

Sygn. akt: KIO 1437/19

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Młacka

---

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2019 r. przez Odwołującego - MILDAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Elektronowej 2/bud. D (03-219 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego - Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150 (02-642 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy - Cenzin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie przy ul. Czerniakowskiej 81/83 (00-957 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - MILDAT Sp. z o.o. z/s w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego - MILDAT Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego - Komendy Główny Policji kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1437/19

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Komendę Główną Policji na zakup amunicji strzeleckiej (nr postępowania: 165/Cut/19/EJ), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.07.2019 r., 2019/S 134-329098, wobec czynności wszczęcia postępowania na dostawę tego samego przedmiotu zamówienia, co objętego postępowaniem unieważnionym, Wykonawca Mildat Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 25 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1437/19).

Obecnie prowadzone postępowanie dotyczy przedmiotu zamówienia, na który Zamawiający wcześniej ogłosił postępowanie i w którym ofertę złożył Odwołujący. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej wydanymi w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 903/19 (wyrok z 3.06.2019 r.) oraz KIO 1210/19 (wyrok z 12.07.2019 r.) oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, Odwołujący nie powinien być wykluczony z postępowania, a w konsekwencji postępowanie nie powinno zostać unieważnione i oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym obecne postępowanie nie powinno być prowadzone, gdyż uzasadnienie wyboru rodzaju procedury przyspieszonej jest niezgodne z prawdą, a dalsze jego kontynuowanie spowoduje, że nie będzie możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i stworzy Zamawiającemu dowolność decyzji co do wyboru oferty spośród złożonych w obu postępowaniach na ten sam przedmiot zamówienia w tej samej ilości. Zamawiający posiada środki budżetowe jedynie na realizację jednego z postępowań, zatem dowolnie będzie mógł wybrać, które postępowanie unieważni z powodu „braku środków”, a w którym udzieli zamówienia, co w konsekwencji pozwoli na niewykonanie wyroków w sprawach o sygn. akt KIO 903/19 i KIO 1210/19 i wybranie oferty np. innego wykonawcy, pomimo niezakończenia poprzedniego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 39 oraz art. 40 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 2 pkt 7a ustawy Pzp - poprzez wszczęcie postępowania nr 2, które nie jest wszczętym w celu zawarcia umowy lecz w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, jak również w celu niewykonania czynności nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej;
- 2) art. 43 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp - poprzez nieuzasadnione okolicznościami skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu nr 2 w sytuacji, gdzie przesłanki zastosowania procedury przyspieszonej nie istnieją, gdyż poprzednie postępowanie nie zostało unieważnione, a Zamawiający ma możliwość zawarcia umowy w ramach poprzedniego postępowania;
- 3) art. 93 ust 1 pkt 7 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania nr 2, obciążonego wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający posiada środki finansowe wyłącznie na zakup jednego przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 1, a nie w dwóch odrębnych postępowaniach na ten sam przedmiot;
- 4) art. 7 ust. 3 Ustawy poprzez równoległe prowadzenie dwóch odrębnych postępowań

dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji powoduje, iż na skutek braku środków finansowych odrębnych od przeznaczenia na postępowanie nr 1, Zamawiający nie będzie mógł zawrzeć umowy (udzielić zamówienia) wykonawcy wybranemu w postępowaniu nr 2 zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, co dodatkowo może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez ogłoszenie postępowania nr 2 w sytuacji, gdy postępowanie nr 1 nie zostało zakończone, a wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1210/19 wyrok nie został wykonany, a więc prowadzenie postępowania bez zabezpieczenia środków na jego realizację skutkować będzie obowiązkiem zaciągnięcia zobowiązania w kwocie przekraczającej plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych, co wyczerpuje znamiona przepisu art. 168a ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania nr 2, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a z ostrożności procesowej, gdyby w ocenie Izby nie było to możliwe, wnosimy o wydłużenie terminu składania ofert w post. Nr 2 do dnia przypadającego po dniu wydania orzeczenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie na skutek skargi wniesionej przez Zamawiającego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 903/19.

W dniu 26 lipca 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie platformy zakupowej (kypolicja.ezamawiajacy.pl) kopię odwołania.

W dniu 29 lipca 2019 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca - Cenzin Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający wszczął nowe postępowanie na zakup amunicji strzeleckiej w ilości odpowiadającej ilości objętej postępowaniem, w którym Odwołujący złożył swoją ofertę, a w którym nie doszło jeszcze do zakończenia czynności (postępowanie nr 1). W postępowaniu nr 1 oferta Odwołującego pierwotnie wybrana została jako najkorzystniejsza, a czynność ta została zaskarżona odwołaniem, w którym Izba na skutek sprzeciwu obecnego Odwołującego oddaliła zarzuty (sygn. akt KIO 903/19). Zamawiający wniósł skargę do Sądu

Okręgowego, która do dnia niniejszej rozprawy nie została rozpoznana. W ramach ponownej oceny ofert Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania nr 1, odrzucił jego ofertę i unieważnił postępowanie, co z kolei zostało zaskarżone przez Odwołującego do KIO. Izba wyrokiem z dnia 12.07.2019 r. uwzględniła odwołanie (sygn. akt KIO 1210/19) i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność czynności oraz powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.

W dniu 15.07.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o wszczęciu niniejszego postępowania (postępowanie nr 2) na tożsamy zakres zamówienia, jak ujęty zadaniem nr 1 w postępowaniu nr 1.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 39 i nast. Ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp wszczynając postępowanie nr 2, pomimo iż w dacie publikacji ogłoszenia znane było już rozstrzygnięcie Izby z dnia 12.07.2019 r. stwierdzające nieprawidłowość czynności unieważnienia postępowania nr 1 i nakazujące unieważnienie tej czynności. W tej sytuacji uprawnionym jest stwierdzenie, iż postępowanie nr 2 nie zostało wszczęte w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego - co w świetle przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest obligatoryjne, a wyłącznie w celu niewykonania wyroku KIO lub doprowadzenia do sytuacji, w której Zamawiający będzie mieć całkowitą dowolność w wyborze oferty najkorzystniejszej z obu postępowań. Stanowi to o rażącem naruszeniu podstawowych zasad zamówień publicznych, w szczególności prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której toczą się równolegle dwa odrębne postępowania w tym samym przedmiocie, co będzie miało taki skutek, że nie będzie możliwe zawarcie dwóch umów, a Zamawiający będzie mógł arbitralnie zawrzeć umowę z jednym z wybranych wykonawców. W tych okolicznościach postępowanie nr 2 dotknięte jest wadą uniemożliwiającą jego dalsze prowadzenie, co stanowi obligatoryjną przesłankę do jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie jest możliwe prowadzenie dwóch postępowań na ten sam przedmiot zamówienia wobec braku zabezpieczenia środków na obydwa postępowania. Tym samym drugie postępowanie nie będzie w istocie prowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i jako takie powinno być unieważnione.

Ponadto, Odwołujący zakwestionował jako nieuzasadnione zastosowanie skróconego terminu składania ofert w postępowaniu nr 2 (zastosowanie tzw. procedury przyspieszonej). Zamawiający w sposób niezgodny ze stanem faktycznym podał w uzasadnieniu, iż z uwagi na pilną konieczność pozyskania przez Policję amunicji kal. 9x19 mm Parabellum, która stanowi podstawowe wyposażenie funkcjonariuszy Policji i wykorzystywana jest przez nich podczas zajęć z wyszkolenia strzeleckiego, jak również w toku realizowanych zadań służbowych. W konsekwencji posiadanie tej amunicji ma bezpośredni wpływ na skuteczność realizacji ustawowych zadań Policji. Poprzednie postępowanie na zakup amunicji Parabellum zostało unieważnione, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Jedyna ważna oferta, która została złożona w przedmiotowym postępowaniu przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wbrew temu uzasadnieniu, postępowanie nr 1 nie zostało zakończone. W świetle wydanego orzeczenia KIO Zamawiający ma obowiązek wykonać czynności nakazane, co ma ten skutek, iż oferta Odwołującego nadal pozostaje ofertą, którą należy ocenić w postępowaniu. Ponieważ nie przekracza ona kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający może dokonać jej wyboru i zawarcia umowy z Odwołującym. Uzasadnienie wskazane dla zastosowania procedury przyspieszonej jest sprzeczne z okolicznościami faktycznymi. Pilna konieczność, mająca uzasadniać skrócenie terminu składania ofert poniżej 15 dni, nie została przez Zamawiającego należycie uzasadniona, na który to wymóg wskazuje motyw 46 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. W motywie 80 preambuły doprecyzowuje się, że pilny charakter zamówienia oznacza sytuację, w której terminy są niewykonalne, ale nie jest uniemożliwione przeprowadzenie regularnego postępowania z ogłoszeniem. Zamawiający tymczasem może z zachowaniem terminów dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nr 1.

Odwołujący z ostrożności, gdyby Izba nie stwierdziła podstawy do unieważnienia postępowania nr 2, wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert do terminu następującego po terminie wydania orzeczenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie na skargę wniesioną od wyroku Izby, sygn. akt KIO 903/19.

Wskazane naruszenia, w ocenie Odwołującego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, polegający na braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Miało również dojść do naruszenia interesów wykonawców, skutkującego uniemożliwieniem im złożenia ofert, poprzez niezapewnienie odpowiednio długiego terminu na składanie ofert, pozwalającego na kalkulację konkurencyjnej ceny ofertowej.

#### Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie

Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było wszczęcie postępowania na zakup przedmiotu zamówienia, na który Odwołujący złożył ofertę w innym postępowaniu. Według Odwołującego, obecne postępowanie na tożsamy zakres dostawy ma uniemożliwić udzielenie zamówienia Wykonawcy i zawarcia z nim umowy w związku z wcześniejszym postępowaniem. Oceny spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy należało zatem dokonać z uwzględnieniem okoliczności związanych z brakiem zakończenia innej procedury przetargowej, w której oferta Odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą. W ocenie składu orzekającego interes prawny Odwołującego może, w szczególnych okolicznościach, być badany z uwzględnieniem szerszej perspektywy, jaką w niniejszej sprawie wyznaczały czynności Zamawiającego w równoległym prowadzonym postępowaniu na tożsamy zakres dostawy. Ponieważ Odwołujący złożył ofertę we wszczętym wcześniej postępowaniu, w którym z uwagi na skargi od wydanych wyroków KIO, Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny ofert, obecnie wszczęte postępowanie może faktycznie doprowadzić do wydatkowania środków przeznaczonych na tożsamy zakres dostawy w ramach nowego zamówienia. Tym samym, chociaż Odwołujący złożył już ofertę mieszczącą się w środkach finansowych Zamawiającego może nie uzyskać zamówienia, tym bardziej iż w obecnym postępowaniu jego oferta jest droższa od drugiej złożonej w tym postępowaniu. W tych okolicznościach wniesienie odwołania miało na celu uniemożliwienie

przeprowadzenia nowej procedury w sytuacji, gdy wcześniejsze postępowanie formalnie nie zostało zakończone - nie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie unieważniono skutecznie tego postępowania. W ocenie składu orzekającego można zatem przyjąć, iż odwołanie na czynność wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może zabezpieczyć interes Wykonawcy w uzyskaniu rodzajowo tożsamego zamówienia w prowadzonym i niezakończonym postępowaniu na rzeczowo tożsamy zakres dostawy. Powyższe uzasadnia przyznanie Wykonawcy legitymacji do złożenia odwołania, które może pozwolić osiągnąć korzystny dla tego podmiotu skutek w innym prowadzonym równolegle postępowaniu, co wypełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wniosku o wszczęcie postępowania, oferty Odwołującego, a także stanowisk stron złożonych w toku postępowania, Izba dokonała poniżej ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający w dniu 15.07.2019 r. ogłosił postępowanie na dostawę amunicji do broni strzeleckiej 9x19 mm Parabellum w ilości 11.379.000 szt. Identyczny zakres dostawy został objęty postępowaniem wszczętym w dniu 26.02.2019 r. (nr postępowania: 29/Cut/19/EJ - zadanie nr 1), w którym na skutek odwołań oraz skarg na rozstrzygnięcia Izby, Zamawiający wstrzymał się z wyborem oferty najkorzystniejszej/zakończeniem postępowania. Na podstawie wniosków o wszczęcie obu postępowań oraz wyjaśnień stron Izba ustaliła, iż zakres rzeczowy obu postępowań jest tożsamy zarówno pod względem rodzaju, ilości zamawianej broni, jak i wartości zamówień (8.048.560,98 zł netto - 9.900.000 zł brutto). Środki finansowe na realizację obu zadań zostały zabezpieczone w rozdz. 75403 poz. 3-421006 planu finansowego KGP na dany rok budżetowy. Wskazane we wnioskach pozycje planu zamówień publicznych (poz. 437 - dla obecnego postępowania) oraz projektu planu rzeczowo-finansowego (poz. 9 - dla zamówienia objętego wcześniej wszczętym postępowaniem), nie rozstrzygają w sposób jednoznaczny, czy środki przeznaczone na sfinansowanie obu zamówień zostały zabezpieczone w podwójnej wysokości, czy też że są to te same środki w wysokości 9.900.000 zł brutto na zakup amunicji strzeleckiej 9x19mm Parabellum objętej planem finansowym na rok 2019. Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż gotowy jest zawrzeć obie umowy, w sytuacji gdyby dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania, jak również gdyby na skutek wyroków sądu okręgowego zobowiązany był dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej we wcześniejszym postępowaniu, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.07.2019 r. sygn. akt. KIO 1210/19 - przywracającym do oceny ofertę Odwołującego się.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) Zamawiający przewidział możliwość unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostaną mu przyznane (pkt I.7 informacje ogólne). Termin realizacji zamówienia został ustalony do dnia 29.11.2019 r.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert do dnia 29 lipca 2019 r., do godziny 9:50. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu - sekcja IV. 1.1 uzasadniał zastosowanie procedury przyspieszonej wskazując na: na pilną konieczność pozyskania przez Policję amunicji kal. 9x19 mm Parabellum, która stanowi podstawowe wyposażenie funkcjonariuszy Policji i wykorzystywana jest przez nich podczas zajęć z wyszkolenia strzeleckiego, jak również w toku realizowanych zadań służbowych. W konsekwencji posiadanie tej amunicji ma bezpośredni wpływ na skuteczność realizacji ustawowych zadań Policji. Poprzednie postępowanie na zakup amunicji Parabellum zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Jedyną ważną ofertą, która została złożona w przedmiotowym postępowaniu przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 29.07.2019 r. o godzinie 10:00 Zamawiający otworzył dwie złożone w postępowaniu oferty: MILDAT Sp. z o.o. (cena: 9.197.940,00 zł, okres gwarancji 109 m-cy) oraz Cenzin Sp. z o.o. (cena: 8.537.663,70 zł, okres gwarancji 108 m-cy). Obie złożone oferty mieszczą się w kwocie środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (9.900.000,00 zł brutto).

Na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż najwyżej ocenioną w niniejszym postępowaniu jest oferta Cenzin Sp. z o.o., i w odniesieniu do tego Wykonawcy Zamawiający wystosował wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy. Na moment rozpoznania odwołania Zamawiający nie dokonał dalszych czynności w postępowaniu.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadniczy zarzut odwołania dotyczy decyzji Zamawiającego o wszczęciu postępowania, którego przedmiot dotyczy amunicji strzeleckiej kalibru 9x19 mm Parabellum, tj. zamówienia rodzajowo i ilościowo tożsamego z przedmiotem, na który w momencie wszczęcia niniejszego postępowania nie zostało rozstrzygnięte/zakończone wcześniejsze postępowanie. Odwołujący formułował zarzut działania niezgodnego z celem wszczęcia postępowania, jakim powinno być udzielenie zamówienia i zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Rzeczywistego celu tego postępowania upatrywał w dążeniu do braku wykonania wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyroku z dnia 12 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1210/19, na mocy których oferta Odwołującego powinna być poddana ocenie, a następnie wybrana w pierwszym postępowaniu.

Odnosząc się do podstawy zarzutu naruszenia art. 39 oraz art. 40 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 2 pkt 7a Ustawy Izba uznała, iż obecnie prowadzone postępowanie stanowi procedurę, której celem jest wyłonienie wykonawcy, z którym Zamawiający będzie mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Dopatrywanie się innych motywów działania Zamawiającego, w szczególności mających mieć znaczenie dla odrębnego postępowania i sytuacji oferty Odwołującego w innym postępowaniu, chociaż mogło być ocenione jako logicznie spójne, to prawnie nie miało przełożenia na ocenę dopuszczalności wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ogłosił publiczny otwarty przetarg, w którym każdy zainteresowany mógł złożyć ofertę i ubiegać się o zamówienie na równych zasadach. W ocenie Izby, to obecne postępowanie ma większe szanse na rozstrzygnięcie, niż wcześniejsze, w którym Zamawiający złożył skargi od wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i oczekuje zajęcia stanowiska przez sąd. Nie można odmówić Zamawiającemu prawa do oceny zgodności czynności podjętych w postępowaniu, nawet odmiennej niż prezentowana w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, którego wyrazem jest skorzystanie z prawa do wniesienia skarg, od rozstrzygnięcia których uzależniona jest czynność w postępowaniu. Obawy Odwołującego o los jego oferty w innym postępowaniu nie mogą ograniczać prawa Zamawiającego do podjęcia decyzji o tym czy wszcząć nowe postępowanie, nawet jeżeli decyzja ta obciążona może być ryzykiem utraty środków na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający takie ryzyko przewidział w tym postępowaniu wskazując na możliwość unieważnienia postępowania w przypadku braku przyznania środków na całość lub część zamówienia (pkt 1.7 informacji ogólnych - siwz), co nie zostało zaskarżone przez wykonawców. Należy również zaznaczyć, iż ogłaszając postępowanie Zamawiający formalnie miał zabezpieczone środki finansowe, co potwierdził naczelnik wydziału księgowości biura finansowego KGP we wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 26.06.2019 r. W sytuacji, w której nie jest możliwe przewidzenie, czy oba postępowania zakończą się wyborem oferty najkorzystniejszej, nie można również stanowczo stwierdzić, iż obecne postępowanie nie zostanie zakończone zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Na chwilę obecną nie można wykluczyć również takiego obrotu sprawy, iż na skutek wyroku/wyroków sądu okręgowego oferta Odwołującego nie będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji postępowanie wcześniej wszczęte zostanie unieważnione. Tworzenie barier Zamawiającemu do przeprowadzenia postępowania, dla którego środki finansowe zostały ujęte w budżecie na rok 2019, wyłącznie w celu ochrony interesu wykonawcy, może paraliżować realizację zadań publicznych w szerszej perspektywie i nie znajduje podstawy prawnej. Zamawiający jako dysponent środków publicznych podejmuje autonomiczną decyzję o tym, czy przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów przewidzianych Ustawą jest dopuszczalne. Ponieważ niniejsze postępowanie ogłoszone zostało w otwartej procedurze, dla której nie jest konieczne spełnienie szczególnych przesłanek ustawowych, nie było podstaw do formułowania zarzutu naruszenia przepisów, na mocy których przetarg nieograniczony stanowi podstawowy tryb postępowania, gwarantujący szeroki dostęp do zamówienia publicznego. Podsumowując Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż niniejsze postępowanie nie ma na celu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, czy też prowadzić ma do niewykonania wyroków Izby dotyczących odrębnej procedury przetargowej.

W zakresie naruszenia art. 43 ust. 2 w zw. z art. 43 ust. 2b pkt 2 Ustawy - poprzez nieuzasadnione okolicznościami skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu w sytuacji, gdy przesłanki zastosowania procedury przyspieszonej nie istnieją, gdyż poprzednie postępowanie nie zostało unieważnione, a Zamawiający ma możliwość zawarcia umowy w ramach poprzedniego postępowania - Izba uznała zarzut za niezasadny. Wprawdzie w momencie rozstrzygnięcia o zarzucie było wiadome, iż decyzja o unieważnieniu pierwszego postępowania została skutecznie zakwestionowana (Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnić czynność unieważnienia postępowania), to w momencie podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania Zamawiający działał ze świadomością istnienia realnego zagrożenia braku rozstrzygnięcia postępowania. Nie można oceniać zasadności zastosowania procedury przyspieszonej z perspektywy późniejszych zdarzeń, które mogły

zmieniać ocenę sytuacji faktycznej istniejącej w momencie podejmowania czynności. Skoro w momencie wszczęcia postępowania decyzja o unieważnieniu postępowania została zakomunikowana i nie została formalnie zmieniona, uzasadnienie prezentowane w ogłoszeniu, jako rzeczywiste podlegało ocenie. Odwołujący nie kwestionował istnienia potrzeby realizacji zamówienia w tym roku, co oznaczało konieczność sprawnego przeprowadzenia procedury przetargowej w czasie umożliwiającym zrealizowanie dostawy i wydatkowanie środków przewidzianych w rocznym planie budżetowym. Należy jednak zauważyć, iż skrócenie terminu składania ofert nie może być nadużywane, gdyż może wpłynąć na konkurencję w postępowaniu. W niniejszej sprawie uzasadniony jest wniosek, iż procedura przyspieszona nie wpłynęła na stan konkurencji, gdyż te same oferty zostały złożone w obu postępowaniach. Odwołujący również złożył ofertę, co stoi w sprzeczności z wnioskami prezentowanymi w odwołaniu, iż skrócenie terminu na złożenie oferty utrudni dostęp do zamówienia. Temu wnioskowi przeczy stan faktyczny, co pozwala przyjąć, iż ewentualne naruszenie przepisu nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia wszczętego postępowania, obarczonego wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający posiada środki finansowe wyłącznie na zakup jednego przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 1, a nie w dwóch odrębnych postępowaniach na ten sam przedmiot, Izba oddaliła. Kwestia sfinansowania zamówienia na obecnym etapie postępowania może być oceniona wyłącznie w świetle zabezpieczenia środków finansowym w planie finansowym. Takie zabezpieczenie istniało w momencie wszczęcia postępowania, co potwierdza wpis we wniosku o wszczęcie postępowania. W momencie ogłoszenia postępowania środki na sfinansowanie zamówienia nie zostały wydatkowane, a tym samym nie można stwierdzić, iż Zamawiający prowadzi postępowanie bez zabezpieczenia środków na jego realizację. Ewentualne późniejsze zmiany sytuacji finansowej Zamawiającego nie stanowią obecnie przedmiotu oceny i nie mogą wpływać na ocenę zasadności zarzutu. Nie można obecnie ustalić ponad wszelką wątpliwość, iż środki zabezpieczone na zakup przedmiotu objętego niniejszą procedurą zostaną wydatkowane na inną umowę.

W konsekwencji oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Ustawy

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Czynności wszczęcia postępowania nie narusza przepisów Ustawy w szczególności dotyczących trybu przetargu nieograniczonego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w wysokości stwierdzonej rachunkiem obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:.....

Członkowie: