

WYROK
z dnia 2 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2011 r. przez wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Lublin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEP Spółka Akcyjna w Bielsku Podlaskim, Anna Kasprzyk, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Studio Projektowe Anny Kasprzyk S.P.A.K w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miejskiej Lublin unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności podjętych w toku postępowania przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu od dnia otwarcia ofert do dnia 13 kwietnia 2011r.;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez BUDIMEX Spółkę Akcyjną w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Lublin na rzecz BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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 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 Lublinie.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Lublin - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa stadionu miejskiego w Lublinie wraz z zagospodarowaniem przylegającego terenu, instalacjami i przyłączami, zlokalizowanego w rejonie ul. Krochmalnej, na terenie osadników byłej Cukrowni Lublin, w ramach projektu „Budowa stadionu miejskiego w Lublinie wraz z zagospodarowaniem

przylegającego terenu" dofinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013.

10 maja 2011 r. zamawiający przesłał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, uzasadniając, że w czynnościach zamawiającego, które miały wpływ na wynik postępowania polegających na udzieleniu odpowiedzi na wnioski wykonawców dotyczące prośby o wyjaśnienie zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zmianie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, w tym zmianie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu brał udział członek komisji przetargowej, który podlegał wyłączeniu z postępowania przed podjęciem przez zamawiającego ww. czynności. Zamawiający ocenił, że czynności podjęte przez członka komisji przetargowej podlegające wyłączeniu w postępowaniu nie można powtórzyć zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. w Warszawie wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 maja 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej..

W uzasadnieniu odwołujący wskazał na kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (155 000 000 zł), fakt złożenia 9 ofert oraz cenę oferty konsorcjum firm INTERBUD - LUBLIN S.A., ALSTAL -BUDOWNICTWO Sp. z o. o. oraz MASTERS S.A. - 183 342 570,00 zł. Odwołujący podniósł, że wykładnia literalna art. 93 ust.

3

1 pkt 7 Pzp wskazuje, iż postępowanie podlega unieważnieniu jedynie w przypadku, gdy pomiędzy wadą postępowania, a przyszłą umową istnieje faktycznie związek przyczynowo-skutkowy, który prowadziłyby do nieważności takiej umowy, co w okolicznościach sporu nie miejsca. Zarzucił, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób działania osoby podlegającej wyłączeniu miałyby spowodować możliwość unieważnienia zawartej umowy o zamówienie publiczne, a tym bardziej związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wskazaną przez siebie rzekomą wadą postępowania a ewentualną nieważnością przyszłej umowy.

Argumentował, że samo naruszenie przepisów ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy, nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy, a tym samym do unieważnienia postępowania. Odwołujący wywiódł, że czynności podjęte przez Pana Grzegorza W. nie mają i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. Pan W., jak wynika z informacji o unieważnieniu postępowania brał udział przy udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców oraz modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynności te nie miały wpływu na wynik postępowania, gdyż nie dotyczyły kwestii, które wpłynęły na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Przeciwnie, poprzez wyjaśnienia oraz zmiany specyfikacji, zamawiający jasno doprecyzował te elementy dokumentacji przetargowej, które budziły wątpliwości wykonawców, przez co zrealizował zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto Pan W. oświadczył wyraźnie, że wprawdzie zachodzą wobec niego okoliczności uzasadniające wyłączenie z postępowania na podstawie art. 17 ust 1 pkt 3 Pzp, ale jako członek komisji przetargowej pracował bezstronnie, a zdarzenie z czerwca 2009 r. nie miało żadnego wpływu na podejmowane przez niego decyzje.

Odwołujący podniósł, że uznanie przez zamawiającego, że w postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą (polegającym na tym, że osoba podlegająca wyłączeniu podejmowała czynności, których nie można powtórzyć) nie jest wystarczającą podstawą do jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Konieczne jest zaistnienie dwóch pozostałych okoliczności wskazanych powyżej. W toku niniejszego postępowania wykonawcy nie korzystali ze środków ochrony prawnej. Oceniał, że zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia nie miały wpływu na wynik postępowania. Świadczy o tym m.in. fakt, że w postępowaniu zostało złożone 9 ofert.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo Komisji Orzekających w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz postępowania prowadzone przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych w podobnych sprawach. Podkreślił, że unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zachodzą ustawowe podstawy dokonania tej czynności, stanowi okoliczność uzasadniającą możliwość żądania przez wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające

4

odrzuceniu, zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty zgodnie z dyspozycją art. 93 ust 4 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia UNIBEP S.A. W Bielsku Podlaskim oraz Anna Kasprzyk prowadząca działalność pod firmą S.P.A.K. Studio Projektowe Anny Kasprzyk w Warszawie 2011 r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający uznał, że w postępowaniu zaistniała nieusuwalna wada postępowania w postaci dokonania czynności z udziałem osoby podlegającej wyłączeniu, a jej nieusuwalność polega na niemożności powtórzenia koniecznych czynności sprzed terminu otwarcia ofert. Zamawiający wskazał na bezpośredni związek między wadą postępowania, a nieważnością umowy – zaniechanie powtórzenia czynności skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania – czynność zmiany specyfikacji powiększyła krąg wykonawców, zatem miała wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podniósł, że celem dokonania oceny należy przeanalizować hipotetyczny rezultat po dokonaniu czynności, która winna być powtórzona, i porównać do hipotetycznego rezultatu, który by powstał gdyby czynności nie dokonano – wskazał, że gdyby warunki udziału w postępowaniu nie zostały zmienione wpłynęłoby mniej ofert – inny wykonawca mógłby złożyć ofertę, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Z uwagi na etap postępowania – badanie i ocenę ofert, niemożliwe jest cofnięcie się przez zamawiającego do etapu, którego dotyczą czynności, które winny być powtórzone zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp: udzielenia odpowiedzi na pytania i zmiany specyfikacji, zamieszczenie ogłoszenia wraz z przedłużeniem terminu do składania ofert. Stwierdził, że zaniechanie powtórzenia czynności sprzed otwarcia ofert prowadzi do stanu prawnego, w którym nie można zawrzeć ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem postępowanie podlega unieważnieniu. Zamawiający wywodził, że zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp winien traktować powtórzenie czynności w postępowaniu tak, jakby czynność podlegająca powtórzeniu była wykonywana po raz pierwszy, zatem czynność uprzednia był wadliwa i nie rodzi skutków prawnych. Czynność powtórzona zastępuje niejako czynność wadliwie dokonaną wcześniej, zamawiający może dokonać konwalidacji czynności dokonanej z udziałem osoby podlegającej wyłączeniu jedynie przez jej powtórzenie w pełnym zakresie. Przy powtórzeniu czynności ma powstać nowy stan prawny uwzględniający zarówno rzeczywiste dokonanie

5

czynności, jak i jej skutek w postaci zastąpienia uprzednio wadliwie dokonanie odwołania oraz powtórzenia danej czynności.

Zamawiający podniósł, że ewentualne odstępianie od dokonania zmiany ogłoszenia naruszałoby zasadę jawności postępowania oraz uniemożliwiałoby wykonawcom powzięcie wiadomości o powtórzeniu czynności zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp. Za pozbawione znaczenia uznał, czy dana osoba swoim działaniem mogła mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż zgodnie z art. 17 ust. 3 i stanowiskiem orzecznictwa wystarczający jest fakt uczestnictwa danej osoby w czynności, które podlegają powtórzeniu. W konsekwencji oświadczenie o bezstronności pozostaje bez znaczenia. Podniósł, że odwołujący myli wpływ członka komisji na wynik postępowania, z wpływem czynności na wynik postępowania, zmiana warunków udziału w postępowaniu jest czynnością, która ma wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 stycznia 2011 r., pod numerem 2011/S 5-006657. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczona została na stronie internetowej zamawiającego.

Pan Grzegorz W. - członek komisji przetargowej - brał udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Zamawiający przed otwarciem ofert udzielał wyjaśnień postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonał zmiany postanowień specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu, w tym, m.i:

- w związku z pytaniem Interbud Lublin S.A. (pismo z 25 stycznia 2011 r.) wyjaśniał treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności postanowień wzoru umowy oraz zmienił treść postanowień § 4 ust. 3 lit.h oraz § 2 ust. 4 lit.d.;
- w związku z pytaniem przystępującego (z 26 stycznia 2011r.), w jakim celu zamawiający wymaga dysponowania węzłem betoniarским o wydajności 40m³/h (pkt 5.4.2.1 siwz)? Zgodnie z formułą przetargu możliwe jest zaprojektowanie tej inwestycji w 100% z prefabrykatów żelbetonowych, skreślił omówione wymaganie;
- zmiany warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w ten sposób, że dopuścił wykazanie wymaganej usługi projektowania oraz robót budowlanych –przez wykonanie w okresie ostatnich 5 lat, minimum jednej pracy polegającej na zaprojektowaniu oraz wykonaniu

6

kompleksowych robót ogólnobudowlanych w zakresie budowy stadionu o opisanych parametrach. Pierwotnie zamawiający wymagał oddzielnego wykazania usługi projektowania oraz robót budowlanych zawężając okres dotyczący usług do 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Stosowne zmiany postanowień ogłoszenia zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 37-059466. Zamawiający dokonał również odpowiednich zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wyznaczył termin składania i otwarcia ofert został na 14 marca 2011 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 155.000.000 zł. Złożono 9 ofert. Zgodnie z pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Ofertę z najniższą ceną złożył przystępujący – 101.429.736 zł. Odwołujący zaoferował ofertę z ceną – 136.207.740 zł. drugą co do wysokości. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INTERBUD - LUBLIN S.A., ALSTAL -BUDOWNICTWO Sp. z o.o. oraz MASTERS S.A. złożyli ofertę z ceną 183 342 570,00 zł, ceną siódmą w kolejności.

Pan Grzegorz W. 14 marca złożył oświadczenie o braku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 Pzp, które ponowił 7 kwietnia 2011 r.

Komisja z udziałem Pana Grzegorza W. w ramach czynności badania ofert dokonała 22 marca 2011 r. i 24 marca 2011 r. wezwania odwołującego, Mostostal Puławy S.A., do Budus S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz 25 marca 2011 r. wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny.

13 kwietnia 2011 r. Pan W. złożył oświadczenie, w którym wskazał, że w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 17 ust 1 pkt 3 Pzp podlega wyłączeniu z postępowania. Wyjaśnił, że uświadomił sobie, że w czerwcu 2009 r. na zlecenie firmy INTERBUD - LUBLIN S.A. przeprowadził szkolenie dla pracowników spółki w zakresie promocji inwestycji budowlanych. Faktura została wystawiona przez spółkę cywilną „Tylda”, w której był współnikiem. Oświadczył jednocześnie, że do dnia 13 kwietnia 2011 r. faktu tego nie pamiętał, a jako członek komisji przetargowej pracował bezstronnie, a zdarzenie z czerwca 2009 r. nie miało żadnego wpływu na podejmowane przez niego decyzje.

Wg oświadczenia zamawiającego zmiana warunków udziału umożliwiła wykazanie spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ABM SOLID S.A oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.

Izba dokonała ustaleń na podstawie wymienionych pism i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz w aktach postępowania odwoławczego o sygn. KIO 816/10 (przekazanych przez zamawiającego w związku z odwołaniem wniesionym w tym samym postępowaniu) lub okazanych na rozprawie przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do złożenia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Czynność unieważnienia postępowania naraża na szwank interesy majątkowe odwołującego. Odwołujący poniósł koszty przygotowania i złożenia oferty oraz został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, zatem wskutek zarzucanego zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy może ponieść szkodę.

Odwołanie okazało się zasadne.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami.

Istotą sporu jest ocena, czy brak możliwości powtórzenia czynności dokonanych przez komisję przed dniem otwarcia ofert powoduje obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymienione przesłanki winny być spełnione kumulatywnie. Zaistnienie nieusuwalnej wady postępowania nie może stać się podstawą unieważnienia postępowania, o ile możliwe jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie podlega unieważnieniu.

Art. 17 ust. 1 Pzp zawiera katalog przesłanek obligatoryjnego wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu. Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu składają pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznania pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.

Przywołany przepis nie określa terminu złożenia oświadczenia wskazanego w art. 17 ust. 1 Pzp. Niewątpliwie krąg wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego jest ustalony dopiero z chwilą dokonania otwarcia ofert. Mając jednak na uwadze, że celem art. 17 Pzp wespół z art. 7 ust. 2 Pzp jest zapewnienie bezstronności i

obiektywizmu zamawiającego na wszystkich etapach postępowania, osoba wykonująca czynności w postępowaniu powinna zaprzestać prac już od momentu ujawnienia się podmiotu, z którym była powiązana w okolicznościach uzasadniających wyłączenie. Zatem okoliczności uzasadniające wyłączenie Pana Grzegorza W. zaistniały 25 stycznia 2011r., gdy INTERBUD LUBLIN S.A. zadał pytania o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp, że czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

Przywołany przepis ustala generalną zasadę, że czynności podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu podlegają obligatoryjnemu powtórzeniu. Przyjmuje się, że pod pojęciem czynności podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu rozumie się nie tylko czynności dokonywane przez tę osobę samodzielnie, ale również czynności dokonane przez komisję przetargową, której członkiem była osoba podlegająca wyłączeniu. Czynności podjęte przez komisję przetargową w których brał udział członek komisji podlegający wyłączeniu powtarza się bez udziału tej osoby. Nie podlegają powtórzeniu jedynie czynności o wyłącznie faktycznym charakterze, pod warunkiem, że nie wpływają one na wynik postępowania.

Izba ocenia, że dokonane przez zamawiającego przed otwarciem ofert czynności udzielenia

odpowiedzi wyjaśniającej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności polegające na nadaniu innej treści warunkowi udziału w postępowaniu nie mają charakteru faktycznego, gdyż kształtują uprawnienia i obowiązki stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności te podlegają zatem obowiązkowi powtórzenia zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp, co na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe.

Dokonanie czynności w postępowaniu przez komisję przetargową z udziałem osoby podlegającej wyłączeniu stanowi wadę postępowania o udzielenie zamówienia, a w odniesieniu do czynności, których komisja nie może ponowić, wada ta jest nieusuwalna. Spełniona została pierwsza z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy brak możliwości powtórzenia czynności polegających na udzieleniu odpowiedzi w sprawie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu prowadzi, w razie kontynuowania danego postępowania, do groźby zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która podlegałaby unieważnieniu.

9

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowanym pod rządami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wiązana była z katalogiem podstaw bezwzględnej nieważności umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp. *De lege lata* zaistnienie przesłanek zawartych w art. 146 ust. 1 Pzp (których katalog uległ radykalnej zmianie) skutkuje możliwością żądania unieważnienia umowy. Wobec dokonanych zmian przepisów, w piśmiennictwie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się przeważający pogląd, zgodnie z którym podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi nie tylko zaistnienie przesłanek zawartych w art. 146 ust. 1 Pzp - kwalifikowanych wad (nieprawidłowości) postępowania. Przy ocenie, czy postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy uwzględnić również podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 Pzp (vide: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 25 sierpnia 2010r., sygn. KIO/UZP 1733/10, z 24 listopada 2010r. sygn. akt KIO/UZP 2480/10, z dnia 11 stycznia 2011r., sygn. akt KIO/UZP 2789/10, z dnia 19 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 34/11).

Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 214/2011; KIO 215/2011) Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła, iż mimo że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146, to wykładnia celowościowa art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że uwzględniając odpowiednio przepis art. 146 ust. 6, wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

Izba ocenia, że decyzję o unieważnieniu postępowania z powodów skazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp zamawiający może podjąć jedynie w sytuacji, gdy przesłanki unieważnienia postępowania zaistniały w sposób obiektywny - naruszenia przepisów ustawy godzą niewątpliwie w wynik postępowania. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – przypadku wyboru trybu z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy (arg. z art. 2 pkt 11 Pzp). Przesłanki dokonania tej czynności, z

10

uwzględnieniem podstaw wynikających z art. 17 ust. 3 Pzp, nie mogą zatem podlegać wykładni rozszerzającej, lecz winny wynikać z okoliczności sprawy. Niewątpliwie dokonywanie przez komisję przetargową przy udziale Pana Grzegorza W.

czynności poczynawszy od dnia, w którym powinien wyłączyć się z prac komisji narusza prawo i, co do czynności dokonanych przed otwarciem ofert, stanowi nieusuwalną wadę postępowania.

Rozważyć zatem należy, czy naruszenie art. 17 ust. 3 Pzp, wobec braku możliwości powtórzenia czynności udzieleniu odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zmianie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, w tym zmianie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Podnieść trzeba, że z samego faktu, że ustawodawca w art. 17 ust. 3 Pzp nakazuje powtórzenie czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu nie oznacza *per se*, że każda z tych czynności ma lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, w związku z art. 17 ust. 3 Pzp, wpływ naruszeń przepisów ustawy, dokonania czynności w postępowaniu przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu, na wynik postępowania nie może mieć czysto spekulatywnego charakteru, lecz musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych – wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania.

Celem art. 17 Pzp jest bowiem zagwarantowanie równego traktowania wszystkich wykonawców i zapobieżenie sytuacji, w której osoba po stronie zamawiającego mogłaby być zainteresowana wynikiem postępowania i podejmować próby wpływania na jego wynik. Przedmiotem ochrony jest w szczególności bezstronność oraz wiarygodność ustaleń dokonywanych w postępowaniu przetargowym, zapewnienie trafności rozstrzygnięć zamawiającego. Ustawodawca przyjął, że dokonywanie czynności w postępowaniu przez osoby powiązane z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia może prowadzić do preferowania tych podmiotów w toku postępowania, co uniemożliwia uczciwą konkurencję.

11

W konsekwencji, dla uznania, że zaistniał wpływ czynności dokonanej przez tą osobę na wynik postępowania, niezbędny jest choćby hipotetyczny związek między działaniem osoby podlegającej wyłączeniu (niezależnie od tego czy działała samodzielnie, czy też w ramach komisji przetargowej) a możliwością uzyskania zamówienia przez wykonawcę, z którym osoba taka była powiązana w okolicznościach wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Ocenie winna podlegać treść oraz skutki czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu z punktu widzenia celu oraz zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie szerokie rozumienie podstaw unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia w wykładni literalnej i celowościowej przepisów.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności sporu stwierdzić należy, iż wpływ naruszenia art. 17 ust. 3 Pzp na wynik postępowania zaistniałby w sytuacji, gdyby czynności dokonane przy udziale Pana Grzegorza W. niosły skutek w postaci uznania oferty INTERBUD LUBLIN S.A. za najkorzystniejszą lub zwiększały szanse tego wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywa na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek w postaci unieważnienia postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp).

Zamawiający nie wykazał jakoby czynności komisji podjęte przy udziale Pana Grzegorza W. przed otwarciem ofert godziły w zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, zwiększały szanse wykonawcy na uzyskanie zamówienia.

INTERBUD LUBLIN S.A. złożył ofertę wspólnie z dwoma innymi wykonawcami a cena tej oferty plasowała się na 6 pozycji spośród 9 złożonych ofert oraz znacznie przekraczała kwotę podaną przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Zmiana warunków udziału w postępowaniu nie otworzyła drogi temu wykonawcy do wzięcia udziału w postępowaniu.

Z samego faktu, że czynność badania i oceny ofert nie została zakończona przez

zamawiającego nie należy wywodzić skutku w postaci ewentualnej możliwości uzyskania zamówienia przez konsorcjum w skład którego wchodzi INTERBUD LUBLIN S.A., skoro dowody na uprawdopodobnienie tej tezy nie zostały wskazane. Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby wskutek dokonania przez komisję przy udziale Pana Grzegorza W. czynności w postępowaniu, które na obecnym etapie nie mogą zostać powtórzone, zostały złamane zasady zawarte w art. 7 Pzp, możliwość uczciwego konkutowania o udzielenie zamówienia została zachwiana, a obiektywizm i trafność decyzji komisji budzą wątpliwości.

Przyjęcie, że doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji oraz zmiana warunku udziału w postępowaniu, która rozszerzyła krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a nie stworzyła preferencji na

12

rzecz podmiotu, z powodu którego członek komisji przetargowej winien wyłączyć się z postępowania, stanowią przeszkodę dla zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje uzasadnienia. Co więcej, przyjęcie poglądu przeciwnego prowadzić może do wypaczenia celu regulacji ustawowej. Postrzeganie podstaw unieważnienia postępowania w kategoriach bezwzględnych, z odstępniem od badania ich *in casu*, skutkować by mogło możliwością wpływu osób podlegających wyłączeniu na losy postępowania. Osoby takie podejmując decyzję, czy i na jakim etapie postępowania ujawniać będą okoliczności uzasadniające ich wyłączenie, miałyby wpływ na wynik postępowania, co rażąco naruszałoby zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W okolicznościach sporu postępowanie o udzielenie zamówienia może być kontynuowane. Wbrew wywodom zamawiającego czynności podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach aktualizujących konieczność wyłączenia są ważne (vide: G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 139). W razie powtórzenia czynności nastąpi wzruszenie czynności uprzednio dokonanej z przyjęciem, że skutki powtórzonej czynności występują z mocą wsteczną (*ex tunc*). Natomiast czynności, które nie zostały powtórzone wywierają w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszystkie skutki, które wynikają z ich treści.

Reasumując, Izba uznała, że naruszenie przepisów ustawy w ustalonych okolicznościach faktycznych nie wpłynęło, ani nie mogło wpłynąć na wynik postępowania. Nie może stać się podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 146 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp brak możliwości powtórzenia czynności, w odniesieniu do których nie wykazano, iż zostały dokonane z naruszeniem zasad bezstronności i obiektywizmu, w szczególności, jeśli nie ustalają jakichkolwiek preferencji dla wykonawcy, z powodu którego członek komisji podlega wyłączeniu.

Zamawiający unieważniając postępowanie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do kwoty 3.600 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

13

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący.....

.....

14