



Adresaci:

1. **FLORA Sp. z o.o., Sp. k., ul. Isep 11, 31-588 Kraków**
2. **STAR-KOP URBAŃCZYK Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 32-070 Czernichów**

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.40.24.BT, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni, w ramach doposażenia ogródka jordanowskiego przy ul. Ćwiklińskiej, dla realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Doposażenie ogródków jordanowskich na terenie Dzielnicy XII”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie.

**ZAWIADOMIENIE
o wyniku – unieważnieniu postępowania**

Szanowni Państwo,

Zamawiający informuje, iż zobowiązany był podjąć decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazuje, iż po otwarciu ofert, w trakcie trwania czynności ich badania zauważył, że nieprawidłowo opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia w pkt 21) 2.4.2 SWZ: „posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn. wykaże, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizował dwie roboty budowlane w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów budowlanych wraz z elementami małej architektury, zagospodarowaniem terenu i nasadzeniami zieleni w przestrzeni publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 27 marca 2003r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2023r. poz. 977 z późn. zm.), **w tym jednej tężni solankowej**, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, o łącznej wartości wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych)”.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje, że postawienie wymagania, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie budowy tężni solankowej, jest zbędnym i nieuzasadnionym, a przy tym nieproporcjonalnym do faktycznego zakresu niniejszego zamówienia.

Wyżej wskazany warunek był nadmierny, nieadekwatny, a tym samym nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a częściowo nawet, w zakresie doposażenia ogródka jordanowskiego, niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Warunek taki mógł faktycznie ograniczyć uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie Wykonawców, poprzez utrudnienie dostępu do zamówienia potencjalnym Wykonawcom, którzy nie dysponowali wiedzą i doświadczeniem spełniającymi wyżej wskazane nadmierne wymagania, ale dysponowali

doświadczeniem wystarczającym do wykonania zamówienia i powinni mieć możliwość ubiegania się o dane zamówienie.

Zamawiający zauważył również, iż w Oświadczeniu Wykonawcy dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2 do SWZ) w ppkt 2.2 oraz w Wykazie robót budowlanych wpisał: „posiadamy niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn. iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowaliśmy dwie roboty budowlane w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów budowlanych (...) **w tym jednej teżni solankowej (...)**”.

Powyższe omyłki i sprzeczności zostały dostrzeżone przez Zamawiającego niestety dopiero na etapie oceny złożonych ofert. Na tym etapie nie można już dokonać zmiany treści SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zgodnie z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający jedynie przed upływem terminu składania ofert może dokonać zmiany treści SWZ. Zaistniała wada jest wadą nieusuwalną i prowadzi do braku możliwości prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli wyboru z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz pozostałych zasad udzielenia zamówień opisanych w ustawie Pzp.

W efekcie zasadnym jest stwierdzenie, iż nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a przy tym brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej jest niemożliwą do usunięcia wadą na tym etapie postępowania, co obliguje Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Powyższe stanowisko potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO, które mimo zmiany stanu prawnego jest nadal aktualne. Zgodnie z tezą wyroku KIO z dnia 9 października 2020r., sygn. akt KIO 2348/20 „przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 p.z.p., w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 p.z.p. nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 p.z.p.). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania”.

Poprzez analogię znajduje również potwierdzenie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 912/15 z dnia 18 maja 2015r., w którym

wskazano, że: „1. Art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność. Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" (art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.).”

Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.06.2019r. (KIO 916/19), Izba wyraziła pogląd, że: „Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcji do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wynika to nie tylko z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, ale znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści art. 22 ust. 1a in fine Pzp stanowiącym o minimalnych poziomach zdolności.”

Dodatkowo potwierdzenie można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.06.2021r. (KIO 1163/21), w którym stwierdzono, że: „Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.”

Opisana wyżej wada, jest niemożliwa do usunięcia na tym etapie postępowania, gdyż upłynął już termin składania ofert, co uniemożliwia zmianę treści SWZ poprzez zastosowanie procedury przewidzianej w art. 286 ust. 1 ustawy Pzp. „Wprowadzanie zmian w Siwz dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażąco naruszenie p.z.p. i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne”, nadal aktualny Wyrok SO w Białymstoku z 28.04.2006r., II Ca 218/06.

W tym stanie rzeczy kontynuowanie postępowania i ewentualne dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty łączyłoby się z naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w przepisach ustawy Pzp. W konsekwencji należy uznać zasadnym, iż w przypadku dalszej kontynuacji procesu udzielenia zamówienia zawarta w wyniku przeprowadzenia niniejszej procedury umowa jako niezgodna z

prawem, byłaby obarczona wadą nieważności w oparciu art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 KC.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zmuszony jest do unieważnienia postępowania w oparciu o powołaną podstawę prawną. Opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne bezsprzecznie uzasadniają, iż unieważnienie postępowania na obecnym etapie jest konieczne, a także pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy istnieje normalny związek przyczynowy.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.