

WYROK
z dnia 24 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze i P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Handlowo-Usługowa P. W.” z Legnicy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miasto Legnica - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Legnica - Zarządowi Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie zieleni, Oczyszczanie miasta, Zimowe utrzymanie dróg” oraz powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze i P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Handlowo-Usługowa P. W.” z Legnicy, oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Legnica - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze i P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Handlowo-Usługowa P. W.” z Legnicy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Miasta Legnica - Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze oraz Pawła Wójcika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Handlowo-Usługowa P. W.” z Legnicy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Sygn. akt: KIO 2451/14

2

U ZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Legnica - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub

„Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie zieleni, Oczyszczanie miasta, Zimowe utrzymanie dróg”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 11 września 2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 176- 319434.

W dniu 29 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania.

W dniu 9 listopada 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze i P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Firma Handlowo-Usługowa P. W.” z Legnicy, wniosli odwołanie względem następujących czynności Zamawiającego:

1. unieważnieniu postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas, gdy w postępowaniu złożona została ważna oferta Odwołującego niepodlegająca odrzuceniu, a Zamawiający nie dokonał odrzucenia również konkurencyjnej oferty;
2. unieważnieniu postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. zaniechaniu powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, wniesionym przez Odwołującego w dniu 26 października 2015 r., uwzględnionym przez Zamawiającego w całości, w wyniku czego KIO w dniu 2 listopada 2015 r. umorzyła postępowanie odwoławcze (sygnatura akt: KIO 2322/15), a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podejmując ww. czynności naruszył następujące przepisy ustawy:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że nie zachodzą przesłanki do zastosowania tego przepisu (co szczegółowo wskazano w uzasadnieniu odwołania;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania (pismo z 29 października 2015 r.) nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu;
- 3) art. 93 ust. 3 poprzez zaniechanie podania w informacji o unieważnieniu postępowania (pismo z 29 października 2015 r.) wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania co w szczególności w znacznym stopniu skutkuje brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, mających na celu wzruszenie decyzji Zamawiającego;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie zawiadomienia wykonawców o odrzuceniu ich ofert oraz podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia tych ofert, co w szczególności w znacznym stopniu skutkuje brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, mających na celu wzruszenie decyzji Zamawiającego;
- 5) art. 186 ust. 2 poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w dniu 26 października 2015 r., uwzględnionym przez Zamawiającego w całości, w wyniku czego KIO w dniu 2 listopada 2015 r. umorzyła postępowanie odwoławcze (sygnatura akt: KIO 2322/15), a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 6) art. 7 ust 1 poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- b. wykonania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego podniesionymi w odwołaniu wniesionym w dniu 26 października 2015 r., uwzględnionym przez Zamawiającego w całości;
- c. ponownego przeprowadzenie badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Informacje ogólne

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „usługi w ramach zadań: „Utrzymanie zieleni” „Oczyszczanie miasta” „Zimowe utrzymanie dróg” (Znak Sprawy: DT-P/15/2015).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 września 2015 r.

W dniu 19 października 2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica). W informacji o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu, a złożoną przez niego ofertę uznał za odrzuconą.

W związku z tym, że decyzja Zamawiającego nie znajdowała uzasadnienia w stanie faktycznym, Odwołujący w dniu 26 października 2015 r. wniósł odwołanie kwestionując prawidłowość podjętych przez Zamawiającego czynności. Zamawiający wnosząc odpowiedź na odwołanie pismem z dnia 28 października 2015 r. uwzględnił w całości podniesione w odwołaniu zarzuty Odwołującego, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i zobowiązał się do powtórzenia czynności oceny ofert w tym oferty odwołującego. W efekcie uwzględnienia odwołania w całości Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 2 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO 2322/15) wydała postanowienie o umorzeniu postępowania.

Pomimo uwzględnienia odwołania w całości Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie poinformował wykonawców o ponownym badaniu i ocenie ofert ani o wynikach tego badania, a jedynie pismem z dnia 29 października 2015 r. poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust 1 pkt. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu oraz art 93 ust 1 pkt. 7

ustawy Pzp w związku z wystąpieniem niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania przez Zamawiającego pozbawione jest jednak uzasadnienia prawnego, a także nie znajduje oparcia w stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę bezpodstawne wcześniejsze wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu (z czym Zamawiający się zgodził, uwzględniając w całości zarzuty odwołania), działania Zamawiającego - w ocenie Odwołującego - nastawione są na wyeliminowanie Odwołującego z działalności na lokalnym rynku i powierzenie wykonywania zamówienia drugiemu wykonawcy (spółce komunalnej), która złożyła ofertę mniej korzystną od Odwołującego, nawet za cenę unieważnienia postępowania. Konkurent Odwołującego - Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w poprzednim okresie świadczył Zamawiającemu usługi odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, a także świadczy je obecnie pomimo wygaśnięcia umowy na skutek upływu terminu na jaki została zawarta. Powyższe świadczy o uprzywilejowaniu spółki komunalnej w postępowaniu oraz naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wyjaśnia, iż spodziewając się „nieczystych intencji” Zamawiającego przyświecających uwzględnieniu odwołania, pismem z dnia 30 października 2015 r., wniósł o rozpoznanie odwołania przez KIO, pomimo jego uwzględnienia przez Zamawiającego (pismo w dokumentacji postępowania o sygn. KIO 2322/15).

II. Bezpodstawnie unieważnienie postępowania

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał dwie podstawy prawne unieważnienia:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

II.1. Unieważnienie postępowania na podstawie art 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Odnosząc się do pierwszej podstawy unieważnienia postępowania należy wskazać, że nie znajduje ona potwierdzenia w okolicznościach faktycznych. Przede wszystkim Odwołujący złożył prawidłową ofertę, został jedynie bezpodstawnie wykluczony z udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta została uznana za odrzuconą. Od tej decyzji Odwołujący wniósł jednak odwołanie (w dniu 26 października 2015 r., sygn. akt KIO 2322/15), w którym domagał się unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty i w

6

konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołanie to zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał wprost: „Maigc na względzie podniesione w odwołaniu zarzuty Odwołującego oświadczam, iż uznaję je w całości za zasadne” i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Pomimo uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, które de facto zastępuje rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie stawianych w odwołaniu zarzutów, Zamawiający nie wykonał czynności, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Zamawiający - zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 29 października 2015 r., dotyczącym unieważnienia postępowania - wskazał jedynie, iż wobec uznania zarzutów odwołania dokonał ponownej oceny ofert oraz postanowił unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający nie poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jak i wybranej wcześniej oferty jego Konkurenta przed wystosowaniem pisma o unieważnieniu postępowania, jak i nie wskazał uzasadnienia prawnego ani faktycznego dla odrzucenia obu ofert. Również pismo z 29 października 2015 r. o unieważnieniu postępowania nie zawiera takich informacji. W piśmie tym Zamawiający niemalże jedynie na marginesie stwierdził, że „Biorąc pod uwagę; że zamawiający nie określił precyzyjnie jakiego warunku wiedzy i doświadczenia wymaga, stwierdzić należy, że obie złożone oferty nie spełniają naszego warunku i podlegają odrzuceniu”. Zamawiający nie wskazał przy tym ani podstaw prawnych, ani faktycznych odrzucenia obu ofert. Pomijając wewnętrzną sprzeczność w stwierdzeniu Zamawiającego oraz brak logiki (Zamawiający stwierdza, że warunek ten nie jest precyzyjny, ale jednocześnie ocenia, że „obie oferty go nie spełniają”), z informacji tej nie sposób wywieść na czym faktycznie polega - zdaniem Zamawiającego - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu (na marginesie należy zauważyć, że warunki udziału w postępowaniu muszą spełnić wykonawcy a nie - jak przyjmuje w ww. piśmie Zamawiający - oferty) i jaki jest powód oraz podstawa faktyczna odrzucenia obu ofert.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż uzasadnieniem dla odrzucenia ofert, a w konsekwencji unieważnienia postępowania nie może być nieprecyzyjny charakter opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z ostrożności (jako że Zamawiający nie wskazał braku precyzji w opisie warunku jako przyczyny unieważnienia postępowania) Odwołujący podnosi również, że nieprecyzyjny opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może stać się również przyczyną unieważnienia postępowania, jeśli możliwe jest dokonanie oceny spełniania warunku i w konsekwencji wyboru oferty. Jak stwierdziła KIO w wyr. z dnia 4 października 2012 r. (KIO 2024/12), przyczyną unieważnienia postępowania nie może być możliwość sprawniejszego przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego lub opisanie

7

warunków udziału w postępowaniu. Ustawa jednoznacznie określa, że tylko niemożność zawarcia prawnie skutecznej (niepodlegającej unieważnieniu) umowy może stanowić

podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w pkt 11.2.2 lit b] i c] siwz wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w obsłudze minimum 250 km dróg w mieście ponad 100 tysięcznym. Nawet jeśli przyjąć, iż opis tego warunku nie jest precyzyjny, to - zgodnie z aktualnym i jednolitym orzecznictwem KIO - wszelkie niejasności postanowień specyfikacji powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie ma w szczególności prawa dowolnego interpretowania postanowień specyfikacji i oceny przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co zamierzał napisać w specyfikacji, zamiast tego, co faktycznie napisał, jak i nie ma prawa obarczać wykonawców negatywnymi konsekwencjami nieprecyzyjnych postanowień siwz. W takim wypadku wymagania Zamawiającego ustalone w siwz powinny być - na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - zinterpretowane z uwzględnieniem reguł wykładni, a także zasady dokonywania interpretacji niejednoznacznych postanowień siwz na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Biorąc to pod uwagę, a także treść siwz oraz stanowisko Zamawiającego, który w piśmie z 29 października 2015 r. stwierdził, iż nieprecyzyjność warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polega na „braku precyzyjnego określenia, czy jest to ilość mieszkańców, czy ludności, czy też inny warunek ilościowy” należy przyjąć, iż Zamawiający w ogóle nie określił wymagań co do miasta, w jakim wykonawcy obsługiwali 250 km dróg. Innymi słowy: Zamawiający powinien dokonać pozytywnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jeśli wykonawcy wykazał wykonanie w sposób należyty obsługi minimum 250 km dróg w warunkach miejskich. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób przyjąć, by nieprecyzyjne określenie warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego mogło skutkować arbitralnym uznaniem przez Zamawiającego, że „oferty wszystkich wykonawców nie spełniają naszego warunku” i podlegają odrzuceniu, tym bardziej, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu nie wykazał braku możliwości dokonania oceny spełniania postawionego w tym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W zasadzie w niniejszej sprawie trudno nawet przyjąć, iż Zamawiający odrzucił obie oferty, ponieważ czynność ta - zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wymaga poinformowania o niej oraz podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia ofert. Zamawiający jedynie stwierdził, iż w związku z nieprecyzyjnie określonym warunkiem obie oferty go nie spełniają i podlegają odrzuceniu. Uznanie, że oferty w określonych okolicznościach podlegają odrzuceniu nie jest jednak równoznaczne z czynnością odrzucenia ofert, której dokonanie powinno iść w parze ze wskazaniem jej podstaw faktycznych i prawnych.

8

II.2. Unieważnienie postępowania na podstawie art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp
Zamawiający jako drugą podstawę unieważnienia postępowania wskazał art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, uzasadniając zastosowanie tego przepisu pominięciem w projekcie umowy treści art. 142 ust 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał jednak, by wystąpienie tej okoliczności uzasadniało zastosowanie tak daleko idącego w skutkach przepisu, niweczącego cel prowadzonego postępowania. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 12 grudnia 2013 r. (KIO 2730/13), celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie umowy, zatem unieważnienie postępowania należy ocenić jako sytuację wyjątkową, która może zaistnieć wyłącznie po ziszczeniu się jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp przesłanek. Przy czym przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania - jako prowadzące do wyjątku od zasady, iż celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia - nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Odwołujący, w ślad za orzecznictwem KIO - wskazuje, iż art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że podstawą do unieważnienia może być wyłącznie taka wada postępowania, która uniemożliwia zawarcie prawnie skutecznej umowy. Innymi słowy - wada postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu (tak np. KIO w wyr. z dnia 30 stycznia 2015 r., KIO 117/15). Jak wskazała również KIO w wyr. z dnia 19 sierpnia 2014 r. (KIO 1607/14), „unieważnienie postępowania na tej podstawie może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obciążona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest SIWZ muszą mieć charakter takich,

których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności postanowień SIWZ. Z tego względu, koniecznym jest poddanie analizie tych postanowień SIWZ i czynności, w ramach których Zamawiający upatruje wad swego postępowania skutkujących postulowaną nieważnością postępowania, czy też zawartej w jego rezultacie umowy"

Zatem nie każda wada dokumentacji postępowania będzie stanowiła o jego wadzie, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Co istotne, Zamawiający nie wykazał, iż brak wykonania dyspozycji art. 142 ust. 5 ustawy Pzp skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, pomimo że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wystąpienia związku przyczynowego pomiędzy stwierdzoną wadą, a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak stwierdziła KIO w cyt. wyżej wyroku z 12 grudnia 2013 r. Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu

9

postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający w informacji o wyborze nie wskazał jednak na jakiej podstawie i w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi umowa będzie podlegała unieważnieniu, co powoduje również brak faktycznej możliwości odniesienia się do czynności Zamawiającego i pełnego sformułowania przez Odwołującego zarzutów w niniejszym odwołaniu. Zamawiający wskazał jedynie, że pominięcie treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp przesądza o niezgodności siwz z tym przepisem i prowadzi do zawarcia umowy z nim niezgodnej, co jednak nie jest wystarczające dla uznania, by z tego powodu mogło dojść do podpisania podlegającej unieważnieniu umowy. Powołane przez Zamawiającego wyroki KIO - z sygnaturami nieprzystającymi do dat - również nie są adekwatne do czynności Zamawiającego i w żaden sposób ich nie tłumaczą.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania nie wskazał związku między wadą umowy, a koniecznością unieważnienia postępowania, Odwołujący jedynie z ostrożności i niejako „w ciemno” podnosi, iż niezamieszczenie postanowień wymaganych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp - pomimo że z pewnością stanowi o kształtowaniu umowy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp - nie świadczy o wadzie postępowania, która mogłaby skutkować zawarciem podlegającej unieważnieniu umowy.

Zauważenia przy tym wymaga, iż niezastosowanie we wzorze umowy wymagań określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp nie wyczerpuje którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Również nie sposób przyjąć, iż okoliczność ta mogłaby stać się przyczyną wystąpienia Prezesa UZP o unieważnienie zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp: w każdym razie Zamawiający nie powołał się na taką możliwość ani jej nie wykazał.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15), powołując się na uzasadnienie projektu na ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r., u podstaw wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp była praktyka zamawiających polegająca na niewłączaniu do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych, w konsekwencji takiej praktyki przygotowywana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. Jak wskazała Izba w tym wyroku, „w efekcie; przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie

10

trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa".

Biorąc to pod uwagę Odwołujący podnosi, że Zamawiający w § 10 wzoru umowy przewidział możliwość jej zmiany na skutek zmiany stawki podatku VAT, a także dopuścił możliwość negocjacji i waloryzacji cen w 2016 i 2017 r., jeżeli wskaźnik inflacji osiągnie poziom powyżej 3%. Zatem Zamawiający przewidział klauzule waloryzacyjne i możliwość negocjowania wynagrodzenia, skutkującą możliwością zaoferowania realnej ceny, pozwalającej na

wykonania zamówienia bez strat, pomimo nie określenia zasad zmiany wynagrodzenia w myśl art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, iż wykonawcy zainteresowani udziałem w tym postępowaniu nie próbowali wpłynąć na zmianę tak ukształtowanych postanowień wzoru umowy poprzez żądanie (np. w pytaniach do siwz lub w odwołaniu od treści siwz) uwzględnienia w jej postanowieniach art 142 ust. 5 ustawy Pzp, a zatem akceptowali jej brzmienie, uznając iż możliwe jest w tych warunkach uwzględnienie w cenie oferty ryzyka zmiany kosztów wykonania zamówienia (również na skutek okoliczności wskazanych w art. 142 ust 5 ustawy Pzp). Zawarcie w umowie postanowień waloryzacyjnych i umożliwiających negocjacje wynagrodzenia pozwala zatem na dokonanie jej wykładni w taki sposób, by możliwe było zaoferowanie w ofercie ceny pozwalającej na wykonanie zamówienia bez strat.

Odwołujący podnosi również, iż art. 142 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego jedynie obowiązek określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany przepisów prawa dotyczących obciążeń publicznoprawnych lub wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia. Co istotne, przepis ten nie uzależnia możliwości dokonywania zmian w umowie w zakresie w nim określonym od wprowadzenia do umowy zasad ich dokonywania. Zauważenia przy tym wymaga, iż wystąpienie okoliczności wymienionych w tym przepisie jest niezależne od stron umowy i niemożliwe do przewidzenia, co powoduje, iż ewentualne urealnienie wysokości wynagrodzenia w konsekwencji dokonanych zmian w tych przepisach stanowiłoby o ewentualnym dokonaniu zmiany o charakterze nieistotnym w rozumieniu art. 144 ustawy Pzp (w szczególności w związku z wystąpieniem przyczyn obiektywnych od wykonawców i niepowodujących zachwiania równowagi ekonomicznej stron - por. opinia Prezesa UPZ, nt. „Zamiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatków od towarów i usług” www.usp.gov.pl oraz cytowane w niej orzecznictwo TSUE).

Biorąc to pod uwagę nieuprawnione jest przyjęcie, iż nieuwzględnienie we wzorze umowy zasad zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowi o wadzie postępowania, która mogłaby skutkować jego unieważnieniem na

11

podstawie art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. W każdym razie Zamawiający nie powołał się na tak daleko idący skutek, nie mówiąc już o jego wykazaniu, co już powinno skutkować uznaniem iż niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne.

[...]

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 października 2015 r., Zamawiający podniósł i oświadczył:

„[...]

Ad) Zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust, 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że nie zachodzą przesłanki do zastosowania tego przepisu:

Zamawiający uznaje za uzasadniony zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, W dniu 19.10.2015 r, została przez Zamawiającego podjęta decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, co doprowadziło do odrzucenia złożonej przez niego oferty, na podstawie art. 89 ust. i pkt 5 ustawy Pzp. Na w/w czynność Odwołujący-wniósł odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w dniu 28.10.2015 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tej sprawie (postanowienie z dnia 2,11,2015 r., sygn. akt: KIO 2322/15). Po ponownej ocenie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia [pkt 11.2.2 lit. bj i ej SiWZ] Zamawiający stwierdził, że opisywany warunek SIWZ jest określony nieprecyzyjnie (użyty w nim zwrot „w mieście ponad 100 tysięcznym” może być różnie rozumiany; nie jest sprecyzowane, czy chodzi tu o liczbę mieszkańców, ludności, czy też jest to inny warunek ilościowy). Z tych względów Zamawiający uznał, że żaden z Wykonawców w/w warunku nie spełnił i wobec faktu braku ofert niepodlegających odrzuceniu, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Decyzja Zamawiającego była błędna. Jak słusznie zauważył Odwołujący, nieprecyzyjny opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie może stać się przyczyną wykluczenia wykonawcy z postępowania. W takiej sytuacji należy interpretować zapisy SIWZ

na korzyść Wykonawców, w tym Odwołującego. Stąd płynie logiczny wniosek, że Zamawiający dokonując oceny spełniania warunku opisanego w pkt 11.2.2 itt. b) i c) SIWZ winien uznać, że wykonawcy go spełnili, w sytuacji wykazania wykonania w Sposób należyty obsługi minimum 250 km dróg w warunkach miejskich. Przy przyjęciu takiej interpretacji zapisów SIWZ nie zaistniałaby przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

12

Należy jednakże zauważyć, iż w/w naruszenie nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania, z uwagi na występowanie innej przesłanki jego unieważnienia, określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ad) Zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli jest ono obciążone wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując wykładni przywołanej normy prawnej należy wskazać, iż unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może nastąpić w przypadku łącznego wystąpienia następujących okoliczności (vide: wyrok KiO z dnia 23.04.2015 r., sygn. akt: KIO 753/15):

1. Koniecznym jest wystąpienie wady postępowania, która z uwagi na sformalizowany charakter procedury musi wynikać z naruszenia przez Zamawiającego któregoś z przepisów ustawy Pzp;
2. Ponadto, wada ta nie może być usunięta, co w przypadku wadliwej treści SIWZ, może zaistnieć dopiero po otwarciu ofert i stanowić przeszkodę dla zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W przedmiotowym postępowaniu spełnione są wszystkie w/w warunki, a zatem Zamawiający był zobligowany do unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do wystąpienia wady postępowania:

Niewątpliwie, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust 1 pkt 16) w związku z art. 142 ust. 5 oraz art. 144 ust 1 ustawy Pzp.

Umowa na świadczenie usług związanych z utrzymaniem zieleni przyulicznej na terenie miasta Legnicy, utrzymaniem czystości ulic i zimowym utrzymaniem dróg, ma być zawarta na okres do 31.12.2018 r., a więc na czas dłuższy niż 12 miesięcy. Taka umowa musi zawierać, postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

13

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W § 10 ust. 2 projektu umowy (zał. nr 3 do SIWZ), Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. W żadnej części SIWZ, nie określił; natomiast postanowień o zasadach zmiany wynagrodzenia, w przypadku wystąpienia zdarzeń opisanych w art. 142 ust. 5 pkt 2) i 3) ustawy Pzp.

W szczególności, postanowienia takie nie wynikają (co błędnie sugeruje Odwołujący) z § 10 ust. 1 projektu umowy, który przewiduje możliwość negocjacji i waloryzacji cen w IV kw. 2016 i 2017 r., w przypadku, gdy wskaźnik inflacji osiągnie poziom powyżej 3% (Usługi GUS). Należy zauważyć, iż poza fakultatywnym charakterem tej klauzuli (w sytuacji w niej określonej, dopuszczono możliwość negocjacji i waloryzacji cen, a nie obowiązek ich zmian), jej zastosowanie ogranicza się wyłącznie do przypadku wzrostu wskaźnika inflacji, w usługach podawanego przez GUS, pow. 3%. Klauzula ta pozostaje zatem bez związku z sytuacjami, wynikającymi z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, Zapewnia ona pewną ochronę dla Wykonawców

przed poniesieniem straty, ale z całą pewnością nie chroni przed negatywnymi skutkami wzrostu kosztów wykonania zamówienia spowodowanego zdarzeniami określonymi w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp,

W odniesieniu do braku możliwości usunięcia w/w wady;

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Z kolei z treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że wprowadzenie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty (a więc m.in. istotnych zmian w zakresie przedstawionych w niej cen) może nastąpić pod warunkiem, że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takich zmian.

Określenie warunków zmiany umowy musi polegać na wskazaniu szczególnych przypadków, które mogą wystąpić w związku z realizacją zamówienia, mogących powodować potrzebę zmiany umowy, a także wskazania, na czym w każdym z tych przypadków będzie polegała zmiana umowy (vide: uchwała KIO z dnia 21.12.2012 r., KiO/KD 97/12).

Nie może budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ, nie przewidział możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w przypadkach-

14

określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, Z tych względów nie określił także warunków wprowadzania zmian wynikających z tych przypadków.

Zarówno treść ogłoszenia o zamówieniu (art. 12 ust. 4 ustawy Pzp), jak również treść SIWZ (art. 38 ust. 4. ustawy Pzp) Zamawiający może zmienić. Zmiana taka jest jednak możliwa, wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Na obecnym etapie postępowania, Zamawiający nie jest zatem uprawniony do wprowadzenia zmian, które określałyby zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wada postępowania jest nieusuwalna.

W odniesieniu do argumentu, że stwierdzona wada postępowania stanowi przeszkodę dla zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy:

Dopełnienie treści normy prawnej zawartej w art. 93. ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, w których to ustawodawca wskazał wprost na przesłanki do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dopiero wykazanie, iż wada postępowania ma ten charakter, z jakim ustawodawca wiąże podstawy do unieważnienia umowy, umożliwia stwierdzenie adekwatnego związku przyczynowego uzasadniającego unieważnienie postępowania.

Nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ możliwości zmian postanowień umowy w sytuacjach określonych w art 142 ust. 5 ustawy Pzp, oraz brak określenia zasad zmiany wynagrodzenia w tych przypadkach, nie stanowi żadnego z deliktów określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego jest jednakże naruszeniem, które może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (argument z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp).

Klauzule waloryzacyjne określone w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp niewątpliwie wpływają na sposób kalkulacji ceny ofertowej. W sytuacji braku takich klauzul, ryzyko związane ze zwiększeniem kosztów realizacji zamówienia ponosi bowiem Wykonawca, Oznacza to, że musi być ono odpowiednio przez niego skalkulowane i uwzględnione w cenie ofertowej. Jest bardzo prawdopodobne, iż w sytuacji, gdyby omawiane klauzule pojawiły się w projekcie umowy, każdy z Wykonawców przedstawiłby inną cenę ofertową, a z uwagi, iż zasady kalkulacji tego ryzyka nie są zestandaryzowane i w każdym przedsiębiorstwie kształtować się mogą różnie, mogłoby, to mieć wpływ. na wynik postępowania,

Ponadto, brak przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ zasad zmian wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, mogło mieć istotne znaczenie przy podejmowaniu przez Wykonawców decyzji o przystąpieniu do przetargu. Należy zauważyć, iż umowa ma być realizowana przez okres do 31.12.2018 r. a więc przez ponad 3 lata. Żadna ze stron na chwilę obecną nie jest w stanie przewidzieć, czy i

15

o ile, w okresie realizacji umowy, zmieni się kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz wysokość składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, lub zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu. Jest zatem logiczny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego wniosek, że z uwagi na brak przewidzenia możliwości zmian postanowień umowy w przypadkach określonych w art 142 ust. 5 ustawy Pzp, niektórzy Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia mogli zrezygnować z ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Należy wskazać na błąd w rozumowaniu Odwołującego, który uważa, że wprowadzenie takich klauzul po zawarciu umowy i ich zastosowanie tylko wobec zwycięzcy przetargu stanowiłoby zmianę nieistotną, a więc nieobjętą warunkami wynikającymi z art. 144 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego wprowadzenie do umowy w sprawie zamówienia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach wynikających z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, po zawarciu umowy stanowiłoby rażące naruszenie prawa i wprowadzona w ten sposób zmiana podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy Pzp;

Zastosowanie klauzuli likwidującej ryzyko poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych kosztów spowodowanych zmianami wynikającymi z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp (modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia. A zatem klauzula taka wprowadzałaby warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innych ofert niż te, które pierwotnie zostały dopuszczone (argument z wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19,06,2008 r. w sprawie 0454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii). Przesądza to o tym, że zmiana cen w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp jest istotna, skoro tak - to wprowadzenie, takich zmian możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takich zmian.

Zakwalifikowanie zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia za wykonane zamówienie do zmian istotnych, można wywieść także z faktu, że wybór oferty w sprawie zamówienia publicznego następuje przede wszystkim w oparciu o porównanie wysokości żądanego przez podmioty biorące udział w przetargu wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego.. Jak wynika bowiem z treści art. 91 ustawy Pzp podstawowym i najistotniejszym kryterium uznania oferty za najkorzystniejszą, jest cena (vide argument z wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 25 października 2011 roku, sygn. akt VII GG 127/11), W przedmiotowym przetargu znaczenie kryterium najniższej ceny określono na 90%, a kolejne 10% przypada na termin płatności tej ceny.

16

Reasumując: w przedmiotowej sprawie zachodzą okoliczności zobowiązujące Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

1) W prowadzonym postępowaniu. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16) w związku z art. 144 ust. 1 oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp - nie przewidział zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp,

2) Wada jest nieusuwalna, z uwagi na upływ terminu składania ofert.

3) Wada stanowi- naruszenie przepisów prawa, które mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (argument z art. 146 ust 8 ustawy Pzp), w szczególności brak przewidzenia możliwości zmian postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia w okolicznościach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp mogłyby mieć wpływ na krąg podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienia oraz na wynik prowadzonego postępowania.

Z tych względów odwołanie należy oddalić.

Ad) Zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania w informacji o unieważnieniu postępowania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania oraz zarzutu naruszenia art 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zawiadomienia wykonawców o odrzuceniu ich ofert oraz podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia tych ofert, co w szczególności w znacznym stopniu skutkuje brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, mających na celu wzruszenie decyzji Zamawiającego:

Zarzut unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, uznany został przez Zamawiającego za uzasadniony. Z tych względów za bezprzedmiotowy należy uznać także zarzut braku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu, ofert. Zamawiający Uznaje natomiast za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie braku uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, W treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 29.10.2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż podstawą prawną podjętej decyzji o unieważnieniu przetargu jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (uzasadnienie prawne) oraz wskazał, że: „W projekcie umowy została pominięta treść art. 14.2 ust. 5 ustawy Pzp oraz brak postanowień określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

17

na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Powyższe przesądza o niezgodności siwz z powołanym przepisem, a ponadto prowadziłyby do zawarcia przez Zamawiającego i wybranego Wykonawcę umowy niezgodnej z treścią, art. 142 ust. 5 Ustawy Pzp Wyroki KIO, np sygn. akt KIO 346/14 z dnia 09.03.2015 r. i KIO 443/14 z 23.03.2015 r. potwierdzają, iż jest to naruszenie ustawy Pzp." (uzasadnienie faktyczne). Żaden z przepisów prawa nie określa stopnia szczegółowości przekazywanego uzasadnienia. Zamawiający nie jest w stanie (i nigdy nie będzie) przewidzieć, czy treść przekazanego przez niego uzasadnienia zostanie przez Wykonawcę uznana za wyczerpującą czy też nie. Zamawiający dokładając należytej staranności przekazuje takie uzasadnienie, które w jego ocenie zdradza motyw podjętej przez niego decyzji w sposób, który umożliwia kontrolę poprawności działania Zamawiającego. Fakt, iż motyw te zostały przez Zamawiającego podane w przekazanym Odwołującemu zawiadomieniu potwierdza treść odwołania, w którym Odwołujący formułuje zarzuty odnosząc się zarówno do przedstawionej w zawiadomieniu czynności o unieważnieniu postępowania, jak i wskazanych podstaw prawnych podjętej decyzji, a także w nawiązaniu do faktycznego zdarzenia, które legło u jej podstaw. Nie bardzo zatem jest wiadome, na czym opiera Odwołujący twierdzenie, iż przekazane mu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania „w znacznym stopniu skutkuje brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, mających na celu wzruszenie decyzji Zamawiającego”.

Ad) Zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu uwzględnionym przez Zamawiającego (postanowienie KIO z dnia 2 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2322/15), a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej:

Zamawiający uznaje w/w zarzut za nieuzasadniony. Nie jest prawdą, jakoby Zamawiający nie powtórzył czynności badania i oceny ofert. Zamawiający dokonał ponownej oceny spełniania przez Wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia i uznał, że obaj winni być wykluczeni z postępowania a ich oferty winny być odrzucone. Decyzja ta, co przyznał Zamawiający w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, została podjęta niewłaściwie, co nie oznacza, że ponownego badania i oceny ofert nie przeprowadzono.

W sytuacji, gdy w prowadzonym postępowaniu występuje nieusuwalna wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która doprowadziła do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, naruszenie art. 7 ust. 1 oraz wcześniej przyznanych zarzutów' naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 3 w zakresie decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie ma żadnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania, innymi słowy, nawet w

18

przypadku usunięcia z postępowania tych wadliwie podjętych czynności, wynik postępowania, byłby taki sam jak obecnie, t.j. postępowanie jest unieważnione, ze względu na wystąpienie okoliczności wymienionej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska stron złożone w pismach procesowych i na

rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W uzasadnieniu czynności stanowiącej przedmiot niniejszego odwołania (w piśmie z dnia 29 października br.) Zmawiający podał:

Wobec uznania zarzutów wniesionych w odwołaniu Konsorcjum -Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe COM-D! Sp. z o. o. ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor i Firma Handlowo-Usługowa P. W., ul. Chocianowska 17B-, 59-220 Legnica - Partner, komisja przetargowa powtórnie dokonała oceny ofert oraz zapisów siwz w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i samych warunków, i postanowiła unieważnić postępowanie.

Na podstawie art. 93. ust. 1 pkt 1 - nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i art. 93 ust. 1 pkt 7 - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy.

UZASADNIENIE

W projekcie umowy została pominięta treść art. 142 ust. 5 ustawy Pzp oraz brak postanowień określających zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Powyższe przesądza o niezgodności siwz z powołanym przepisem, a ponadto prowadziłoby to do zawarcia przez Zamawiającego i wybranego Wykonawcę umowy niezgodnej z treścią art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Wyroki KIO np. sygn. akt: KIO 346/14 z dnia 09.03.2015r i KIO 443/14 z 23.03.2015r potwierdzają, iż jest to naruszenie Ustawy Pzp.

W punktach 11.2.2 siwz nieprecyzyjnie podany jest warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w mieście ponad 100 tysięcznym. Brak precyzyjnego określenia, czy jest to ilość mieszkańców, czy ludności, czy też inny warunek ilościowy.

19

W ofertach złożonych przez oferentów w niniejszym postępowaniu, jest wykazane doświadczenie zawodowe na terenie miast: Legnicy, Lubina i Jeleniej Góry.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie określił i precyzyjnie jakiego warunku wiedzy i doświadczenia wymaga, stwierdzić należy, że obie złożone oferty nie spełniają naszego warunku i podlegają odrzuceniu.

W stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ wzorze umowy (Umowa na usługi – PROJEKT), w § 10 przewidziano:

- 1. Zamawiający dopuszcza możliwość negocjacji i waloryzacji cen w IV kw. 2016, 2017, o ile wskaźnik inflacji osiągnie poziom powyżej 3% (usługi GUS).*
- 2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w części dotyczącej podatku VAT, jeżeli w okresie realizacji umowy ulegnie zmianie wdrodzone ustawowej stawka podatku VAT będąca elementem wynagrodzenia Wykonawcy. Zmiana zostanie wprowadzona aneksem do umowy.*

Pozostałe postanowienia wzoru umowy w sprawie jej ewentualnej zmiany dotyczyły zmian w zakresie zamówienia (§ 17 w zw. z zał. nr 8).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Ponadto Izba wskazuje, iż istotne dla rozpoznania sprawy okoliczności faktyczne zostały wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczone w treści pism procesowych stron cytowanych powyżej oraz uzupełnione w ustaleniach Izby.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Natomiast według art. 146 ust. 6 Pzp, 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.

Przepis art. 142 ust. 5 wymaga aby umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawierała postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Natomiast art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Uwzględniając powyższe i odnosząc się do twierdzeń podnoszonych przez strony w toku postępowania, Izba stwierdza, że nie zachodzą żadne wątpliwości, iż z regulacji art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 142 ust 5 Pzp wprost wynika obowiązek określenia przez zamawiającego w postanowieniach umowy stanowiących integralną część SIWZ, zasad

wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na wypadek zmian okoliczności, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 ustawy.

Natomiast kwestią odrębną, rozstrzyganą w sprawach dotyczących postanowień SIWZ, będzie ustalenie powinienego brzmienia i charakteru ww. zasad. Przy uwzględnieniu całokształtu specyficznych okoliczności danej sprawy, kwestia ta przeważnie sprowadzać się będzie do przesądzenia, czy w danym przypadku zasady takie mają polegać jedynie na określeniu zakresu zmian w umowie i ich warunków, które zostaną wypełnione konkretną treścią w trakcie ich dokonywania przez strony według ich woli (zasady aneksowania), czy też mają niejako automatycznie prowadzić do określonej zmiany stosunku zobowiązaniowego po zaistnieniu wskazanych okoliczności faktycznych i/lub prawnych (klauzule waloryzacyjne).

Przy czym należy przywołać zakaz zawarty w art. 144 ust. 1 Pzp, warunkujący możliwość aneksowania umowy od przewidzenia przez zamawiającego możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków takiej zmiany. Zakaz ten będzie dotyczył również zmiany umowy w zakresie okoliczności opisanych w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 ustawy w przypadku braku wskazania możliwości dokonania zmiany w tych obszarach oraz określenia warunków takiej zmiany.

Dodać należy, że zarówno zmiany w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jak też jakiegokolwiek zmiany umowy odnoszące się do ustanowienia możliwości dokonania takich zmian, są istotnymi zmianami umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy.

Tym samym przy braku ww. zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonych w

SIWZ (wszystko jedno czy zasad aneksowania, czy klauzul waloryzacyjnych), wynagrodzenie umowne będzie mogło zostać zmienione jedynie przez sąd na podstawie klauzul *rebus sic stantibus* lub w innych szczególnych przypadkach przewidzianych prawem.

Jakiegolwiek wprowadzenie powyższych zasad lub samo dokonanie tego typu zmian bez spełnienia warunków ustawowych – należało będzie potraktować jako naruszenie zasad równego traktowania wykonawców przez uprzywilejowanie wykonawcy, który zamówienie uzyskał, a dyskryminację innych wykonawców, którzy składając swoje oferty pozbawieni byli wiedzy, że tego typu zmiana będzie możliwa. Każdy wykonawca, na takich samych zasadach, winien posiadać pełny dostęp do informacji na temat warunków wykonania zamówienia, już na etapie składania ofert. Powyższe wynika z całokształtu regulacji ustawowej, w tym z zasad ogólnych ustawy oraz z norm art. 29 ust. 1 i art. 144 ust. 1 Pzp, a także znajduje potwierdzenie w powoływanym przez Zamawiającego orzecznictwie TS UE.

22

Jak wynika z postanowień wzoru umowy Zamawiający przewidział jedynie aneksowanie umowy w przypadku zmiany stawki VAT, o której mowa w art. 145 ust. 2 pkt 1 ustawy. Brak natomiast jakichkolwiek postanowień w przedmiocie zmian wynagrodzenia umownego związanego ze zmianami minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zmianami w ubezpieczeniach społecznych, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp.

Bezsporne jest, że powyższe stanowi naruszenie ww. przepisu ustawy. Jednakże zasadniczy przedmiot sporu w rozpatrywanej sprawie stanowi odniesienie takiego naruszenia, do przesłanki unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Dla rozstrzygnięcia odwołania konieczne jest więc stwierdzenie, czy zastana wada obarczająca postępowanie jest po pierwsze wadą niemożliwą do usunięcia, a po drugie, czy uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Odnosnie pierwszej z ww. przesłanek należy potwierdzić jej wystąpienie w rozpatrywanym przypadku – jak już wskazano, nie jest możliwe wprowadzenie do umowy zasad aneksowania umowy czy waloryzacji świadczeń po dacie składania ofert.

Natomiast ustalając wystąpienie przesłanki niemożliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu należy przede wszystkim odnieść się do kwalifikacji wady, która ma stać się podstawą unieważnienia umowy.

Rozpatrywany brak zasad zmiany wynagrodzenia umownego nie stanowi któregośkolwiek z naruszeń przepisów, o których mowa w art. 146 ust. 1 Pzp, jako stanowiących podstawę unieważnienia umowy. Nie jest również podstawą faktyczną do stwierdzenia nieważności umowy na podstawie przepisów odrębnych (np. kodeksu cywilnego dotyczącego formy umów, wad oświadczenia woli... etc.)

Tym samym jedyną pozostającą do rozpatrzenia podstawą prawną ewentualnego unieważnienia umowy niezawierającej ww. zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy, będzie art. 146 ust. 6, który ustanawia przesłankę dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Właśnie kwalifikacja zastanej wady umowy jako naruszenia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jest zagadnieniem warunkującym rozstrzygnięcie zasadniczego zarzutu odwołania i wokół którego toczył się spór pomiędzy stronami.

W sporze tym należy przyznać rację Odwołującemu. Nie sposób w tym przypadku wykazać adekwatnego i pewnego związku (wpływu) pomiędzy brakiem zasad zmiany wynagrodzenia w określonych przypadkach zawartych w umowie, a możliwością bądź niemożliwością ubiegania się poszczególnych wykonawców o udzielenie zamówienia oraz możliwością/niemożliwością złożenia ważnych, tj. niepodlegających odrzuceniu ofert.

23

Zgodnie z zasadami wykładni pojęcie „wynik postępowania” należy rozumieć tak samo jak na gruncie innych przepisów ustawy, szczególnie art. 192 ust. 2 Pzp, a więc przede wszystkim jako wybór najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia. Wpływ na wynik postępowania mogą więc mieć jedynie naruszenia przepisów, które sprowadzają się do eliminacji z postępowania wykonawców i ofert, które do zamówienia winny być dopuszczone (a nawet zamówienie uzyskać), albo dopuszczenia i udzielenia zamówienia wykonawcom i ofertom niespełniającym warunków przetargu. Tylko tego typu przypadki naruszeń cechuje

obiektywizacja i określoność wpływu na wynik postępowania, oderwane od hipostazowania na temat ewentualnych możliwości wykonawców, podejmowanych przez nich działań i ich motywów.

Dla przykładu: naruszenie przepisów przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu miało wpływ na wynik postępowania; zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna być odrzucona, a która nie została uznana za najkorzystniejszą – nie miało wpływu na wynik postępowania; niezgodne z przepisami zaniechanie wykluczenia wykonawcy w przetargu ograniczonym i dopuszczenie go do składania ofert, kosztem kwalifikacji do składania ofert innych wykonawców spełniających warunku udziału w postępowaniu – mogło mieć wpływ na wynik postępowania, nawet jeżeli wykonawca ten zamówienia nie uzyskał. Możliwość w ostatnim z przykładów nie sprowadza się do deliberacji nad prawdopodobieństwem zdarzeń, mnożeniem okresów warunkowych i stawiania hipotez, ale jest obiektywna i łatwa do stwierdzenia – po prostu do złożenia ofert nie został dopuszczony wykonawca, który składając swoją ofertę mógł zmienić jego wynik (zamiast niego bezprawnie na tzw. krótką listę został zakwalifikowany wykonawca inny). Bezprzedmiotowe w tym przypadku jest sprawdzanie i dowodzenie czy wykonawca niedopuszczony do przetargu rzeczywiście ofertę by złożył oraz czy mógł realnie konkurować z ofertą wybraną, w jaki sposób jego obecność w przetargu wpłynęłoby to na decyzje innych wykonawców oraz jakie było prawdopodobieństwo tych zdarzeń.

Tak samo bezprzedmiotowe są czynione w tym przypadku przez Zamawiającego dywagacje na temat ekonomicznych wyborów wykonawców, na które wpływać miała/mogła obecność stosownych klauzul waloryzacyjnych. Formalna eliminacja określonego kręgu wykonawców z postępowania byłaby faktem, który miał lub mógł mieć uchwytny i obiektywny wpływ na wynik postępowania związany z niemożnością złożenia oferty. Natomiast obecność lub nieobecność w SIWZ postanowień, które nie stoją na przeszkodzie złożeniu jakiegokolwiek oferty, które znane były wszystkim wykonawcom, i które wreszcie wszyscy wykonawcy według własnego uznania mogli uwzględnić przygotowując swoje oferty – wpływu w powyższym rozumieniu nie miały, a tym samym mieć nie mogły. Rozważania tego typu należy uznać za poznawczo jałowe i nie wnoszące niczego do sprawy. Są jedynie hipostazowaniem na temat

24

możliwości wystąpienia bliżej nieokreślonego wpływu określonego naruszenia na decyzje wykonawców, co do udziału w postępowaniu czy wyceny ich ofert. Innymi słowy: w tym przypadku w ogóle nie występuje żaden konkretny i obiektywny wpływ na wynik postępowania, tym samym dywagowanie na temat tego, że ów wpływ mógł mieć w przeszłości miejsce, jest bezprzedmiotowe.

Jak już wskazano, powyższe jest jedynie hipostazowaniem typu: może wpływ był, może go nie było, może polegał na zawyżeniu cen ofertowych, może na ich obniżeniu, może wykonawcy wzięli pod uwagę brak rzeczonych klauzul umownych, a może było im to zupełnie obojętne (na co zresztą wskazywał brak jakichkolwiek postulatów ze strony wykonawców w tym zakresie)... Tego typu lematy można mnożyć, a co gorsza odnosić je do każdego, nawet najdrobniejszego naruszenia przepisów postępowania i na tej zasadzie wywodzić jego wpływ na wynik postępowania. Dla przykładu: brak w SIWZ pouczenia o wnoszeniu środków ochrony prawnej – nie jest wykluczone, że istnieją wykonawcy, którzy wobec braku takiego pouczenia ze środków ochrony prawnej nie skorzystali, natomiast gdyby z nich skorzystali to może doprowadziliby w ten sposób do zmiany warunków przetargu, co z kolei mogło mieć wpływ na jego wynik... etc.

Tymczasem Izba w powyższych wywodach wykazuje lub usiłuje wykazać, że dla stwierdzenia możliwości wpływu naruszenia na wynik postępowania, konieczne jest konkretne stwierdzenie i obiektywne ustalenie samego wpływu – jaki to jest wpływ, czym skutkuje i na czym polega. Tak jak w przypadku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty w zależności od etapu i przebiegu postępowania, gdzie wpływ na wynik postępowania jest określony i jasny. Nie może natomiast przy jego definiowaniu polegać na piętrowych okresach warunkowych, hipotezach i założeniach, a zwłaszcza, sprowadzać go do sfery psychologii wykonawców.

Z uwagi na powyższe uwzględniono zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Izba uwzględniła zarzuty odwołania przyznane przez Zamawiającego w odpowiedzi na

odwołanie, stwierdzając w tym zakresie, że przyznanie nie budzi wątpliwości i odpowiada prawu. W związku z tym nakazano Zamawiającemu powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Przy czym sam zarzut unieważnienia postępowania w związku z brakiem ważnych ofert w postępowaniu jest oczywiście wtórny w stosunku do zarzutów dotyczących eliminacji tych ofert.

Nie nakazano natomiast wyboru oferty Odwołującego i wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania uwzględnionego uprzednio przez Zamawiającego – tego typu nakazy nie 25

mieszczą się w kognicji Izby i mogłyby prowadzić do nakazywania egzekwowalnym wyrokiem Izby dokonania czynności niezgodnych z przepisami.

Izba oddaliła natomiast zarzut braku uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. W treści pisma Zamawiającego z dnia 29 października 2015 r. znalazły się wszystkie niezbędne elementy, o których mowa w art. 93 ust. 3 Pzp. Zamawiający podał przepis, którego naruszenie stwierdził (art. 142 ust. 5 ustawy), a także fakty, które o naruszeniu przepisu stanowią (brak w SIWZ postanowień przepisem wymaganych). Wskazał również podstawę prawną czynności unieważnienia postępowania, która w jego ocenie znajdowała zastosowanie do opisanej sytuacji. Niezasadne jest więc stanowisko Odwołującego, które zdaje się zmierza do żądania od Zamawiającego uzasadnienia odnoszącego się do wszystkich prawnych aspektów sprawy. W szczególności wywodu prawnego dlaczego stwierdzoną wadę postępowania kwalifikuje jako wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Izba w pełni podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie cytowanej w części historycznej uzasadnienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie 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).

.....