Sygn. akt: KIO 1294/15

WYROK
z dnia 30 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: M. C. M. i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Partnerska (Pełnomocnik Konsorcjum), S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. M. Kancelaria Radcy Prawnego (Partner Konsorcjum), J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: J. M. Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych J. M. (Partner Konsorcjum) i P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kancelaria Adwokacka P. M. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Klonowica 30/1, 71-247** w prowadzonym przez **Szczecin** postępowaniu **Województwo Zachodniopomorskie reprezentowane przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Piłsudskiego 40-42, 70-421 Szczecin**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w tym postępowaniu;**
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Zachodniopomorskie przez Urząd Województwa reprezentowane Marszałkowski Zachodniopomorskiego, ul. Piłsudskiego 40-42, 70-421 Szczecin** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: M. C. M. i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Partnerska (Pełnomocnik Konsorcjum), S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. M. Kancelaria Radcy Prawnego (Partner Konsorcjum), J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: J. M. Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych J. M. (Partner Konsorcjum) i P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: P. M. Kancelaria Adwokacka (Partner Konsorcjum) z dla ul. 30/1, siedzibą Pełnomocnika Konsorcjum: Klonowica 71-247 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Województwa Zachodniopomorskiego, reprezentowanego przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Piłsudskiego 40-42, 70-421 Szczecin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: M. C. M. i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Partnerska (Pełnomocnik Konsorcjum), S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. M. Kancelaria Radcy Prawnego (Partner Konsorcjum), J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: J. M. Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych J. M. (Partner Konsorcjum) i P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kancelaria Adwokacka P. M. (Partner Konsorcjum) z dla ul. 30/1, siedzibą Pełnomocnika Konsorcjum: Klonowica 71-247 Szczecin** kwotę **19 292 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1294/15

Uzasadnienie

Województwo Zachodniopomorskie reprezentowane przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie *usług prawniczych dla Urzędu Marszałkowskiego w latach 2015 - 2019".* to zostało przez *Zachodniopomorskiego* Postępowanie Zamawiającego podzielone na trzy części z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych na każdą z nich. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2015 r. pod nr 2015/S 103-187546.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum w składzie: M. C. M. i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka Partnerska (Pełnomocnik Konsorcjum), S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: S. M. Kancelaria Radcy Prawnego (Partner Konsorcjum), J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: J. M. Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych J. M. (Partner Konsorcjum) i P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Kancelaria Adwokacka P. M. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Szczecinie (dalej: „Odwołujący") w dniu 19 czerwca 2015 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części pierwszej i drugiej zamówienia („Bieżąca *obsługa prawna Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego"* i „Doradztwo *prawne w zakresie prawa zamówień publicznych w ramach zadań realizowanych przez WWRPO i WZS").* Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obydwu części zamówienia. Informacja o tej czynności Zamawiający została przekazana Odwołującego pocztą elektroniczną w dniu 15 czerwca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 19 czerwca 2015 r. Do upływu terminu na zgłoszenie przystąpienia, tj. do dnia 22 czerwca 2015 r., do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne przystąpienie.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 29 czerwca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego bezpodstawnego

unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postępowania w zakresie części 1 i 2 zamówienia. Mając powyższe na względzie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zachodzą okoliczności do unieważnienia postępowania, w szczególności przejawiające się w uznaniu, że zapisy SIWZ w Rozdziale IX pkt 11 ppkt 3 przewidują wymóg spełnienia osobno przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy zapis ten należy rozumieć tylko i wyłącznie w ten sposób, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie dokumenty na potwierdzenie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, winny być przedłożone przez każdego wykonawcę osobno.
2) art. 92 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadniony brak wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny oferty określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ").

wniósł o czynności Odwołujący nakazanie Zamawiającemu unieważnienia unieważnienia przedmiotowego postępowania i o:

1. nakazanie Zamawiającemu kontynuowania postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, którego celem jest zawarcie umowy na wykonanie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą;
2. przeprowadzenie badania i oceny ofert;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wedle spisu kosztów i rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie przed Izbą.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, uzasadniając czynność unieważnienia postępowania wskazał, że w treści SIWZ określono wytyczne dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Rozdział

IX pkt 11 SIWZ) i w ppkt 3 tych wytycznych wskazano, w ocenie Zamawiającego, iż w celu wykazania spełnienia warunków szczegółowych, dokumenty na potwierdzenie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia winny być przedłożone przez każdego wykonawcę. W konsekwencji treść SIWZ nakładała na wykonawców obowiązek, zgodnie z którym w przypadku złożenia oferty przez konsorcjum firm, każdy z członków konsorcjum jest zobowiązany do przedłożenia ww. dokumentów, niezależnie na jaką część składa ofertę, a więc w praktyce każdy członek konsorcjum miałby spełniać postawione wymagania samodzielnie. Takie sformułowanie SIWZ oznacza według Zamawiającego, że wprowadził on zapis stojący w sprzeczności z istotą i celem tworzenia konsorcjum, gdyż celem zawarcia przez wykonawców porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest połączenie kompetencji i doświadczenia partnerów, tak by wszyscy członkowie konsorcjum spełniali wymagania SIWZ łącznie, a nie każdy z osobna. Tymczasem z treści SIWZ wynika, że doświadczenie i potencjał osobowy członków konsorcjum nie podlega sumowaniu i łącznej ocenie przez Zamawiającego Zamawiający podkreślił także, że taka konstrukcja warunków narusza art. 22 ust 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i pozostawiony jako niezmieniony - sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum - stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający uznał, że powyższe może być podstawą do unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w związku tym podjęto decyzję o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 i 2. Odnosząc się do podstawy unieważnienia postępowania Odwołujący podkreślił, iż sporne postanowienie zawarte w rozdziale IX pkt 11 ppkt 3 SIWZ, nie może być interpretowane jako oznaczające, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne byli zobowiązani do samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak twierdzi Zamawiający). Jego zdaniem zgodnie z treścią SIWZ wymóg dotyczył jedynie przedłożenia oddzielnych wykazów przez każdego z wykonawców składających ofertę wspólnie, a nie samodzielnego potwierdzania przez każdego z konsorcjantów wskazanych warunków udziału w postępowaniu. Powyższy wymóg SIWZ według niego ma więc znaczenie tylko i wyłącznie formalne (związane jest z formą złożonej oferty a nie jej treścią), zaś ilość, czy też forma złożonych wykazów (dokumentów wymienionych w pkt 5 rozdziału IX SIWZ) nie ma wpływu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez

wykonawcę (w tym konsorcjum). Ponadto Odwołujący wskazał, iż sporne postanowienie SIWZ nie budziło żadnych wątpliwości wykonawców na etapie trwania postępowania, albowiem w tym zakresie nie wpłynęły żadne wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ ani odwołania. Odwołujący podniósł, że złożenie załączników (dokumentów wymienionych w pkt 5) w celu potwierdzenia warunków, szczegółowo określonych w SIWZ, nie może być celem

samym w sobie, a jedynie środkiem zmierzającym do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem niespełnienie wymogów czysto formalnych (jeden wykaz zamiast czterech - dla każdego z 4 wykonawców wspólnie składających ofertę) nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowaniu lub odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wskazał na orzecznictwo KIO odnoszące się do niezgodności formalnych ofert (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2903/12). Zwrócił uwagę na okoliczność, iż Odwołujący mimo wskazanego wymogu SIWZ złożył dokumenty wymienione w pkt 5 („wykaz wykonanych usług" - załącznik nr 7a i 7b do SIWZ oraz „wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia - załącznik nr 8a i 8b") na formularzach przygotowanych przez Zamawiającego, które w swojej treści dopuszczały możliwość złożenia - odpowiednio w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia - po jednym wspólnym wykazie, pomimo postanowień rozdziału IX pkt 11 ppkt 3 SIWZ. Wskazał jednak, że w takiej sytuacji Zamawiający miał co najwyżej obowiązek - o ile powyższe uznać za treść oferty, co w ocenie Odwołującego jest wątpliwe - wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a nie do unieważnienia postępowania przetargowego w zakresie części 1 i 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił też, że opis materialnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp Zamawiający w sposób przejrzysty i niebudzący wątpliwości wskazał w rozdziale VIII SIWZ dla każdej z części zamówienia oddzielnie. Podniósł, że opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zobowiązywał wykonawców wspólnie składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu do samodzielnego wykazywania spełnienia określonych warunków. Podkreślił, że przyjęcie odmiennej interpretacji w pierwszej kolejności byłoby niespójne z warunkami określonymi w SIWZ, które następnie podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Dla przykładu wskazał, że gdyby intencją Zamawiającego było żądanie wykazania się przez każdego z konsorcjantów, co najmniej 5 usługami polegającymi na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek samorządu terytorialnego lub jednostek organizacyjnych jednostek samorządu terytorialnego, powyższe znalazłoby także odzwierciedlenie w rozdziale XVII, część nr 1, pkt 5 lit a) SIWZ w ramach kryteriów oceny ofert, a tym zakresie także nie przewidziano odmiennego sposobu przyznawania punktów w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jego zdaniem gdyby intencją Zamawiającego było weryfikowanie wykonawców w zakresie warunków samodzielnie, powyższe powinno znaleźć odzwierciedlenie także w tej części SIWZ. Tym samym według Odwołującego zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i oparte na właściwościach wykonawców kryteria oceny ofert, sformułowane były jednoznacznie i nie mogły budzić żadnych wątpliwości

interpretacyjnych po stronie potencjalnych wykonawców i żaden wykonawca nie mógł mieć problemu ze zrozumieniem jakie dokładnie warunki udziału w postępowaniu ma spełnić, w tym także w razie wspólnego ubiegania się o zamówienie i w jaki sposób nastąpi przyznanie punktów za poszczególne kryteria i podkryteria oceny ofert. W tym kontekście w jego ocenie stwierdzenie, że wadą postępowania i to uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest zawarte w SIWZ zastrzeżenie, że: „w *celu wykazania spełnienia warunków szczegółowych, dokumenty na potwierdzenie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia winny być przedłożone przez każdego Wykonawcę."* stanowi wyraz nadinterpretacji postanowień SIWZ. Odwołujący nie zgadza się wykładnią postanowienia zawartego w rozdziale IX pkt. 11 ppkt 3 SIWZ, przedstawioną przez Zamawiającego, podkreślając fakt, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków musi być wyraźnie określony (skonkretyzowany) w SIWZ i ogłoszeniu i powyższe

nie może być poddane dowolnej interpretacji, zaś z kolei wszelkie nieścisłości czy brak wymaganej precyzji przy określeniu warunków, odczytywane jest co do zasady na korzyść wykonawców. Powołał się w tym zakresie na stanowisko prezentowane w orzecznictwie (wyroki KIO z dnia 06.03.2014 r., sygn. akt KIO 340/14, z dnia 01.10.2013 r., sygn. akt KIO 2195/13, z dnia 23.09.2013 r., sygn. akt KIO 2147/13, z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt KIO 2005/13, z dnia 29.12.2011 r., sygn. akt KIO 2668/11, z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 607/08; KIO/UZP 617/08 z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 502/08, z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. akt. KIO 1601/13, z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2826/14, oraz wyroki ZA z dnia 19.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2951/05, z dnia 29.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2696/05). Wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego żaden zapis SIWZ nie zakazywał sumowania i łącznej oceny doświadczenia oraz potencjału osobowego członków konsorcjum, a jeżeliby tak było, Zamawiający powinien to w sposób precyzyjny wyartykułować, tj. wskazując w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie dopuszcza możliwości sumowania zarówno ich doświadczeń, jak i kadry, czy też wprowadzić inne ograniczenia w tym zakresie czytelne i jednoznaczne dla wykonawców. Brak w tym zakresie powoduje, iż na tym etapie postępowania niedopuszczalne jest wprowadzanie jakichkolwiek zmian dotyczących ich znaczenia, a w szczególności przypisywanie intencji Zamawiającemu, które nie wynikają wprost z dokumentacji postępowania przetargowego. Interpretacja postanowień SIWZ musi być bowiem zawsze ścisła, a nie - jak w przedmiotowym przypadku - dowolna. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się w tym zakresie na orzecznictwo (wyroki KIO z dnia 27.12.2013 r., sygn. akt KIO 2853/13, z dnia 22.11.2013 r., sygn. akt KIO 2617/13 oraz orzeczenia ZA w wyrokach z dnia 02.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-250/06, z dnia

19.09.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2554/05, z dnia 25.08.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 2279/05, z dnia 29.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-818/05). Przywołał także orzecznictwo dotyczące zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu we wskazanym kontekście (wyroki KIO z dnia 10.05.2013 r., sygn. akt KIO 964/13, z dnia 19.05.2011 r., sygn. akt KIO 978/11, z dnia 10.09.2010 r., sygn. akt KIOZUZP 1845/10, a także orzecznictwo ZA w wyroku z dnia 23.03.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-763/06). Co do samej kwestii unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powołał się na wyrok KIO z dnia marca 2008 r, o sygn. akt KIO/UZP 134/08, w którym stwierdzono, że zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnienie postępowania w oparciu o przywołaną podstawę musi wskazywać na to, że wadą dotknięte jest samo postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, jak również wada ta musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek jej wystąpienia podlegała unieważnieniu, a więc pomiędzy wadliwością postępowania, a nieważnością umowy musi istnieć ścisły związek przyczynowo skutkowy. Nie każda więc okoliczność, którą Zamawiający poczytuje za swój „błąd”, niedokładność, czy przeoczenie, których skutkiem są niedoskonałe lub nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, będzie prowadziło do powstania takiego rodzaju wady postępowania, która wpływać będzie na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (tu przywołał wyrok Sądu Okręgowego z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12). Jego zdaniem Zamawiający decyzję o unieważnieniu niniejszego postępowania oparł na przypuszczeniach i domniemaniach, a poczynione przez Zamawiającego założenie, zgodnie z którym rozdział IX pkt 11 ppkt 3 SIWZ należało odczytywać jako obowiązek przedłożenia określonych dokumentów niezależnie na jaką część składa ofertę, a więc w praktyce każdy członek konsorcjum miałby spełniać postawione wymagania samodzielnie, nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ, brak jest bowiem wyraźnego zakazu sumowania zasobów konsorcjantów, a ww. wymóg dotyczył jedynie sposobu udokumentowania, potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Dodatkowo powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO 1495/14 i wydane w tej sprawie orzeczenie SO w Szczecinie (sygn. akt: VIII Ga 327/14), gdzie Zamawiający

sformułował konkretny wymóg w zakresie określonego warunku, który miał spełniać konkretny, jeden konsorcjant ubiegający się wspólnie o zamówienie i wprowadził w tym zakresie zakaz sumowania, a Sąd Okręgowy w Szczecinie podtrzymał to stanowisko.

9

Zdaniem Odwołującego była to jednak odmienna sytuacja od sytuacji w niniejszym postępowaniu, bowiem w tamtej sprawie specyfikacja przewidywała wprost szczególny wymóg w tym zakresie, w niniejszym postępowaniu zaś Zamawiający nie wprowadził zakazu sumowania potencjału przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że ze spornego zapisu SIWZ nie można oceniać bez odniesienia do innych postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych przez Zamawiającego i podobnych zapisów w tym zakresie i na tę okoliczność przedłożył wyciągi z treści SIWZ w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2015 r. na usługę transportową, usługę e-learning i dostawę komputerów. W jego ocenie spornego zapisu SIWZ nie można także interpretować w oderwaniu od zapisu SIWZ w niniejszym postępowaniu zawartego w rozdziale IX pkt 11 ppkt 4, gdzie Zamawiający wprost przewidział, że w przypadku warunku finansowo-ekonomicznego dokument polisy może złożyć jeden z wykonawców spełniający wskazany warunek. Zamawiający podkreślił, że w prowadzonych przez niego, przywołanych postępowaniach znalazły się takie same zapisy, jak z niniejszego postępowania (zapisy zawarte w rozdz. IX pkt 11 ppkt 3) i były one rozumiane jednoznacznie, stąd też w niniejszym postępowaniu nie można było przypisać wskazanemu zapisowi SIWZ innego znaczenia. W jego ocenie warunek, ażeby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z osobna miał spełniać warunek wiedzy i doświadczenia oraz warunek potencjału osobowego jest niezasadny, a podstawą decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w tym zakresie były także wątpliwości, które ewentualnie mogłaby powziąć kontrola niniejszego postępowania, czy tak opisany warunek nie mógłby wpływać na wynik postępowania. Wyjaśnił też, że wskazany zapis SIWZ znalazł się omyłkowo i został zauważony przez Zamawiającego dopiero po otwarciu ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

10

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając zarzuty odnoszące się do czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach, w których złożył swoje oferty, wykazał, że ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględniania zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez opublikowanie w dniu 30 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający zamówienie podzielił na trzy części.

W postępowaniu dopuścił możliwość składania ofert na każdą część zamówienia.

Zamawiający w SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu, odrębnie dla każdej z części zamówienia. W zakresie części pierwszej i drugiej opisał szczegółowo m.in. warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego (rozdział VIII pkt 1 ppkt 2) i 3) – część pierwsza zamówienia oraz rozdział VIII pkt 2 ppkt 2) i 3) – część druga zamówienia). Jednocześnie też w rozdziale IX SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz wykazania, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1, 2 i 2a ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 5 tego rozdziału SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych usług – załącznik nr 7a – 7b do SIWZ oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie usług. Zgodnie zaś z pkt 5 (kolejna jednostka redakcyjna w SIWZ oznaczona tym samym punktem według systematyki przyjętej przez Zamawiającego) rozdziału IX SIWZ na potwierdzenia spełniania warunku potencjału osobowego wykonawcy mieli złożyć wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia – załącznik nr 8a - 8c do SIWZ, przy czym Zamawiający zastrzegł, że dla potrzeby przyznania 11

---

punktów w ramach stosowanych kryteriów oceny ofert wykonawcy zobligowani są do wykazania w załączniku nr 11a i 11b do SIWZ osób i postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz opinii innych niż wykazane w załączniku nr 8b i 8c do SIWZ. Zamawiający w rozdziale IX pkt 11 SIWZ określił też szczególne wymagania co do dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ppkt 3 Zamawiający wskazał, że: „W *celu wykazania spełniania warunków szczegółowych, dokumenty wymienione w pkt 5 rozdziału IX SIWZ, winny być przedłożone przez każdego Wykonawcę".*

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 10 czerwca 2015 r., do Zamawiającego w zakresie części pierwszej zamówienia wpłynęły: jedna oferta (oferta Odwołującego) i w zakresie części drugiej zamówienia: dwie oferty (oferta Kancelarii Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie i oferta Odwołującego).

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2015 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia na podstawie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zaś w zakresie części trzeciej zamówienia dodatkowo na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu nie złożenia żadnej oferty w tej części zamówienia. Podstawą unieważnienia postępowania w oparciu o dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp był zapis zawarty w rozdziale IX pkt 11 ppkt 3 SIWZ, który - zdaniem Zamawiającego - wprowadzał obowiązek, w przypadku złożenia oferty przez konsorcjum firm, przedłożenia przez każdego z członków konsorcjum dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego niezależnie na jaką część składa on ofertę, a więc w praktyce każdy członek konsorcjum miałby spełniać postawione wymagania samodzielnie.

Podstawą zarzutów odwołania jest unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu nieuprawnionego unieważnienia postępowania w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Izba stwierdziła, że postanowienia SIWZ, które powołuje Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie wskazują na istotną wadę tego postępowania, która kwalifikowałaby je do unieważnienia. Unieważnienie postępowania udzielenie zamówienia

---

publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się

do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publiczne. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli – w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu – doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W przepisie tym określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa UZP do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie jednak zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazana okoliczność jako podstawa do unieważnienia umowy, powinna również stanowić podstawę rozważenie przez zamawiającego w postępowaniu w konkretnej sytuacji, przed czynnością zawarcia umowy, czy nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko i wyłącznie wskazane bezwzględne przesłanki do unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp) oraz przesłanka naruszenia przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp) mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o dyspozycję z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ocena okoliczności niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonana przez Izbę, nie pozwala na stwierdzenie, iż – w przypadku ewentualnego zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego na zadanie nr 1 i 2 – umowy te podlegałyby unieważnieniu w oparciu o wskazane przepisy ustawy Pzp (art. 146 ust. 1 i ust. 6). W konsekwencji zatem – zdaniem Izby – brak było podstaw do unieważnienia postępowania

w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby postanowienia SIWZ zawarte w rozdziale IX pkt 11 ppkt 3 SIWZ nie wskazują na obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisanych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, odrębnie przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (przez każdego konsorcjanta). Ustawa Pzp rozróżnia bowiem warunki udziału w postępowaniu (przede wszystkim art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) od opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp) i od oświadczeń i dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania tych warunków (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu zostały przez ustawodawcę określone w samej ustawie blankietowo, a więc w sposób ogólny, jako generalne podstawy do podmiotowej oceny zdolności wykonawców do wykonania zamówienia publicznego (tzw. warunki pozytywne, opisane w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, niezależnie od warunków negatywnych opisanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp). Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków jest niczym innym jak uszczegółowieniem warunku ustawowego (blankietowego) w zakresie żądanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego oraz finansowego i ekonomicznego wykonawcy w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis tych warunków ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Oświadczenia i dokumenty podmiotowe żądane w postępowaniu mają z kolei służyć potwierdzeniu spełniania opisanych przez zamawiającego w SIWZ warunków.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w sposób jednoznaczny i konkretny dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W opisie wskazanych warunków, w obydwu częściach zamówienia, Zamawiający określił wymogi dotyczące

wykonawcy. W żadnym zapisie odnoszącym się do opisu warunków udziałów w postępowaniu Zamawiający nie wprowadził wymogu, aby wskazane warunki udziału w postępowaniu były spełnione przez każdego z osobna wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. We wszystkim zapisach SIWZ Zamawiający posługuje się w tym względzie określeniem: „wykonawca". Stosownie zaś do art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zatem opis warunku odnoszący się do wykonawcy należy odpowiednio odnosić do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w przypadku opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp

wystarczającym jest jeśli jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże spełnienie określonego warunku, powyższe oznacza, że warunek spełnia w całości konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia). Tak też opis warunków w SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy odczytywać. Sporne postanowienie SIWZ (rozdział IX pkt 11 ppkt 3), które stało się podstawą unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w części pierwszej i drugiej zamówienia stanowi szczególne regulacje SIWZ w zakresie żądania przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Postanowienie to, w ocenie Izby, w ogóle nie zmienia opisu warunków udziału w postępowaniu i wskazanego powyżej sposobu ich spełniania właściwego dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W świetle tego postanowienia można powiedzieć, że Zamawiający jedynie oczekiwał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedłożenia odrębnie, przez każdego z konsorcjantów, określonego dokumentu (wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz wykazu osób). Dla wypełnienia tego formalnego wymogu SIWZ każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie mógł przedstawić odrębne wykazy, które mogą nawet nie zwierać żadnej merytorycznej treści (przykładowo, jak w toku rozprawy przed Izbą jeden z konsorcjantów Odwołującego przedłożył jako dowód w sprawie niewypełniony wykaz usług). Powyższe jednak w żadnej mierze nie może przekładać się na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Ta ocena powinna odbywać się wedle opisu warunków określonego przez Zamawiającego w Rozdziale VIII SIWZ oraz w świetle dyspozycji art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nigdzie w SIWZ, ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, w sposób wyraźny nie wprowadził wymogu, aby określony warunek wiedzy i doświadczenia czy osób zdolnych do wykonania zamówienia musiał spełniać wyraźnie jeden spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym bardziej, aby określony warunek musieli spełniać wszyscy konsorcjanci. W tym zakresie nie ma również żadnego znaczenia sposób zapisu czy interpretacja zapisów SIWZ co do opisu warunków udziału w postępowaniu czy żądanych dokumentów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na które powoływał się w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający. Ocenie Izby podlegają zapisy SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu sformułowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem tylko one odnoszą się do tego właśnie postępowania.

Uwzględniając powyższe w tym przypadku nie możemy mówić o istotnej i nienaprawialnej wadzie postępowania, która – w przypadku zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego – kwalifikowałaby tę umowę jako podlegającą unieważnieniu. Tym samym także postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego w obydwu częściach nie podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, tj. unieważnienie postępowania, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:
stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł
oraz na podstawie rachunków przedłożonych przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy
stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty − wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł i
stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia – koszty − dojazdu na posiedzenie i rozprawę KIO pełnomocników Odwołującego w kwocie 692,00 zł.

Przewodniczący: ……