

WYROK

z dnia 19 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **7 stycznia 2011 r.** przez Odwołującego - **Condite 1 Sp. z o. o. Sp. komandytowo- akcyjna, ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n.: „Przebudowa pomieszczeń części budynku Regionalnego Ośrodka Onkologicznego (ROO), określonego jako „Stara Onkologia”. W ramach Osi Priorytetowej V Infrastruktura społeczna, Działanie V.1 Infrastruktura ochrony zdrowia Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013,, prowadzonym przez Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Condite 1 Sp. z o. o. Sp. komandytowo - akcyjna, ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Condite 1 Sp. z o. o. Sp. komandytowo- akcyjna, ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce** tytułem wpisu od odwołania.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego pn. Przebudowa pomieszczeń części budynku Regionalnego Ośrodka Onkologicznego (ROO), określonego, jako „Stara Onkologia” w ramach Osi Priorytetowej V Infrastruktura Społeczna, Działanie V. I Infrastruktura ochrony zdrowia Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2007-2013 (Nr sprawy §1/10) - przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi. Odwołujący - Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo - akcyjna w Kielcach zarzucił: (1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania i bezzasadne uznanie, że wskazane nieścisłości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią wadę postępowania umożliwiającą zawarcie ważnej umowy; (2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania i bezzasadne uznanie, że udzielona w toku postępowania w trybie art. 38 ustawy Pzp odpowiedź na pytanie wykonawcy doprecyzowująca specyfikację istotnych warunków zamówienia stanowiła wadę postępowania umożliwiającą zawarcie ważnej umowy oraz (3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawcy, wobec którego decyzja o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu z postępowania uprawomocniła się, co jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzi do wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz z pominięciem ofert wykonawców, których oferty zostały przez Zamawiającego prawomocnie odrzucone lub którzy zostali prawomocnie wykluczeni z postępowania ewentualnie odrzucenie tych ofert. Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania od czynności Zamawiającego wskazanych powyżej. Każdy podmiot ubiegający się o zamówienie ma prawo jego realizacji (prawo podmiotowe) oraz do zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania narusza przepisy prawa. Gdyby Zamawiający nie naruszał prawa, to oferta Odwołującego

powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto dopuszczenie na tym etapie do postępowania innego wykonawcy, którego oferta została prawomocnie odrzucona lub został on prawomocnie wykluczony może mieć wpływ na wynik postępowania, a w szczególności może spowodować, iż oferta Odwołującego nie zostanie wybrana. Odwołujący posiada także interes faktyczny we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany zawarciem umowy z Zamawiającym. Brak udzielenia zamówienia Odwołującemu będzie skutkowało dla niego poniesieniem szkody majątkowej. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2010 roku poinformował wykonawcę, iż unieważnia postępowanie. Jako podstawę unieważnienia Zamawiający wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z?p. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, iż dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w pkt. 6.1.1. pkt. c SIWZ wymagał, aby na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca wykazał, iż dysponuje m.in. co najmniej jedną osobą na stanowisku kierownika robót instalacji elektrycznych posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznych i teletechnicznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Nadto zamawiający wskazał, iż w toku postępowania wykonawcy złożyli oferty, w których żaden z nich nie przedstawił osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznych i teletechnicznych. Zamawiający stwierdził także, iż wezwał do uzupełnienia brakujących dokumentów w tym zakresie, jednakże obaj wykonawcy złożyli uzupełnione dokumenty poprzez wskazanie, iż w zakresie tego warunku nie dysponują osobami. Zdaniem Zamawiającego tak skonstruowany w SIWZ warunek dotyczący wymaganych uprawnień nie jest przewidziany przepisami prawa i uprawnienia te jako takie nie istnieją. Zamawiający stwierdził, iż żaden z wykonawców nie był w stanie wykazać spełnienia tak postawionego warunku udziału. Opisany w ten sposób warunek udziału narusza zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 22 ust. 4 Pzp, ponieważ poprzez wprowadzenie wymagań nieistniejących uniemożliwiało złożenie ważnej oferty. Ponadto zamawiający podniósł, iż charakter błędu zamawiającego w tym zakresie oraz etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż nie jest możliwe usunięcie powstałej w ten sposób wady postępowania. Zamawiający stwierdził, iż z uwagi na to, iż opisany błąd zamawiającego poprzez wprowadzenie warunku niemożliwego do spełnienia narusza podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. zasadę konkurencyjności uznać należy, iż jest to wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przy tak postawionym warunku oznaczałoby wybór wykonawcy, który nie spełniał tak postawionego warunku, zaś po stronie Zamawiającego oznaczałoby to modyfikację postawionych w treści

SIWZ warunków udziału. W konsekwencji oznaczałoby to zawarcie umowy, która mogłaby zostać uznana za nieważną w trybie art. 189 k.p.c, jako zawarta z naruszeniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego podniósł, iż w toku postępowania udzielając odpowiedzi na pytania wykonawcy wskazał dokumentację dotyczącą instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej i określił wymagane parametry i warunki dla modułowej szafy klimatyzacyjnej oraz zażądał złożenia arkusza parametrów technicznych wraz z folderami pod rygorem odrzucenia oferty. Jednakże zdaniem Zamawiającego za tak sporządzoną dokumentacją stanowiącą element opisu przedmiotu zamówienia nie dokonał modyfikacji treści SIWZ, co jego zdaniem oznacza błąd skutkujący wadą, której na tym etapie postępowania nie da się usunąć. Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest błędne, a podjęte przez niego zaskarżone czynności są sprzeczne z ustawą Pzp. Zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy spełniona są łącznie następujące przesłanki: 1) wada postępowania musi być do tego stopnia istotna, że nie da się jej usunąć, nie da się konwalidować postępowania, musi być nieusuwalna, oraz 2) wada powoduje, że nawet gdyby umowa została zawarta pomimo niej, to i tak byłaby względnie nieważna (podlegałaby unieważnieniu). Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle i nie jest w tym zakresie dopuszczalna, nieznajdująca podstawy w przepisach decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Czynność unieważnienia postępowania winna mieć miejsce w sytuacjach ściśle odpowiadających treści przepisu art. 93 ust. 1 p.z.p. Zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, że zachodzą przesłanki określone we wskazanym przepisie. Zamawiający oparł decyzję o unieważnieniu postępowania na przypuszczeniach i domysłach, iż wskazany przez niego błąd w SIWZ dotyczący uprawnień kierownika robót budowlanych w specjalności instalacji elektrycznych i teletechnicznych skutkowało naruszeniem zasady konkurencyjności. Zamawiający nie popiera żadnymi argumentami tezy, iż opisane uchybienie w specyfikacji mogło wyrzeć skutek w postaci w postaci nieprzystąpienia innych wykonawców do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie wykazał także, że wskazane w pkt 6.1.1 pkt c SWIZ wymaganie było naruszeniem ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Domniemania zamawiającego nie mogą być w postrzegane, jako obiektywna niemożność skutecznego wyboru. Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest ustalenie, że przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów. Między naruszeniem, a niemożnością musi istnieć

normalny - adekwatny związek przyczynowy (wyrok KIO z dnia 28 maja 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 461/08). Zamawiający nie wskazał bezpośredniej zależności pomiędzy faktem nieprecyzyjnego zapisu SIWZ, a powoływaną okolicznością naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wskazał także, że nie każde naruszenie przepisów ustawy skutkuje unieważnieniem postępowania. Musi być to rażące naruszenie przepisów ustawy, albo takie, które w istotny sposób oddziałuje na ważność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie kwestionuje faktu, iż zapis SIWZ w niniejszym postępowaniu dotyczący wymagań co do uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznych i teletechnicznych nie jest precyzyjny. Przedmiotowy zapis SIWZ nie stanowił przedmiotu pytań profesjonalnych wykonawców do Zamawiającego, a sam Odwołujący przedstawił dwie osoby mające uprawnienia w zakresie instalacji elektrycznych jak i w zakresie instalacji teletechnicznych, co wypełniałyby ewentualne wymagania. Trudno zatem uznać, iż wskazany przez Zamawiającego w specyfikacji błąd był na tyle istotny, aby nie było możliwe wykonanie zamówienia publicznego, tym samym zawarcie ważnej umowy. Ponadto wymogi zapisane w specyfikacji były bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane] i nawet niefortunny zapis SIWZ był ściśle związany z zamówieniem, co wyklucza naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zwraca także uwagę, że wykonawcy nie mogą przecież ponosić negatywnych skutków nieprecyzyjnych zapisów SIWZ. Zamawiający uzasadniając przedmiotową decyzję nie wykazał, że uchybienie miałooby wpływ na nieważność umowy, która miałaby zostać zawarta w niniejszym postępowaniu. W tym miejscu należy zauważyć, iż Zamawiający wskazując jako podstawę unieważnienia przepis art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odniósł się do normy z art. 146 ust. 1 określającej enumeratywnie przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oczywiście Zamawiający nie mógł wskazać tej podstawy, albowiem żadna z tych przesłanek nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Ponadto nie sposób uznać za podstawę unieważnienia umowy przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6, stanowiący o uprawnieniu Prezesa UZP z wytoczeniem powództwa 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. Oczywiście Zamawiający w ramach samokontroli postępowania o zamówienie publiczne Zamawiający może powoływać się na przesłankę określoną w tym przepisie (czego formalnie jednak w niniejszej sprawie nie uczynił, wskazując jedynie w treści uzasadnienia decyzji taką możliwość), jednakże i ta przesłanka również wymaga udowodnienia związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem ustawy, a ewentualnym skutkiem w postaci naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, jeżeli doszło do naruszeń zasad postępowania, ale nie stwierdzono aby rzeczywiście wpływ ten miały, nie będzie podstawy do uznania umowy za nieważną na podstawie ust. 1 pkt 6. Ponadto poza

przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp (art. 146 ust. 1 i 6), nie mogą w niniejszej sprawie zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c). Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy. Ocena w niniejszej sprawie czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana w świetle postanowień art. 58 k.c. w z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, daje odpowiedź, iż nie istnieje zagrożenie ważności umowy. Analiza załącznika do SIWZ w postaci „Umowy o generalne wykonawstwo prac budowlanych” wskazuje, że w jego treści nie ma żadnego odniesienia do przedmiotowych uprawnień określonych w SIWZ. W tym zakresie zawarcie umowy również nie będzie skutkowało jej nieważnością. Stwierdził także, że wystąpienie wady w umowie, która powoduje jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów bez związku z wystąpieniem wady postępowania skutkującej nieważnością umowy, nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p.

Odnosząc się do drugiej przyczyny dotyczącej unieważnienia postępowania z powodu wprowadzenia w toku postępowania dokumentacji dotyczącej instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej, należy również powtórzyć argumentację wskazaną wyżej. Zmawiający i w tym przypadku powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. nie wykazał w żaden sposób nieusuwalnej wady postępowania i to takiej, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W uzasadnieniu swojej decyzji w tym zakresie Zamawiający wskazując wykonaną przez siebie czynność jako wadę, której nie da się usunąć, jak również wadę, która miałaby wpływ na rozstrzygnięcie, nie wyjaśnia na czym miałyby polegać ten wpływ na wynik przetargu, ale przede wszystkim, z jakich przyczyn wada ta miałaby by skutkować nieważnością zawartej umowy na przedmiot zamówienia. Niezależnie od powyższego wykonawca podał, że przedmiotowa wentylacja ujęta była w dokumentacji projektowej, a więc wchodziła w zakres zamówienia określony w SIWZ, co oznacza, że nie stanowiła nowego elementu zamówienia (stąd pytanie wykonawcy, po którym Zamawiający dokonał jedynie uszczegółowienia projektu). Wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytanie w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zamawiającego i wykonawców i stanowią również rodzaj zmiany SIWZ. Zakres robót związany z tą akurat częścią instalacji wentylacyjno- klimatyzacyjnej stanowi niewielką część zakresu robót objętych niniejszym zamówieniem (dotyczy dwóch pomieszczeń), a publikacja dokumentacji uzupełniającej SIWZ nie miała wpływu na wynik postępowania, albowiem wykonawcy złożyli swoje oferty

uwzględniając ten element robót. W toku niniejszego postępowania Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu którejkolwiek ze złożonych ofert z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją w tym zakresie. Zatem, skoro złożone przez wykonawców oferty były, zdaniem Zamawiającego, zgodne w tym punkcie ze specyfikacją, w tym z udzielonymi odpowiedziami na pytania, nie można mówić o wpływie naruszenia ustawy na wynik postępowania. Oczywiście dokumentacja projektowa jest częścią SIWZ i powinna zostać w całości zamieszczona na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia. Jednakże opóźnienie w publikacji niewielkiej części dokumentacji projektowej nie stanowi naruszenia przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, jeżeli mimo opóźnienia, wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu, a czynność zamawiającego nie była przedmiotem zarzutów wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Niejasności czy niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ należy uznać za błąd możliwy do skorygowania przez zamawiającego, niestanowiący podstawy do unieważnienia postępowania. Nadto skoro wykonawca złożył ofertę obejmującą także wykonanie przedmiotowej instalacji, a oferta ta stanowi integralną część umowy, trudno znaleźć przyczyny, iż umowa w tym zakresie będzie podlegać unieważnieniu. W konkluzji wykonawca stwierdził, że wskazane przez Zamawiającego błędy lub uchybienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują tym samym niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, a w konsekwencji nie prowadzą do unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania jest bowiem decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiających, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania powinny być interpretowane wąsko. Ponadto w treści decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 29 grudnia 2010 roku wskazał, iż wezwał do uzupełnienia brakujących dokumentów, a obaj wykonawcy złożyli uzupełnione w tym zakresie dokumenty..." Takie sformułowanie oznacza, iż oprócz Odwołującego bierze udział w postępowaniu jeszcze jeden podmiot. W niniejszym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. W tym przypadku wykonawca podał, że pismem z dnia 11 października 2010 roku znak EZ/81/881/201 Odwołujący został poinformowany o odrzuceniu swojej oferty i oferty jeszcze jednego wykonawcy oraz wykluczeniu trzeciego wykonawcy. Wobec czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczeniu go z udziału w postępowaniu Odwołujący złożył odwołanie do KIO. Prawomocnym wyrokiem KIO z dnia z dnia 2 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP/ 2291/10 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, unieważniła czynność wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważniła czynność unieważnienia postępowania i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Odwołanie od decyzji odrzucenia oferty spośród trzech wykonawców odwołanie złożył jedynie Odwołujący.

Zatem opisana w treści pisma z dnia 29 grudnia 2010 roku czynność, iż wezwanym do uzupełnienia dokumentów oprócz odwołującego był jeszcze jeden wykonawca wskazuje, iż w postępowaniu bierze udział wykonawca, wobec którego decyzja o odrzuceniu oferty już się uprawomocniła, albowiem żaden z dwóch pozostałych w postępowaniu wykonawców nie zaskarżył tej decyzji. Zatem dopuszczenie do postępowania wykonawcy, wobec którego decyzja o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu z postępowania uprawomocniła się, jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzi do wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą. Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 oferta takiego wykonawcy powinna być odrzucona ewentualnie jego oferta nie powinna być brana pod uwagę po prawomocnym wyroku KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego, przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem odwołania jest czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjęta przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 i 6 tej ustawy oraz czynność dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy.

Rozpatrując pierwszy z zarzutów Izba ustaliła, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.1 i 6 ustawy Pzp podał, że dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w pkt. 6.1.1. lit SIWZ wymagał, aby na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca wykazał, iż dysponuje m.in. co najmniej jedną osobą na stanowisku kierownika robót instalacji elektrycznych posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznych i teletechnicznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Z brzmienia tego warunku bezspornie wynika, iż Zamawiający niewątpliwie oczekiwał, aby kandydat na stanowisko kierownika robót instalacji elektrycznych łącznie posiadał wymagane specjalności. Zamawiający nie dopuścił w tym przypadku rozdzielenia tych wymagań na dwie czy większą liczbę osób. To oznacza, że wykonawcy nie

przedstawiając w ofertach takiego kandydata, także w związku z wezwaniem do uzupełnienia ofert z dnia 24 listopada 2010 r., rzeczywiście nie potwierdzili spełnienia wskazanego warunku w brzmieniu ustalonym przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. Te ustalenia faktyczne wskazują zatem, iż wobec nie wykazania spełnienia warunku, o którym stanowi pkt. 6.1.1. lit. c SIWZ, wykonawcy przede wszystkim podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, a ich oferty uznaje się za odrzucone w związku z art. 22 ust.4 ustawy Pzp. Tym samym zasadniczą podstawę unieważnienia postępowania powinien stanowić art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże zdaniem Izby, także powoływana przez Zamawiającego podstawa prawna z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp - wobec niespornych stanowisk Zamawiającego i Odwołującego, że tak skonstruowany w SIWZ warunek dotyczący wymaganych uprawnień nie jest przewidziany przepisami prawa jest również zasadna. Należy bowiem zgodzić się z Zamawiającym, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy opisany w pkt. 6.1.1. lit. c SIWZ warunek udziału w postępowaniu prowadził w konsekwencji do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 22 ust. 4 Pzp. Ustalenie wymagania, które nie było możliwe do spełnienia przez potencjalnego wykonawcę prowadziło do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, a tym samym było to wymaganie de facto nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Usunięcie takiej wady postępowania na etapie oceny ofert poprzez zmianę tego warunku – nawet na korzyść wykonawców - nie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, albowiem w konsekwencji prowadziłyby to do wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada warunkom podanym w ogłoszeniu i specyfikacji. Powoływane zatem przez Zamawiającego okoliczności, uzasadniają zastosowanie przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowią one bowiem wadę powodującą, że nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że przepis art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp przede wszystkim nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146 i tym samym nie można twierdzić, iż wyłącznie przesłanki z art. 146 ust.1 ustawy Pzp, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Izby także podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Ograniczenie tylko do ust.1 tego artykułu prowadziłyby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi Zamawiającemu jego unieważnienie, nakładając tym samym na Zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Zdaniem Izby, wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust.6 ustawy Pzp

- wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

Odnosząc się do drugiej przyczyny unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż w tym przypadku Zamawiający powołał się na uzupełnienie w toku postępowania – po jego ogłoszeniu - dokumentacji dotyczącej instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej, poprzez przekazanie rysunków z tej branży oraz wprowadzenie dodatkowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku związanego z przedmiotem zamówienia, a mianowicie żądanie złożenia arkusza parametrów i warunków dla modułowej szafy klimatyzacyjnej wraz z folderami. Izba uznając – w tym przypadku – także możliwość zastosowania art. 146 ust.6 w zw. z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp stwierdza, że przepis ten wskazując na wpływ naruszenia na wynik postępowania stanowi nie tylko o bezpośrednim wpływie tego naruszenia, ale także o potencjalnym zagrożeniu. Można co prawda zgodzić się z Odwołującym, że przedmiotowa wentylacja ujęta była w dokumentacji projektowej, a więc wchodziła w zakres zamówienia określony w SIWZ, co oznacza, że nie stanowiła nowego elementu zamówienia, a jedynie uszczegółowienie projektu. Izba także podziela pogląd Odwołującego, że wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytanie w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców, oraz stanowią także rodzaj zmiany specyfikacji. Jednakże należy zwrócić uwagę, iż w tym przypadku Zamawiający rozszerzył katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego. Taki dokument – zgodnie z art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp – w pierwszej kolejności należało podać w Ogłoszeniu o zamówieniu, powtarzając go następnie w specyfikacji. Ustalenie takiego dokumentu po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu, jest niewątpliwie zmianą istotną i wymaga zmiany tego Ogłoszenia w trybie i zakresie ustalonym w art. 12 ust.4 oraz art. 12a ustawy Pzp. Zamawiający takiej zmiany nie dokonał, a zatem uwzględniając także odpowiednio przepis art. 146 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiący o unieważnieniu postępowania z powodu nie przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji, był nie tylko upoważniony, lecz także zobowiązany do unieważnienia postępowania ze wskazaniem art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp został podniesiony w związku z dopuszczeniem do postępowania wykonawcy, wobec którego – zdaniem Odwołującego - decyzja o odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu z postępowania uprawomocniła się, oraz tym samym czynność ta – zdaniem wykonawcy – stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzi do wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą. Rozpatrując powyższy zarzut Izba stwierdziła,

że KIO wyrokiem z dnia 2 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO/2291/10 uwzględniając odwołanie, nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Wykonując niniejszy wyrok Zamawiający – tak jak to wynika z protokołu z dnia 24 listopada 2010 r. – postanowił przywrócić do postępowania wykonawcę Unimax sp. z o.o., albowiem jak stwierdził powód odrzucenia oferty był taki sam jak wykonawcy wnoszącego odwołanie - Condite. Następnie w pismach z dnia 25.11. 2010 r. wezwał tych wykonawców do udzielenia wyjaśnień. Tym samym wykonawca – Condite informację o okoliczności, iż wykonawca - Unimax sp. z o.o. pozostał uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności – stosownie do postanowień art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp – już od dnia 25 listopada 2010 r. [potwierdzenie otrzymania pisma] i kwestionować tę okoliczność w terminie 10 dni od wskazanej daty tj. 25.11.2010r. Na każdym bowiem etapie postępowania wykonawca ma prawo domagać się wglądu do protokołu postępowania, również wtedy, gdy czynności są dokonywane w związku z wykonaniem orzeczenia wydanego przez KIO czy sąd. Tym samym zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jako wniesiony po terminie Izba pozostawiła bez rozpatrzenia.

Na marginesie Izba stwierdza, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przede wszystkim wskazany art. 89 ust.1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp nie stanowi podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy, który wykluczony z postępowania nie wniósł odwołania, ani nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Z treści tych przepisów wynika bowiem, że w pierwszym - przypadku oferta podlega odrzuceniu, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w drugim – gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, bądź niezaproszonego do składania oferty. Izba zauważa także, że zgodnie z art. 7 ust.3 ustawy Pzp zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powołane przepisy nie nakładają na zamawiającego takich ograniczeń, jak np. związanie decyzją o dokonanej czynności oceny ofert, jak również nie określają ram czasowych na dokonanie tych czynności w postępowaniu. Zmiana decyzji zamawiającego jest zatem uprawniona do momentu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Izba zwraca jednocześnie uwagę, iż wykluczenie bezpodstawne wykonawcy z postępowania, składającego najkorzystniejszą ofertę i wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do wyboru oferty nie najkorzystniejszej i tym samym stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, oraz podstawę wystąpienia o unieważnienie takiej umowy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga także, iż dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim

cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

.....