

WYROK
z dnia 17 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polską Grupę Recyklingu Proeko sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie-Łajski**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach** oraz **Noma sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polską Grupę Recyklingu Proeko sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie-Łajski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polską Grupę Recyklingu Proeko sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie-Łajski** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dokończenie realizacji zadania inwestycyjnego pn. Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – Etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2015 r., nr 2015/S 102-184891.

27 października 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polską Grupę Recyklingu Proeko sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie-Łąski, zwanych dalej „odwołującym”, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części II zamówienia.

Wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części II zamówienia odwołujący wniósł w dniu 5 listopada 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 51 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie oceny wniosku odwołującego i zaniechanie zaproszenia odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania mimo braku podstaw prawnych,
- 4) art. 93 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na niewskazanie wpływu lub potencjalnego wpływu naruszenia ustawy Pzp na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) powtórzenia czynności oceny wniosków i zaproszenie do złożenia ofert tych wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż postępowanie obarczone jest jakąkolwiek wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Żadna z przesłanek wymienionych w art. 146 ustawy Pzp (w tym również przesłanka z ust. 6 przywołanego art. 146 ustawy Pzp) nie miała miejsca, co oznacza, że nie ma żadnych podstaw do unieważnienia ewentualnej umowy zawartej w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. Wywiódł, że na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny wniosków uznając z góry, iż nie może dokonać takiej oceny na skutek swojej błędnej interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego fakt, że zamawiający w swoim piśmie o sygn. OP-ZP.KW-00386/15 z dn. 08.07.2015r. w odpowiedzi na pyt. nr 17 dokonał błędnej interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie możliwości powoływania się na zasoby innego podmiotu w zakresie wymaganych koncesji, nie stanowi żadnej wady postępowania. Zamawiający ma prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisania z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał błędnej interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp co do możliwości powoływania się na zasoby innego podmiotu w zakresie wymaganych koncesji, tym samym rozszerzając krąg podmiotów, które rzekomo mogłyby złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu. Konsekwencją tego działania i tak nie może być zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania podmiotów, które nie posiadają wymaganych przez zamawiającego koncesji. Odwołujący argumentował, że przepisy ustawy Pzp mają charakter nadrzędny nad postanowieniami zawartymi w odpowiedziach na pytania oferentów. W związku z tym, zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający i tak będzie zobligowany do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają koncesji wymaganych w sekcji III. 2), część VI pkt 1 ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu. Wskazane przez zamawiającego błędy nie należą jednak do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym nie mają, i nawet nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Decyzja zamawiającego jest niezasadna i przedwczesna. Zamawiający w odpowiednim momencie zauważył swój błąd w interpretacji zakresu zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Mając już wiedzę na temat tego, że na podstawie treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można użyczać uprawnień, w tym koncesji, od podmiotów trzecich, nie będzie zobligowany do zakwalifikowania do dalszego

postępowania wykonawców, którzy sami nie mają danych uprawnień. Musi bowiem podjąć taką decyzję w zgodności z ustawą Pzp, która w tym wypadku jest dla niego wiążąca.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że zamawiający swoim postępowaniem naruszył również art. 93 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wystarczającego uzasadnienia swojej decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający opierając się o dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wskazał w ogóle faktycznego wpływu lub potencjalnego wpływu opisywanej wady postępowania na jego wynik. Zamawiający skupił się jedynie na samym naruszeniu, ale w ogóle nie wskazał jaki to ma wpływ lub choćby potencjalny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący argumentował, że z samej treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynikało, aby zamawiający już na etapie ogłoszenia o zamówieniu zawarł wprost możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wymaganych koncesji. Dopiero w swoim piśmie o sygn. OP-ZP.KW-00386/15 z dn. 08.07.2015r. w odpowiedzi na pytanie nr 17 zamawiający dokonał błędnej interpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie możliwości powoływania się na zasoby innego podmiotu w zakresie wymaganych koncesji. Podkreślił, że po udzieleniu przez zamawiającego powyższej odpowiedzi ogłoszenie o zamówieniu pozostało niezmienione i to ono jest podstawą dla wykonawców ubiegających się o zamówienie, a nie odpowiedź, która miała charakter jedynie interpretacyjny. Zdaniem odwołującego, dopóki nie doszło do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, interpretacyjny błąd zamawiającego nie może uprawniać go do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach oraz Noma sp. z o.o. w Katowicach, zwani dalej „przystępującym”. Przystępujący w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców dotyczące wyjaśnienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez

przystępującego, zawiadomienie zamawiającego o unieważnieniu postępowania z 27 października 2015 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję odwołującego wobec przystąpienia przystępującego, gdyż stwierdziła, że zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił, aby przystępujący nie posiadał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że przystępujący nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Argumentował, że interes musi dotyczyć tego konkretnego postępowania w którym składane jest zgłoszone przestąpienie a nie ewentualnego kolejnego postępowania, którego warunki nie są znane.

Jak wynika z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, *wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* Z treści tego przepisu nie wynika zatem ograniczenie, aby interes zgłaszającego przystąpienie musiał polegać na uzyskaniu danego zamówienia, tak jak w przypadku interesu we wniesieniu odwołania (por. art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Z przywoływanego przepisu można wyprowadzić również wniosek, że możliwym jest legitymowanie się nie tylko interesem prawnym ale i faktycznym, a ponadto takim, który nie musi się ograniczać do danego postępowania. Wzięto pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dokończenie określonej inwestycji, zatem zamówienie będzie musiało być udzielone po przeprowadzeniu kolejnego postępowania, w którym przystępujący będzie mógł uczestniczyć. Ponadto gdyby przystępujący wygrał obecne postępowanie to ewentualna umowa jaką zawarłby z zamawiającym mogłaby być kwestionowana, jako zawarta z naruszeniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Interes przystępującego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego może wyrażać się również w chęci uniknięcia tego stanu niepewności. Zdaniem Izby powyższe przesądza o tym, że wykonawca ten ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w części II postępowania, którą zamawiający unieważnił. Ustalenie, iż zamawiający wykonał czynność unieważnienia postępowania w części II z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności i tym samym odwołujący miałby szansę złożyć ofertę, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dokończenie realizacji zadania inwestycyjnego pn. zadanie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – Etap I. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części (zakresy), z czego część (zakres) II obejmowała dokończenie prac w branżach teletechnicznych i niskoprądowych (pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu).

Ustalono także, że zamawiający, działając na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień, jakie musi posiadać wykonawca. W pkt III.2.1. VI ppkt 1.1.b zamawiający przesądził, że uzna iż wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada *koncesję na obrót wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycjach WT II-WT XIV Załącznika nr 2 Wykaz Wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT - do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. Nr 145, poz 1625, ze zm.)*.

W pkt III.2.1 ppkt VII 1.3 ogłoszenia zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w pkt VI ppkt 1, wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winien złożyć: *Koncesję na obrót wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym określonymi w pozycjach WT II-WT XIV Załącznika nr 2 Wykaz Wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym – WT - do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz.U. Nr 145, poz 1625, ze zm.)*. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia ww. dokument powinien być złożony w taki sposób, aby warunek, o którym mowa w pkt VI.1 ppkt 1.1.b wykonawcy występujący wspólnie spełnili łącznie. W pkt III.2.1 ppkt VII 7 ogłoszenia zamawiający przewidział, że *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.*

W dalszej kolejności ustalono, że w związku z wnioskiem jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści ogłoszenia, w którym domagano się wykreślenia wymogu posiadania przez wykonawców koncesji, o której mowa w pkt III.2.1 ppkt VII 1.3 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający 8 lipca 2015 r. udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu. Lista firm posiadających koncesję jest do uzyskania w Departamencie Zezwoleń i Koncesji MSW email waii@msw.gov.pl. Ponadto zamawiający w zakresie realizacji tych prac nie zastrzegł w ogłoszeniu w trybie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę. Wykonawca w tym zakresie może powoływać się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp.*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania wniosków wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w zakresie części II zamówienia, złożyli odwołujący i przystępujący (protokół postępowania).

Ustalono także, że przystępujący załączył do swego wniosku koncesję podmiotu trzeciego na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wymaganym w ogłoszeniu o zamówieniu. Załączył do swego wniosku zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego, w którym ten zobowiązywał się do udostępnienia przystępującemu zasobu w zakresie ww. koncesji w sposób określony w treści tego zobowiązania, jako podwykonawca. Ww. dokumenty przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustalono również, że zamawiający 27 października 2015 r. zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 zamówienia. W uzasadnieniu czynności zamawiający wskazał, że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 93 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał treść ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uprawnień, jakie musieli posiadać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Następnie wskazał na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i ogłoszenia, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do

wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów. Przywołał treść odpowiedzi na pytanie nr 17 dotyczącej ogłoszenia o zamówieniu, jakiej udzielił 8 lipca 2015 r., w której podtrzymał postanowienia zawarte w ogłoszeniu, jednocześnie zezwalając na to, aby wykonawca w zakresie koncesji powołał się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu swój wniosek złożył wykonawca, który w zakresie spełniania warunku dotyczącego posiada uprawnień – posiadania koncesji – powołał się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Uzasadniał, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zezwala aby wykonawca mógł polegać na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności innych podmiotów. Wywiódł, że działanie zamawiającego, zezwalające na powołanie się w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności na zasoby innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a następnie działanie wykonawcy, czyli powołanie się na zasoby innego podmiotu, stoją w sprzeczności z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Ww. regulacja odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są przypadki naruszenia ustawy stanowiące przesłanki unieważnienia umowy. W myśl art. 146 ust. 6 powodem unieważnienia umowy jest *dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

Ponadto, zgodnie z art. 48 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego obowiązany jest określić *warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków* (pkt 6), a także zamieścić *informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* (pkt 7).

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień, jakie musiał posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wymagał, aby wykonawcy posiadali opisaną w ogłoszeniu koncesję. W treści ogłoszenia zamawiający nie dopuścił możliwości polegania przez wykonawców na zasobie uprawnień podmiotów trzecich. Nie ulegało również wątpliwości, że zamawiający zdecydował się na udzielanie odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści ogłoszenia. W odpowiedzi na pytanie nr 17 z dnia 8 lipca 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców, że w celu wykazania warunku posiadania uprawnień dopuszczalne jest poleganie przez wykonawcę na uprawnieniach podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie ulegało również wątpliwości, że przystępujący zdecydował się skorzystać z możliwości, o jakiej wspomniał w odpowiedzi zamawiający. W celu wykazania warunku udziału w postępowaniu powołał się na uprawnienia (koncesję) innego podmiotu, który zobowiązał się udostępnić ten zasób wykonawcy jako jego podwykonawca.

Nie było również sporne pomiędzy stronami, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zezwala wykonawcy na posiłkowanie się zasobami podmiotów trzecich w celu wykazywania warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień. W świetle art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp to wykonawca musi posiadać wymagane przez zamawiającego uprawnienia, jeżeli opis warunku w tym zakresie znajdzie się w ogłoszeniu. Z kolei przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zezwala wprawdzie wykonawcy, w celu wykazania warunków, na posiłkowanie się zasobami innych podmiotów, ale możliwość taka nie dotyczy wszystkich zasobów z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca dopuścił jedynie poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów. Z powyższego należy wyprowadzić wniosek, że nie dopuszczono możliwości posiłkowania się cudzymi uprawnieniami.

Nie ulegało zatem wątpliwości, że zamawiający udzielił wykonawcom odpowiedzi sprzecznej z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie był uprawniony do dopuszczenia możliwości polegania przez wykonawców na uprawnieniach podmiotów trzecich. Należało zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp instytucji udzielania wyjaśnień dotyczących treści ogłoszenia w przetargu ograniczonym. Jak słusznie podnosił odwołujący wynika to z tego, że wszelkich treści umożliwiających złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy poszukiwać w treści ogłoszenia. Nie można jednak przejść do porządku dziennego nad praktyką udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące treści ogłoszenia, jaką zamawiający zastosował w analizowanej sprawie. Co warte zauważenia, z praktyki tej korzystał również odwołujący sam zadając zamawiającemu pytania dotyczące treści ogłoszenia. Zdaniem Izby, skoro zamawiający w analizowanym postępowaniu zdecydował się odpowiadać na pytania

dotyczące ogłoszenia, to do oceny znaczenia udzielanych odpowiedzi należało zastosować analogiczne reguły, jakie zostały wypracowane w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych do charakteru odpowiedzi na pytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Przemawia za tym charakter i podobieństwo obu instytucji. Ich celem jest usunięcie wątpliwości co do postanowień dokumentów przygotowanych przez zamawiającego, to jest ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. A zatem oceniając skutki udzielonej odpowiedzi Izba przypisała odpowiedzi na pytania dotyczące ogłoszenia analogiczny charakter, jaki przypisuje się odpowiedziom dotyczącym treści SIWZ. Przypomnienia w tym miejscu wymaga zatem, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści SIWZ przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców. Biorąc powyższe pod uwagę nie podzielono stanowiska odwołującego, który zdawał się bagatelizować fakt udzielenia tej odpowiedzi przez zamawiającego w toku postępowania.

Podkreślenia wymaga również to, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia zobowiązany jest zapewnić przestrzeganie naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie do pogodzenia z tymi zasadami byłoby obciążanie wykonawcy skutkami błędów popełnianych przez zamawiającego. Wykonawca ma bowiem prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami. Zdaniem Izby niewątpliwym jest bowiem, że treść odpowiedzi wywarła wpływ na wniosek złożony przez przystępującego, co zresztą przystępujący potwierdził wyraźnie w trakcie rozprawy. Przystępujący skorzystał bowiem z możliwości, jakie zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytanie nr 17 i wykazując spełnianie warunku w zakresie uprawnień posiłkował się koncesją podmiotu trzeciego.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby analizowana wada postępowania mogła być jeszcze usunięta przez zamawiającego. Zdaniem Izby opisywana wada jest na obecnym etapie nieusuwalna. Niemożliwym jest wyeliminowanie skutków błędnie udzielonej odpowiedzi, gdyż termin składania wniosków o dopuszczenie o udziału w postępowaniu już upłynął. Odpowiedź zamawiającego wywarła wpływ na treść wniosku przystępującego i tym samym wywarła wpływ na wynik postępowania. Nie można również wykluczyć, że odpowiedź zamawiającego wpłynęła na potencjalny krąg wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Naruszenia tego nie usunie wykluczenie przystępującego z postępowania i zaproszenie tylko odwołującego do składania ofert. Na skutek naruszenia zamawiającego przystępujący został wprowadzony w błąd i pozbawiony możliwości złożenia wniosku o innej treści, odpowiadającej brzmieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie można

zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że przystępujący nie ma i nie miał możliwości złożenia prawidłowego wniosku. Nie można choćby wykluczyć, że podwykonawca przystępującego, dysponujący wymaganą koncesją, mógłby wystąpić w postępowaniu w charakterze wykonawcy – jako współkonsorcjant przystępującego. Ponadto, przystępujący, jak każdy inny wykonawca, ma prawo do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sytuacji gdy znane są uprzednio warunki udziału w postępowaniu, jakie musi w tym wniosku wykazać. Wykluczenie z udziału w postępowaniu przystępującego, który złożył wniosek zgodnie z udzieloną odpowiedzią, choć odpowiadające przepisowi art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, byłoby jednak sprzeczne z zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Według Izby, nie można usunąć wady postępowania również w ten sposób, że zamawiający uzna, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. W takim przypadku zamawiający wprowadziłby działając zgodnie z udzieloną odpowiedzią, ale naruszyłby w ten sposób przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia postępowania nie wskazał wpływu lub możliwości wpływu naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w swym uzasadnieniu wyraźnie argumentował, że jeden z wykonawców zastosował się do błędnej odpowiedzi, co znalazło odzwierciedlenie w treści jego wniosku. Zatem zamawiający w sposób dostateczny wyeksponował możliwość wpływu naruszenia na wynik postępowania. Należy powtórzyć w tym miejscu, że nie można utożsamiać wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, jedynie z uzyskaniem zamówienia przez konkretnego wykonawcę. Zdaniem Izby zasada równego traktowania wykonawców, której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyraża się w konieczności równego traktowania wykonawców na wszystkich etapach postępowania, a nie tylko na etapie badania ofert. Z kolei zasada uczciwej konkurencji oznacza konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurowania. Odpowiedź zamawiającego wywarła wpływ na treść wniosku przystępującego i tym samym oddziaływała na wynik postępowania, naruszając standardy wymagane przez prawo. Nie można również wykluczyć, że odpowiedź zamawiającego wpłynęła na potencjalny krąg wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że zaskarżona czynność unieważnienia postępowania, a także jej uzasadnienie odpowiadały prawu, zaś zamawiający nie zapraszając wykonawców, w tym odwołującego, do składania ofert nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

W konsekwencji za chybione uznano także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie stwierdzono naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani nierównego traktowania wykonawców.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....