Sygn. akt: KIO 1094/15

WYROK
z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski, Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Comp S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 94 ust.3 Pzp., jako najkorzystniejszej.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Warszawski, Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego z siedzibą 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 **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego z siedzibą w Warszawie** na rzecz **TRADEX SYSTEMS Sp. z o. o. w Warszawie** kwotę 18 600,00 **zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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: ……

Sygn. akt KIO 1094/15

UZASADNIENIE

Uniwersytet Warszawski ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego, nr sprawy: ICM-371-58/2014. Zamówienie zostało podzielone na cztery części . W części drugiej od której zostało wniesione odwołanie pierwotnie za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Opaczewska 42 lok. 110 02-372 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym”. Jednakże w dniu 19 maja Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i tym samym uchylił się od jej podpisania. Dlatego też dokonał ponownego wyboru

najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę wykonawcy Comp S.A..

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając:

1) naruszenie art. 94 ust. 3 Pzp poprzez wybranie przez Zamawiającego oferty Comp S.A. jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, podczas, gdy Odwołujący nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniósł wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy;
2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty Comp S.A. jako najkorzystniejszej pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, jako wykonawca niespełniający warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, co doprowadziło do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu;
3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez podejmowanie działań mających na celu utrudnienie, a wręcz uniemożliwienie wniesienia przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Comp S.A., dokonanego przez Zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp,
2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3) wykluczenie wykonawcy Comp S.A. z postępowania,
4) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformowanie

wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań wskazał, że w części 2 postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i Comp S.A.
Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ kryterium oceny ofert była oferowana cena (waga 98 %) oraz termin wykonania zamówienia (waga 2 %).

Pismem z dnia 22 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający uznał ofertę Odwołującego. W dniu 29 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wyznaczając termin na dzień 5 maja 2015 r., oraz oczekiwał wniesienia w tym terminie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5 % całkowitej ceny brutto oferty Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że wyrażając jednoznaczną wolę zawarcia przedmiotowej umowy oraz wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w dniu 4 maja 2015 r. przesłał do Zamawiającego, w drodze elektronicznej, wzór gwarancji ubezpieczeniowej, w treści i formie zgodnej z SIWZ. Zamawiający w tym samym dniu, tj. 4 maja 2015 r., przesłał do Odwołującego wzór gwarancji ubezpieczeniowej ze zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wprowadzone do gwarancji ubezpieczeniowej przez Zamawiającego zmiany nie miały uzasadnienia w treści SIWZ oraz Pzp, a co więcej były błędnie merytoryczne. Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego do treści gwarancji ubezpieczeniowej przedstawionej przez Odwołującego były zatem nieuzasadnione, nadto były one błędne i prowadziły do niekompletności oraz wewnętrznej sprzeczności treści gwarancji.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności świadczą o tym, że Zamawiający - pomimo wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej - poprzez wprowadzanie do treści gwarancji ubezpieczeniowej całkowicie nieuzasadnionych zmian, dążył do utrudnienia wniesienia przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też w dniu 4 maja 2015 roku wniósł odwołanie w tym zakresie do Prezesa KIO.

Odwołujący w dniu 5 maja 2015 r. wyrażając dalszą i jednoznaczną wolę zawarcia umowy z Zamawiającym, przesłał do Zamawiającego pismo z prośbą o przesunięcie terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego zainicjowanego ww. odwołaniem, wskazując, że zgodnie z przepisem art. 183 ust. 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać

zawarta do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez KIO.
Jednakże w dniu 19 maja 2015 r. przed posiedzeniem Krajowej Izby Odwoławczej w ww. sprawie Odwołujący podjął decyzję o cofnięciu przedmiotowego odwołania. Decyzja ta została zakomunikowana Zamawiającemu przed posiedzeniem KIO. Cofnięcie odwołania

przez Odwołującego nie oznaczało, zdaniem Odwołującego że Odwołujący zgodził się z uwagami Zamawiającego do treści gwarancji ubezpieczeniowej, lecz wynikało z faktu, iż Odwołujący w dniu 19 maja 2015 r. dysponował już środkami pieniężnymi, które pozwalały mu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu. Odwołujący uzyskując możliwość wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu, nie chcąc wdawać się w dalszy spór z Zamawiającym, cofnął odwołanie, jednocześnie Odwołujący wyraźnie zakomunikował Zamawiającemu, że wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pieniądzu jeszcze w dniu 19 maja 2015 r.

Niezwłocznie po zakończeniu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w ww. sprawie, Odwołujący w dniu 19 maja 2015 r. przelewem bankowym przekazał na konto bankowe Zamawiającego kwotę 40 539, 45 złotych, stanowiącą równowartość 5 % ceny brutto oferty Odwołującego (810 789 złotych brutto) tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przelew ten został zrealizowany w systemie SORBNET, a więc w systemie realizującym rozliczenia w czasie rzeczywistym. Zamawiający w związku z tym, już w dniu 19 maja br. dysponował rzeczoną kwotą wniesioną tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący poinformował również Zamawiającego drogą elektroniczną o przelaniu ww. kwoty na rachunek bankowy Zamawiającego tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przesyłając Zamawiającemu potwierdzenie dokonania tej operacji. Jednocześnie, Odwołujący poprosił Zamawiającego o wskazanie terminu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wyraźnie zadeklarował gotowość do zawarcia umowy z Zamawiającym. Jednakże Zamawiający w dniu 19 maja 2015 r. o godzinie 16.55., poinformował wykonawców o wyborze oferty Comp S.A. na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp. Podstawą takiej decyzji, tj. wyboru kolejnej "najkorzystniejszej oferty", było, zdaniem Zamawiającego, niewniesienie przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Podsumowując podniesioną argumentacje w zakresie tego zarzutu Odwołujący dodał, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów Pzp. Działania Zamawiającego w postępowaniu należy ocenić za szczególnie naganne, ponieważ dążąc do uchylenia się od realizacji celu postępowania, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, tj. Odwołującym, Zamawiający w sposób instrumentalny zastosował art. 94 ust. 3 Pzp, jawnie go naruszając.

W zakresie kolejnych zarzutów dotyczących niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Comp SA podniósł, że wybór oferty Comp S.A. na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp narusza przepisy Pzp i stanowi przejaw rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z uwagi na to, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, jako wykonawca nie spełniający

warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO w sprawie KIO 358/15 Zamawiający został zobowiązany do wezwania tego wykonawcy o przedstawienie potwierdzenia opłacenia polisy ubezpieczeniowej, złożonej przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Jednakże pomimo wezwania Zamawiającego (pismo z 1 kwietnia 2015 r.) - wykonawca Comp S.A. potwierdzenia opłacenia tej polisy nie przedstawił. Samo przedstawienie polisy, bez dowodu jej opłacenia, jak to uczynił Comp S.A, nie było wystarczające do uzupełnienia braków formalnych w ofercie zgodnie z ww. wyrokiem KIO i wezwaniem Zamawiającego. Dlatego też chociażby z tego powodu oferta Comp S.A. nie może być uznana za najkorzystniejszą, ponieważ została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako pozbawionego jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą

Odwoławczą.

Odnosząc się do treści zarzutów stwierdził, że z żadnym z postawionych zarzutów Zamawiający nie może się zgodzić. Dodatkowo w przypadku czynności badania i oceny oferty Wykonawcy Comp S.A. znaczenie ma także okoliczność, że na obecnym etapie upłynął już ustawowy termin na jej ewentualne kwestionowanie. Data 19.05.2015 r., na którą wskazuje Odwołujący dotyczy bowiem jedynie czynności wyboru oferty Wykonawcy Comp S.A. jako najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutu bezzasadnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Comp SA podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do wniesienia przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Dodatkowo całokształt okoliczności niniejszej sprawy pozwalał stwierdzić, że dotychczasowe działania Odwołującego tylko pozornie miały na celu podpisanie umowy, gdyż prowadziły do odsunięcia w bliżej nieokreślonym czasie momentu jej podpisania, choć ten miał dla Zamawiającego znaczenie ze względu realizowany projekt. To zaś pozwala również oceniać działania Odwołującego przez pryzmat drugiej z przesłanek uzasadniających zastosowanie art. 94 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wyraził bowiem jednoznacznej woli wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz jej zawarcia. Pomimo, że Zamawiający wezwał Odwołującego do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w dniu 29.04.2015 r., wyznaczając termin na dzień 05.05.2015 r., to pierwsze czynności z tym związane Odwołujący podjął dopiero w dniu 4.05.2015 r. w godzinach dopołudniowych, a zważywszy na ich zakres oraz formę miały one tylko charakter pozorny. Nieprawdziwe jest także założenie, że treść zabezpieczenia zaproponowanego przez Odwołującego odpowiadała SIWZ, a także utrwalonej w tym

zakresie w piśmiennictwie i orzecznictwie praktyce.

Tym samym brak było podstaw do twierdzenia, jakoby Odwołujący chciał wnieść na poczet zabezpieczenia gwarancję w treści idealnie dopasowanej do SIWZ i jakiekolwiek obiekcje Zamawiającego były nieuzasadniane i - co absurdalne - podnoszone świadomie przez Zamawiającego, celem uniemożliwienia Odwołującemu wniesienia zabezpieczenia. Ponadto zauważył, że Odwołujący celowo przerwał procedurę *„normalnego uzgadniania treści gwarancji ubezpieczeniowej”* - jak sam ją określił - i wniósł odwołanie, które po dwóch tygodniach wycofał.

Również kolejne twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający dopuścił możliwość wniesienia zabezpieczenia w jednej z wymienionych w SIWZ i ustawie formie. Nie określił jednak, w przypadku zabezpieczeń składanych w formie gwarancji, odgórnie treści takiego dokumentu. Powyższe nie oznacza jednak dowolności i swobody w kształtowaniu jego treści, szczególnie z perspektywy wykonawcy. Treść gwarancji musi m.in. gwarantować Zamawiającemu bezwarunkowa realizacje roszczenia w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia lub dochodzeniu roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaproponowana przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa nie spełniała ww. wymogów, a oczekiwane przez Zamawiającego zmiany były jak najbardziej zasadne. Zauważył, iż czynność złożenia wniosku o wyznaczenie nowego terminu wniesienia zabezpiecza oraz podpisania umowy (na którą wskazuje Odwołujący w pkt 16 uzasadnienia odwołania) była jedynie konsekwencją wniesienia poprzedniego odwołania z dnia 4.05.2015 r., a dodatkowo jako naturalnie się z nim łącząca w konsekwencji okazała się jedynie kolejnym krokiem taktycznym, a niejednoznacznym przejawem woli Odwołującego.

Nieprawdą było również, jakoby poprzednie odwołanie z dnia 4.05.2015 r. zostało wycofane jeszcze przed posiedzeniem w KIO - w szczególności Zamawiający nie otrzymał żadnego pisma w tej sprawie. Poprzednie odwołanie faktycznie zostało wycofane w trakcie posiedzenia, przed składem orzekającym. Nie jest również prawdziwym twierdzenie, że zabezpieczenie zostało wniesione w dniu 19 maja 2015 roku. Wniesienie zabezpieczenia w pieniądzu oznacza bowiem uznanie rachunku Zamawiającego, a nie zlecenie realizacji przelewu w systemie bankowym (np. SORBNET), a rachunek Zamawiającego został uznany dopiero w dniu następnym, tj. 20.05.2015 r.

W chwili dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie dysponował ani wiedzą, że jakiekolwiek zabezpieczenie zostało wniesione, ani tym bardziej realnymi środkami na rachunku bankowym. Jak wynika zatem ze stanu faktycznego niniejszej sprawy działania

Odwołującego były ukierunkowane na pozyskanie większej ilości czasu, a nie zakwestionowanie rzekomych nieprawidłowości w postępowaniu Zamawiającego. To zaś

jeszcze bardziej utwierdza w przekonaniu o niewniesieniu zabezpieczenia i w konsekwencji uchylaniu się od podpisania umowy. Stwierdził, że wniesienie poprzedniego odwołania z dnia 4.05.2015 r., a następnie jego wycofanie w opisanych powyżej okolicznościach pozwalało także dodatkowo i bezsprzecznie stwierdzić, że wszystkie działania Odwołującego były celowe, zamierzone i pozorne. Podjęte przez Odwołującego czynności miały charakter taktyczny i nakierowany na zwłokę - odsunięcie w czasie (bliżej nieokreślonym) ewentualnego wniesienia zabezpieczenia i podpisania umowy - o ile Odwołujący w ogóle zamierzał ją podpisać, a nie działał wyłącznie w celu doprowadzenia do upływu terminu kwalifikowania środków unijnych. W konsekwencji oczywiste się staje, że w wyznaczonym terminie Odwołujący wcale nie miał zamiaru wnieść zabezpieczenia. Na potwierdzenie zasadności swojego postępowania Zamawiający przywołał kilka orzeczeń KIO którymi poparł prezentowane stanowisko, że nie może budzić wątpliwości w niniejszym postępowaniu iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 94 ust. 3 Pzp. Dlatego też zarzut Odwołującego i przedstawiona na jego poparcie argumentacja nie zasługują na uwzględnienie.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Comp S.A poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w kwestii zasadności wyboru oferty wykonawcy Comp S.A jako najkorzystniejszej, a ponadto podtrzymał zarzut iż podniesione w odwołaniu zarzuty o braku wykazania spełniania prze Comp SA warunków udziału w postępowaniu są zarówno spóźnione jak i niezasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest zasadne

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp .

W związku z przedstawionymi przez Zamawiającego wnioskami iż zarzuty wobec wykonawcy Comp SA zostały podniesione po terminie i tym samym nie podlegają rozpoznaniu Izba dokonała ustaleń w tym zakresie i stwierdziła, że zakres zarzutów wobec wykonawcy Comp SA jest taki, jak Odwołujący podniósł w odwołaniu z dnia 4 maja 2015 roku, które to zostało cofnięte na etapie posiedzenia stron przed Izbą. Tym samym

Odwołujący pozbawił się prawa rozpoznania przez KIO podniesionych tam zarzutów. Wobec powyższego Izba stwierdza, że zarzuty wobec wykonawcy Comp SA w tym odwołaniu zostały podniesione po upływie terminu wskazanego w przepisie art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp i tym samym nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Ponadto w związku z uwzględnieniem zarzutu niezasadnego wyboru oferty wykonawcy Comp SA w miejsce Odwołującego, podniesione zarzuty wobec wykonawcy Comp nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania(art. 192 ust.2 Pzp).

Również z ww. powodów, jako spóźniony nie podlega rozpoznaniu zarzut dotyczący prawidłowości(bądź nie) zapisów postanowień projektu gwarancji ubezpieczeniowej mającej stanowić zabezpieczenie należytego wykonania umowy dotyczącej wykonania zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany w części wstępnej uzasadnienia jest niesporny pomiędzy stronami i tym samym brak jest podstaw do ponownego jego przywoływania.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w części drugiej tego postępowania ofertę Odwołującego. Równocześnie po wyborze takiej oferty Zamawiający wezwał wybranego wykonawcę do złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz stawienia się do jej podpisania, na dzień 5 maja 2015 roku. W

związku z faktem iż Zamawiający zakwestionował propozycję treści gwarancji ubezpieczeniowej to Odwołujący wniósł w dniu 4.05.2015 roku odwołanie w tym zakresie do Krajowej Izby Odwoławczej, które następnie na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 19 maja 2015 roku cofnął.

W podniesionym w tym odwołaniu zarzucie oznaczonym nr 1 Odwołujący zawarł dwa zarzuty: pierwszy odnosi się do *wybrania przez Zamawiającego oferty Comp S.A. jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,* oraz drugi dotyczący niezasadnego wyboru w zaistniałym stanie faktycznym oferty wykonawcy Comp S.A. jako najkorzystniejszej. Pierwszy z ww. zarzutów jest niezasadny gdyż z treści przepisu art. 94 ust.3 Pzp jednoznacznie wynika iż wybór kolejnej „najkorzystniejszej oferty" spośród ofert pozostałych, nie jest poprzedzany ich ponowną oceną. Oznacza to, że po stronie Zamawiającego, w pierwszej kolejności może pojawić się roszczenie o zawarcie umowy wobec wybranego wykonawcy (art. 70_2 § 3 kc. w zw. z art. 14 Pzp) lub też, według jego uznania, podjęcie decyzji o wyborze kolejnej oferty z listy ofert uznanych za niepodlegające odrzuceniu i uzyskującej kolejno najwyższą punktację. Brak jest podstaw w tym zakresie do twierdzenia, że wybór taki może nastąpić po ponownym badaniu i oceny ofert, gdyż nie ma podstaw do kwestionowania dokonanej już oceny ofert, chyba, że zajdą w sprawie inne szczególne okoliczności dla zmiany ustalonej kolejności wykonawców wg. ustalonych w SIWZ kryteriów /podobnie wyrok KIO z 8 sierpnia 2012 roku sygn. KIO 1594/12/ . Tym samym zarzut ten w ww. zakresie jest niezasadny.

Natomiast odnosząc się do części zarzutu dotyczącej zmiany przez Zamawiającego

wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – z oferty Odwołującego na ofertę wykonawcy Comp SA to stwierdzić należy, że doszło do tego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zauważyć należy, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu badania i oceny oferty dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Po zakończeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie może odstąpić od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, chyba, że wykaże iż zaszły szczególne okoliczności o których mowa w art. 94 ust.3 Pzp. Taką okolicznością jest uchylanie się wybranego wykonawcy od podpisania umowy, a także sytuacji, kiedy nie wnosi wymaganego w SIWZ zabezpieczenia należytego wykonania umowy /jeśli wymóg taki był postawiony/. Zwrot „lub" z art. 94 ust.3 należy raczej odnosić do sytuacji, kiedy w danym postępowaniu zamawiający nie wymaga wnoszenia zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy, niż na wskazywania- jak to czyni Zamawiający, dwóch odrębnych samodzielnych przesłanek warunkujących możliwość wybrania do wykonania zamówienia kolejnego wykonawcy. Trudno założyć iż racjonalny wykonawca najpierw wpłaci kwotę zabezpieczenia, a następnie odmówi podpisania umowy. Podpisanie umowy jest czynnością następczą po wpłacie kwoty należytego zabezpieczenia wykonania umowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwym jest jak wyżej wskazano, że Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na 5 maja 2015 roku do wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy oraz do podpisania umowy. W związku z rozbieżnościami co do treści gwarancji ubezpieczeniowej (nie podlegającej ocenie Izby jako zarzut spóźniony), Odwołujący wniósł odwołanie do KIO, którego termin rozpoznania został wyznaczony na dzień 19 maja 2015 roku. Pomiędzy tymi datami Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu kolejnego terminu na podpisanie umowy, ani nie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, kolejnego na liście wykonawcy Comp SA.. Zauważyć należy, że wniesienie odwołania wstrzymywało tylko możliwość podpisania umowy z wykonawcą, natomiast nie wstrzymywało działań Zamawiającego dla wybrania oferty kolejnego wykonawcy. Dopiero w dniu 19 maja, po umorzeniu postępowania odwoławczego przez KIO zainicjowanego odwołaniem z dnia 4 maja 2015 roku, Zamawiający niemalże natychmiast wybrał ofertę wykonawcy Comp SA.

Poza sporem między stronami jest fakt, że Odwołujący cofając wniesione odwołanie oświadczył Zamawiającemu, iż w związku z faktem, że Odwołujący dysponuje już gotówką na wpłatę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to wpłaci tę kwotę niezwłocznie po zakończeniu posiedzenia przed KIO. Fakt otrzymania takiego oświadczenia potwierdza sam Zamawiający w pkt 16 załącznika do odpowiedzi na odwołanie. To stanowisko Odwołującego zostało przekazane również Zamawiającemu w wersji elektronicznej, co potwierdza

Zamawiający w pkt 17 ww. załącznika. Mimo tej sytuacji Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu nowego terminu na wniesienie zabezpieczenia i zawarcie umowy- jak stwierdził na str 6 odpowiedzi na odwołanie "Zamawiający… *nie miał obowiązku wyrazić bezwarunkowej zgody na propozycję Odwołującego",* lecz w niespełna dwie godziny po zakończeniu posiedzenia w KIO poinformował Odwołującego, że dokonał już wyboru oferty wykonawcy Comp SA jako najkorzystniejszej.

Zamawiający swoją zmianę w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, na rozprawie, tłumaczył tym, że *odwołujący wnosząc odwołanie uniemożliwił dojście do porozumienia co do treści gwarancji ubezpieczeniowej tak, aby w wyznaczonym terminie umowę podpisać. Takie postępowanie odwołującego powodowało to,* że *zamawiający stracił zaufanie do odwołującego i tym samym nie dał wiary jego zapewnieniom po posiedzeniu w KIO,* że *wniesie on we wskazanym terminie zabezpieczenie.*

Zauważenia w tym miejscu wymaga fakt, że korzystanie przez wykonawcę z ustawowo zagwarantowanych środków ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności Zamawiającego nie może być podstawą do „utraty zaufania" do wykonawcy, ani do innej oceny jego postępowania.

Zdaniem Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu kwestie, czy Zamawiający, otrzymał informację o wpłacie zabezpieczenia i prośbie o wskazanie terminu na podpisanie umowy, wcześniej niż poinformował Odwołującego o wyborze oferty Comp SA, gdyż działo się to wszystko praktycznie w odstępie kilkudziesięciu minut od zakończenia posiedzenia w KIO. Niewątpliwe jest, że rachunek bankowy Odwołującego w Raiffeisen Polbanku został obciążony kwotą na zabezpieczenie należytego wykonania umowy dniu 19 maja 2015 roku o godzinie 15:24:03 - co wynika z wydruku banku znajdującego się w aktach postępowania przesłanych do KIO przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający poinformował Odwołującego o zmianie wyboru najkorzystniejszej oferty o godz.16:55.

Zauważenia wymaga iż Zamawiającemu w tym pospiesznym wyborze Oferty wykonawcy Comp SA uszło uwadze, że przepis art. 94 ust.3 Pzp umożliwia wybór kolejnego wykonawcy z listy tylko w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. W tym stanie faktycznym zachodziła przesłanka do unieważnienia postępowania z art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, gdyż Zamawiający na otwarciu ofert wskazał, że kwota jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia na cz. II zamówienia wynosi 984 000,00 zł. Cena wybranej oferty Comp wynosiła 1 125 475,24 zł i była wyższa od ceny ofertowej Odwołującego o 314 686,30 zł. Przepis art. 93 ust 1 pkt 4 stanowi, że *nie unieważnia się postępowania w sytuacji kiedy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej.* Jednakże w tym postępowaniu Zamawiający nie podjął żadnych działań dla zmiany podanej na otwarciu ofert kwoty – brak jest jakiegokolwiek dowodu w tej sprawie. Rozpytany na tą okoliczność na rozprawie Zamawiający oświadczył,

że „zwiększenie *tej kwoty wynikało z przyjęcia założenia,* że *suma wszystkich wybranych ofert na cztery części tego postępowania była niższa od sumy kwot, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia. Dlatego też w związku z tym zamawiający uznał,* że *może wybrać ofertę Comp SA.,(…) jednakże czynność ta nie znajduje się odzwierciedlenia w* żadnym *dokumencie zamawiającego ".* W tym zakresie Odwołujący podniósł (przy braku zanegowania tych wyliczeń przez Zamawiającego) iż „wyliczenia *zamawiającego mijają się z prawdą, gdyż zgodnie z wielkością podaną na otwarciu ofert zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie czterech części tego zamówienia kwotę 1 242 300 zł. Natomiast biorąc pod uwagę ceny wybranych ofert łącznie z ofertą wykonawcy Comp na II część zamówienia, to kwota przeznaczona na sfinansowanie całości zamówienia wynosi 1 475 407,14, czyli w sposób znaczny, bo o kwotę 233 107,14 zł przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podaną przez zamawiającego na otwarciu ofert".*

Ponadto odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przekazanego na rozprawie, iż *nie mógł wyznaczyć Odwołującemu kolejnego terminu na podpisanie umowy, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców zawartą art. 7 ust.1* Pzp stwierdzić należy, że takie podejście nie może być akceptowane, gdyż po pierwsze, ma ono miejsce już po wyborze najkorzystniejszej oferty, a po drugie Zamawiający nie wykazał na czym to

nierówne traktowanie miałoby polegać w sytuacji, kiedy mamy do czynienia tylko z jednym wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający wytworzył u siebie, wbrew oświadczeniom Odwołującego i faktom zaistniałych w dniu 19 maja 2015 roku emocjonalne przekonanie, że Odwołujący nadal nie wniesie zabezpieczenia wykonania umowy i nie przystąpi do jej podpisania. Izba uznaje iż Zamawiający winien był udokumentować iż Odwołujący nie podpisze umowy na warunkach wskazanych w SIWZ. Dopiero wtedy miał możliwość do wyboru oferty innego wykonawcy w miejsce oferty wykonawcy, dotychczas uznawanej za najkorzystniejszą.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz z stanowisk stron i przystępującego wynika, iż Zamawiający wcale nie miał wystarczających podstaw, aby uznać, iż Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy. Wręcz przeciwnie, po umorzeniu postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 923/15 w dniu 19 maja 2015 roku Odwołujący poczynił kroki w celu zawarcia umowy, czego dał wyraz chociażby pismem skierowanym do Zamawiającego, w którym informował, że wpłacił na rachunek bankowy Zamawiającego wymagana kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz prosił o wyznaczenie terminu na podpisanie umowy. Nie zostały wykazane zasadnie żadne okoliczności które uzasadniałaby dokonanie w dniu 19 maja 2015 roku wyboru oferty wykonawcy Comp w miejsce oferty Odwołującego.

Zamawiający winien był w tym stanie faktycznym wyznaczyć Odwołującemu nowy termin na podpisanie umowy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący ……