnie zakładany przy podejmowaniu decyzji o realizacji inwestycji, nie może podejmować decyzji o unieważnieniu postępowania, powołując się na powyższą regulację.

Z kolei powołując się na przesłankę wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający wywodził, że w jego ocenie mamy do czynienia z taką wadą postępowania, która nieusuwalna na obecnym etapie, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. O ile zgodzić się należy z zamawiającym, że z cytowanych przez niego przepisów art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 41 ustawy Pzp wynika, że zmiana SIWZ pociąga za sobą konieczność zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i że te dwa dokumenty winny być spójne, to jednak nie sposób podzielić oceny, że każda rozbieżność w treści tych dokumentów ma ten skutek, że konieczne jest unieważnienie postępowania.

W niniejszej sprawie, jak już zauważono wcześniej, rozbieżność pomiędzy treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą z treści SIWZ po dokonanych zmianach a ogłoszeniem o zamówieniu ma charakter porządkowy i nie ma wpływu na krąg potencjalnych wykonawców. Analiza zaistniałych rozbieżności pomiędzy treścią warunku udziału w

postępowaniu zawartego w SIWZ a opisem treści warunku zawartego w ogłoszeniu wskazuje zatem, że ryzyko polegające na możliwości nałożenia na zamawiającego korekty z tego tytułu - praktycznie nie występuje.

Nie bez znaczenia dla oceny w niniejszej sprawie jest również okoliczność, że zamawiający w sprostowaniu ogłoszenia zmian z dnia 10 lutego 2021 r. wskazał w pkt VII.2) „Inne dodatkowe informacje”, że „W ogłoszeniu zamieszczono skróconą (ze względu na limit znaków) informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz o wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków w zakresie zgodnym z dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 (dyrektywa klasyczna) albo 2014/25 (dyrektywa sektorowa) oraz rozporządzeniem Komisji (UE) 215/1986 (wymogi sekcji III w polach III. 1. 1) do 111.1.3)3 formularza Ogłoszenia o zamówieniu. W SIWZ dostępnej na stronie <https://bipmazuryairport.warmia.mazury.pl> zamieszczono wszelkie i wyczerpujące informacje o zamówieniu, w tym pełną informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz o wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków.”. Powyższe oznacza, że zamawiający zaznaczył, że każdy zainteresowany wykonawca, oprócz zapoznania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu, winien również sięgnąć do szczegółowych warunków dotyczących tego zamówienia, w tym warunków udziału w postępowaniu, zawartych w treści SIWZ. Nadał w ten sposób zapisom SIWZ znaczenie nadrzędne, co jednoznacznie przesądza o tym, że nie jest możliwe, aby w zaistniałym stanie faktycznym uchybienie zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania i stanowiło o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :