

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp.j.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j.

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000888560
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Biuro:	Telefon:	E-Mail:
Wrocław	0048 71 326 51 40	wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 10 maja 2021 r.

Odwołujący: **Max Bögl Polska Sp. z o.o.**, adres: ul. Michała Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław, nr KRS: 0000100599,
zastępowana przez Adwokat Wioletę Hucał, adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. j., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław, e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl; whu@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Warmia i Mazury sp. z o.o.**, adres: Szymany 150, 12-100 Szczytno, email: zarzad@mazuryairport.pl tel.: +48 895443400, Faks: +48 897222776

Dotyczy: Postępowania o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „**Dostosowanie infrastruktury lotniska Olsztyn-Mazury do II kategorii systemu ILS**” Numer referencyjny: **WIM.DEA.0812.15.2020**”, („Postępowanie”) **Ogłoszenie o zamówieniu**: z dnia 31 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 255-642978

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Spółki **Max Bögl Polska Sp. z o.o.**, adres: ul. Michała Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław, dalej jako: „**Odwołujący**”, w oparciu o pełnomocnictwo (w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych („**nowe Pzp**”) w związku z



art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, niniejszym wnoszę odwołanie **wobec czynności Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu.**

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam:**

- **naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 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 wynikającą 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,
- **naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 i ust. 6 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 ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (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,
- **naruszenie art. 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 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.



W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę** 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;

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego – poprzez unieważnienie Postępowania - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego stanowiła dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą, w szczególności jest ofertą zgodną z wymogami SIWZ, z ceną rynkową, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, (Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej).

Unieważnienie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i w konsekwencji odstąpienie od podpisania umowy z Odwołującym, wprost godzi w interes Odwołującego, polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Termin do wniesienia odwołania

Odwołujący dowiedział się o unieważnieniu Postępowania oraz o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z pisma Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2021 r., które otrzymał w tym samym dniu. W związku z tym termin na wniesienie odwołania został zachowany, zgodnie z art. 515 nowego Pzp.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2020 roku ogłosił wszczęcie Postępowania, którego przedmiot obejmuje budowę w zakresie objętym dokumentacją projektową dla inwestycji pn. „Dostosowanie infrastruktury lotniska Olsztyn- Mazury do II kategorii systemu ILS”. W dniu 10 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, która objęła swoim zakresem także niewielką 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.

W dniu 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w tym Postępowaniu. Następnie Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r., doręczonym Odwołującemu także dnia 28 kwietnia 2021 r., poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i o unieważnieniu Postępowania.



Jako podstawę unieważnienia Postępowania Zamawiający podał art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 Pzp i wskazał, że: „w toku czynności sprawdzających (autokontrola) prowadzonych przez Zamawiającego ujawniono, że w ogłoszeniu zmian lub dodatkowych informacji (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, 2020/S255– 64 2978) na roboty budowlane przekazanyemu urzędowi publikacji Unii Europejskiej oraz opublikowanemu w dzienniku Unii Europejskiej 20 21/S031– 078304 dnia 15 lutego 2021 roku nie ujęta została 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 Zamawiającego¹.** W konsekwencji doszło do rozbieżności w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ dostępnej na stronie internetowej zamawiającego zakresie warunków udziału w postępowaniu (kwalifikacje kierownika robót sanitarnych)”. W dalszej części uzasadnienia do czynności unieważnienia Postępowania Zamawiający podaje, że zgodnie z art. 36 oraz art. 41 Pzp obligatoryjnymi 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 Zamawiającego może mieć wpływ na decyzje wykonawców o tym, czy składają oferty w postępowaniu. Dalej Zamawiający wskazuje na art. 38 ust. 4 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 Pzp. Zamawiający jednocześnie w uzasadnieniu wskazuje na możliwość nałożenia na niego korekty finansowej oraz podaje, 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 opinii Zamawiającego zasadne jest unieważnienie postępowania także na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Dowód: dokument zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Nie sposób zgodzić się z unieważnieniem postępowania w tej sytuacji wobec przedstawionych niżej argumentów.

II. Brak istotnej rozbieżności pomiędzy treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a ogłoszeniem o zamówieniu w kontekście zarzutów dotyczących braku podstaw do unieważnienia Postępowania.

Jak to już zostało na wstępie wskazane, u podstaw decyzji Zamawiającego o dokonaniu czynności unieważnienia Postępowania legła ujawniona w wyniku autokontroli rozbieżność pomiędzy treścią

¹ Pogrubienie własne



10 maja 2021

warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a ogłoszeniem o zamówieniu, która nastąpiła na skutek modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego w dniu 10 lutego 2021 r., czyli już po wszczęciu Postępowania.

Zamawiający uznał tę rozbieżność za istotną, choć *de facto* 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, co oznacza, że zmiana ta ma charakter porządkowy i kosmetyczny. Dla lepszego oddania istoty zmiany Odwołujący przedstawia przedmiotowe zapisy w formie tabeli.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującym 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:**

Brzmienie pierwotne (zawarte w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu)	Brzmienie po modyfikacji SIWZ (zawarte w SIWZ, omyłkowo nieujawnione w sprostowaniu ogłoszenia o zamówienia)
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 (tekst jednolity: 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)	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 (tekst jednolity: 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)

Zestawienie powyżej zacytowanych postanowień SIWZ z treścią sprostowania Ogłoszenia wskazuje, w sposób oczywisty, na fakt, że różnice te nie mają charakteru istotnego, zatem nie stanowią one podstawy



do przyjęcia, że przy zastosowaniu wykładni literalnej treści tych postanowień wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu na skutek różnicy w ich brzmieniu mogliby podjąć decyzję o zrezygnowaniu z udziału w postępowaniu. Bezspornym bowiem jest, że Zamawiający zarówno w SIWZ (po modyfikacji) jak i w ogłoszeniu (po sprostowaniu) określił, że Wykonawca musi dysponować osobą kierownika robót sanitarnych. Funkcja kierownika robót na budowie, niezależnie od branży, jako samodzielna funkcja techniczna w budownictwie (zawód zaufania publicznego) podlega ścisłym regulacjom przepisów prawa przywołanym przez Zamawiającego w obu dokumentach (art. 12 i następne ustawy Prawo Budowlane). Funkcję kierownika robót sanitarnych w myśl przepisów może wykonywać wyłącznie osoba posiadająca odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, stwierdzone decyzją, zwaną "uprawnieniami budowlanymi", wydaną przez organ samorządu zawodowego, wpisana do centralnego rejestru (właściwa izba samorządu zawodowego). I tak, niezależnie od tego jak literalnie opisał to Zamawiający, w myśl przepisów prawa kierownik robót sanitarnych musi m.in. legitymować się stosownymi uprawnieniami budowlanymi. W zakresie „branży sanitarnej” w myśl obowiązujących i powołanych przez Zamawiającego przepisów należy legitymować się m.in. uprawnieniami uzyskanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, żadne inne uprawnienia nie są bowiem w tej specjalności wydawane. Zatem już samo wskazanie obowiązku dysponowania kierownikiem robót sanitarnych przez wykonawcę z uprawnieniami bez ograniczeń, należy uznać, że w istocie w obu przypadkach mamy do czynienia z tym samym wymogiem kadrowym ponieważ w tym przypadku zakres niezbędnych uprawnień wskazuje de facto ustawa. Dopiero w zakresie oczekiwanego doświadczenia dla danej osoby sprawującej samodzielną funkcję techniczną w budownictwie możemy mówić o sformułowanym przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a ten w przypadku obu dokumentów brzmi identycznie.

Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, że w obu przypadkach Zamawiający odwołuje się do tych samych aktów prawnych, czyli ustawy Prawo budowlane i rozporządzenia w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, który to akt prawa posługuje się właśnie następującą nazwą specjalności uprawnień budowlanych, czyli: **„instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń”**. W związku z tym, że nazwa uprawnień przez lata ulegała zmianom zdarza się, że Zamawiający opisując wymagania dot. kwalifikacji kierownika robót, w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, wskazuje na roboty, które mają być przez niego nadzorowane, a nie stosuje oficjalnej nazwy uprawnień. Podkreślić w tym miejscu należy, że **dla każdego doświadczonego wykonawcy jest oczywiste, że kierownik robót sanitarnych musi posiadać wymagane prawem uprawnienia, a w obecnie obowiązujących przepisach noszą one taką pełną nazwę.**

Modyfikacja SIWZ miała więc charakter wyłącznie porządkowy, bowiem nie zmieniła ona w żadnym zakresie pierwotnie określonego wymogu kadrowego, a jej omyłkowe nieujawnienie w ogłoszeniu o zamówieniu nie miało znaczenia z punktu widzenia zapewnienia Postępowaniu prawidłowego biegu,



tym bardziej z punktu widzenia reguł konkurencji, jakie wynikają z art. 7 ust. 1 Pzp i pozostaje bez wpływu na krąg wykonawców, a co za tym idzie na wynik Postępowania. W ocenie Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że intencją Zamawiającego było wyłącznie doprecyzowanie nazwy specjalności tak, aby odpowiadała ona literalnemu brzmieniu, jaki wynika z przywołanych już w pierwotnym ogłoszeniu i SIWZ aktów prawnych.

Zmiana powinna być więc uznana za nieistotną z punktu widzenia konieczności zapewnienia prawidłowego przebiegu Postępowania i ochrony konkurencji, co szerzej omawia się także w dalszej części niniejszego odwołania.

III. Brak podstaw prawnych do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Jak wskazano w wyroku KIO z 13 stycznia 2012 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2808/11: *„działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym”*.

Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2021 r., jako podstawę czynności o unieważnieniu Postępowania, Zamawiający wskazał m.in. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, w myśl którego Zamawiający unieważnia 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*.

Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp należy stwierdzić, po pierwsze, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, **a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to faktycznie zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym**. W konsekwencji powyższego *„koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym”* wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 398/09.



Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 28 kwietnia 2021 r. nie sposób odnaleźć wskazania przez Zamawiającego przesłanek do unieważnienia postępowania na tej podstawie.

Zamawiający podaje w uzasadnieniu, że: „zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w przypadku uznania przez właściwe instytucje kontrolne, że naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp oraz brak zgodności pomiędzy treścią SIWZ a ogłoszenia o zamówieniu (jego zmiany) miało wpływ na wynik postępowania, to właściwe instytucje kontrolne byłyby władne wymierzyć korektę finansową wymiarze do nawet 25% wartości wydatków kwalifikowanych. Mając na względzie wartość zamówienia opiewającą na blisko 20 milionów złotych realizacja zamówienia przy założeniu nawet 5% wartości wydatków kwalifikowanych nie leży w interesie publicznym. (...) dodatkowo w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 roku KIO 428/16, stwierdzono, że interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych statutowych, dla których realizacji został utworzony podmiot. Celem realizacji zamówienia jest poprawa jakości infrastruktury lotniskowej wyłącznie przy zakładanym poziomie pozyskania dotacji z budżetu Unii Europejskiej. Zakładając wymierzenie znacznej korekty finansowej realizacja zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnym wypadku wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym (KIO 176/10) poprzez wydatkowanie środków finansowych własnych w wymiarze istotnie większym aniżeli zakładany przy podejmowaniu decyzji o realizacji inwestycji. W momencie wszczęcia postępowania Zamawiający nie mógł przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym”.

Mając na uwadze treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania, Odwołujący podnosi, że:

- 1) **Zamawiający dokonał unieważnienia w związku z ewentualną, hipotetyczną możliwością hipotetycznego nałożenia na niego korekty finansowej i w obawie przed potencjalną korektą.** Okoliczność ta nie stanowi sytuacji faktycznej – zaistniałej w obiektywnej rzeczywistości, bowiem nie jest zdarzeniem dokonany. Zatem w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nie zaistniała przesłanka do jego zastosowania, bowiem jest to tylko jeden z możliwych scenariuszy, jaki według Zamawiającego może nastąpić, **ale nie nastąpił, co oznacza, że nie stanowi podstawy faktycznej, istniejącej w obiektywnej rzeczywistości do ustalenia braku interesu publicznego w udzieleniu zamówienia.** Ponadto skoro nałożenie korekty nie nastąpiło, to nie można w ogóle odnosić się do tego, czy okoliczność ta ma charakter istotny czy nieistotny, z tej przyczyny, że okoliczności tej po prostu nie ma – nie wystąpiła i jako nieistniejąca nie podlega ocenie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2018 r. w sprawie o sygnaturze KIO 108/18: „Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że wątpliwości Zamawiającego co do interpretacji postanowień SIWZ same w sobie nie mogą być podstawą do unieważnienia postępowania. Podobnie obawa nałożenia kary finansowej przez jednostkę pośredniczącą nie stanowi takiej wady (wady o istotnym charakterze)”;

- 2) **rozbieżność pomiędzy treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a ogłoszeniem o zamówieniu (po sprostowaniu) jest wynikiem działań Zamawiającego.** Tymczasem w orzecznictwie podkreśla się, że: „*zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego.*” (tak KIO w sprawie o sygnaturze KIO 99/16);
- 3) **każdy Zamawiający realizujący zamówienia z udziałem dofinansowania ze środków UE przyjmuje w chwili zawarcia umowy na dofinansowanie ryzyko wynikające z ewentualnej możliwości nałożenia na niego korekty finansowej,** co wyklucza możliwość uznania, że obawa przed nałożeniem korekty finansowej może stanowić podstawę do unieważnienia Postępowania. Gdyby uznać za prawidłową podstawę faktyczną przyjętą przez Zamawiającego w tym Postępowaniu jako powód do unieważnienia postępowania, to każde postępowanie współfinansowane ze środków UE mogłoby być na każdym etapie jego trwania unieważniane, tylko z tego powodu, że w jego istotę – specyfikę tego rodzaju zamówień, wpisane jest ryzyko związane z nałożeniem korekty i to ryzyko istnieje nieprzerwanie od momentu wszczęcia postępowania przetargowego do końcowego rozliczenia całego zamówienia. **W konsekwencji powyższego nie można przyjąć, że ryzyko nałożenia na Zamawiającego korekty jest zdarzeniem nagłym, którego Zamawiający nie mógł przewidzieć w dniu wszczęcia postępowania.** Istotą bowiem zamówień współfinansowanych ze środków UE jest to, że na Zamawiającego może zostać nałożona korekta w przypadku stwierdzenia określonego w umowie o dofinansowanie naruszenia. Jednocześnie możliwość nałożenia na Zamawiającego takiej korekty jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, dlatego nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp;
- 4) **rozbieżność pomiędzy treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) (po modyfikacji) a ogłoszeniem o zamówieniu (po sprostowaniu) ma charakter nieistotny,** a dokonana przez Zamawiającego zmiana w tym zakresie miała wyłącznie charakter porządkowy. Analiza rodzaju rozbieżności pomiędzy treścią warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ z warunkiem zawartym w ogłoszeniu **wskazuje na brak ryzyka możliwości nałożenia na Zamawiającego korekty z tego tytułu.** Powyższe twierdzenie Odwołujący formułuje na podstawie treści wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 18 marca 2020 r. w sprawie o sygnaturze I SA/Op 439/19, który badał stan faktyczny w analogicznej do przedmiotowej sprawy i stwierdził, że: „*Dokonując oceny naruszeń w zakresie publikacji warunków uczestnictwa w przetargu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i sytuacji ekonomicznej lub finansowej skarżący jakkolwiek naruszył prawo, to jednak naruszenie to nie stanowi nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 (skutkującej nałożeniem korekty).* *Naruszenie przepisów art. 38 ust. 4a pkt 1 p.z.p. może stanowić naruszenie prawa*

wspólnotowego, o którym mowa w tym przepisie. Przez prawo to należy rozumieć bowiem wszystkie przepisy, jakie regulują postępowanie w ramach, którego dochodzi do wydatkowania środków unijnych w ramach różnorodnych programów wsparcia, przy czym przepisy te muszą mieć taki charakter, że z ich naruszeniem musi wiązać się możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Szkada taka może mieć postać szkody rzeczywistej lub też tylko szkody potencjalnej. (...) Nie każda rozbieżność pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia a ogłoszeniem będzie prowadziła do ograniczenia naruszenia nakazu z art. 7 ust. 1 p.z.p. Nie każda rozbieżność ogranicza konkurencję, a skoro tak nie każda prowadzi do powstania potencjalnej szkody";

- 5) Nawet w sytuacjach, kiedy na Zamawiającego nałożona zostanie korekta finansowa, to okoliczność taka nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania, co wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.07.2018 r., KIO 1402/18);
- 6) Zamawiający w uzasadnieniu do unieważnienia Postępowania z dnia 28 kwietnia 2021 roku wskazuje także, że: „*interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych statutowych, dla których realizacji został utworzony podmiot. Celem realizacji zamówienia jest poprawa jakości infrastruktury lotniskowej wyłącznie przy zakładanym poziomie pozyskania dotacji z budżetu Unii Europejskiej. Zakładając wymierzenie znacznej korekty finansowej realizacja zamówienia byłaby niecelowa, w skrajnym wypadku wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym (KIO 176/19) poprzez wydatkowanie środków finansowych własnych w wymiarze istotnie większym aniżeli zakładany przy podejmowaniu decyzji o realizacji inwestycji*”. **Odwołujący wskazuje, że zaprezentowane przez Zamawiającego powyżej rozumienie interesu publicznego jest błędne, gdyż Zamawiający zakłada że interes publiczny jest tożsamy z interesem Zamawiającego.** Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r., II SA/Wa 488/10 stwierdził natomiast, że: „*Pojęcie „interesu publicznego” jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu*”. **Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania powołał się na interes publiczny, gdy tymczasem de facto wskazał jedynie na interes własny.** W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonuje mylnej wykładni pojęcia „interes publiczny”, który w kontekście przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, musi być rozumiany w kontekście ewentualnej „bezcelowości” kontynuowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z czym nie mamy do czynienia w Postępowaniu. Jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie, **interes publiczny łączy się z celem samej umowy, którym jest zaspokojenie określonych potrzeb zbiorowych.** Przyznaje to zresztą sam Zamawiający,

przywołując wyrok KIO 428/16 („*interes publiczny w ujęciu zadań Zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony*”). Kolizja wykonania umowy z tym interesem zachodzić będzie w przypadku, kiedy zamówione świadczenie stanie się bezcelowe. W tym przypadku Zamawiający jednakże nadal jest zainteresowany realizacją zamówienia mającego na celu poprawę jakości infrastruktury lotniskowej, co sam zresztą Zamawiający przyznaje. Zamawiający obawia się jedynie o możliwość wystąpienia konieczności sfinansowania zamówienia ze środków własnych w wymiarze większym niż pierwotnie zakładany przy podejmowaniu decyzji o realizacji inwestycji (o czym pisze Zamawiający w uzasadnieniu). Tego rodzaju obawy nie mogą jednak stanowić podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

- 7) Jedynie na marginesie Odwołujący zaznacza, że Zamawiający nie udowodnił nawet, że jego własny interes jest naruszony, ponieważ jako naruszenie własnego interesu podał zdarzenie przyszłe i niepewne, jakim jest potencjalna korekta finansowa, w związku tym należy przyjąć, że Zamawiający nie udowodnił, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Podsumowując, Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomimo braku zaistnienia przesłanek z niego wynikających, co stanowi naruszenie przepisów tego przepisu oraz zasad uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący łączy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp także z zasadą ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, w ujęciu wertykalnym, tj. w relacji Zamawiający – wykonawca. Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu Postępowania w obawie przed nałożeniem korekty finansowej świadczy o nadużyciu przez niego pozycji dominującej w tym Postępowaniu. Powszechnie przyjmuje się, że Zamawiający jest „gospodarzem postępowania”, przy czym Zamawiający może działać jedynie na podstawie prawa i w granicach prawa, tu: przepisów dopuszczających unieważnienie postępowania, które sprzeciwiają się unieważnieniu postępowania ze względu na własny interes Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 7 Pzp nie sprostął obowiązkowi przygotowania uzasadnienia dla dokonanej przez siebie czynności unieważnienia postępowania w sposób wyczerpujący, zgodny ze stanem prawnym i faktycznym, czym naruszył także ten przepis ustawy, w tym sensie, że podane podstawy faktyczne nie przystają do wskazanej przez Zamawiającego podstawy prawnej. Podanie przez Zamawiającego jako podstawę prawną do unieważnienia postępowania zdarzenia przyszłego i niepewnego powinno być potraktowane jako brak wykazania zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, a tym samym za brak uzasadnienia do zastosowania tego przepisu. Działanie Zamawiającego, który unieważnia postępowanie bezpodstawnie, powoduje po stronie wykonawców szkodę, na skutek uchylania się przez



Zamawiającego od udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył w Postępowaniu najkorzystniejszą ofertę.

IV. Brak podstaw prawnych do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp

Zamawiający równolegle, obok podstawy prawnej z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, wskazuje, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych spełnione są także podstawy do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Oparcie się przez Zamawiającego jednocześnie na obu przesłankach (tj. z pkt 6 i 7) jest wewnętrznie sprzeczne. W tym stanie faktycznym nie sposób mówić o jednoczesnym ziszczeniu się dwóch przesłanek unieważnienia, skoro pierwsza z nich musi być spowodowana okolicznościami zewnętrznymi, niezależnymi od Zamawiającego, a ewentualna wada postępowania, do której odnosi się przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w tym stanie faktycznym jest wynikiem wyłącznie działań i zaniechań samego Zamawiającego. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie ma możliwości, aby obie te przesłanki unieważnienia w tym stanie faktycznym rzeczywiście mogły zostać spełnione.

Odnosząc się z kolei do przesłanek wynikających z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, wskazać należy, że w myśl tego przepisu: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp 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, który na gruncie przedmiotowej sprawy nie istnieje. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w tym postępowaniu w istocie nie wykazał, jaka wada postępowania mogłaby spowodować unieważnienie przyszłej umowy.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający koncentruje się na opisanu uchybienia, jakie zostało popełnione, wykazując, że modyfikacja SIWZ w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie w sprostowaniu ogłoszenia o zamówienia, czego omyłkowo nie dokonano. Zamawiający nie dostrzega jednak, że nie każde uchybienie po stronie Zamawiającego jest podstawą lub powinno prowadzić do unieważnienia postępowania. Wada, w rozumieniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, musi wywierać tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej nieważność. Ten związek pomiędzy



ewentualną wadą postępowania a nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego musi zostać przez Zamawiającego wykazany.

W wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r., KIO 2389/16, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła - jakkolwiek wada postępowania”. Dodatkowo zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.07.2018 r. sygn. KIO 1402/18: „Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że czym innym jest stwierdzenie naruszenia określonego przepisu ustawy, czym innym zaś wada, która powoduje, że zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna. Sam fakt naruszenia przepisu ustawy nie skutkuje automatycznie tym, że umowa o udzielenie zamówienia będzie nieważna. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał, dlaczego, na podstawie jakiego przepisu zawarta umowa miałyby być nieważna. Należy także wskazać, że organ kontroli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, a samo takie stwierdzenie nie jest wystarczający do unieważnienia postępowania. Do unieważnienia postępowania niezbędne jest wykazanie, że postępowanie dotknięte jest wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Tymczasem Zamawiający wskazuje jedynie, że „mając na uwadze powyższe okoliczności postępowanie dotknięte jest istotną oraz nieusuwalną na obecnym etapie postępowania wadą, która ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania, tym samym postępowanie należało unieważnić stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo Zamówień Publicznych”, co nie może być uznane za dostateczne uzasadnienie podstaw do unieważnienia Postępowania.

Odwołujący podnosi w tym miejscu, że możliwość unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 Pzp, znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Jak przy tym wskazuje się w orzecznictwie: „Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może zatem mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania” (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10).

Zdaniem Odwołującego, stwierdzone rozbieżności pomiędzy treścią warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dotyczącym kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) a ogłoszeniem o zamówieniu (po sprostowaniu) nie mogłyby w żadnym wypadku prowadzić do unieważnienia

**umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

Z całą pewnością zaistniała sytuacja nie mogłaby być zakwalifikowana jako podstawa unieważnienia umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem ogłoszenie o zamówieniu było przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, podobnie jak jego sprostowanie, a zatem wykonawcy zainteresowani wzięciem udziału w Postępowaniu mieli wiedzę, że takie postępowanie się toczy, czego najlepszym dowodem jest to, że poza ofertą Odwołującego w Postępowaniu zostały złożone jeszcze inne oferty.

Tym bardziej nie sposób uznać, żeby w zaistniałym stanie faktycznym uchybienie Zamawiającego mogło być podstawą do stwierdzenia przez sąd unieważnienia umowy, jako mające lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania. W tym kontekście Odwołujący wskazuje, że:

- 1) różnica w brzmieniu warunku udziału w postępowaniu dotycząca kwalifikacji zawodowych kierownika robót sanitarnych była **zmianą porządkującą**, nie zmieniającą pierwotnego wymogu kadrowego i w żadnym wypadku nie powoduje zmiany kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Należy podkreślić, że nie mogło dojść do niewłaściwego zrozumienia wymogów przez wykonawców, skoro w postępowaniu złożono oferty, w tym taką, którą można wybrać jako najkorzystniejszą. Wymóg – warunek udziału, został określony jednoznacznie;
- 2) **jak Zamawiający sam wskazuje „Zmiana SIWZ została podana do wiadomości Wykonawców biorących udział w postępowaniu poprzez publikację na stronie internetowej Zamawiającego”, a zatem wykonawcy wiedzieli o zaistniałej zmianie.** Doświadczenie Odwołującego jako podmiotu, który stale i od wielu lat uczestniczy w postępowaniach przetargowych, wskazuje, że wykonawcy, przygotowując swoje oferty, bazują na postanowieniach zamieszczonych w SIWZ oraz w jego załącznikach takich jak przede wszystkim OPZ. Z tych też względów oczywistym jest, że skoro minimalnie zmodyfikowany warunek udziału w Postępowaniu został umieszczony przez Zamawiającego w SIWZ, to wykonawcy decydujący się na udział w Postępowaniu, nawet po zapoznaniu się treścią ogłoszenia, musieli go uwzględnić przy składaniu swojej oferty. Dokumentacja składająca się na SIWZ w swej treści stanowi dla wykonawców zbiór pełnych informacji na temat postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu, z racji chociażby ograniczeń systemowych, nie jest nośnikiem wszystkich treści potrzebnych wykonawcy do przygotowania oferty, z tych też przyczyn to dokumentacja składająca się na SIWZ jest dla wykonawców zbiorem wytycznych, wg których konstruują oni swoje oferty w danym postępowaniu;
- 3) Co więcej, zgodnie z art. 25a ust. 1 (dotyczy JEDZ): *Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:*

- nie podlega wykluczeniu oraz **spełnia warunki udziału w postępowaniu**,
- **spełnia kryteria selekcji**, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Odkąd stosowane są tzw. JEDZ-e, zostały zmodyfikowane formularze do ogłoszeń w „TED-zie”. W konsekwencji zdarza się, że Zamawiający umieszczają tylko część wymogów w ogłoszeniu lub nie umieszczają ich w ogóle, odsyłając w tym zakresie do SIWZ.

W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że sam 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 III.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 jasno wskazał, że każdy wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu musi sięgnąć do dokumentacji postępowania, w tym do zapisów SIWZ i porównać zapisy tego dokumentu z treścią ogłoszenia. Jednoznacznie więc Zamawiający nadał zapisom SIWZ pierwszeństwo przed zapisami zawartymi w ogłoszeniu, co jednoznacznie przesądza o tym, że nie jest możliwe, aby w zaistniałym stanie faktycznym uchybienie Zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik Postępowania i na konkurencję w Postępowaniu, a w konsekwencji na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Każdy z wykonawców i tak musiał się odnosić do zapisów SIWZ, w tym także w zakresie dotyczącym warunków udziału w Postępowaniu;

- 4) Dodatkowo warto wskazać na Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 296, str. 1 z późn. zm.), zgodnie z którymi w załączniku nr 2 ogłoszenie o zamówieniu, w sekcji III punkt 1.3) *Zdolność techniczną i kwalifikacje zawodowe*, Zamawiający ma do wyboru dwie opcje: może zaznaczyć „Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia” albo podać „Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji” (w domyśle zawodowych, czyli m.in. wymogów w zakresie kary) – samo określenie „krótki opis” wskazuje, że ustawodawca nie oczekuje w tym miejscu przytoczenia pełnych wymogów sformułowanych przez Zamawiającego odnośnie warunków udziału w postępowaniu, zatem tym bardziej trudno uznać rozbieżność w tym zakresie pomiędzy SIWZ i ogłoszeniem jako istotną dla ważności postępowania.

- 5) Odwołujący zwraca także uwagę, że ani warunek w brzmieniu pierwotnym ogłoszenia, ani rozbieżność pomiędzy treścią SIWZ (po modyfikacji) a ogłoszeniem o zamówieniu (po sprostowaniu) nie była przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców, nikt bowiem nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, co wskazuje na to, że żaden z potencjalnie zainteresowanych wykonawców nie uznał warunków sformułowanych przez Zamawiającego za nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i dodatkowo potwierdza, że wykonawcy, nie mieli wątpliwości, co do tego, jaka jest treść warunku udziału w Postępowaniu. Powyższe potwierdza również, że okoliczność ta nie miała wpływu na krąg wykonawców w Postępowaniu.
- 6) **Głównym przedmiotem tego zamówienia są roboty branży elektrycznej następną w kolejności pod względem zakresu jest branża drogowa, zaś zupełnie marginalną część zamówienia stanowią roboty branży sanitarnej, co wyraźnie widać w załączniku 4b do SIWZ, który Wykonawcy złożyli wraz z ofertami. Zarówno firmy wykonujące roboty elektryczne jak i drogowe w zdecydowanej większości posługują się w zakresie szeroko pojętej branży sanitarnej podwykonawcami. Trudno zatem twierdzić, że zaistniał choćby cień możliwości, żeby ktokolwiek zrezygnował z udziału w tym postępowaniu z uwagi na wymagania określone wobec kierownika robót w branży sanitarnej. Ponadto, co niemniej ważne, wymogi dla kadry w tym Postępowaniu ogólnie należy uznać za niewygórowane, czy to w zakresie kwalifikacji czy doświadczenia. Istotne jest też podkreślenie, że zakres robót z zakresu branży sanitarnej stanowi zaledwie promil prac, jakie są objęte zakresem niniejszego zamówienia.**

Jedynie uzupełniając, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 lutego 2021 r. w sprawie o sygnaturze 237/21: *„Przechodząc do argumentacji Zamawiającego dotyczącej obawy Zamawiającego nałożenia korekty finansowej za naruszenie przepisów ustawy pzp, jako że zamówienie jest dofinansowane ze środków unijnych, w ocenie Izby trudno stwierdzić, aby zaistniała wada, jak twierdzi Zamawiający, miała charakter "odstraszający" i zakłócający uczciwą konkurencję, czy też aby sposób opisu kryterium był niewystarczająco szczegółowy, biorąc pod uwagę, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, a wada nie powodowała niemożliwości zawarcia ważnej umowy ze względu na brak rzeczywistego wpływu na wynik w niniejszym postępowaniu. Podsumowując, Zamawiający nie wykazał, aby przedmiotowe postępowanie obarczone było wadą niemożliwą do usunięcia, niweczącą możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności mając na względzie dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp, że wada postępowania polega na naruszeniu przepisów ustawy pzp, mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego też Izba uwzględniła zarzuty odwołania, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny ofert.”.*

Z identyczną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. **Nie sposób przyjąć, mając w szczególności na względzie przepis art. 146 Pzp określający przesłanki unieważnienia**



postępowania, iż omyłka, której dopuścił się Zamawiający w tym postępowaniu, wpłynęła czy mogła wpłynąć na wynik postępowania.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2011 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2134/11, wskazano: *„Skoro naruszenia nie należą do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 p.z.p.), także nie mają, jak i nawet, nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 p.z.p.). Stosownie do dyspozycji art. 171 ust. 1 pkt 3 p.z.p., informacja o wynikach kontroli uprzedniej zawiera w szczególności zalecania pokontrolne, jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnianie postępowania lub usunięcia naruszeń. Skoro w przekazanej zamawiającemu przez Prezesa UZP informacji o wynikach kontroli uprzedniej brak było takich zaleceń uznać należało, że organ właściwy w sprawie kontroli prawidłowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie kontroli uprzedniej, stwierdzając zgodnie z art. 171 ust. 1 pkt 2 p.z.p. określone naruszenie przepisów p.z.p., konieczności unieważnienia postępowania nie stwierdził”*. Wyrok ten ma odniesienie do przedmiotowej sprawy.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać, aby w zaistniałym stanie faktycznym zostały spełnione przesłanki do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co oznacza, że dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia Postępowania była wadliwa.

Odwołujący podtrzymuje w tym miejscu także swoją argumentację, wskazaną we wcześniejszym punkcie odwołania, w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i przepisu art. 92 ust. 1 pkt 7 Pzp.

V. Nieuprawnione unieważnienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Konsekwencją podniesionych wcześniej zarzutów i twierdzeń jest także podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący braku podstaw do unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada SIWZ i zajęła najwyższą pozycję w tzw. rankingu ofert. Wobec powyższego istnieją przesłanki do uznania jej za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu. W sytuacji, gdy bezpodstawną okaże się czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za niezasadną powinna być też uznana czynność unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Oczywistym jest także, że dokonanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy nie zachodziły przesłanki do unieważnienia całego postępowania, doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, uznać należy, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.



10 maja 2021

Umocowanie do złożenia odwołania:

Na mocy pełnomocnictwa z dnia 29.04.2021r. udzielonego przez Odwołującego radcy prawnemu Annie Specht – Schampera, radcy prawnemu Aleksandrze Płudowskiej oraz na podstawie pełnomocnictwa substytucyjnego udzielonego przez radę prawną Aleksandrę Płudowską adwokat Wiolecie Hucał do wniesienia odwołania i reprezentowania Konsorcjum przed KIO odwołanie zostało wniesione prawidłowo.

Wioleta Hucał

Adwokat

Załączniki:

- pełnomocnictwa wraz z dokumentami rejestrowymi Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,