

Sygn. akt: KIO 767/12

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 roku przez wykonawcę **VOITH Turbo Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Krzysztoporskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę VOITH Turbo Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Krzysztoporskiej tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy VOITH Turbo Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Krzysztoporskiej kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

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 **Piotrkowie Trybunalskim**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu **16 kwietnia 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Voith Turbo sp. z o. o. z siedzibą w Woli Krzysztoporskiej**.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Naprawę automatycznych skrzyń biegów produkcji ZF oraz VOITH Turbo GmbH & Co” prowadzi Zamawiający - Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania zarzucają mu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez: 1) podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w oparciu o wyżej wskazany art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone żadną niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego; 2) dokonanie czynności unieważnienia postępowania bez podania rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej czynności.

Odwołujący się wnosi o: unieważnienie lub nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego kosztów postępowania wywołanego niniejszym odwołaniem.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia w ramach postępowania ogłoszonego przez Zamawiającego. Nieuzasadnione unieważnienie postępowania, w którym oferta Odwołującego się wykonawcy winna zostać uznana za najkorzystniejszą, jest jawnym pogwałceniem przepisów art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie to powoduje, iż w istocie mimo złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przez Odwołującego się, Zamawiający nie zawarł z nim umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie sam fakt złożenia oferty przez Odwołującego się i unieważnienie postępowania już po otwarciu i ujawnieniu ofert stanowi o tym, iż wszyscy wykonawcy konkurujący z odwołującym się, mają możliwość zapoznania się z treścią oferty Odwołującego się i w następnym postępowaniu przygotowywanym przez Zamawiającego, z pewnością uwzględnią wiedzę w ten sposób uzyskaną w sposób utrudniający Odwołującemu się skuteczne ubieganie się o udzielenie tegoż zamówienia. W tym kontekście Odwołujący narażony jest na szkodę w postaci

niezawarcia przez Zamawiającego z nim umowy o udzielenie zamówienia publicznego - mimo, iż Odwołujący się złożył najkorzystniejszą ofertę w tymże postępowaniu.

Czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania została podjęta w dniu **6 kwietnia 2012 roku**, a zatem Odwołujący się dochował terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazano, że przedmiotem zamówienia zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) jest realizacja na rzecz Zamawiającego usług polegających na naprawie automatycznych skrzyń biegów produkcji ZF oraz VOITH Turbo GmbH & Co. w ilości określonej w SIWZ. Już po złożeniu ofert w przedmiotowym przetargu Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2012 roku podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. W piśmie informującym o unieważnieniu Zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i poinformował, że jego zdaniem postępowanie jest dotknięte niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy, ponieważ w SIWZ w rozdziale 5 ust. 1 pkt 3 Zamawiający określił jako jeden z warunków udziału w postępowaniu warunek „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez Producenta skrzyń”, nie określając w SIWZ formy w jakiej warunek ten ma być spełniony, poprzez niewskazanie dokumentu określonego w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich dokumenty te mogą być wskazane.

Powyższa informacja zdaniem Odwołującego się nie wyczerpuje wymogów określonych w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w istocie poza podaniem podstawy prawnej, nie przedstawia wykonawcom żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego unieważnienia postępowania. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że postępowanie dotknięte jest niedającą się usunąć wadą, a rodzaj tej wady sprawia, że nie można zawrzeć niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W piśmie Zamawiającego na próżno szukać choćby próby odniesienia się do kwestii podstawy ewentualnego unieważnienia umowy. Przez wskazanie w treści pisma art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający jedynie sugeruje, iż postępowanie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ale nie podaje prawnego ani faktycznego uzasadnienia ewentualnego unieważnienia.

Należy podkreślić, iż czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog

podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanka powyższa może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą nieusuwalną wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Zgodnie z tym przepisem umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający: 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę. Żadna z powyższych przesłanek unieważnienia umowy w niniejszej sprawie nie zachodzi. Nawet

gdyby nie ograniczać się wyłącznie do ust. 1 art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych i upatrywać możliwości dochodzenia nieważności lub unieważnienia umowy przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów- np. art. 189 k.p.c. czy art. 705 k.c. - uznać należy, iż przesłanka unieważnienia podawana przez zamawiającego nie ma najmniejszego wpływu na wynik postępowania, a zatem unieważnienie oparto na niewłaściwej podstawie prawnej i w oparciu o okoliczności, nie mające wpływu na wynik przetargu. Co więcej, należy zwrócić uwagę, iż wada niemożliwa do usunięcia to taka, której żadne działanie zamawiającego nie naprawi, zdarzenie które zaistniało i jest nieodwracalne (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 roku KIO 104/12).

Tymczasem w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z wadą niemożliwą do usunięcia. Zamawiający formułując wymóg „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” wyraźnie wskazał, że „warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez Producenta skrzyń”. Zatem w ocenie Odwołującego się to Zamawiający w toku dokonywania badania i oceny ofert winien sprawdzić, czy wykonawca w swej ofercie wykazał, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń. Jeśli w ocenie Zamawiającego dany wykonawca nie wykazałby, że dysponuje przedmiotowym stanowiskiem, wówczas winien Zamawiający wezwać takiego wykonawcę do wykazania tej okoliczności - przy czym inwencja w tym zakresie leży po stronie wykonawców i nie ogranicza się li tylko do dokumentów i może przecież obejmować inne dostępne środki dowodowe. W tej sytuacji niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione, a wnioski odwołania są usprawiedliwione.

Postępowanie nie jest dotknięte nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a zatem unieważnienie postępowania przez Zamawiającego nastąpiło w sposób nieuzasadniony i niezgodny z dyspozycją art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe czyni zasadnym wniosek o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wadliwej czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie lub oddalenie w całości. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że w dniu 16 kwietnia 2012 roku wpłynęło do niego pismo nazwane Odwołanie złożone przez wykonawcę VOITH Turbo Polska Sp. z o.o. Dokonana czynność nie spełnia dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż przekazane w dniu 16 kwietnia 2012 roku w drodze transmisji

faksowej pismo nie spełnia wymogów dotyczących przekazania kopii odwołania. Przesłany dokument nie został przez nikogo podpisany i jest projektem odwołania, nie stanowi prawidłowego oświadczenia woli w sprawie wniesienia odwołania. Czynność taka stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślono, iż Odwołujący dopiero dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania, czyli 17 kwietnia 2012 roku przesłał Zamawiającemu kopię odwołania spełniającą wymogi z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto wskazano, iż okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazują na nieprawidłowe działanie Zamawiającego dotyczące czynności unieważnienia postępowania a zarzuty w zakresie braku wskazania podstaw prawnych i faktycznych czynności unieważnienia są niezasadne. Odwołanie zawiera jedynie teoretyczne odniesienie do czynności unieważnienia nie odnosząc się do faktycznych okoliczności sprawy, tj. unieważnienia postępowania z uwagi na brak możliwości korekty nieprawidłowo dokonanej czynności w zakresie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na rozprawie wnosił o jego oddalenie jako całkowicie bezzasadnego.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Zamawiającego, Izba uznała go za niezasadny. Odwołując się do treści uzasadnienia ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, dostrzec należy, iż „skuteczność wniesienia odwołania została uzależniona od przesłania jego kopii Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie w taki sposób, **aby mógł powziąć wiadomość o tym fakcie** (podkreślenie własne), a co za tym idzie dowiedzieć się o przedłużeniu terminu zawieszenia możliwości zawarcia umowy. Dla przesłanej kopii odwołania **nie przewiduje się konieczności dochowania formy szczególnej** (...). Ratio legis tego uregulowania jest zapewnienie Zamawiającemu informacji o wniesieniu odwołania, z czym wiąże się zawieszenie dopuszczalności zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę”. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności nastąpiło w samej treści odwołania. W oparciu o ich znajomość Zamawiający

był uprawniony do tego, aby dokonać weryfikacji swego stanowiska zawartego w informacji o unieważnieniu postępowania. Izba uznała że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie unieważnienia postępowania. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną ustaloną jako jedyne kryterium w przedmiotowym postępowaniu. Unieważnienie postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości wyboru jego oferty, tym samym uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na naprawie automatycznych skrzyń biegów produkcji ZF oraz VOITH Turbo GmbH & Co. Zamawiający podzielił postępowanie na dwa zadania i dopuścił składanie ofert częściowych.

Ogłoszenie o zamówieniu: 2011/S 16-025741 opublikowano w dniu 25 stycznia 2012 roku.

Zgodnie z Sekcją III pkt III.2.1) ogłoszenia (Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego) Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń. Wymaganie powtórzono w Rozdziale 5 pkt. I. 3. SIWZ. Ponadto w ogłoszeniu, w pkt III.2.3) (Kwalifikacje techniczne) Zamawiający określił, że wykonawca musi złożyć oświadczenie, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń. Wymogu tego nie powtórzono w SIWZ.

W zadaniu drugim, którego dotyczy odwołanie złożono dwie oferty.

Po złożeniu ofert Zamawiający w dniu 27 marca 2012 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z zapisami Rozdziału 5 ust. I pkt 3 SIWZ, wskazując, że nie uzupełnienie tego dokumentu spowoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W 28 marca 2012 roku Odwołujący się, odpowiadając na wezwanie, złożył oświadczenie, że jego firma posiada stanowisko testowe umożliwiające sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń. Jednocześnie wykonawca poinformował, że z punktu widzenia producenta, posiadanie takiego stanowiska jest warunkiem koniecznym otrzymania autoryzacji na wykonywanie napraw według technologii producenta. Stanowisko Odwołującego zostało zakupione w 2006 roku, po czym została mu udzielona autoryzacja.

W dniu 6 kwietnia 2012 roku Zamawiający podjął i ogłosił wykonawcom decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie umowy, ponieważ zgodnie z SIWZ Rozdział 5 ust. 1 pkt 3, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, tj. „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń”, nie określając w SIWZ formy w jakiej warunek ten ma być spełniony, poprzez nie wskazanie dokumentu określonego w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). W związku z powyższym brak wskazania w SIWZ dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków nie pozwala Zamawiającemu na dalsze badanie ofert.

Na powyższą czynność odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zauważyć należy, iż czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznać można za najbardziej radykalną w postępowaniu. Czynność ta stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przepisy ustawy Pzp określają wprost okoliczności obligujące Zamawiającego do podjęcia takiej czynności jak unieważnienie postępowania, jednak każdy z ustawowych warunków podlegać powinien wnikliwej analizie i interpretacji, stosownie do szczegółów i okoliczności towarzyszących konkretnemu przypadkowi.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest

niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe powoduje, iż przepis ten koreluje z przepisem art. 146 ust. 1 Pzp, jak również w przypadku wystąpienia innych rażących i wpływających na wynik postępowania wad, z przepisem art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć zastosowanie wówczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Należy uznać, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny wada uzasadniająca unieważnienie postępowania powinna tkwić w samym postępowaniu, a jednocześnie być istotna i nieusuwalna. Tylko w takim przypadku może nastąpić odwołanie się Zamawiającego do przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako przyczyny unieważnienia postępowania. Treść powyższego przepisu w zestawieniu z art. 146 ust. 6 Pzp pozwala wysnuć wniosek, że rygor unieważnienia postępowania ustawodawca przewidział w szczególności wobec czynności Zamawiającego, które spowodowały naruszenie ustawy i miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wada ta jest nieusuwalna.

Izba stwierdziła, że ciężar dowodu co do zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa w niniejszej sprawie na Zamawiającym, jako na podmiocie, który wywodzi skutki prawne zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie ziściła się żadna z przesłanek skutkujących możliwością

unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, (nie przesądzając jednocześnie czy naruszenie przepisów ustawy Pzp niezakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy może być podstawą do unieważnienia postępowania w oparciu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy), w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego postępowania nie wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, zaś w pierwszej kolejności przede wszystkim ogłoszenia o zamówieniu, zawierającego szczegółowe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania powyższych warunków jako elementów znaczących i warunkujących złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak też w SIWZ, określił tożsamy warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że wystarczającym do wykazania spełniania powyższego warunku będzie złożenie odpowiedniego oświadczenia przez każdego z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Niestety wymagania odnośnie złożenia odpowiedniego oświadczenia nie powtórzono w zapisach SIWZ. Tym niemniej uznać należy, iż wypełnione zostały obowiązki nałożone na Zamawiającego, tj. obowiązek precyzyjnego określenia warunków udziału i obowiązek wskazania niezbędnych dokumentów, które udowodnić mają spełnianie wyznaczonych warunków, skoro zapisy te znalazły się w ogłoszeniu o zamówieniu, a postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu należy czytać łącznie. Nieprzekonywująca była argumentacja Zamawiającego, że dokumentem, którego powinien być żądać jest wykaz urządzeń i narzędzi. W ocenie składu orzekającego możliwe było w tym konkretnym przypadku żądanie oświadczenia o treści określonej w ogłoszeniu o zamówieniu tym bardziej, że Zamawiający, należący do zamawiających sektorowych, zgodnie z art. 138 c ustawy Pzp może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków, nie zaś jak podnosił na rozprawie Zamawiający w szczególnych przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. W ocenie Izby w prowadzonym postępowaniu wystarczającym dokumentem, umożliwiającym ocenę spełniania warunków udziału było oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym. Zgodzić się także należy z argumentacją Odwołującego, że nawet w przypadku żądania odpowiedniego wykazu, dokument taki byłby oświadczeniem składanym przez wykonawcę. Były to więc dokument rodzajowo tożsamy z dokumentem określonym w ogłoszeniu, mimo że mógłby zawierać innego rodzaju informacje.

W ocenie składu orzekającego Izby postępowanie nie jest obarczone żadną wadą,

nieusuwalną, rażącą i wpływającą na wynik postępowania powodującą możliwość unieważnienia umowy. Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Pzp, co uniemożliwia przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu w zadaniu drugim, zgodną z treścią SIWZ oraz najtańszą, czyli najkorzystniejszą z punktu widzenia jedynego kryterium oceny ofert został pozbawiony możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty złożył oświadczenie, że dysponuje wymaganym przez Zamawiającego stanowiskiem testowym umożliwiającym sprawdzenie działania skrzyni biegów po naprawie, zgodnie z technologią przewidzianą przez producenta skrzyń, nie uchylając się od odpowiedzi choćby faktem braku takiego wymogu w SIWZ, czy też odwołując się do przekroczenia uprawnień przysługujących Zamawiającemu. Wykonawca postąpił zgodnie z zapisami ogłoszenia, które odnosiło się do złożenia odpowiedniego oświadczenia. Wbrew stanowisku Zamawiającego wyrażonemu w decyzji o unieważnieniu postępowania, możliwe jest zatem badanie i porównanie ofert, także w zakresie przywołanego warunku. Zamawiający nie miał przecież trudności ze sformułowaniem treści wezwania do uzupełnienia skierowanego do Odwołującego. Drugi z wykonawców wezwany do uzupełnienia dokumentów, w podobnym do Odwołującego zakresie w ogóle nie odpowiedział na wezwanie, nie kwestionując jednocześnie samego faktu wezwania go do uzupełnienia. Jednocześnie, jak podał na rozprawie Zamawiający, w pierwszej części postępowania przedmiotowego oświadczenia nie brakowało w innych ofertach i żaden z pozostałych wykonawców nie był wzywany do uzupełnienia oświadczenia, to domniemywać należy, iż wszyscy wykonawcy poza Odwołującym złożyli takie oświadczenie już upływem terminu składania ofert, kierując się treścią ogłoszenia o zamówieniu i nie kwestionując uprawnień Zamawiającego do żądania takiego oświadczenia.

W tym miejscu należy podkreślić, iż Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania naruszenia żadnych konkretnych przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, zatem w świetle powyższych rozważań potwierdzonych stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa KIO nie udowodnił, iż postępowanie obarczone jest jakąkolwiek wadą.

Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp), tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie

w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia nie wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w niniejszym stanie faktycznym i uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: