

## WYROK

z dnia 23 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **23 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 listopada 2017 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu pn. *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej nie sklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe* (nr postępowania MSS-TZP-ZPP-26-15/17)

prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce**  
**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Mazowieckiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – tytułem wpisu od odwołania;**

**2.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce na rzecz odwołującego – Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Ostrołęce.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej nie sklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe* (nr postępowania MSS-TZP-ZPP-26-15/17).

Ogłoszenie o zamówieniu 16 czerwca 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S\_111 pod poz. 223456.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

30 października 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Naprzód sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Medassist sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia {dalej również:

„Konsorcjum Naprzód”} – zawiadomieni o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

9 listopada 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

**1. Art. 93 ust. 1 pkt 7** – przez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec chybionego uznania, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a tym samym nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej organizatora przetargu w tym postępowaniu.

- 2.Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 – przez chybione uznanie, że umowa, która zostałaby zawarta z wybranym wykonawcą podlegałaby unieważnieniu, w sytuacji gdy brak jest podstaw do takiego uznania.
- 3.Art. 93 ust. 3 – przez zaniechanie podania w sposób pełny, konkretny i prawidłowy uzasadnienia prawnego unieważnienia postępowania.
- 4.Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i nieuprawnione unieważnienie postępowania p o dacie otwarcia ofert, wbrew celowi postępowania, którym jest udzielenie w sposób uczciwy i konkurencyjny zamówienia publicznego, a nie zakończenie tego postępowaniu po zapoznaniu się z ofertami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp oraz art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp, wskazując, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący przytoczył również następującą treść uzasadnienia faktycznego podanego przez Zamawiającego: *Wadę postępowania stanowią czynności Zamawiającego w zakresie braków zapisów warunków postępowania i dokumentów ich potwierdzających w ogłoszeniu w DUUE. (...) Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (nie ma wykonawcy, a zatem nie ma z kim zawrzeć umowy). Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert lub warunków udziału w postępowaniu, która jest niedopuszczalna.*

Odwołujący dodał, że Zamawiający na podstawie zmodyfikowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i swojej czynności nie uchylił.

Odwołujący podniósł, że podstawowym rozstrzygnięciem, do którego winien dążyć zamawiający ogłaszający postępowanie o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej. Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynane jest bowiem w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też do unieważnienia postępowania może dojść tylko w sytuacjach szczególnych, kiedy nie jest możliwe dalsze jego prowadzenie. 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 (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 sierpnia 2010 r., sygn. IV Ca 831/10). Nie każda wada postępowania wywołuje skutek w postaci obligatoryjnego unieważnienia procedury. Dla zastosowania tego skrajnego rozwiązania wymagane jest by, wada była bezwzględnie nieusuwalna oraz aby uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynność unieważnienia postępowania nie może służyć bezpodstawnemu wycofaniu się przez zamawiającego z postępowania, które nie spełniło jego oczekiwań, przykładowo co do ceny ofert, wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę itd. Takie zachowanie świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 pzp przez niezapewnienie w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji oraz oznacza nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej w tym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego fakt, że ogłoszenie o zamówieniu nie odzwierciedla w pełnym zakresie treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowi błąd Zamawiającego w przygotowaniu postępowania, który jednak, po pierwsze – nie ma wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, a po drugie – nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu. Zamawiający, który nie zachował należytej staranności nie może przenosić konsekwencji tego na poprawnie działającego wykonawcę.

Według Odwołującego skutki niestaranności Zamawiającego w kształtowaniu treści ogłoszenia należy usunąć w ten sposób, że Zamawiający nie będzie mógł wymagać od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym nie zadbał o ich uwzględnienie w treści ogłoszenia ani nie będzie mógł stosować fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie, w którym nie zadbał o ich uwzględnienie w treści ogłoszenia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 939/10), z którego uzasadnienia przytoczył stosowny fragment.

Odwołujący dodał, że obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawców znajdują zastosowanie z mocy samego prawa, na podstawie ustawy pzp i nie wymagają dla swej ważności umieszczenia w SIWZ czy w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie może również decydować o unieważnieniu postępowania na etapie po

otwarcu ofert, zapoznaniu się z ich treścią i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pzp dotyczą wyłącznie istotnych okoliczności zewnętrznych wobec Zamawiającego, niezależnych od niego, których nie mógł przewidzieć. Taka okolicznością nie jest niestaranność w przygotowaniu ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zaniechał wskazania, który z punktów ustępu 1 art. 146 Pzp znajduje zastosowanie w tym przypadku i na jakiej podstawie prawnej uznaje, że umowa o zamówienie publiczne podlegałaby unieważnieniu. Zdaniem Odwołującego powołanie się przez Zamawiającego na wszystkie punkty ww. przepisu oznacza, że decyzja Zamawiającego nie tylko nie zawiera wymaganego w art. 93 ust. 3 pzp uzasadnienia prawnego, ale jest nieprawidłowa.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, którego zarzutów jednak nie uznał.

W piśmie z 14 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że Odwołujący jest jedynym uczestnikiem prowadzonego postępowania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem stron nie składano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro w postępowaniu prowadzonym do dla jego udzielenia złożył ofertę. Jednocześnie czynności Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania narażają Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności i jako istotne dla rozpoznawanej sprawy:

W drugim akapicie zawiadomienia o unieważnieniu Zamawiający podał następujące uzasadnienie podjętej decyzji: *Wadę postępowania stanowią czynności Zamawiającego w zakresie braków zapisów warunków postępowania i dokumentów ich potwierdzających w ogłoszeniu w DUUE. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający pkt II*

*1.1.2 ustanowił warunki obligatoryjne i fakultatywne o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania, natomiast nie ujął wszystkich warunków w ogłoszeniu o zamówieniu i nie wskazał dokumentów potwierdzających ich spełnianie. Wskazana wada prawna po otwarciu ofert jest wadą nieusuwalną i stanowi to o nieważności procedury i ewentualnie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego z natury prawa – na podstawie art. 146 ust. 1 pkt. 1-6 ustawy.*

W trzecim akapicie Zamawiający powołał się na bliżej niesprecyzowaną opinię Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, której zacytowany fragment odnosi się do zupełnie innych okoliczności niż powyżej opisane, a przede wszystkim do nieaktualnego stanu prawnego. Konkluzja tej opinii odnosi się do uchylonego jeszcze w 2008 r. art. 38 ust. 5 pzp, który stanowił, że modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania {dodatkowo w przytoczonym fragmencie błędnie wskazano, jakoby taką treść miał art. 38 ust. 3 pzp, który to przepis, choć ulegał zmianie, zawsze dotyczył uprawnienia zamawiającego do zwołania zebrania wykonawców}. W tej części uzasadnienia {jako cytata w cytacie} pada stwierdzenie: *Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (nie ma wykonawcy, a zatem nie ma z kim zawrzeć umowy).*

Izba stwierdziła, że treść uzasadnienia unieważnienia podana Odwołującemu pochodzi ze znajdującego się w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego dokumentu pt. „Opinia. Zgodność z prawem zastosowania przepisów ustawy pzp w zamówieniu publicznym”, datowanej na 20 października 2017 r.". W dokumencie tym przeniesiony do powyższego uzasadnienia wniosek co do oceny prawnej został sformułowany na tle

stanu faktycznego opisanego jako wprowadzenie w pkt II.1.3.3) lit. e) s.i.w.z. warunku udziału dotyczącego zastrzeżenia na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, u których nie mniej niż 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. poz. 721 ze zm.), który nie został ujęty w polu III.

1.4 ogłoszenia o zamówieniu, w którym nie wskazano również, jakie dokumenty należy złożyć na jego potwierdzenie {str. 6 „Opinii...}.

W odpowiedzi na zobowiązanie przez Izbę na rozprawie do sprecyzowania, które warunki udziału w postępowaniu i dokumenty na ich potwierdzenie określone w specyfikacji nie znalazły odzwierciedlenia w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający ostatecznie oświadczył, że wada dokumentacji postępowania polegała na tym, że zarówno w modyfikacji SIWZ, jak i sprostowaniu ogłoszenia wprowadzono obowiązek zatrudnienia osób niepełnosprawnych, natomiast zabrakło wskazania dokumentów, jakich Zamawiający wymaga dla wykazania, że wykonawcy spełniają ten warunek.

W tych okolicznościach Izba s. twierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z aktualnego brzmienia tego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która jednocześnie: po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto bowiem konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny.

Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 7 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy z naruszeniem terminów *standstill*, konkretne nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów lub w postępowaniu po zawarciu umowy ramowej), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających.

Z kolei art. 146 pzp zawiera aktualnie w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia na umowy na podstawie opisanej w art. 146 ust. 6 pzp ma zatem wyłącznie Prezes UZP.

Od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych, jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Pomimo, że od strony podmiotowej jako adresata normy wskazano wyłącznie Prezesa UZP, nie sposób przyjąć, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obciążonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa UZP do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Taka interpretacja prowadziłaby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w przeważającej części trafnie przyjmują, że zamawiający unieważniając postępowania z powołaniem się na normę art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp – uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko okoliczności wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania na drodze sądowej zawartych już umów nie powinno powodować, że zamawiający nie mogą zapobiec ich zawarciu dzięki uprzedniemu unieważnieniu prowadzonego postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obciążone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, które negatywnie rzutują na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Z kolei choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera

klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Co do zasady wszczęte postępowanie powinno się bowiem zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog sytuacji jednoznacznie opisanych w pkt od 1 do 7 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej z ust. 6 art. 146 pzp.

W rozstrzyganej sprawie Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp, zgodnie z którym o unieważnieniu postępowania ..... o ... udzielenie ..... zamówienia ..... zamawiający ..... zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Obszerność uzasadnienia podanego przez Zamawiającego nie oznacza, że można je uznać za prawidłowo wskazujące z jakiego konkretnie powodu postępowanie zostało unieważnione i na jakiej konkretnie podstawie prawnej. Odnosnie uzasadnienia faktycznego Zamawiający zaniechał sprecyzowania stwierdzonych przez siebie braków ogłoszenia odnośnie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów je potwierdzających w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z ogólnej treści drugiego akapitu wynika jedynie (skoro użyto liczby mnogiej i wskazano na warunki obligatoryjne i fakultatywne), że więcej niż jeden warunek udziału opisany w specyfikacji nie został odzwierciedlony w ogłoszeniu (w takiej sytuacji brak wskazania w ogłoszeniu dokumentów jest oczywistą konsekwencją). Z niewiadomych powodów Zamawiający nie przeniósł z wewnętrznej opinii tej istotnej informacji, zamiast tego niepotrzebnie powielając obszernie fragment pozostający *de facto* bez związku ze stwierdzonym uchybieniem.

Nie tylko z tego powodu również uzasadnienie prawne podane przez Zamawiającego jest wadliwe. Zamawiający poprzestał w tym zakresie na powieleniu lakonicznie i enigmatycznie sformułowanego w opinii wniosku, który nie został logicznie wyprowadzony z ustalonego przez autora opinii stanu faktycznego. Zamiast analizy prawnej znaczenia prawnego zaistniałej rozbieżności pomiędzy specyfikacją a ogłoszeniem opinia ogranicza się do arbitralnego stwierdzenia, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest nieważne, a zawarta umowa byłaby nieważna z mocy prawa (dosłownie: „z natury prawa”), choć jednocześnie nie sprecyzowano podstawy prawnej, gdyż nie jest nim generalne odesłanie do art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp. Niczego nie wnosi niezwykle obszerne przytoczenie w opinii wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, z których część dotyczy nieaktualnego stanu prawnego, a żaden nie dotyczy stanu faktycznego choćby zbliżonego do ustalonego w opinii. W rezultacie przywołane orzecznictwo nie potwierdza w żaden sposób poprawności wniosku wysnutego w opinii, a wręcz przeciwnie jest zgodne z powyżej i poniżej zajętym przez Izbę stanowiskiem.

Już powyższe uchybienia stanowią wystarczającą podstawę do uwzględnienia odwołania, gdyż Odwołujący został zmuszony w istocie do zgadywania, jakie to konkretnie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego i na jakiej podstawie prawnej została ona oparta. Przepisy ustawy pzp nakazujące zamawiającemu podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji mają gwarantować, że wykonawca zostanie poinformowany w taki sposób, że będzie mógł zweryfikować jej prawidłowość, w tym odwołać się od niej do niezależnego organu. Tymczasem Odwołujący został zmuszony do zgadywania powodów i podstaw prawnych decyzji Zamawiającego, co w oczywisty sposób naruszyło jego interes w złożeniu skutecznego środka ochrony prawnej.

Dodatkowo na rozprawie Zamawiający zdystansował się od podanego uprzednio uzasadnienia, twierdząc, że żadnej rozbieżności pomiędzy ogłoszeniem a specyfikacją nie było, natomiast w obu dokumentach występowało takie samo uchybienie. Skoro sam Zamawiający nie wie, na jakiej podstawie faktycznej oparł swoją decyzję, nie sposób, aby mogła ona zostać zweryfikowana jako prawidłowa pod względem prawnym.

Niezależenie od powyższego zdaniem Izby, żadna z alternatywnie wskazywanych przez Zamawiającego wad postępowania nie stanowi wystarczającego powodu dla unieważnienia przedmiotowego postępowania. Stanowisko Zamawiającego można podzielić jedynie co do tego, że w postępowaniu wystąpiła wada, której nie można na tym etapie usunąć, gdyż po otwarciu ofert nie jest obiektywnie niemożliwe uzgodnienie treści ogłoszenia i specyfikacji lub uzupełnienie treści tych dokumentów.

Nie oznacza to jednak, że nie można i nie należy ustalić, jaka była ostatecznie treść warunków, których spełnienia można wymagać od wykonawców. W ocenie Izby konsekwencją uchybienia we wprowadzeniu fakultatywnego warunku lub fakultatywnej podstawy, czy to z powodu rozbieżności treści pomiędzy ogłoszeniem a specyfikacją, czy też z uwagi na brak zażądania stosowanych dokumentów, jest brak możliwości egzekwowania od

wykonawców spełnienia wadliwie zastrzeżonych wymagań. W szczególności należy zauważyć, że z art. 22 ust. 2 pkt 1 pzp wprost wynika, że ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie do wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne musi wynikać z ogłoszenia o zamówieniu.

Reasumując, o ile nawet zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wada jest nieusuwalna, o tyle nie jest ona na tyle istotna, aby mogła być podstawą do uznania, że umowa w sprawie tego zamówienia publicznego zawarta z Konsorcjum Naprzód podlegałaby unieważnieniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 pkt 1-6 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący: .....**