

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawcę B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczyw postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 351/24

Uzasadnienie

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „ZGN”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i garażem podziemnym w rejonie ulic Komorska Łukowska Kawcza na dz. ew. nr 163/6 z obrębu 3-05-09 w Warszawie” (Nr referencyjny: ZP/PO/U/40/23, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 160-506319.

1 lutego 2024 r. wykonawca B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący” lub „B-Act”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania bez odpowiedniej podstawy prawnej i faktycznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 258 ust. 1 Pzp w zw. z art. 149 ust. 2 oraz art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania, mimo że ZGN nie miał takiego uprawnienia, gdyż nie zostały spełnione przesłanki unieważnienia postępowania przewidziane we wskazanych przepisach, które to przepisy Zamawiający wskazał w informacji przesłanej wykonawcom jako podstawę prawną unieważnienia Postępowania.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) kontynuowanie Postępowania i zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołania B-Act podniósł, że zgodnie z art. 149 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1, w myśl którego, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego. Odwołujący podkreślił, że oba przepisy potwierdzają uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania, jednak oba też

wskazują jednoznacznie, że minimalna liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert musi być wcześniej określona przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. W ocenie B-Act w Postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z możliwości określenia minimalnej liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert – wskazał jedynie ich maksymalną liczbę. Odwołujący zaznaczył, że w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania, ZGN przywołał postanowienia punktu II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu i punktu 15.2 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”). Przywołane postanowienia nie wskazują jednak minimalnej, ale maksymalną liczbę wykonawców, których Zamawiający zamierza zaprosić do złożenia oferty. Kolejno Odwołujący podniósł, że poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia minimalnej liczby wykonawców, ZGN pozbawił się możliwości skorzystania z uprawnienia określonego w art. 258 ust. 1 i art. 149 ust. 2 ustawy Pzp. B-Act podkreślił, że oba przepisy wyraźnie wskazują, iż warunkiem możliwości ich zastosowania jest uprzednie określenie minimalnej liczby w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Przeciwna interpretacja byłaby zresztą niezgodna z zasadą przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która gwarantuje, że postępowanie zawiera jasne reguły, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Hubert Nowak, Mateusz Winiarz (red.), Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 157). W ocenie Odwołującego właśnie przejrzystości i przewidywalności zabrakłoby przede wszystkim w postępowaniu Zamawiającego, gdyby uznać, że miał prawo unieważnić Postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 ustawy Pzp bez wcześniejszego wskazania minimalnej liczby wykonawców dopuszczonych do złożenia oferty. O ile bowiem wykonawcy, którzy zapoznali się z ogłoszeniem i dokumentami zamówienia, mieli świadomość, że muszą postarać się uzyskać jak największą liczbę punktów w kryteriach selekcji, gdyż ZGN zamierza zaprosić do złożenia oferty nie więcej niż 5 wykonawców, tak nie mogli mieć świadomości, że Zamawiający unieważni Postępowanie, w przypadku nieosiągnięcia nieokreślonej w dokumentach zamówienia, więc nieznaney wykonawcom liczby podmiotów dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Ponadto B-Act podniósł, że nawet w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania, Zamawiający nie wskazał, jaką liczbę wykonawców uznał za minimalną. Zdaniem Odwołującego wskazanie na tym etapie postępowania minimalnej liczby podmiotów byłoby zresztą niedopuszczalne, gdyż sprzeciwiałoby się zakazowi dokonywania zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyrażonemu w art. 143 ust. 4 ustawy Pzp. B-Act zaznaczył, że w świetle powyższego uznać należy, że Zamawiający w przypadku, kiedy nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu ani dokumentach zamówienia minimalnej liczby wykonawców, których zamierzał zaprosić do składania ofert, nie miał uprawnienia do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 258 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym unieważniona powinna zostać czynność unieważnienia Postępowania, a ZGN powinien zaprosić Odwołującego do złożenia oferty i prowadzić dalej Postępowanie w sposób określony w dokumentach zamówienia.

W złożonej pismem z dnia 19 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. ZGN podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 22 sierpnia 2023 r. w pkt II.2.9 wskazał maksymalną liczbę wykonawców, których zamierzał zaprosić do składania ofert do 5 wykonawców. Dodatkowo w SWZ w pkt 15.2, zgodnie z art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będą podlegały odrzuceniu, do 5 wykonawców. Liczba ta stanowi liczbę minimalną, o której mowa w art. 148 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że otrzymał w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 2 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z czego wniosek wykonawcy Marka Wojdygi prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: SPECINSTAL M.W. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej: „SPECINSTAL”) podlegał odrzuceniu. Wobec faktu, że ZGN otrzymał tylko jeden niepodlegający odrzuceniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez B-Act, Zamawiający skorzystał z prawa do unieważnienia Postępowania jakie daje mu art. 258 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 2 ustawy Pzp.

ZGN podkreślił, że zdaniem Odwołującego Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach postępowania określił jedynie maksymalną liczbę wykonawców, których zamierza zaprosić do składania ofert. ZGN podniósł, że B-Act utożsamia liczbę 5 podaną w pkt 15.2 SWZ z liczbą maksymalną (również 5) podaną w pkt II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu. Jednakże zawarte w pkt 15.2 SWZ zdanie „Zamawiający przewiduje ograniczenie liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert” jest dokładnym powtórzeniem art. 148 ust. 1 ustawy Pzp i jest to właśnie liczba minimalna, o której mowa następnie w art. 148 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp (Zamawiający nie posługuje się w pkt 15.2 SWZ sformułowaniem „liczba maksymalna”). ZGN zaznaczył, że użył dokładnie sformułowania z art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, które w następnym ustępie tego samego artykułu jest określone przez ustawodawcę, jako liczba minimalna. W ocenie Zamawiającego nie ma żadnych przeciwskazań aby ukształtował on liczbę minimalną i maksymalną na tym samym poziomie, o ile nie jest on mniejszy niż pięć. Takie działanie stanowi uprawnienie Zamawiającego. Tym samym ZGN podkreślił, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wskazał minimalną liczbę wykonawców, których Zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert. Wobec powyższego zdaniem ZGN był on uprawniony do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 149 ust. 2 w zw. z art. 258 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że celem

przywołanych przepisów jest zapewnienie konkurencyjności postępowania i ochrona Zamawiającego przed sytuacją, w której jest on zmuszony prowadzić postępowanie pomimo, że liczba wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu rodzi ryzyko, że złożone oferty nie będą miały charakteru rynkowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający w pkt II.2.9 ogłoszenia o zamówieniu wskazał maksymalną liczbę wykonawców, których zamierzał zaprosić do składania ofert tj. 5.

Zgodnie natomiast z postanowieniem Rozdziału 15 ust. 2 SWZ „Wykonawcy zakwalifikowani po ocenie złożonych podmiotowych środków dowodowych do udziału w postępowaniu zostaną zaproszeni do składania ofert. Zamawiający przewiduje ograniczenie liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będą podlegały odrzuceniu, do 5 Wykonawców”.

Zamawiający otrzymał w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 2 wnioski: wykonawcy SPECINSTAL oraz wykonawcy B-Act.

ZGN, działając na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odrzucił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę SPECINSTAL.

Pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wyżej wymienionych wykonawców o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 258 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne czynności unieważnienia Postępowania: „Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 22.08.2023 r. w pkt II.2.9 ograniczył liczbę Wykonawców których zamierzał zaprosić do składania ofert do 5 Wykonawców. Analogiczne postanowienia znalazły się w SWZ w pkt 15.2, zgodnie z którym Zamawiający przewidywał ograniczenie liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będą podlegały odrzuceniu, do 5 Wykonawców. Zamawiający otrzymał w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 2 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z czego wniosek nr 2, Wykonawcy SPECINSTAL M.W., ul. Rusałki 10/14, 05-827 Grodzisk Mazowiecki podlegał odrzuceniu. Wobec faktu, że Zamawiający otrzymał tylko jeden niepodlegający odrzuceniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nr 1, Wykonawcy B-Act Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz, Zamawiający korzysta z prawa do unieważnienia postępowania jakie daje mu art. 258 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 2 ustawy Pzp”.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 148 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 5.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert”.

Art. 149 ustawy Pzp stanowi:

„1. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

2. W przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1”.

W myśl art. 258 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego”.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 258 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się w istocie do sytuacji, gdy postępowania nie da się rozstrzygnąć na satysfakcjonującym zamawiającego poziomie konkurencyjności z powodu braku minimalnej liczby wykonawców. Przywołana przesłanka unieważnienia ma charakter fakultatywny. W razie braku minimalnej liczby wykonawców zamawiający może, wedle własnego uznania, kontynuować postępowanie lub je unieważnić. Przy tym należy zauważyć, że unieważnienie postępowania jest tym bardziej uzasadnione, im mniejsza jest liczba prawidłowych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 783-784). Na podstawie art. 258 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego. Przepis ten należy interpretować łącznie z poszczególnymi regulacjami ustawy Pzp, na mocy których zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego. W trybie przetargu ograniczonego zgodnie z art. 148 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję, i nie jest mniejsza niż 5. Jednocześnie ustawodawca w art. 148 ust 2 ustawy Pzp nakazuje aby Zamawiający, który ograniczył liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podał minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Ponadto zgodnie z tym przepisem Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w doktrynie „Ustawodawca wymaga, aby wskutek dokonanych ograniczeń zamawiający zaprosił do składania ofert taką liczbę wykonawców, która zapewni uczciwą konkurencję w liczbie nie mniejszej od określonej liczby minimalnej. W przypadku przetargu ograniczonego minimalną liczbą jest pięciu wykonawców. PZP nie wskazuje maksymalnej liczby wykonawców, których można zaprosić do składania oferty. Zgodnie z dyspozycją ust. 2 zd. 2 komentowanego przepisu zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert” (tak: A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 148 ustawy Pzp; por. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 529 oraz E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 148). Innymi słowy ustalona przez zamawiającego liczba wykonawców zapraszanych do składania ofert musi być wystarczająca do zapewnienia konkurencji i nie może być mniejsza od liczby minimalnej, określonej przez ustawodawcę na 5. Należy przy tym zauważyć, że stosownie do art. 149 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego, zgodnie z art. 148 ustawy Pzp, zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie przytoczone rozważania prawne należy zauważyć, że przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest kwestia tego, czy Zamawiający skorzystał w Postępowaniu z możliwości wskazania minimalnej liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert. W kontekście powyższego zasadnym jest wskazanie, że ZGN wypełniając dyspozycję przepisu art. 142 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawarł w SWZ informację, zgodnie z którą „Zamawiający przewiduje ograniczenie liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będą podlegały odrzuceniu, do 5 Wykonawców” oraz podał kryteria selekcji. Jak słusznie wskazał ZGN w odpowiedzi na odwołanie postanowienie zawarte w Rozdziale 15 ust. 2 SWZ jest dokładnym powtórzeniem art. 148 ust. 1 ustawy Pzp i nawiązuje do liczby minimalnej określonej przez ustawodawcę w wyżej wymienionych przepisach na 5 wykonawców, o której mowa następnie w art. 148 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp. Tym samym – wbrew twierdzeniom Odwołującego – Zamawiający wskazał minimalną liczbę wykonawców, których ZGN zamierzał zaprosić do składania ofert, która odpowiada liczbie minimalnej sprecyzowanej przez ustawodawcę w przepisie art. 148 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji Postępowania, Zamawiający określił minimalną i maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert, w takiej samej ilości 5 wykonawców. Należy wskazać, że żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania, aby Zamawiający ukształtował liczbę minimalną i maksymalną na tym samym poziomie, co zresztą przyznał sam Odwołujący podczas rozprawy. Konieczne jest jednak, aby liczba minimalna nie była mniejsza niż 5 i ZGN dostosował dokumenty zamówienia do tego wymogu ustawowego. W związku z tym, że Zamawiający – wbrew argumentacji Odwołującego – określił w dokumentach zamówienia minimalną liczbę wykonawców, których zamierzał zaprosić do składania ofert, był uprawniony do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 258 ust. 1 w zw. z art. 149 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu zauważenia również wymaga, że – jak słusznie podniósł ZGN podczas rozprawy – w przedmiotowym Postępowaniu zostały złożone tylko dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z czego wniosek wykonawcy SPECINSTAL został odrzucony na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wyżej wymieniony wykonawca nie wniósł odwołania od rzeczony czynności Zamawiającego, a zatem czynność ta uprawomocniła się. Tylko więc Odwołujący złożył wniosek niepodlegający odrzuceniu. Izba podziela stanowisko ZGN, zgodnie z którym w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy ewentualne kontynuowanie Postępowania byłoby przede wszystkim sprzeczne z celem przepisów art. 149 ust. 2 w zw. z art. 258 ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do zapewnienia konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że w art. 149 ust. 2 ustawy Pzp „ustawodawca przewidział sytuację, w której w danym postępowaniu podczas oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu okaże się, że liczba wniosków, które nie podlegają odrzuceniu, jest mniejsza od minimalnej liczby określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 148 PZP. W takim przypadku zamawiający może kontynuować postępowanie, zapraszając do składania ofert tych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 258 ust. 1 PZP. Przepisy PZP dopuszczają więc możliwość dalszego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, nawet gdy na podstawie oceny złożonych wniosków zakwalifikuje się do drugiego etapu (składania ofert) tylko dwóch wykonawców. Zamawiający może też zdecydować o zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, na tym etapie, przez unieważnienie tego postępowania. Zgodnie z art. 258 ust. 1 PZP zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż minimalna liczba wykonawców określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych albo dialogu konkurencyjnego” (tak: A. Matusiak [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 149 ustawy Pzp). Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest wskazanie, że w sytuacji braku minimalnej liczby wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, zamawiający może, wedle własnego uznania, kontynuować postępowanie lub je unieważnić. Jednakże w przypadku decyzji w przedmiocie dalszego prowadzenia postępowania istotnym jest, aby liczba wykonawców, choć mniejsza niż liczba minimalna określona przez ustawodawcę w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp na 5 wykonawców, była na poziomie zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. aby do etapu składania ofert zakwalifikowało się przynajmniej 2 wykonawców. Tym samym w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy należało przyjąć, że czynność unieważnienia Postępowania uzasadniona była brakiem możliwości zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w Postępowaniu.

Mając na względzie wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 w zw. z § 5 pkt 1 i § 2 ust. 1 pkt 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....