

**WYROK**  
**z dnia 5 maja 2011r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Magdalenę Zmitrowicz, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Czysta Plaża Magdalena Zmitrowicz oraz Jerzego Figwera i Lecha Dzierżanowskiego, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą „DiF” S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe, 81- 463 Gdynia, ul. Powstańców Chłopskich 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Sopotu, 81- 704 Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27**, w imieniu której postępowanie prowadzi **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sopocie, 81- 844 Sopot, ul. Armii Krajowej 76/82**

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Sopotu, 81-704 Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Magdalenę Zmitrowicz, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Czysta Plaża Magdalena Zmitrowicz oraz Jerzego Figwera i Lecha Dzierżanowskiego, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą „DiF” S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe, 81-463 Gdynia, ul. Powstańców Chłopskich 4** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Miasta Sopotu, 81-704 Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27**

na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Magdaleny Zmitrowicz, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Czysta Plaża Magdalena Zmitrowicz oraz Jerzego Figwera i Lecha Dzierżanowskiego, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, pod firmą „DiF” S.C. Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe, 81-463 Gdynia, ul. Powstańców Chłopskich 4** kwotę **18 896 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „sprzątanie i utrzymywanie czystości terenów (plaży, wejść na plażę, wydmy) w granicach Gminy Miasta Sopotu w latach 2011 - 2014”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 lutego 2011 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2011/S 37-060590.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1, 5 i 6, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji braku występowania przesłanek do unieważnienia oraz błędnego uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 86 ust. 1 i 2, skutkującą podjęciem przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu wykonanych przez Komisję przetargową czynności otwarcia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz decyzji o unieważnieniu postępowania,
- 2) art. 181 ust. 1 i 2 w związku z art. 180 ust. 2, poprzez uznanie za prawnie dopuszczalną i wiążącą informację Wykonawcy o rzekomej niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na którą nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, w sytuacji, gdy Wykonawcy przysługiwało na czynność Zamawiającego wyłącznie odwołanie, przez co Zamawiający naruszył słuszny interes odwołującego się Wykonawcy, a także w związku z tym naruszył art. 185 ust. 1-3 poprzez pozbawienie Odwołującego się Wykonawcy możliwości przystąpienia do ewentualnego postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w niniejszej sprawie.

Odwołujący, w uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, iż Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie sprecyzował, jaką wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego obarczone jest postępowanie, poprzez zawarte w zawiadomieniu sformułowanie o uznaniu argumentów drugiego z Wykonawców, Odwołujący przyjmuje, iż odnosi się to do występującej niezgodności w terminach otwarcia ofert i dokonaniu otwarcia wcześniej, niż oczekiwał tego ten składający informację Wykonawca.

Odwołujący wskazuje, iż brak było podstaw do złożenia przez drugiego z Wykonawców w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez

Zamawiającego, a w konsekwencji do rozpatrzenia jej przez Zamawiającego, co skutkowało unieważnieniem dokonanej uprzednio przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniem postępowania.

Odwołujący podkreśla, iż analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu okoliczności, że w niniejszej sprawie postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego i przekracza swoją wartością wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, pozwala na stwierdzenie, że brak jest podstaw do złożenia informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego. Natomiast, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca składający informację winien był złożyć odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji, Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia art. 181 ust. 1 i 2 w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, przyjmując do rozpoznania informację wskazanego powyżej Wykonawcy i dokonując unieważnienia dokonanej uprzednio przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniem postępowania, gdyż przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu mogłoby być jedynie odwołanie tego Wykonawcy, które nie zostało w niniejszej sprawie w ogóle złożone.

Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy Konsorcjum: Lider: Usługi Ogólnobudowlane Marian Piekarski w Mirachowie, Partner Konsorcjum: Art Design S.C. Adam Dobrowolski, Maciej Karol z siedzibą w Sopocie (dalej „Konsorcjum”) została przez Zamawiającego odrzucona, w konsekwencji brak jest więc po jego stronie interesu prawnego do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, tym bardziej, iż Wykonawca ten nie wskazał jakichkolwiek okoliczności uzasadniających brak podstaw do odrzucenia jego oferty.

Tym bardziej bezprawne było działanie Zamawiającego, że przyjmując pod rozpoznanie informację Wykonawcy o rzekomej niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, rażąco naruszył art. 185 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez całkowite pozbawienie Odwołującego możliwości przystąpienia do ewentualnego postępowania odwoławczego, czym naruszył słuszny interes Odwołującego.

Całkowicie nieprawidłowe jest również uznanie przez Zamawiającego, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu wykonanych przez Komisję przetargową czynności otwarcia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania, co doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie można mówić o naruszeniu art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w wyniku dokonanej przez Komisję Przetargową Zamawiającego czynności otwarcia ofert w dniu 6 kwietnia 2011 r. o godz. 10.30. Należy podkreślić, iż taki termin otwarcia ofert znajdował się w ogłoszeniu dodatkowych informacji przekazanych do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej

oraz ogłoszeniu zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego. W konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia, iż otwarcie ofert nastąpiło przed terminem ich otwarcia, a jedyna niezgodność występuje między treścią umieszczonych publicznie ogłoszeń, a treścią dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ, czego nie można uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga fakt, iż złożenie ofert obu Wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, nastąpiło w terminie zgodnym zarówno z treścią umieszczonych publicznie ogłoszeń, jak i treścią dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ tj. w dniu 6.04.2011 r. przed godziną 10.00, zaś otwarcie ofert nastąpiło po godzinie 10.30 - publicznie, w obecności Komisji Przetargowej i jednego z Wykonawców, a więc jak najbardziej zgodnie z art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W rezultacie dokonane w niniejszej sprawie otwarcie ofert zapewnia zachowanie zasad uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ustawy Pzp, a drugi z Wykonawców, który przybył na czynność otwarcia ofert w terminie późniejszym mógł otrzymać protokół czynności ofert potwierdzający prawidłowość dokonanej czynności i wypełnienie wszystkich wymogów wynikających z ustawy Pzp.

W zakresie dokonanego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący stwierdza, iż takie rozstrzygnięcie postępowania jest całkowicie pozbawione podstaw prawnych, zważywszy na przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, w niniejszej sprawie nie zachodzi okoliczność wskazana w ust. 5 art. 146 ustawy Pzp. Jakkolwiek, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, podana przez Zamawiającego jako podstawa unieważnienia postępowania okoliczność może ewentualnie stanowić naruszenie, nie miało to jednak, jak też nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zostały złożone dwie oferty, w późniejszym terminie nikt nie złożył innych ofert, obie oferty otworzyła Komisja Przetargowa, a zatem nawet gdyby otwarcie było w terminie późniejszym, wynik postępowania nie uległby zmianie.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, iż błędny jest podnoszony przez drugiego z Wykonawców, zarzut niespełnienia przez Odwołującego warunków wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, z uwagi na fakt, iż usługi wymienione w dołączonych do oferty dokumentach nie odpowiadają wartości, stanowiącej przedmiotowe zamówienie.

Z rozdziału I punktu 2 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania wynika, iż Zamawiający formułując ww. warunek udziału w postępowaniu odnosił się tylko do zakresu usług, nie zawarł natomiast żadnego konkretnego wymogu dotyczącego wartości wykonanych usług, tym samym brak jest podstaw do żądania od wykonawców wykazania wykonania usługi o konkretnej wartości.

Co jest równie istotne, Odwołujący się w ramach swojego Konsorcjum, byłby w stanie przedstawić spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia oraz referencje odnoszące się do usług

składających się na zakres przedmiotu zamówienia np. usuwania odpadów komunalnych na kwoty odpowiadające kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyby taki wymóg został wyrażony w SIWZ przez Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu ustalono, że termin składania ofert upływa w dniu 1 kwietnia 2011 r. o godzinie 10.00, a otwarcie ofert nastąpi o godzinie 10.30. W wyniku złożonych zapytań i udzielonych odpowiedzi, Zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert. W piśmie z dnia 14 marca 2011 r., w którym udzielono wyjaśnień, przekazanych wykonawcom oraz zamieszczonym na stronie internetowej, poinformowano, że termin składania ofert upływa w dniu 6 kwietnia 2011 r. o godzinie 10.30, a otwarcie ofert nastąpi w tym samym dniu o godzinie 11.00. Natomiast, w ogłoszeniu Dodatkowych Informacji, przekazanych w tym samym dniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, podano, że termin składania ofert upływa w dniu 6 kwietnia 2011 r. o godzinie 10.00, a otwarcie nastąpi w tym samym dniu o godzinie 10.30 i w tym terminie, tj. o godzinie 10.30, w obecności Odwołującego, została dokonana czynność otwarcia dwóch złożonych w tym postępowaniu ofert.

O rozbieżności w godzinie składania i otwarcia ofert Zamawiający powziął wiadomość przed godziną 11.00, gdy do siedziby MOSiR przybył przedstawiciel drugiego Wykonawcy z informacją, że otwarcie ofert ma dopiero nastąpić o godzinie 11.00.

W dniu 8 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Drugi z Wykonawców złożył w dniu 13 kwietnia 2011 r. pismo datowane na dzień 11 kwietnia 2011 r., które nazwał informacją o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, wskazując na nieprawidłowość w zakresie godziny otwarcia ofert, co jego zdaniem, stanowiło naruszenie art. 86 ustawy Pzp oraz podnosząc zarzut, że złożona przez Odwołującego oferta nie spełnia warunków wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a usługi wymienione w dołączonych do oferty dokumentach nie odpowiadają wartości stanowiącej przedmiot zamówienia.

Zamawiający zgodnie z przekazanymi informacjami uznał zarzut za zasadny i podjął decyzję o unieważnieniu wykonanych przez Komisję przetargową czynności otwarcia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ostatecznym unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Jako uzasadnienie podjętej decyzji Zamawiający wskazał, iż wobec faktu, iż czynności otwarcia ofert nie można powtórzyć, a tym samym wypełnić przepisu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych we wskazanym przepisie. Zaś, wobec czynności lub wobec zaniechania czynności, co do których odwołanie nie przysługuje, wykonawca, w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, może poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami czynności przez niego podjętej lub zaniechanej (art. 181 ust. 1 ustawy Pzp). Zauważyć należy, iż adresatem wskazanej normy prawnej jest wykonawca, który na podstawie powołanego przepisu uzyskuje uprawnienie do podejmowania określonych działań. Skorzystanie przez wykonawcę z przedmiotowego prawa, nawet jeśli obciążone jest wadą, nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania. W świetle bowiem przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp jedynie czynności lub zaniechania zamawiającego mogą być podstawą odwołania. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 181 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Jakkolwiek brak możliwości kwestionowania uprawnienia, o którym mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w trybie odwołania, to nie oznacza to, iż ocena zamawiającego dokonana na skutek informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności nie podlega jakiegokolwiek kontroli. W tym zakresie działania zamawiającego, biorąc pod uwagę regulację zawartą w przepisie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią podstawę do weryfikacji przez Izbę.

W niniejszej sprawie, Zamawiający po pierwsze, uznał dopuszczalność złożenia przedmiotowej informacji, po drugie uznał jej zasadność. Tymczasem, biorąc pod uwagę okoliczność, iż wartość badanego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż w świetle art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, iż Konsorcjum przysługuje uprawnienie do skorzystania z możliwości złożenia przedmiotowej informacji. Czyni to tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp uzasadnionym. Brak jednakże podstaw do uznania, iż przyjęcie do rozpoznania przedmiotowej informacji doprowadziło do naruszenia przepisów art. 185 ust. 1 -3 ustawy Pzp. Skoro bowiem w niniejszej sprawie nie złożono odwołania, nie sposób stwierdzić, iż działania Zamawiającego doprowadziły do ograniczenia praw Odwołującego w postaci braku możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Niewystąpienie przesłanek, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, powoduje, iż nie zaktualizował się pod stronie Zamawiającego obowiązek do wykonania dyspozycji analizowanego przepisu, a tym samym nie zaistniały podstawy do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przechodząc do oceny czynności unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić należy, iż brak podstaw do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż nie każda wada postępowania obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania. Konieczne jest, aby była to wada niemożliwa do usunięcia (brak możliwości sanowania) i stanowiąca o nieważności umowy w

sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności stanowiące o nieważności umowy zostały wymienione w przepisie art. 146 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający nie odwołał się do żadnych z przesłanek tam wymienionych, powołując się jedynie na okoliczność, iż w istocie nie ma możliwości wypełnienia dyspozycji normy zawartej w przepisie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem nie jest możliwe powtórzenie czynności otwarcia ofert. Prezentowane stanowisko jest nieprawidłowe. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż jedynie wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 146 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, jako przesądzających o nieważności umowy. Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszej sprawie przesłanki wymienione w przepisie art. 146 ust. 1 i 5 ustawy Pzp nie wystąpiły.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy podana przez Zamawiającego okoliczność, mieści się hipotezie normy zawartej w przepisie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby, czynność otwarcia ofert nie została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Nie można bowiem powiedzieć, iż otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu nie miało charakteru jawnego. Zamawiający dokonał bowiem publicznego otwarcia ofert. Fakt, iż w otwarciu nie wziął udziału jeden z wykonawców, który złożył ofertę, w ocenie Izby, nie stanowi o nieważności umowy.

Dostrzec bowiem należy, iż wszyscy wykonawcy w niniejszym postępowaniu złożyli oferty w terminie. Z pewnością jest to okoliczność, która ma wpływ na wynik postępowania, a tym samym odnosi bezpośredni skutek w sferze czynności prawnych podejmowanych przez Zamawiającego. Jednocześnie z faktu, iż termin składania ofert został przez wszystkich wykonawców dotrzymany można wyprowadzić wniosek, że ocenie ofert podlegać będą wszystkie złożone oferty. Prawnie istotną okolicznością jest okoliczność złożenia ofert, bowiem determinuje dalsze czynności zamawiającego i decyduje o ich prawidłowości. Zaś, czynność faktyczna otwarcia ofert, w ocenie Izby, prawnie istotnego charakteru nie posiada, bowiem pozostaje bez wpływu na dalsze czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Z tych względów należy przyjąć, iż ograniczenie wykonawcy prawa do udziału w otwarciu ofert, na skutek rozbieżności występujących w dokumentach postępowania, jakkolwiek stanowi naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 w zw. z ust. 4a ustawy Pzp, w niniejszym stanie faktycznym, nie daje podstaw do uznania umowy w sprawie zamówienia publicznego za nieważną, a tym samym nie może prowadzić do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z niniejszego postępowania. W piśmie z dnia 14 kwietnia 2011 r. Zamawiający bowiem w sposób jednoznaczny wskazał, iż „została unieważniona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i ostatecznie unieważniono postępowanie (...)”. Zdaniem Izby, jedynie informacyjnie Zamawiający wskazał za innym wykonawcą, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, nie świadczy to jednakże, iż taka jest też ocena dokonana przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem jednoznacznie w tym przedmiocie odwołuje się do oceny dokonanej przez Konsorcjum podając, iż „Konsorcjum (...) w swoim piśmie stawia



zarzut.” Brak natomiast sformułowania w tym przedmiocie oceny dokonanej przez Zamawiającego. Wskazanie jedynie okoliczności faktycznych, na które wskazuje inny wykonawca, świadczących jakoby o braku wymaganego doświadczenia, bez jakichkolwiek działań w tym przedmiocie ze strony Zamawiającego (wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwania/zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia odpowiednich dokumentów) i zaniechanie dokonania jednoznacznej oceny powoduje, iż zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlega rozpoznaniu.

Jeżeli Zamawiający stoi na stanowisku, iż Odwołujący w istocie nie spełnia warunku wymaganego doświadczenia zobowiązany jest do wypełnienia dyspozycji normy zwartej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji. Izba nakazując unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniła żądanie najdalej idące. Oczywistym jest jednak, że wybór oferty najkorzystniejszej, który został dokonany i unieważniony tylko z tej przyczyny, iż w ocenie Zamawiającego, zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania, musi zostać przywrócony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.00,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 296,00 zł.

**Przewodniczący:** .....