Sygn. akt: KIO 892/12

WYROK
z dnia 17 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **2 maja 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Wielkopolska Akademia Nauki i Rozwoju Jakub Michałowski ul. Przełęcz 51, 60-115 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/3, 42-217 Częstochowa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Wielkopolska Akademia Nauki i Rozwoju Jakub Michałowski ul. Przełęcz 51, 60-115 Poznań**
i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000** zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Wielkopolska Akademia Nauki i Rozwoju Jakub Michałowski ul. Przełęcz 51, 60-115 Poznań,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt: KIO 892/12

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/3, 42-217 Częstochowa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Usługę prowadzenia zajęć grupowego i indywidualnego doradztwa zawodowego dla uczniów szkół ponadgimnazjalnych w mieście Częstochowa w roku szkolnym 2011/2012 oraz 2012/2013 – 8 części«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 lutego 2012 r. pod nrem 2012/S 30-048471.

Zamawiający zawiadomił 23.04.2012 r. o unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca Wielkopolska Akademia Nauki i Rozwoju Jakub Michałowski ul. Przełęcz 51, 60-115 Poznań, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 02.05.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

1) bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt

7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż zamawiający uznał, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
2) zaniechanie badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto Marietta Blachnik-Gęsiarz oraz Spółdzielnia Pracy Oświata z siedzibą w Częstochowie, a także zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:
1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp przez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania;
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie badania i oceny złożonych ofert a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto Marietta Blachnik-Gęsiarz oraz Spółdzielnia Pracy Oświata z siedzibą w Częstochowie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2) dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez WANiR Jakub Michałowski w zakresie wszystkich ośmiu części postępowania.

Argumentacja odwołującego

W terminie składania ofert zostały złożone oferty przez trzech wykonawców, w tym oferta złożona przez odwołującego.

Zamawiający w dniu 04.04.2012 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej we wszystkich ośmiu częściach. W części nr 2, 4, 6-8 najkorzystniejszą oferta była oferta odwołującego.

W związku ze zgłoszonymi przez odwołującego zastrzeżeniami co do wyboru oferty w zadaniu nr 1, 3 i 5 zamawiający 10.04.2012 r. anulował (unieważnił) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji dokonał unieważnienia całego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, wskazując że wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję faktem, że nie wymagał od wykonawców wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia, który jest niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia.

Brak wpisu do ww. rejestru powoduje, że wykonawca nie spełnia wymogu wynikającego z art. 22 ust. 1 Pzp, a więc wykonawcy, którzy nie posiadają wpisu do ww. rejestru podlegają wykluczeniu z postępowania. Nadto, zamawiający wskazał, że wady polegającej na braku żądania posiadania wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia nie można usunąć na tym etapie postępowania, a więc postępowanie podlega unieważnieniu.

Poza tym brak ten ma wpływ na wynik postępowania i miałby w takiej sytuacji zastosowanie art. 146 ust. 6 Pzp.

Z powyższą decyzją zamawiającego odwołujący się nie godzi z uwagi na jej bezzasadne i niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych skutki.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje na charakter instytucji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp, co do której panuje jednomyślny i zgodny pogląd jaki wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przede wszystkim ogłoszenie postępowania przez zamawiającego jest swego rodzaju

przyrzeczeniem publicznym zawarcia umowy z wykonawcą, który zostanie wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy.

Nadrzędnym celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego, a nie sam fakt jego prowadzenia. Natomiast, ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Instytucja unieważnienia postępowania ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i powinna być stosowana w sytuacjach nadzwyczajnych, do których nie ma żadnych wątpliwości uzasadniających zastosowanie unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi ostateczność, a obowiązkiem zamawiającego przy podjęciu takiej czynności byłoby podanie takiego uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego wynikałoby, że zachodziły jednoznaczne podstawy do unieważnienia umowy o dane zamówienie publiczne, bądź do stwierdzenia jej nieważności.

Stosownie do stanowiska wyrażonego w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazać należy,

Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten, jako podstawę do unieważniania postępowania odwołuje się do sytuacji, w których w toku postępowania o udzielenie zamówienia doszłoby do popełnienia takiego naruszenia, które skutkowałoby koniecznością unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli umowa byłaby zawarta. Zakres podstaw unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie

zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazuje, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny.

Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy sięgnąć do art. 146 Pzp, który wskazuje na przesłanki do unieważniania umowy. Przesłanki te przede wszystkim zostały określone w art. 146 ust. 1 Pzp, jako kwalifikowane wady (nieprawidłowości) dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy. Przepisy art. 146 ust. 5 i 6 Pzp określają także dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów prawa, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 Pzp, która pozwalałaby zamawiającemu na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakąkolwiek wadę postępowania, co mogłoby zagrażać przestrzeganiu zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania miało miejsce po ujawnieniu listy wykonawców lub po dokonaniu oceny ofert. A zatem, działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości.

Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym.

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wyjaśnił, że jedynym powodem unieważnienia postępowania był brak zdefiniowania w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Taki stanowisko zamawiającego jest niezrozumiałe w świetle przepisów prawa. Odwołujący wskazuje, że czynność zamawiającego w zakresie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie tylko nie stanowi naruszenia przepisów ustawy, ale jest

działaniem jak najbardziej prawidłowym i zgodnym z wszelkimi przepisami ustawy, jak i naczelnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 22 ust. 1 Pzp jest przepisem blankietowym, co oznacza, że zamawiający winien skonkretyzować opis spełniania warunków udziału w postępowaniu każdorazowo w przypadku wszczęcia przez niego procedury udzielenie zamówienia. Konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem zamawiającego, a granicę swobody działania wyznacza dyrektywa zawarta w ust. 4 art. 22 Pzp, (zgodnie z którą opis sposobu

dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia) oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wskazujące na zamknięty katalog dokumentów jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zatem skoro dokonanie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu (lub ustalenie warunków udziału) jest uprawnieniem zamawiającego to tym samym zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp. Jest to wyłączna decyzja zamawiającego, na którą nie mają wpływu w szczególności wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, brak sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego nie może stanowić wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o warunki ściśle określone w specyfikacji oraz na podstawie wymaganych przez siebie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie zamawiający nie może niweczyć prowadzonego przez siebie postępowania w przypadku pojawienia się jakichkolwiek trudności w wyborze oferty najkorzystniej spowodowanej, jak się wydaje brakiem dostatecznej wiedzy w tym zakresie.

Za szczególnie problematyczną kwestię postępowania zamawiający uznał wpis do rejestru zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.). Przedmiotem zaskarżonego przez odwołującego postępowania jest przeprowadzenie grupowego i indywidualnego doradztwa zawodowego dla uczniów szkół ponadgimnazjalnych. Oznacza to, że do świadczenia tego rodzaju usług należy stosować art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Zgodnie z tym przepisem prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług poradnictwa zawodowego, polegających w szczególności na: (a) udzielaniu pomocy w wyborze odpowiedniego zawodu i miejsca zatrudnienia, (b) udzielaniu informacji niezbędnych do podejmowania decyzji zawodowych w szczególności o zawodach, rynku pracy oraz możliwościach szkolenia i kształcenia, (c) inicjowaniu, organizowaniu i prowadzeniu grupowych porad zawodowych, zajęć aktywizujących w zakresie pomocy w aktywnym poszukiwaniu pracy, (d) udzielaniu pracodawcom pomocy w doborze kandydatów do pracy, w szczególności na udzielaniu informacji i doradztwie w tym zakresie; – jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.), zwanej dalej „ustawą

o swobodzie działalności gospodarczej”, i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia, zwanego dalej „rejestrem”.

Prowadzenie działalności w zakresie tylko jednego z powyższych punktów oznacza działalność regulowaną i wymaga właściwego wpisu do rejestru. *A contrario,* brak dokonania wpisu do ww. rejestru uniemożliwia prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług poradnictwa zawodowego, nawet gdy dany podmiot uzyskał zamówienie w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, podmiot taki prowadząc działalność bez wymaganego wpisu naraża się na odpowiedzialność karną określoną w art. 121 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, który to przepis stanowi, że kto bez wymaganego wpisu do rejestru agencji

zatrudnienia prowadzi agencję zatrudnienia, podlega karze grzywny nie niższej niż 3.000 zł.

W rozpoznawanym postępowaniu ofertę złożyli, oprócz WANiR, następujące podmioty: Centrum Doradczo-Edukacyjne PROEFECTO Marietta Blachnik-Gęsiarz oraz Spółdzielnia Pracy OŚWIATA w Częstochowie. Podmioty nie figurują w rejestrze KRAZ (Rejestr podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia), który to rejestr dostępny jest pod adresem: http://www.kraz.praca.gov.pl/StronaGlowna.aspx. Oznacza to, że podmioty te nigdy nie świadczyły tego rodzaju usług oraz nie mogą ich świadczyć do czasu wpisu do ww. rejestru. Czyniąc to bez wymaganego ww. przepisami wpisu będą działały nielegalnie przez co podlegać będą odpowiedzialności karnej oraz mogą narazić zamawiającego na szkodę w postaci utraty środków finansowych.

Stosowanie do treści przepisu art. 26. ust. 2a Pzp zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców nie później niż na dzień składania ofert, natomiast wymienione wyżej podmioty niewątpliwie do tego dnia nie figurowały w rejestrze KRAZ.

W piśmie z 6 kwietnia 2012 r. odwołujący poinformował zamawiającego o obowiązkach wynikających z art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, które to obowiązki muszą zostać spełnione przez podmiot świadczący usługi będące przedmiotem zamówienia.

W szczególności odwołujący wskazał, że złożone przez dwóch wykonawców oświadczenia z art. 44 Pzp o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu mogły zawierać informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, co w konsekwencji skutkowałoby wykluczeniem tych podmiotów z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składane zgodnie z art. 44 Pzp jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jako takie powinno być zgodne ze stanem faktycznym i prawnym. Złożenie oświadczenia, które będzie potwierdzało stan, który nie miał lub nie ma miejsca w rzeczywistości stanowi

rażące naruszenie przepisów, co w konsekwencji nakłada obowiązek na zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący zakwestionował oświadczenia ww. wykonawców w zakresie posiadanych uprawnień do wykonywania określonej działalności, bowiem przepis art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy określa działalność regulowaną, która oznacza działalność gospodarczą wymagającą do jej wykonywania spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa.

Instytucja działalności regulowanej stanowi nowość w polskim prawie dotyczącym podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Jest to forma zliberalizowanej – w stosunku do zezwoleń reglamentacji – działalności gospodarczej. Przedsiębiorca nie musi bowiem uzyskać zgody odpowiedniego organu na podjęcie i prowadzenie działalności reglamentowanej. Przesłanką podjęcia takiej działalności jest spełnienie szczególnych warunków wskazanych w przepisach prawa oraz wpis do rejestru działalności regulowanej. Spełnienie tych warunków podlega jednak kontroli i w tym sensie działalność ta jest działalnością regulowaną.

Każdy podmiot podejmujący działalność gospodarczą w zakresie świadczenia tego rodzaju usług nie może zostać zwolniony ze znajomości powyższego obowiązku, bowiem podmioty te są profesjonalistami a ich działania określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności zgodnie z art. 355 § 2 Kc. Z tego tytułu bez znaczenia jest tutaj wskazywanie lub jego brak przez zamawiającego w specyfikacji, że świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia wiąże się z uzyskaniem wpisu do rejestru zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Zamawiający prowadząc postępowanie nie ma obowiązku informowania potencjalnych wykonawców o szczegółowych zasadach podejmowania działalności gospodarczej w określonej dziedzinie, tak samo jak nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT. Jednocześnie zamawiający ma obowiązek ocenić złożoną ofertę w zakresie zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami w szczególności ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zatem, w przypadku złożenia przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia o posiadanych uprawnieniach do wykonywania określonej działalności (co do której

profesjonalny podmiot posiada przecież wiedzę) obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie takiego stanu rzeczy (za pomocą np. instytucji wyjaśnienia z art. 26 ust. 4 Pzp) i ewentualne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Nadto, odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu na jakikolwiek brak posiadania wiedzy i doświadczenia przez podmiot, który nie jest wpisany do rejestru zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

Zatem, jak wynika ze stanowiska Ministra Pracy i Polityki Społecznej podmiot taki nie może wykazywać zdobytego doświadczenia w zakresie realizacji ww. usług gdy zdobył je nielegalną działalnością.

Reasumując, zamawiający jest podmiotem, któremu przysługuje uprawnienie do kształtowania szczegółowych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Zatem brak opisania szczegółowego warunku w zakresie posiadania wpisu do rejestru zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (obowiązek konieczny do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie świadczenia m.in. usług doradztwa zawodowego) nie stanowi naruszenia przepisów, które skutkowałyby podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zamawiający powinien w takim przypadku spełnić jeden z podstawowych obowiązków wynikających z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, który nakazuje zamawiającemu dokonać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o postawione przez siebie warunki.

Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 Pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pism wskazanych w odwołaniu: 1) wyrok KIO z 1 września 2011 r., KIO 1792/11; 2) wyrok KIO z 26 lipca 2011 r., KIO 1528/11; 3) wyrok KIO z 11 stycznia 2011 r., KIO 2789/10; 4) wyrok KIO z 24 sierpnia 2011 r., KIO 1698/11; 5) wyrok KIO z 22 sierpnia 2011 r., KIO 1693/11; 6) wyrok KIO z 28 kwietnia 2011 r., KIO 751/11; 7) pismo Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z 23 maja 2011 r., nr DRP-III-4092-1/AK/11; 8) stanowisko Departamentu Rynku Pracy Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, pismo nr DRP-I-4012-21-MB/12 oraz stanowisko Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 14 lutego 2012 r.; 9) E. Wieczorek w: A. Powałowski (red.), S. Koroluk, M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzciński, E. Wieczorek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, Komentarz, 2007 r.; 10) stanowisko Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z 8 lipca 2011 r., nr DRP-1-4012-35-2-MB; 11) wyrok KIO z 30 sierpnia 2011 r., KIO 1751/11, podobnie wyrok KIO 1679/11 „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma na celu wypełnić konkretną treścią warunki wymienione w art. 22 ust. 1 Pzp. To zamawiający w oparciu o zasady wynikające z ustawy ustala, jakie warunki podmiotowe, włączając w to warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, powinien spełniać wykonawca. Zamawiający nie jest

zobowiązany do dokonania opisu wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego"; 12) wyrok KIO z 2 czerwca 2011 r., KIO 1033/11.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **02.05.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **02.05.2012 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy –

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nie są sporne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – bezzasadnego i bezprawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż zamawiający uznał, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Usługę prowadzenia zajęć grupowego i indywidualnego doradztwa zawodowego dla uczniów szkół ponadgimnazjalnych w mieście Częstochowa w roku szkolnym 2011/2012 oraz 2012/2013 – 8 części«.

Zamawiający stwierdził, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji nie zawarł wymagania koniecznego dokumentu, który powinni byli dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dokumentem tym, zdaniem zamawiającego, był „Certyfikat o dokonaniu wpisu podmiotu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia" wydane przez właściwego marszałka województwa, na podstawie art. 18i ust. 1 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zm.). Zamawiający również stwierdził, że taki brak żądania dokumentu jest na obecnym etapie postępowania wadą postępowania niemożliwą do usunięcia.

Ze względu na wystąpienie w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie i wniósł o unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że na zamawiającym ciąży obowiązek sporządzenia specyfikacji (oraz ogłoszenia o zamówieniu) zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W rozpoznawanym zakresie zamawiający jest zobligowany do stosowania art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli tak zredagować specyfikację i ogłoszenie o zamówieniu, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tylko wykonawcy posiadający odpowiednie uprawnienia do wykonywania określonej działalności, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Takim przepisem nakładającym obowiązek posiadania odpowiedniego wpisu do rejestru i potwierdzającego to certyfikatu są art. 18 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Ponadto zgodnie z art. 121 ust. 1 przytoczonej ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy kto prowadzi agencję zatrudnienia bez wymaganego wpisu do rejestru agencji zatrudnienia, podlega karze grzywny nie niższej niż 3 000 zł.

Zamówienie zostało oszacowane przez zamawiającego na wartość 911 988 zł, co stanowi równowartość 226 997,75 euro, czyli wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Kwotą tą dla zamawiającego jest

suma 803 920 zł czyli równowartość 200 000 euro.

Dlatego zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 1

11

Pzp, a nie tylko może żądać tych dokumentów co mogłoby być gdyby wartość zamówienia była mniejsza, kiedy miałby zastosowanie art. 26 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 22 ust. 1 Pzp jest przepisem wymagającym od zamawiającego skonkretyzowania wymagań na podstawie uregulowań rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a w rozpoznawanej sprawie – § 1 ust. 1 pkt 1. W przepisie tym jest mowa o żądaniu od wykonawców koncesji, zezwolenia lub licencji w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający musi dokonać opisu sposobu oceny spełniania tego warunku w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, gdyż rozpoznawane postępowanie jest określone w art. 26 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa, że w § 1 ust. 1 pkt 1 wymienionego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie występuje nazwa „certyfikat", a taki dokument otrzymują podmioty na potwierdzenie posiadania wpisu do rejestru. Jednak tylko omawiany „certyfikat" posiada cechy konieczne do wykazania, że wykonawca spełniania warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym zamawiający jest zobligowany do żądania w ogłoszeniu i specyfikacji w rozpoznawanym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego załączenia do oferty „Certyfikat o dokonaniu wpisu podmiotu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia".

Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu odpowiedniego dokumentu, a w związku z tym, że zamawiający był obowiązany do żądania takiego dokumentu już na tym etapie postępowania, to skład orzekający Izby stwierdza, że zaszła przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, bo zamawiający nie może w obecnym stadium postępowania zmienić specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji nie może zażądać od wykonawców uzupełnienia ofert o dokument, którego nie wymagał, czyli nie może zastosować art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z brakiem żądania omawianego dokumentu w specyfikacji i ogłoszeniu zamawiający nie będzie mógł wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy w prawidłowo przeprowadzonej procedurze nie spełnialiby warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – bezzasadnego i bezprawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

12

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – zaniechania badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców Centrum Doradczo-Edukacyjne Proefecto Marietta Blachnik-Gęsiarz oraz Spółdzielnia Pracy Oświata z siedzibą w Częstochowie, a także zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na konieczność unieważnienia postępowania zarzut zaniechania badania i oceny złożonych ofert oraz zarzut zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……