

WYROK
z dnia 26 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2023 r. przez wykonawcę M. S. – G., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G., w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Spytkowice

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Gminie Spytkowice unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup sprzętu w ramach projektu grantowego „Cyfrowa Gmina” o numerze POPC.05.01.00-00-0001/21-00” w zakresie części 3 zamówienia (zadanie nr 3), dokonanej na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. S. – G., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G., w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części oraz zamawiającego Gminę Spytkowice w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę M. S. – G., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G., wpis odwołania w wysokości 7500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy M. S. – G., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G., poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),
 - 3.2. zasądza od Gminy Spytkowice na rzecz M. S. – G., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G., kwotę 5 559 zł (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu odwołania, wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 546/23

UZASADNIENIE

W dniu 11 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. S. – G., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo wytwórczo – handlowe "Wip" M. S. – G. (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Zakup sprzętu w ramach projektu grantowego „Cyfrowa Gmina” o numerze POPC.05.01.00-00-0001/21-00” w zakresie części 3 zamówienia (zadanie nr 3) (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Spytkowice (dalej jako „Zamawiający”) na czynność unieważnienia Postępowania oraz na zaniechanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1., art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”,
- 2., art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz „nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Zadaniu nr 3, b) dokonania badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 3”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na dostawy z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 maja 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00218732/01.

Odwolujący złożył ofertę w Postępowaniu, a termin związania ofertą w Postępowaniu upłynął w dniu 23 czerwca 2023 r.

W dniu 6 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania o treści „Zamawiający po zapoznaniu się i analizie treści odwołania wniesionego przez Wykonawcę firmę Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe "WIP" M. S.-G. z siedzibą w Rybniku ul. Reymonta 23. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. O powyższym pismem w dniu 20.06.2023 r. została poinformowana Krajowa Izba Odwoławcza. Postanowieniem Krajowej Izby odwoławczej z dnia 21.06.2023 r. (które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 05.07.2023 r.) odwołanie zostało umorzona, a Zamawiający dokonał ponownego badania ofert w wyniku którego postanowił co następuje. Działając na podstawie art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), Zamawiający informuje że ww. postępowanie dla zadania 3 (zestawy komputerowe) zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie: Zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnia się, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj.: 1. Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia dla zadania nr 3 określił termin realizacji zamówienia w następujący sposób: od dnia zawarcia umowy do 15.06.2023 r. Na dzień ponownego badania ofert tj. 06.07.2023 r. postępowanie obarczone jest wadą, gdyż termin realizacji zamówienia jest nieosiągalny do spełnienia. Zmiana terminu realizacji zamówienia po terminie składania ofert jest niemożliwa do modyfikacji. 2. 23.06.2023 r. upłynął termin związania ofertą dla wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W świetle powyższego Zamawiający na dzień ponownego badania ofert nie dysponuje, żadną ofertą podlegającą ocenie. W świetle powyższego stwierdza się, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego i Zamawiającego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 26 lipca 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

W ramach zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w związku z art. 255 pkt 6) Pzp uzasadniony był zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Z jego treści wynika, że zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiły łącznie trzy okoliczności:

- 1) postępowanie obarczone jest wadą,
- 2) wada ta jest niemożliwa do usunięcia,
- 3) wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga wskazania, że stosownie do art. 260 ust. 1 Pzp „o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”. Celem tego przepisu „jest umożliwienie wykonawcom kontroli czynności zamawiającego (...) okoliczności faktyczne i prawne wskazane przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania mają znaczenie dla granic, w jakich mogą być rozpoznane środki ochrony prawnej wnoszone wobec tej czynności. Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej dotyczącym konkretnej czynności zamawiającego, która została dokonana w danych okolicznościach faktycznych oraz prawnych i tylko w tych granicach podlega rozpoznaniu. Artykuł 555 Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Konsekwencją tego przepisu jest - w okolicznościach sporu - brak możliwości

podawania przez zamawiającego okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania, które nie zostały wskazane w informacji przesłanej zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp. Okoliczności ujawnione dopiero w odpowiedzi na odwołanie przekraczają granice wyznaczone okolicznościami faktycznymi i prawnymi wskazanymi w treści odwołania” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2021 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1766/21).

W konsekwencji w przypadku, gdy odwołanie zostało wniesione na czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ocenia zgodność z przepisami Pzp tej czynności w granicach uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności podanego przez zamawiającego w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

Powołane w odpowiedzi na odwołanie okoliczności faktyczne i prawne, które nie były wskazane w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności unieważnienia Postępowania podanym w przekazanym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w dniu 6 lipca 2023 r. zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania, w szczególności, iż umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia Postępowania byłaby „ex tunc dotknięta sankcją nieważności”, nie mogły zatem być brane pod uwagę przez Izbę przy ocenie zgodności z przepisami Pzp tej czynności, a ocena ta była dokonywana w granicach uzasadnienia faktycznego i prawnego podanego w ww. zawiadomieniu.

W świetle treści przedmiotowego zawiadomienia przyznać należało rację Odwołującemu, iż okoliczności wskazane w nim jako świadczące o obarczeniu Postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – „upływ terminu realizacji zamówienia oraz upływ terminu związania ofertą dla wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp”.

Wymaga wskazania, że zamawiający uprawniony (a jednocześnie zobowiązany) jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6) Pzp w przypadku, gdy wada, którą postępowanie jest obciążone, nie tylko jest niemożliwa do usunięcia, ale także uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Trafnie wskazano w odwołaniu, iż „Zamawiający musiałby wykazać, że okoliczności te [upływ terminu realizacji zamówienia oraz upływ terminu związania ofertą dla wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. KIO] stanowią naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp (brak wskazania przez Zamawiającego na takie naruszenie), a naruszenie to pociąga za sobą (przynajmniej potencjalnie) możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający tymczasem niczego takiego nie wykazał”.

Nie ulega wątpliwości, że w ww. zawiadomieniu Zamawiający nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji dla uznania, że ww. okoliczności, które świadczą o obciążeniu Postępowania wadą, uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie jest zatem wiadome, na jakiej podstawie prawnej umowa, która zostałaby zawarta po przeprowadzeniu Postępowania, podlegałaby unieważnieniu.

Sam ten brak ten powoduje, że nie sposób przyjąć, iż wystąpiły wszystkie określone w art. 255 pkt 6) Pzp opisane powyżej trzy okoliczności uprawniające Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, które musiałby wystąpić, aby czynność unieważnienia Postępowania była dokonana zgodnie z tym przepisem.

Niemniej należy uznać za trafne stanowisko Odwołującego, że to, iż „termin realizacji zamówienia jest nieosiągalny do spełnienia” (gdyż „Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia dla zadania nr 3 określił termin realizacji zamówienia w następujący sposób: od dnia zawarcia umowy do 15.06.2023 r.”) nie oznacza, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą. Wymaga zauważenia, że w odwołaniu wskazano postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu, w których określono, w jakich przypadkach możliwa jest zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy, oraz że możliwa jest zmiana terminu wykonania zamówienia określonego w przedmiotowej specyfikacji; do twierdzeń Odwołującego w tym zakresie Zamawiający się nie odniósł, co uzasadnia wnioski, że ich nie kwestionuje.

Zasadnie również podniesiono w odwołaniu, że „upływ w dniu 23 czerwca br. terminu związania ofertą dla wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie może stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania. Stosownie bowiem do przepisu art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Dopiero w przypadku braku wyrażenia takiej zgody przez wykonawcę, ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o ar. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastosował ww. instytucji wezwania, lecz bezpodstawnie i przedwcześnie unieważnił postępowanie.”. W sytuacji, gdy z treści art. 252 ust. 2 Pzp jednoznacznie wynika, że upływanie terminu związania ofertą przed wyborem najkorzystniejszej oferty skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, upływanie tego terminu przed wyborem najkorzystniejszej oferty nie może być uznane za wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy za okoliczność skutkującą powstaniem po stronie zamawiającego obowiązku unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Upływanie terminu, w którym wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, byli nimi związani, nie stanowiło więc niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem podstawy do unieważnienia Postępowania.

Wobec powyższego brak było podstaw do przyjęcia, że wystąpiły wszystkie określone w art. 255 pkt 6) Pzp opisane powyżej trzy okoliczności uprawniające Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, które musiałyby być spełnione, aby czynność unieważnienia Postępowania była dokonana zgodnie z tym przepisem. W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 255 pkt 6) Pzp, unieważniając Postępowanie na podstawie tego przepisu.

Naruszenie to miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż unieważnienie Postępowania uniemożliwiło dokonanie w nim wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) lit. b) Pzp Izba w punkcie 1. wyroku uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania dokonanej na podstawie art. 255 pkt 6) Pzp.

W ramach zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w związku z art. 255 pkt 6) Pzp Izba nie znalazła natomiast podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp.

Stosownie zaś do art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Jak wynika z treści odwołania, naruszeniem tego przepisu zdaniem Odwołującego było unieważnienie postępowania jest niezgodnie z zasadą proporcjonalności, „przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą”.

Aczkolwiek niewątpliwie przepis art. 16 pkt 2) Pzp dotyczy wszystkich czynności podejmowanych w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to zdaniem Izby ocena zgodności danej czynności z wynikającym z tego przepisu obowiązkiem prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny (czyli zgodności z tym przepisem) może być dokonywana wtedy, gdy czynność ta znajduje podstawę prawną w innym niż art. 16 pkt 2) przepisie Pzp (a zatem nie jest niezgodna z owym innym przepisem Pzp), natomiast z uwagi na jakieś okoliczności może być uznana za nieproporcjonalną. W konsekwencji w sytuacji, gdy czynność zamawiającego jest niezgodna z innym niż art. 16 pkt 2) przepisem Pzp, należy ją uznać za niezgodną z tym przepisem, a nie nieproporcjonalną.

Tym samym skoro, jak wskazano powyżej, unieważnienie Postępowania „z uwagi na upływ terminu realizacji zamówienia oraz upływ terminu związania ofertą dla wszystkich ofert złożonych w postępowaniu” było czynnością bezpodstawną, naruszającą art. 255 pkt 6 Pzp, nie sposób było uznać, że jest ono przy tym czynnością naruszającą wynikającą z art. 16 pkt 2) Pzp obowiązek prowadzenia Postępowania w sposób proporcjonalny.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w związku z art. 239 Pzp w związku z art. 266 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 239 Pzp ust. 1 Pzp „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”, zaś stosownie do art. 239 ust. 2 Pzp „najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”. Art. 266 Pzp stanowi zaś, że „do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej”.

Nie kwestionując zawartego w odwołaniu twierdzenia, że oferta Odwołującego „przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu”, gdyż nie było to przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszej sprawie, za nietrafne należy uznać wyrażone w odwołaniu stanowisko, że „jako najkorzystniejszą ofertę w Zadaniu nr 3 Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego”.

Biorąc zgodnie z art. 552 Pzp za podstawę wydania wyroku stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, że na datę zamknięcia rozprawy Zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności wyboru oferty Odwołującego w Postępowaniu.

Niewątpliwie jest, że termin, w którym wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, byli nimi związani, upłynął 23 czerwca 2023 r., a do tego dnia wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpił. W takiej sytuacji, zgodnie z powołanym w odwołaniu art. 252 ust. 2 Pzp Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Dopiero wyrażenie przez wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę (względnie kolejnego

wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona – vide art. 552 ust. 3 Pzp) zgody na wybór jego oferty spowoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego nie można uznać, że na datę zamknięcia rozprawy Zamawiający zobowiązany był dokonać czynności wyboru oferty Odwołującego w Postępowaniu, a w konsekwencji – iż z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 266 Pzp zaniechał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jako czynności, do której był zobowiązany na podstawie Pzp.

W zakresie naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w ramach zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w związku z art. 239 Pzp w związku z art. 266 Pzp w odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób w zakresie zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców lub nieprzejrzysty. Nie sposób było zatem uznać, że Zamawiający naruszył ten przepis.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie-zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w związku z art. 239 Pzp w związku z art. 266 Pzp, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”. § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia stanowi, iż „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych”.

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia transakcji, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych. Stosownie do § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zgodnie z którym do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika jego reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) i ust. 6 ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 1/2 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania oraz 1/2 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, zaokrągloną w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:.....