

Sygn. akt: KIO 1945/10

**WYROK**

**z dnia 21 września .2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie :** **Bogdan Artymowicz**

**Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **Work Service Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ruska 51** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Pocztę Polską Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowickiej 26**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Pocztę Polską Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowickiej 26 i nakazuje**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez

**Work Service Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ruska 51**  
tytułem wpisu od odwołania

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Pocztę Polską Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowickiej 26** na rzecz **Work Service Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ruska 51** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołanie oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów stawiennictwa na rozprawę.

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 Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie :**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu czynności ekspedycyjno-rozdzielczych na terenie funkcjonowania Centrum Poczty Węzeł Ekspedycyjno-Rozdzielczy w Warszawie, Ul. Łączyny 8, sprawa nr 12/N/10 w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na usługę wykonywania czynności ekspedycyjno - rozdzielczych na terenie funkcjonowania Centrum Poczty Węzeł Ekspedycyjno - Rozdzielczy w Warszawie zostało wszczęte przez zamawiającego Pocztę Polską Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowieckiej 26 ogłoszeniem w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej w dniu 25 marca 2010r. oraz ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 marca 2010r. za numerem 2010/S 62 092472. W dniu 1 września 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm- dalej ustawy) w związku z art. 146 ust. 6` ustawy oraz wskazał jako przyczynę fakt iż, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z tą czynnością nie zgodził się wykonawca WORK Service Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ruska 51 i w dniu 9 września 2010r. wniósł odwołanie wskazując, że zamawiający naruszył art. 146 ust. 6 ustawy wskazując go jako podstawę prawną unieważnienia, podczas gdy przepis ten nie może mieć zastosowania w sytuacji, gdy do zawarcia umowy pomiędzy stronami nie doszło, oraz art. 93 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający już dwukrotnie wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą tj. w dniu 12 maja 2010r. oraz 19 lipca 2010r. i wskazał, że wybór jego oferty z dnia 19 lipca 2010r. stał się ostateczny na skutek postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010r. w sprawie sygn. akt KIO 1519/10. Odwołujący przedstawił cały tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poczynawszy od dnia 12 maja 2010r. oraz powołał wydane w tej sprawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Pomimo ostateczności wyboru oferty odwołującego

zamawiający nie podpisał umowy z odwołującym, ale unieważnił postępowanie. W ocenie odwołującego unieważnienie jest nieprawidłowe, gdyż wskazano błędną podstawę prawną oraz nie zawarto żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji, co narusza obowiązek wynikający z art. 93 ust. 3 ustawy. Podniósł, że zgodnie z art. 146 ust 6 Ustawy „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.” Powyższy przepis nie ma zastosowania w poniższej sprawie, bowiem pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym nie doszło jeszcze do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, iż taki obowiązek ciąży na Zamawiającym w wyniku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wskazał także, iż nie podanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu, wypełnienie dyspozycji art. 180 ust 3 Ustawy, zgodnie z którym odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołujący podkreślił, iż bez poznania okoliczności faktycznych. Wykonawca nie może wskazać dokładnie naruszonych przepisów prawa.

Odwołujący nie wie bowiem, jaka jest niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nigdy nie poinformował Odwołującego co jest tą przyczyną oraz w żaden sposób nie wykazał faktycznej przyczyny unieważnienia postępowania. Odwołujący nie wie dlaczego postępowanie zostało unieważnione, skoro doręczył Zamawiającemu wszystkie żądane przez niego dokumenty. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący powołał wyrok KIO/UZP z 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-1064/08, niepubl. oraz wyrok ZA/UZP z 21 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1754/06, a także Komentarz Stefana Babiarsza „Prawo zamówień publicznych”, Warszawa 2010 str. 454. Odwołujący wskazał także na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego dowolną i naruszającą zasady uczciwej konkurencji interpretację ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunków udziału w postępowaniu, które wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązani są złożyć. Podniósł, że jego interes prawny doznał uszczerbku wobec uniemożliwienia mu uzyskania przedmiotowego zamówienia, mimo złożenia ważnej i spełniającej wymagania zamawiającego oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza oraz braku przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania. Odwołujący żądał unieważnienia czynności Zamawiającego dotyczącej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego na usługę wykonywania czynności ekspedycyjno - rozdzielczy na terenie funkcjonowania Centrum Poczty Węzeł Ekspedycyjno - Rozdzielczy w Warszawie.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 1 lutego 2010r. udzielone przez dwóch członków zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 9 września 2010r.

Zamawiający o wniesieniu odwołania poinformował wykonawców i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w dniu 10 września 2010r.. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wynikach postępowania z dnia 12 maja 2010r., oraz z dnia 19 lipca 2010r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lipca 2010r., wyrok Izby z dnia 6 lipca 2010r. sygn. akt KIO 1230/10, postanowienie Izby z dnia 2 sierpnia 2010r. w sprawie sygn. akt , KIO 1519/10, pisma Inspektoratu Nadzoru nad Zamówieniami Publicznymi zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2010r., zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, co następuje :

Przede wszystkim Izba podzieliła ustalenia stanu faktycznego dokonane przez skład orzekający Izby w wyroku z dnia 6 lipca 2010r. i przyjęła je za własne tj., że :

Siedziba Odwołującego mieści się we Wrocławiu. Członkiem Zarządu Odwołującego są m.in. Robert K zamieszkały Stepana Supyna, building 3, apt 18, Moscow oraz Everett K, zamieszkały Bronx, New York, USA.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą m.in. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla członków Zarządu Odwołującego tj. Robert K oraz Everett K. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 6 maja 2010 roku, wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla ww. członków zarządu Odwołującego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert a wymaganych postanowieniami pkt 8.1.2 ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 6 maja 2010 r. Odwołujący złożył m.in.:

- informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Robert K nie figuruje w kartotece karnej KRK,
- informację z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 30 kwietnia 2010 r., zgodnie z którą Everett K nie figuruje w kartotece karnej KRK.

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2010 r. wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Pamar sp. z o.o., który w dniu 20 maja 2010 r. wniósł odwołanie, zarzucając m. in., że w udostępnionej przez Zamawiającego ofercie Odwołującego brak jest informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu Odwołującego tj: Robert K i Everett K.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2010 r. uwzględnił zarzuty w całości, na skutek czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 01 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO 956/10 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2010 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego – Pamar sp. z o.o. w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego – Work Service S.A. we Wrocławiu. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności w Polsce członków zarządu Odwołującego tj. Robert K i Everett K, natomiast nie złożył zaświadczenia o niekaralności właściwych organów sądowych lub administracyjnych miejsca zamieszkania ww. osób (tj. odpowiednio USA i Rosji).”

Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lipca 2010r. sygn. akt KIO/1230/10 oceniając czynność wykluczenia odwołującego z powodu nie wykazania braku podstaw wykluczenia stwierdziła, że zamówienie jest postępowaniem o wartości ponad 387.000 euro, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 1 Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i miał obowiązek wynikający z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy określenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ nie żądał od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP złożenia dokumentów o których mowa w powołanym wyżej § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Izba nie uznała, że zadość temu obowiązkowi czyni postanowienie 9.4 siwz, ani, że obowiązek Odwołującego do złożenia dokumentów o których mowa w §2 ust. 2 powołanego wyżej Rozporządzenia wynikał z pkt 3 ppkt 2 SIWZ. Izba stwierdziła, że obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy jest wskazanie w SIWZ wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może uwolnić się od tego obowiązku wskazując jedynie podstawę prawną postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego. W świetle ww. przepisu Zamawiający powinien bowiem wskazać wykonawcom jakie dokumenty powinni złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie oczekiwać, że wykonawcy wyinterpretują katalog żądanych przez Zamawiającego dokumentów z treści przywoływanego rozporządzenia. W konkluzji Izba uznała, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z powodu niezłożenia przez niego wraz z ofertą dokumentów, których wykonawcy nie mieli obowiązku złożyć w niniejszym postępowaniu, albowiem Zamawiający, wbrew treści art. 25 ust. 1 pkt 1, 26 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 6 nie żądał ich ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 1230/10 uwzględniła odwołanie odwołującego i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 13 lipca 2010r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów tj. zaświadczeń właściwych organów sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania Roberta K. oraz Everetta K. wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert do dnia 19 lipca 2010r.

W dniu 19 lipca 2010r. odwołujący uzupełnił dokumenty i przedłożył dla Roberta K. zaświadczenie z Disclosure Scotland z dnia 18 czerwca 2010r., a dla Everetta K. z dnia 14 czerwca 2010r. od Urzędnika Okręgowego Urzędu Rejestrowego hrabstwa Nowy Jork. Oba dokumenty zaświadczały o nie ujawnieniu w rejestrach informacji o skazaniu za przestępstwa.

W dniu 19 lipca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wezwania go do uzupełnienia. Zamawiający uznał odwołanie w całości i w dniu 2 sierpnia 2010r. Izba umorzyła postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 1519/10.

W dniu 26 sierpnia 2010r. Inspektorat Nadzoru nad zamówieniami Publicznymi przedstawił swoje stanowisko, co do rozstrzygnięcia postępowania, w którym uznał, że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż wartość szacunkowa tego postępowania przekracza równowartość kwoty 387 000 euro, a zatem zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy był zobowiązany do żądania od wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunki. Zamawiający jednak takiego wymogu nie zawarł, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w siwz, czym naruszył dyspozycję art. 26 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku § 2 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817). Według Inspektoratu uchybienie zamawiającego narusza także art. 7 ust. 1 i jest wadą niemożliwą do usunięcia na obecnym

etapie postępowania, a mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jest to wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, co oznacza, że zachodzą przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy do unieważnienia postępowania.

W dniu 1 września 2010r. zamawiający powołując się na stanowisko Inspektoratu Nadzoru nad Zamówieniami Publicznymi unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. nr 113 poz. 759) – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrywała się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a kwestionując czynność unieważnienia postępowania stwarza sobie szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności zamawiającego w postaci utraty zysku zakładanego w ramach przedmiotowej umowy.

Zarzut naruszenia art. 146 ust. 6 ustawy poprzez jego zastosowanie i wskazanie jako podstawy prawnej uzasadnienia unieważnienia postępowania pomimo tego, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zachodzi wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy, której istnienie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis art. 146 ust. 6 ustawy jest przepisem określającym kompetencje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zasadniczo nie stanowi podstawy do działania dla zamawiającego. Można go traktować jedynie jako dyrektywę interpretacyjną, że wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, będzie w szczególności taka wada, która wynika z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jednakże Izba pragnie zauważyć, że zakres podstaw unieważnienia wynikający z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie pozwala na stwierdzenie, że każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania. Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wskazuje bowiem, że wada, poza wpływem na wynik postępowania, musi mieć także charakter nieusuwalny. W przedmiotowym



postępowaniu Izba wyrokiem z dnia 6 lipca 2010r. w sprawie sygn. akt KIO/1230/10 stwierdziła, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy tj. art. 26 ust. 1, art. 25 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz stwierdziła, że naruszenie to, miało wpływ na wynik postępowania, jednakże w żadnym miejscu wyroku z dnia 6 lipca 2010r. Izba nie odniosła się do tego, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Bezsporne jest, że zamawiający żądał wykazania braku podstaw wykluczenia w ogłoszeniu i siwz i na tę okoliczność, żądał przedłożenia określonych dokumentów, bezsporne jest także, że nie określił w siwz, iż od wykonawców, u których w skład organów wchodzi podmioty zagraniczne będzie żądał wykazania braku podstaw wykluczenia tych podmiotów zgodnie z ich siedzibą lub miejscem zamieszkania. Bezsporne jest także to, że w wezwaniu z dnia 6 maja 2010r. zamawiający także nie wskazał, w jakiej formie dokumenty dotyczące braku podstaw wykluczenia, mają być złożone. Jednakże Izba stoi na stanowisku, że brak ten był brakiem usuwalnym, wymóg udokumentowania braku podstaw wykluczenia, co do zasady był przez zamawiającego w siwz określony, brakowało natomiast precyzji w odniesieniu do tego jakiego dokumenty mają złożyć poszczególni wykonawcy w zależności od miejsca ich siedziby lub miejsca zamieszkania, albo siedziby lub miejsca zamieszkania ich członków organów zarządzających. Ten brak mógł być usunięty już w pierwszym wezwaniu z dnia 6 maja 2010r., gdzie zamawiający mógł wskazać, że oczekuje złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia w formie zgodnej z wymogami § 2 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2010r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Brak ten został usunięty w wezwaniu z dnia 13 lipca 2010r., gdzie zamawiający prawidłowo wskazał rodzaj i formę dokumentów. Na marginesie Izba zauważa, że ponowne wezwanie w dniu 13 lipca 2010r. było dopuszczalne z uwagi na brak precyzji w wezwaniu z dnia 6 maja 2010r., który powodował, że wezwanie to nie było skuteczne, a wykonawca – odwołujący nie mógł ponieść konsekwencji nieprecyzyjnego wezwania. Uzupełnienie dokonane w dniu 19 lipca 2010r. wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym na rozprawie mieściło się w czasookresie wyznaczonym przepisami ustawy. Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnianie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem nie chodziło ustawodawcy o to, aby wykonawcy przedstawiali na wezwanie do uzupełnienia dokumenty z datą wystawienia nie późniejszą niż termin składania ofert, ale aby z treści dokumentów wynikało, że spełniali oni warunek nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed data składania ofert i nie później niż na dzień składania ofert. Dokumenty przedłożone przez odwołującego ten wymóg spełniają. Izba uznała zatem, że art. 146 ust. 6 ustawy został przez zamawiającego błędnie zastosowany jako podstawa prawna unieważnienia.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewskazanie uzasadnienia prawnego i faktycznego unieważnienia postępowania.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza, że zamawiający przyznał na rozprawie, iż nie podał uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający wskazał, że nastąpiło to przez przeoczenie. Izba stoi na stanowisku, że art. 93 ust. 3 ustawy określa minimalne wymogi skuteczności czynności unieważnienia postępowania, do nich należy zaliczyć wskazanie podstawy faktycznej uzasadnienia. Nie można uznać, że z obowiązku tego zamawiający może być zwolniony, gdy np. wadę widać na pierwszy rzut oka przy zapoznawaniu się z dokumentacją postępowania, czy też, gdy jest ona znana stronom postępowania. Taka interpretacja przeczyłaby zasadzie jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 ustawy. Niezależnie zatem od okoliczności konkretnego postępowania, zamawiający każdorazowo unieważniając postępowania ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne czynności, zaniechanie tego stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 ustawy. Zamawiający swoim działaniem zatem naruszył art. 93 ust. 3 ustawy. Dodatkowo Izba wskazuje, że naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1, 26 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy stwierdzone w wyroku z dnia 6 lipca 2010r. sygn. akt KIO 1230/10 nie było uchyczeniem skutkującym wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Zamawiający nie wykazał, że umowa zawarta na w tym postępowaniu będzie nieważna z uwagi na naruszenie zasad postępowania – art. 7 – 10 ustawy, czy art. 146 ust. 1 ustawy czy też na podstawie przepisów kodeksu cywilnego stosowanego na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że nie każda wada, czy naruszenie od razu skutkuje nieważnością czy to postępowania czy to umowy. Aby wada miała ten charakter muszą zaistnieć łącznie trzy przesłanki :

1. naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania,.
2. nieusuwalny charakter tego naruszenia
3. naruszenie musi powodować niemożność zawarcia ważnej umowy, a więc np. naruszać art. 7 ust. 3 ustawy czyli sankcjonować wybór wykonawcy, wybranego wbrew przepisom ustawy.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał istnienia dwóch ostatnich przesłanek, a Izba samodzielnie dokonując ustaleń uznała, że wada została przez zamawiającego usunięta, a wykonawca został wybrany bez uchybienia przepisom ustawy.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Izba orzekła na podstawie § 3 pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury, do wysokości maksymalnej określonej w rozporządzeniu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie :**

.....

.....