

WYROK

z dnia 17 grudnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2015 roku przez wykonawcę **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Legionowo z siedzibą w Legionowie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie wyboru oferty Odwołującego **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Legionowo z siedzibą w Legionowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Legionowo z siedzibą w Legionowie** na rzecz **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

1

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 Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

W dniu 02 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **AG - COMPLEX Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, zwany dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Zadanie 1: Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji (oznaczenie postępowania: Rz.271.30.2015) prowadzi Zamawiający: Gmina Miejska Legionowo. Ogłoszenie zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 142-262314 z dnia 25/07/2015 r.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania 1, polegających na:
1) naruszeniu przez Zamawiającego art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zakończenie postępowania bez uznania oferty **AG-Complex Sp. z o.o.** - drugiej w kolejności, jako najkorzystniejszej i dokonania jej wyboru w zadaniu 1 mając na uwadze fakt, iż wykonawca **BYŚ W. B.**, którego oferta w dniu 06.11.2015 r. została uznana za najkorzystniejszą,

odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego
a jednocześnie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 1-6 Pzp, w sytuacji, gdy Zamawiający w dniu 26.11.2015 r. wszczął kolejny przetarg nieograniczony o tożsamym przedmiocie publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, (jako zamówienie o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp) i jednocześnie w dniu 27.11.2015 r. udzielił zamówienia o tożsamym przedmiocie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp (również, jako zamówienie o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp),
2) naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
3) naruszeniu przez Zamawiającego art. 8 ust 1 Pzp poprzez naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej

3

spośród pozostałych w zadaniu 1 zamówienia w oparciu o art. 91 ust 1 Pzp w zw. z art. 94 ust 3 Pzp, bowiem cena oferty Odwołującego mieści się w wysokości środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia przez Zamawiającego a nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 1-6 Pzp, podnosząc jednocześnie, że Zamawiający podzielił „zakończone” zamówienie na dwa odrębne, dla których informacje zamieścił Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym zamieszcza się ogłoszenia o zamówieniach, których wartość szacunkowa jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp, wszczynając jedno zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego oraz udzielając drugiego zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki Wykonawcy, który nie brał udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie ani nie świadczył dla Zamawiającego tożsamych usług w dwóch ostatnich latach.

Odwołujący posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, albowiem z uwagi na wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, nieudzielenie zamówienia Odwołującemu spowoduje powstanie szkody (utraczone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), bowiem oferta Odwołującego przedstawia, jako druga w kolejności najniższą realną cenę, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych i tą, którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający w dniu 25.07.2015 r. wszczął postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w przedmiocie: zadanie 1: Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji (oznaczenie postępowania: Rz.271.30.2015).
Do upływu terminu składania ofert (01.09.2015 r. godz. 11: 30), w postępowaniu w zadaniu 1 zostały złożone następujące oferty:

Oferenci w Zadaniu 1 cena oferty
Zakład Zieleni Sp. z o.o. 468 061,61 zł
Byś W. B. 749 796,75 zł

885 275,70 zł AG-Complex Sp. z o.o.

Na realizację zamówienia w Zadaniu 1 Zamawiający przeznaczył kwotę: 1.000.000,00 zł.
Zamawiający oceniał oferty w 2 kryteriach oceny ofert:
Kryterium nr 1 - Cena - waga 97%
Kryterium nr 2 - Skrócenie czasu rozpoczęcia akcji liczone w minutach poniżej czasu dopuszczonego przez zamawiającego - waga 3%

4

W dniu 01.10.2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1. W dniu 12.10.2015 r. odwołanie wniósł

Byś W. B. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. jako oferty z rażąco niską ceną. Wyrokiem z dnia 27.10.2015 r. (KIO 2217/15) Izba potwierdziła zarzut naruszenia art. 90 ust 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 06.11.2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Byś W. B., jako najkorzystniejszej. Zamawiający jednocześnie wykluczył z postępowania Zakład Zieleni Sp. z o.o. w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP i na podstawie art. 24 ust 4 PZP odrzucił złożoną przez Wykonawcę ofertę. Przy czym podkreślić należy, iż KIO w toku rozprawy potwierdziła zarzut rażąco niskiej ceny.

W dniu 23.11.2015 r. Zamawiający poinformował Wykonawców „zawiadomieniem o zamknięciu postępowania” o zamknięciu postępowania na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp. W „zawiadomieniu” Zamawiający poinformował o zamknięciu postępowania, niedokonaniu wyboru oferty kolejnego wykonawcy, pomimo iż cena kolejnej oferty jest niższa niż wysokość środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia - odstąpieniu od skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 94 ust 3 ustawy Pzp - tym samym o niezawieraniu umowy z wykonawcą, który taką ofertę złożył.

Zamawiający swoją decyzję uzasadnił:

- 1) faktem, że Wykonawca „BYŚ” W. B. Warszawa w dniu 18.11.2015r. poinformował zamawiającego, iż rezygnuje z zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Powodem rezygnacji jest długotrwałe postępowanie oraz podpisanie w tym okresie umów tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie ograniczenia personalne i sprzętowe;
- 2) wskazaniem, że kolejna oferta - wykonawcy AG- Complex Sp. z o.o. Warszawa nie jest ani ofertą z najniższą ceną, ani ofertą najkorzystniejszą;
- 3) wskazaniem, że ocena skuteczności zawarcia umowy w sprawie zamówienia pozostaje poza sferą procedur udzielania zamówień publicznych, publicznego a w konsekwencji należy uznać, iż nie stanowi ona elementu tej procedury - stanowisko Zamawiający poparł wyrokiem: KIO 31/11 - sytuacja opisana w art. 94 ust 3 PZP nie mieści się w wyznaczonych granicach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wybór następnej oferty jest już dokonywany po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; czynność wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert nie podlega zaskarżeniu do KIO, bowiem nie jest czynnością podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) powołując się na opinię UZP z dnia 17.05.2010 r. w sprawie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia

5

(ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP) - wybór kolejnej oferty nie jest obowiązkiem zamawiającego, lecz zależy od jego woli, a tym samym wykonawcy nie mogą domagać się dokonania tej czynności i zarzucać zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru kolejnej oferty;

5) powołując się na komentarz W. Dzierżanowskiego - w związku z przekształceniem obowiązku zwracania się do wykonawcy następnego z listy w uprawnienie należy przyjąć, że wobec braku zakazu powtórzenia tej czynności oraz zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu zamawiający może to uczynić wielokrotnie, musi jedynie zważyć na efektywność wydatkowania środków i rozważyć, czy zasada racjonalnego dokonywania wydatków pozwala na przyjęcie kolejnej oferty;

6) powołując się na ustawę o finansach publicznych - art. 44 - wydatki publiczne winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających ze wcześniej zaciągniętych zobowiązań;

7) wskazaniem, że oferta AG-Complex Sp. z o.o. jest o 417.214,10 zł droższa od ceny oferty pierwotnej wybranej oraz o 135.690,22 zł droższa do ceny oferty najkorzystniejszej wybranej ponownie spośród pozostałych ofert;

8) stwierdzeniem, że przedmiot zamówienia można pozyskać za cenę niższą niż zaproponowana w ofercie kolejnej wg rankingu ofert.

Następnie w dniu 26.11.2015 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego będące powtórzeniem postępowania w stosunku, do którego

wnoszone jest odwołanie - ogłoszenie BZP nr 174295 - 2015.

Jednocześnie w dniu 27.11.2015 r. Zamawiający udzielił zamówienia o tożsamym przedmiocie, co „zakończone postępowanie” i zamówienie wszczęte w dniu 26.11.2015 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust 1 pkt 3 PZP Wykonawcy ROBSON R. C. .

Stosownie do art. 7 ust 2 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jawność postępowania jest jednym z elementów służącym realizacji zasady przejrzystości postępowania. To właśnie dzięki przejrzystości postępowania można stwierdzić, czy doszło do naruszenia zasady równego traktowania lub uczciwej konkurencji. Przejrzystość postępowania to nie tylko prowadzenie go „na oczach wykonawców”, to również przejrzyste, czyli jasne i jednoznaczne reguły udzielenia zamówienia określone w PZP a w przypadkach w nim nieuregulowanych -

6

w SIWZ. Najlepszą gwarancją przejrzystości postępowania jest, zatem .przewidywalność decyzji Zamawiającego - w omawianym stanie faktycznym przewidywalność ta została naruszona czynnością Zamawiającego dokonaną w oparciu o art. 94 ust 3 PZP, a następnie wszczęciem dwóch zamówień w BZP.

Na wstępie Odwołujący podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, celem postępowania nie jest wybór najkorzystniejszej oferty i na wyborze oferty postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego się nie kończy. Postępowanie prowadzone na gruncie PZP jest „postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”, zatem celem jest jego udzielenie poprzedzone wyborem najkorzystniejszej oferty. Stosownie do treści wyroku KIO 1737/14 - pamiętać też należy; że celem postępowania jest zapewnienie zamawiającemu tego, aby po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania, miał możliwość podpisania umowy z wykonawcą, który złożył mu ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. (...) właściwym jest uznanie, że wspólnie odczytywana regulacja wpływająca z kodeksu cywilnego oraz ustawy Pzp pozostawiają zamawiającemu możliwość wyboru. Tak jak to zostało już wskazane, może on podjąć kroki mające na celu przymuszenie wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu pierwszym, na drodze sądowej do zawarcia z nim umowy bądź też podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Mając powyższe na uwadze, „zakończenie” postępowania w oparciu o art. 94 ust. 3 PZP jest czynnością, która może być przedmiotem odwołania, tak również:

- orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych BDF1/4900/25/23/12/466 – art. 2 pkt 7a Pzp nie określa momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w tej sprawie rozstrzygające jest przede wszystkim stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale III CZP103/10;
- uchwała SN III CZP 103/10 - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy (...), da się zdefiniować, jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- wyrok KIO 14/13 - Błędne jest wywodzenie z brzmienia jakichkolwiek innych przepisów lub systematyki ustawy Pzp; że czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 94 ust 3 Pzp nie mieści się już w ramach prowadzonego przez niego postępowania.

7

W przypadku dokonania wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 P.z.p., nie można uznać uprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej za zakończenie postępowania, gdyż jest nim dopiero wybór prowadzący do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci udzielenia zamówienia publicznego, o którym

zamawiający ma obowiązek poinformować w ogłoszeniu. Wreszcie należy zauważyć, że uznanie czynności zamawiających podjętych na podstawie art. 94 ust 3 ustawy Pzp za niemieszczące się w ramach prowadzonych przez nich postępowań, powodowałoby niedopuszczalny brak jakiejkolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami tej ustawy. Analogicznie stanowisko przedstawiają również wyroki: KIO 1968/12, KIO 1511/12, KIO 1275/12.

W świetle powyższego wskazać należy, iż postępowanie o zamówienie publiczne kończy się, zatem w dwojaki sposób, albo przez zawarcie zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty (postanowienie KIO 2774/13). Podkreślić należy, iż błędne jest wskazanie przez Zamawiającego, że kolejna oferta - Odwołującego - nie jest ani ofertą z najniższą ceną, ani ofertą najkorzystniejszą, bowiem oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert (tj. drugą w kolejności). Podkreślić należy, iż wynikiem postępowania na etapie wyboru oferty nie jest wyłącznie wybór oferty najkorzystniejszej, lecz również w świetle art. 93 ust 4 Pzp, ustalenie kolejnej oferty, która może okazać się najkorzystniejsza (wyrok KIO 2082/13). W piśmie z dnia 06.11.2015 r. Zamawiający wprost ustalił, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą drugą w kolejności, zatem w związku z faktem uchylecia się od zawarcia umowy przez Wykonawcę Byś W. B., oferta Odwołującego stała się ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych.

Zamawiający wskazuje na stanowisko doktryny, zgodnie, z którym w oparciu o art. 94 ust 3 PZP możliwy jest wielokrotny wybór. Stanowisko to należy uznać za błędne, bowiem stosownie do opinii UZP: Uchylanie się od zawarcia umowy przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Informator Urzędu Zamówień Publicznych z 2012, nr 9, s. 25). W sytuacji, gdy wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia umowy, zamawiający dokonuje wyboru kolejnej "najkorzystniejszej oferty" spośród ofert pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Powyższe oznacza, że zostaje wybrana oferta następna w kolejności i uprawnienie powyższe przysługuje zamawiającemu tylko raz. Inne rozumienie tego przepisu mogłoby, bowiem prowadzić w wyjątkowych sytuacjach do obowiązku wyboru oferty najmniej korzystnej, jeżeli wszyscy wyżej sklasyfikowani wykonawcy odmówiliby podpisania umowy, co byłoby wprost sprzeczne z zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi (arg. z art. 44 ust.

8

3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...), a także celem przepisów ustawy, którym jest m. in. wybór oferty najkorzystniejszej.

Podkreślić należy, iż opinia UZP w sposób bezsprzeczny określa kolejność czynności, jakie Zamawiający winien podjąć w przypadku uchylecia się Wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Stosownie do treści opinii, Zamawiający może wybrać ofertę drugą w kolejności, chyba, że zachodzą przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania: Należy również stwierdzić, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i jako taki, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, nie może być interpretowany rozszerzająco. W związku z powyższym, z art. 94 ust 3 ustawy wyraźnie wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta wybrana została za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród ofert pozostałych, a zatem nie ofertę najkorzystniejszą, bo ta jest tylko jedna i została już wybrana, jeżeli nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy. Jeżeli zatem wykonawca, którego oferta została wybrana na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy, również uchyla się od zawarcia umowy, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Wyrażenie „może wybrać” zawarte w przepisie art. 94 ust 3 PZP wprost określa możliwość wyboru oferty drugiej w kolejności, przy czym jego zastosowanie możliwe jest, gdy, po pierwsze nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania a po drugie Zamawiający nie korzysta z uprawnienia do skierowania roszczenia o zawarcie umowy z Wykonawcą wybranym. Powyższe stanowisko potwierdza również KIO w wyrokach: 1) KIO 1594/12 – art. 94 ust. 3 PZP nie stanowi o obowiązku, a o uprawnieniu

zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy. Oznacza to, że po stronie zamawiającego w pierwszej kolejności może pojawić się roszczenie o zawarcie umowy wobec wybranego wykonawcy (art. 702 k.c.) lub też, według jego uznania, podjęcie decyzji o wyborze kolejnej oferty z listy ofert uznanych za niepodlegające odrzuceniu i uzyskującej kolejno najwyższą punktację, chyba, że oferta wykonawcy uchylającego się od zawarcia umowy była jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, bądź cena pozostałych ofert przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania określona art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp;

2) KIO 1094/15 - 2 treści przepisu art. 94 ust. 3 Pzp jednoznacznie wynika iż wybór kolejnej "najkorzystniejszej oferty" spośród ofert pozostałych, nie jest poprzedzany ich

9

ponowną oceną. Oznacza to, że po stronie Zamawiającego, w pierwszej kolejności może pojawić się roszczenie o zawarcie umowy wobec wybranego wykonawcy (art. 702 § 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 zajądą w sprawie inne szczególne okoliczności dla zmiany ustalonej kolejności wykonawców według ustalonych w SIWZ kryteriów.

Z opisanej na wstępie sytuacji faktycznej wynika wprost, że Zamawiający w związku z uchyleniem się Wykonawcy Byś W. B. od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 1-6 PZP, bowiem jak sam potwierdził, cena oferty Odwołującego, jako drugiej w kolejności mieści się w kwocie, jaką przeznaczył na realizację zamówienia, zatem uwzględniając treść wyroków KIO 1594/12 oraz 1094/15 winien dokonać wyboru oferty drugiej w kolejności, jako najkorzystniejszej spośród pozostałych.

Zamawiający twierdzi jednocześnie, że przedmiot zamówienia można pozyskać za cenę niższą niż zaproponowana w ofercie kolejnej wg rankingu ofert Wskazuje przy tym, że oferta Odwołującego jest o 417.214,10 zł droższa od ceny oferty pierwotnej wybranej oraz o 135.690,22 zł droższa do ceny oferty najkorzystniejszej wybranej ponownie spośród pozostałych ofert. Stwierdzić, należy, iż Zamawiający nieudolnie próbował wykazać dysproporcję między ceną oferty Odwołującego a ceną oferty, którą KIO uznała za rażąco niską. Skoro oferta wybrana w dniu 01.10.2015 r. była ofertą z rażąco niską ceną, brak jest logicznego uzasadnienia porównywania ceny tej oferty do ceny oferty Odwołującego w celu wykazywania różnicy. Ponadto należy podkreślić, iż wysokość środków przeznaczonych na realizację zamówienia wynosi 1.000.000,00 zł a cena oferty Odwołującego wynosi 885 275,70 zł - zatem dokonując wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert - Zamawiający uzyskuje oszczędności w wysokości 114.724,30 zł.

Przypomnieć należy Zamawiającemu, iż cena oferty Odwołującego jest rynkowa zarówno w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, jak i w porównaniu do tożsamyh zamówień udzielanych w poprzednich latach. W 2014 r. Zamawiający na tożsamy przedmiot zamówienia przeznaczył kwotę 1.000.000,00 zł a w dniu 14.10.2014 r. oferty zostały złożone za cenę:

- BYŚ W. B. - 662 673,04 zł (oferta uznana za najkorzystniejszą)
- ROBSON R. C. - 873 226,71 zł
- AG-COMPLEX Sp. z o.o. - 945 816,08 zł
- POLSUPER Sp. z o. o. - 1 389 985,79 zł

10

W 2013 r. Zamawiający na tożsamy przedmiot zamówienia przeznaczył kwotę 1.300.000,00 zł a w dniu 03.10.2013 r. została złożona jedna oferta za cenę:

- AG-COMPLEX Sp. z o.o. - 1 366 786,32 zł (oferta uznana za najkorzystniejszą).

Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż przyjmując średnią cenę za tożsame usługi, cenę oferty wybranej w 2013 r. oraz cenę oferty wybranej w 2014 r., (co daje średnią 1.014.829,42 zł) - uznać należy, iż cena Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu jest

niższa od średniej ceny, którą Zamawiający dotychczas płacił za tożsame usługi w podobnej ilości. Zamawiający, zatem z naruszeniem art. 94 ust 3 PZP „zakończył” postępowanie bez wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert.

Uzasadnienie „zakończenia” postępowania podane przez Zamawiającego w zakresie wskazanym w art. 44 ustawy o finansach publicznych, zgodnie, z którym wydatki publiczne winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających ze wcześniej zaciągniętych zobowiązań zdezaktualizowało się czynnościami, które podjął Zamawiający, bowiem nie wziął pod uwagę kosztów przeprowadzenia kolejnych postępowań.

Ponadto wskazać również należy, iż Zamawiający w dniu 26.11.2015 r. wszczął przetarg oznaczony numerem Rz.271.49.2015, jako „krajowy” będący powtórzeniem postępowania, którego dotyczy odwołanie (wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji), tj. z naruszeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP, bowiem wynik postępowania tzw. „zakończenie” w trybie art. 94 ust 3 PZP stanowi czynność, której dokonanie lub zaniechanie niezgodnie z przepisami PZP stanowi podstawę do wniesienia odwołania. Termin składania ofert w w/w przetargu został ustalony na dzień 04.12.2015 r. a termin realizacji zamówienia: od 01.02.2016 r. do 15.04.2016 r.

Jednocześnie w dniu 27.11.2015 r. Zamawiający udzielił zamówienia oznaczonego numerem Rz.271.50.2015 o tożsamym przedmiocie (wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji) w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP Wykonawcy ROBSON R. C., który nie brał udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie ani nie świadczył dla Zamawiającego tożsamych usług w dwóch ostatnich latach. Zamawiający udzielenie zamówienia uzasadnił, wskazując, że:

- Zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy (...) Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn

11

leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia, zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności: a) wyjątkowa sytuacja, b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego, c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo- skutkowy oraz związek czasowy.

- W ocenie Sądu Apelacyjnego (wyrok SA z 21.01.2015 r. sygn. I ACa 1201/14)

przepis art. 67 ust 1 pkt 3 pzp. znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywanego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to, zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

- Jak podkreśla się w literaturze wyjątkową sytuacją będzie takie zdarzenie, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Do takich wyjątkowych sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, tj. zdarzenia o charakterze przyszłym, nieprzewidywanym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (wyrok KIO z 15.02.2012 r. KIO/KD 17/12).

- Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, musi być dla zamawiającego nieprzewidywalna. Wyjątkowa sytuacja nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (zaniedbań, niezachowania należytej staranności,

niedbalstwa). Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała również konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia będąca rezultatem przeciągającego się, bez winy zamawiającego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

- W zaistniałym stanie faktycznym zamawiający omawianą procedurę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy pzp (do czasu rozstrzygnięcia procedury konkurencyjnej - przetargu nieograniczonego), poprzedził przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepis ustawy Prawo zamówień publicznych a wartość

12

zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust, 8 ustawy PZP. Przedmiotem zamówienia postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego było Zadanie 1: (...) Zamawiający wszczynając postępowanie w w/w terminie brał pod uwagę także średni czas prowadzonych przez siebie postępowań, jak również średni czas trwania postępowań powyżej progów UE opublikowany w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu zamówień publicznych w 2014 roku wynoszący w: - 2011 roku: 81 dni; - 2012 roku: 86 dni; - 2013 roku: 92 dni; - 2014 roku: 90 dni. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na 127 dni przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki Powyższe dowodzi o działaniu Zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający wziął pod uwagę prawdopodobne okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania (czas publikacji ogłoszenia, badania ofert, możliwości złożenia odwołania i ponownego wyboru) i z odpowiednim wyprzedzeniem wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

Ponadto zamawiający wszczynając postępowanie, posiadał prawną możliwość skorzystania z zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, przewidzianych w postępowaniu prowadzonym na tożsamy przedmiot zamówienia w 2014 roku - ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ na wypadek nieprzewidzianych przez zamawiającego okoliczności mających wpływ na termin wyboru oferty w postępowaniu wszczętym 22.07.2015 r. Zamawiający miał to na uwadze, przy przeprowadzaniu postępowania w roku 2015, a więc przyjął, że termin, w jakim wszczął postępowanie i podpisał umowę o zamówienia publiczne jest w pełni bezpieczny dla utrzymania bezpieczeństwa na drogach w czasie zimowym. Zakładając hipotetycznie chęć wszczęcia przez zamawiającego postępowania w okresie wcześniejszym, np. w dacie obowiązywania poprzedniej umowy, zamawiający nie mógł w tym okresie: - opisać przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na wynik postępowania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy pzp), ponieważ w chwili wszczęcia postępowania w okresie realizacji poprzedniej umowy nie posiadał pełnej wiedzy, co do zakresu przedmiotu zamówienia), - określić kryteriów oceny ofert (art. 91 ustawy pzp) w szczególności kryterium najniższej ceny, w której to zamawiający stosuje algorytm do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, opracowany na podstawie wielkości określonych czynności (tj. liczba akcji ciągłych, płuzenia, posypywania mieszanką piaskowo-solną, posypywania piaskiem, udrożnienia upustu ulicznego) zrealizowanej uprzednio umowy.

- W dniu 27.10.2015r. KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu w zakresie Zadania 1 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty

13

złożonej przez przystępującego i dokonanie ponownej oceny ofert (...) W uzasadnieniu prawnym wyroku KIO z dnia 27.10.2015 r. Izba stwierdziła, iż „w rozpoznawanej sprawie zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zaoferowana przez przystępującego cena jest niższa o 53% od szacowanej wartości zamówienia oraz o 33% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert. 1 dalej: Do złożonych przez przystępującego wyjaśnień odwołujący w odwołaniu podniósł szereg zarzutów dotyczących m.in. wykazanego doświadczenia, kalkulacji ceny za akcję ciągłą na 1 km jezdni, metody

wyliczenia ceny za środki do posypywania jezdni itp. Przystępujący powinien, zatem w postępowaniu odwoławczym podjąć próbę wykazania, iż informacje zawarte w złożonych przez niego wyjaśnieniach są słuszne i uzasadnionej...] Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Iżba w postępowaniu odwoławczym ocenia, bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawalnym przypadku - trafności oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Tymczasem przystępujący zarówno w złożonym piśmie procesowym, jak i w wyjaśnieniach składanych na rozprawie, nie tylko nie wykazał zasadności złożonych wyjaśnień, ale wręcz sam je zanegował. Wobec powyższego zamawiający znalazł się w sytuacji, w której na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie miał prawnych możliwości skutecznej obrony twierdzenia, że cena oferowana przez Przystępującego do odwołania nie jest ceną rażąco niską, ponieważ ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp w tym przypadku spoczywał na przystępującym. " Tym samym była to sytuacja dla zamawiającego wyjątkowa, niezależna od zamawiającego, w której to nie można doszukiwać się jego winy.

- Zamawiający zgodnie z wyrokiem z dnia 27 października 2015 r. Krajowej Izby Odwoławczej (Sygn. Akt: KIO 2217/15) uwzględniającym odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenie art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazującym zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez Zakład Zieleni Sp. z o. o., ul. Kozielska 4 lok. 38, 01-163 Warszawa, jako zawierającą rażąco niską cenę oraz nakazującym ponowną ocenę i badanie ofert (w zakresie Zadania 1), unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Zieleni Sp. z o. o., ul. Kozielska 4 lok 38, 01-163 Warszawa oraz dokonał ponownej oceny i badania ofert.

- W dniu 6 listopada 2015 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wybierając ofertę wykonawcy BYŚ W. B. . Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 17 listopada 2015 r. na godzinę 12:00. Na

14

mocy zapisów § 16 ust. 1 SIWZ Wykonawca zobowiązany był do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy dla Zadania 1. Wykonawca w dniu 17.11.2015 r. przesłał zamawiającemu projekt zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca w dniu 17 listopada 2015 r. nie stawiał się na podpisanie umowy oraz w ostateczności nie wniósł wymaganego zabezpieczenia, po czym w dniu 18.11.2015 r., poinformował zamawiającego, iż rezygnuje z zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią pisma powodem rezygnacji było długotrwałe postępowanie oraz podpisanie w tym okresie umów tożsamych z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie ograniczenia personalne i sprzętowe. Powyższa sytuacja była dla zamawiającego wyjątkowa i nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający nie mógł przewidzieć, że wykonawca, który wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, posiadając interes prawny aktywnie uczestniczy w posiedzeniu Izby celem: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, w ostateczności nie podpisze umowy na realizację Zadania 1.

- W dniu 23.11.2015 r. zamawiający zamknął postępowanie, nie dokonując wyboru oferty kolejnego wykonawcy, pomimo iż cena kolejnej oferty jest niższa niż wysokość środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia - odstąpił tym samym od skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 94 ust 3 ustawy Pzp - zawarcia umowy z wykonawcą, który taką ofertę złożył. Przepis art. 94 ust. 3 ma charakter fakultatywny (zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, nie zaś wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert). Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1594/12). Tym samym w niniejszym postępowaniu zamawiający zamknął postępowanie nie dokonując czynności unieważnienia. Zamknięcie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego było dla Zamawiającego czynnością mało prawdopodobną, nieprzewidzianą w ustawie Pzp.

- Jak podkreśla się w piśmiennictwie, zamawiający należący do sektora finansów publicznych winni rozważyć przy korzystaniu z uprawnienia określonego w art. 94 ust 3 ustawy Pzp zasady dotyczące wydatkowania środków publicznych oraz dokonać zwykłego bilansu zysków i strat i ocenić, jakie działanie będzie korzystniejsze dla zamawiającego w świetle przedmiotowych zasad. Kluczową w niniejszym stanie faktycznym jest okoliczność, że kolejna oferta - wykonawcy AG- Complex Sp. z o. o. Warszawa nie jest ani ofertą

15

z najniższą ceną, ani ofertą najkorzystniejszą. Kwestią niesporną w doktrynie i orzecznictwie jest uznanie zawarcia umowy, jako zasadniczego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

- Tym samym podmiot zamawiający jest zobligowany w ramach swoich działań do realizacji tego celu, tj. dążenia do wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym zawarcia z wykonawcą, który taką ofertę złożył, umowy. Cel taki również winien przyświecać organom stosującym prawo w ramach wykładni celowościowej przepisów ustawy Pzp. W wyroku KIO z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 459/12) zostało wskazane w uzasadnieniu powołując się na postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym czytamy, że: Interpretacja norm prawnych zawartych w Prawie zamówień publicznych winna być dokonywana przede wszystkim w świetle celu tego postępowania, to jest, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci usługi, towaru. To temu celowi służyło wprowadzenie przez ustawodawcę unormowania Prawo zamówień publicznych. Tym samym decyzja zamawiającego o wyborze oferty kolejnego wykonawcy powinna być związana z analizą, czy wypełnione są przesłanki art. 44 ustawy z 27.8.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.), tj.: wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

- W uzasadnieniu takiego działania zamawiający wskazuje na fakty, że cena kolejnej oferty (AG- Complex Sp. z o.o. Warszawa) liczona na podstawie algorytmu do wyłonienia najkorzystniejszej oferty jest wyższa o 417.214,10 zł brutto (o 89,14%) od ceny oferty pierwotnie wybranej, o 135.690,22 zł (o 18,10%) od ceny oferty najkorzystniejszej wybranej ponownie spośród pozostałych ofert oraz wyższa o 222.602,67 zł brutto (o 33,59%) od ceny oferty wykonawcy BYŚ W. B. wybranego w postępowaniu o zamówienia publiczne w 2014 roku (umowa zakończona 15 kwietnia 2014r.). W wyniku przeprowadzonej analizy zamawiający stwierdził, że przedmiot zamówienia objęty postępowaniem można pozyskać za cenę niższą niż zaproponowana w ofercie kolejnej według rankingu ofert.

Zamawiający zamykając postępowanie o sygn. Rz.271.30.2015 dla Zadania 1: Wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji, miał na uwadze również fakt, że skorzysta z przysługującego mu uprawnienia, o którym mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Mając to na uwadze zamawiający miał prawo przeprowadzić procedurę negocjacyjną, w trybie zamówienia

16

z wolnej ręki o którym mowa w art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. na przedmiot zamówienia (...)

w kwocie nieprzekraczającej 50 % wartości zamówienia podstawowego tj. 500.000.00 zł

- Z uwagi na treść pisma otrzymanego w dniu 18.11.2015 r. od wykonawcy BYŚ W. B. Warszawa informujące o ograniczeniach personalnych i sprzętowych, Wydział Gospodarki Komunalnej skierował zapytanie do wykonawcy dotyczące możliwości świadczenia umowy na wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji realizowanej w ramach zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wykonawca BYŚ W. B., Warszawa pismem z dnia 20.11.2015 r. stwierdził, że nie jest w stanie świadczyć umowy na

wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, ciągów pieszych, osiedlowych/wewnętrznych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji realizowanej w ramach zamówienia z wolnej ręki.

- Mając na uwadze stan faktyczny zdaniem zamawiającego, miał on charakter wyjątkowy, niemożliwy do przewidzenia, będący rezultatem przeciągającego się, bez winy zamawiającego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Winy zamawiającego nie można stwierdzić na żadnym etapie postępowania, tj.: - planowania postępowania (czas publikacji ogłoszenia, badania ofert, możliwości złożenia odwołania i ponownego wyboru), - złożenia odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględnienia odwołania w wyniku nie podjęcia przez przystępującego próby wykazania, iż informacje zawarte w złożonych przez niego wyjaśnieniach są słuszne i uzasadnione, - nieprzystąpienia odwołującego do podpisania umowy w wyniku ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, - niemożliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodów braku zainteresowania BYŚ W. B. .

- Zamawiający wykonując czynności mające na celu wybór oferty najkorzystniejszej działał z należytą starannością, wziął pod uwagę prawdopodobne okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Nie mógł natomiast założyć za prawdopodobne wystąpienie okoliczności, o których mowa wyżej. Przyjęcie odmiennej wykładni oznaczałoby, że zamawiający miał realną możliwość zapobieżenia takim sytuacjom, a tak nie było. Zamawiający musiałby wszczynać postępowanie z nieokreślonym wyprzedzeniem. Nie jest to jednak możliwe z uwagi na procedury finansowe oraz fakt, iż opis przedmiotu zamówienia mógłby być nierzetelny.

- W literaturze przedmiotu zgodnie podkreśla się, iż dokonując w danym stanie faktycznym analizy, czy dopuszczalne jest zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przesłanki określonej w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, należy mieć na uwadze jego cel. Jest nim przede wszystkim potrzeba natychmiastowego udzielenia

17

zamówienia podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań mających na celu uniknięcie tych skutków.

- Zgodnie z orzecnictwem ETS natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku wystąpieniem w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Ochrona danego interesu może jednakże nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności, tzn. zamówienie publiczne, które może być udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., powinno jedynie dotyczyć zakresu, jaki jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidywalnego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach wolnej konkurencji. W rozpatrywanej sprawie potrzeba natychmiastowego udzielenia zamówienia wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa dróg gminnych utwardzonych, osiedlowych/wewnętrznych, ciągów pieszych, ścieżek rowerowych i przystanków komunikacji. Specyfika przedmiotu zamówienia przemawia za koniecznością ciągłego świadczenia tego typu usług w okresie zimowym ze względu na interes publiczny. Nietrudno, bowiem wyobrazić sobie skutki nieodśnieżenia dróg i chodników w gminie nawet w krótkim czasie, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni, jakie potrzebuje zamawiający na rozstrzygnięcie postępowania w trybie konkurencyjnym - przetargu nieograniczonego.

- Ze względu na okoliczność natychmiastowego (z dnia na dzień) udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust 1 pkt 3, zamawiający po postępowaniu nie zamieścił ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. wszczęciu Zamawiający musiał podjąć natychmiastowe działania ze względu na zbliżające się niekorzystne warunki atmosferyczne: prognozowane opady śniegu, ujemne temperatury, którym jednocześnie towarzyszyć będzie wysoka (blisko 100%) wilgotność powietrza powodująca zjawisko gołoledzi, co stwarzać będzie realne zagrożenie bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego, jak również pieszych poruszających się po miejskich

chodnikach. W ocenie zamawiającego niepodjęcie stosownych działań spowodowałoby powstanie katastrofalnych skutków społecznych: zwiększania liczby wypadków, kolizji, potrażeń pieszych, uszkodzeń mienia oraz uszkodzeń ciała.

W dniu 25.11.2015 r. Zamawiający rozpoczął procedurę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, mającej na celu udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia postępowania

18

w trybie konkretyjnym - przetargu nieograniczonego. Zamówienie zostało udzielone w dniu 27.11.2015 r. wykonawcy ROBSON R. C., Arciechów 10, 05-255 Stare Załubice, który zaoferował: - cenę ryczałtową brutto w zł za akcję ciągłą na 1 km jezdni o 27,49% niższą niż cena w ofercie kolejnego wykonawcy zaoferowana w prowadzonym uprzednio przez zamawiającego przetargu nieograniczonego, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne płuzenie na odcinku 1 km jezdni o 13,79% niższą, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne posypywanie mieszanką piaskowo-solną na odcinku 1 km jezdni o 52,42% niższą, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne posypywanie piaskiem na odcinku 1 km jezdni o 58,33% niższą, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne odśnieżenie i posypywanie piaskiem powierzchni 100 m2 ciągu pieszego, ścieżki rowerowej i przystanku komunikacji o 37,50% niższą, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne udrożnienie jednego wpustu ulicznego o 50,00% niższą, - cenę ryczałtową brutto w zł za jednokrotne usunięcie śliskości przy użyciu solanki lub zwilżonej soli na odcinku 1 km jezdni o 35,59% niższą. Umowa została podpisana na okres od dnia podpisania do 31.01.2016 r. tj. na czas niezbędny do rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Jednocześnie w dniu 26.11.2015 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na tożsamy przedmiot zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego wartość na podstawie nowych okoliczności (wartość udzielonych zamówień na zadanie 2 i 3 w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie za zadanie 1 postępowanie zamknięto, wartość zamówienia z wolnej ręki, średnia arytmetyczna złożonych i nieodrzuconych ofert w postępowaniu o sygnaturze Rz.271.30.2015, czyli firm BYŚ W. B. oraz AG- COMPLEX została ustalona poniżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy pzp, publikując w dniu 26.11.2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 174295-2015 ogłoszenie o zamówieniu.

- W przedstawionym stanie faktycznym, zamawiający stoi na stanowisku, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, mającej na celu udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia postępowania w trybie konkretyjnym - przetargu nieograniczonego, spełnia wszystkie okoliczności, o których mowa w w/w przepisie ustawy.

Uwzględniając powyższe obszernie uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki Odwołujący wskazał, co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający zadanie 1 realizowane w „zakończonym” postępowaniu Rz.271.30.2015 oszacował na wartość powyżej równowartości 207.000 euro - zakończone postępowanie podzielone było na 3 zadania, z których dwa zostały udzielone. Wszczynając kolejne postępowanie Rz.271.49.2015 w trybie przetargu nieograniczonego oraz postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki Rz.271.50.2015 oszacował ich wartość na

19

kwotę poniżej równowartości 207.000 euro, traktując te zamówienia, jako zamówienia odrębne w stosunku do zamówienia udzielonego w postępowaniu Rz.271.30.2015. Zamawiający wskazał, iż wartość zamówień Rz.271.49.2015 oraz Rz.271.50.2015 oszacował przyjmując średnią arytmetyczną złożonych i nieodrzuconych ofert w postępowaniu o sygnaturze Rz.271.30.2015, czyli Wykonawcy BYŚ W. B. oraz Odwołującego.

Stosownie do treści art. 32 ust 4 Pzp, Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia - uwzględniając powyższe, Zamawiający może oszacować wartość powtarzanego zamówienia ponownie, w oparciu o złożone oferty, przy czym w świetle w/w przepisu zamówienia oznaczone numerami Rz.271.49.2015 oraz

Rz.271.50.2015 są dalej częściami zamówienia tego „zakończonego” zamówienia, bowiem potrzeba ich udzielenia nie pojawiła się po udzieleniu zamówienia Rz.271.30.2015 a wręcz przeciwnie - była ich częścią.

Ani doktryna, ani literatura przedmiotu, a tym bardziej ustawa PZP, nie dopuszcza możliwości przeprowadzenia postępowań niejako na próbę, np. celem oszacowania wartości zamówienia - tę czynność Zamawiający obowiązany jest dokonać przed wszczęciem zamówienia. Stosownie do art. 34 ust 1 PZP Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo, 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie. Udzielenie pewnego zakresu zamówienia, które Zamawiający podzielił na części, nie powoduje automatycznie uzyskania przez nieudzieloną część zamówienia charakteru odrębnego, tj. takiego, którego wartość nie łączy się z wartością wszystkich zamówień. W świetle art. 32. ust 4 PZP Zamawiający może z określonych względów dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, jest łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia Zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia, - co Zamawiający w omawianej sytuacji faktycznej bezsprzecznie naruszył.

Po drugie, zwrócić należy uwagę na fakt, iż Zamawiający z naruszeniem przepisów PZP udzielił zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP:

20

1) wykonawcy, który nie brał udziału w „zakończonym” postępowaniu, wykazując, iż ceny jednostkowe zaproponowane przez tego wykonawcę są niższe niż ceny zaoferowane przez Odwołującego - po pierwsze należy pokreślić, iż „cenę” zamówienia stanowi iloczyn cen jednostkowych i poszczególnych ilości usług, bez ilości usług nie da się ustalić „ceny” zamówienia, po drugie, zastanawiające jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który udziału w „zamkniętym” postępowaniu nie brał, a jednocześnie Zamawiający nie podjął dialogu z wykonawcą Zakład Zieleni Sp. z o.o., którego ofertę, z rażąco niską ceną, pierwotnie wybrał. Odwołujący przedstawił porównanie cen jednostkowych oferty Zakład Zieleni Sp. z o.o. w stosunku do oferty Odwołującego oraz wskazanych przez Zamawiającego różnic w cenach zaoferowanych przez ROBSON R. C. . Porównanie wskazuje, że 5 z 7 cen jednostkowych oferty realizującego zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wyższych niż ceny jednostkowe zaoferowane przez Zakład Zieleni Sp. z o.o.;

2) z naruszeniem przesłanek udzielenia zamówienia wskazanych w w/w przepisie - mianowicie:

a) na dzień udzielenia zamówienia nie wystąpiła wyjątkowa sytuacja wymagającego natychmiastowego wykonania zamówienia:

- Zamawiający jedynie uprawdopodobnił, i to w sposób mierny (z uwagi na aktualne warunki pogodowe w szczególności utrzymującą się dodatnią temperaturę) możliwość jej wystąpienia, wskazując: Zamawiający musiał podjąć natychmiastowe działania ze względu na zbliżające się niekorzystne warunki atmosferyczne: prognozowane opady śniegu, ujemne temperatury, którym jednocześnie towarzyszyć będzie wysoka (blisko 100%) wilgotność powietrza powodująca zjawisko gołoledzi, co stwarzać będzie realne zagrożenie bezpieczeństwa uczestników ruchu drogowego, jak również pieszych poruszających się po miejskich chodnikach

- powyższe oznacza, że przyczyna udzielenia zamówienia jeszcze nie wystąpiła, a Zamawiający zamówienia udziela niejako na wyrost, zatem w świetle doktryny należy stwierdzić, iż podstawowa przesłanka udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP nie została wykazana:

- Okolicznością niezbędną do zastosowania trybu z wolnej ręki jest wymóg natychmiastowego wykonania zamówienia. Wielki Słownik Języka Polskiego definiuje określenie „natychmiastowy”, jako taki, który nastąpił lub nastąpi w jak najkrótszym czasie po pewnym innym zdarzeniu, o którym mowa lub o którym wiadomo. Odnosząc powyższe do treści art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. podkreślić należy, że potrzeba natychmiastowego wykonania

zamówienia oznacza wykonanie zamówienia jak najszybciej, zaraz po ustąpieniu okoliczności, które tę potrzebę spowodowały. Przyjmuje się, że „natychmiastowe wykonanie zamówienia” oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, czyli właściwie „z dnia na dzień”, (uchwała KIO/KD 16/15),

21

- Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością, osobliwością. Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w przepisie, to wystąpienie okoliczności nadzwyczajnych to jest takich, które nie mają charakteru typowych, przeciętnie spotykanych i statystycznie oczekiwanych (uchwała KIO/KD 2/15),

- Literalna wykładnia sformułowania „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia” nasuwa wniosek, że objęte są nią sytuacje, w których przedmiot zamówienia musi zostać wykonany niemalże natychmiast po udzieleniu zamówienia publicznego (zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego). W tym przypadku nacisk położony został na szybkość osiągnięcia przez zamawiającego pożądanego efektu w postaci realizacji zamówienia publicznego (uchwała KIO/KD 81/14),

- Istotne jest odróżnienie przesłanki „pilności udzielenia zamówienia publicznego” od „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie przesłanki zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym. Wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia, której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Przykładem takiej sytuacji może być wystąpienie w sposób niespodziewany klęski żywiołowej (np. powodzi) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) - wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione jest skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (uchwała KIO/KD 70/14).

b) sytuację związaną z koniecznością przeprowadzenia kolejnej procedury udzielenia zamówienia Zamawiający wywołał sam, zatem nie może podnosić, iż przyczyny udzielenia zamówienia nie leżą po stronie Zamawiającego - gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród pozostałych nie musiałby udzielać zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust 1 pkt 3 PZP oraz wszczynać postępowania w trybie przetargu nieograniczonego - a w stosunku do obu publikując ogłoszenia w BZP,

c) nie sposób jest uzasadnić, iż udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki było sytuacją, której Zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie, gdy w dniu 23.11.2015. Zamawiający „zakończył” postępowanie twierdząc, że zamówienie może

22

pozyskać za cenę niższą niż cena Odwołującego, a 2 dni później tj. w dniu 25.11.2015 r. rozpoczyna procedurę udzielenia zamówienia wysyłając zaproszenie do negocjacji do wykonawcy, który nie brał udziału w postępowaniu a jeszcze przed „zakończeniem” zamówienia tj. w dniu 20.11.2015 r. Zamawiający uzyskuje od Wykonawcy Byś W. B. potwierdzenie, iż nie zrealizuje zamówień uzupełniających w stosunku do zamówienia udzielonego w ubiegłym roku, - zatem na dzień „zakończenia” postępowania tj. 23.11.2015. r. Zamawiający ma wiedzę, że po pierwsze nie udzieli zamówień uzupełniających wykonawcy wybranemu w 2014 r. a zatem musi mieć wiedzę, za ile może uzyskać przedmiot zamówienia, - co umożliwia mu „zakończenie” postępowania bez wyboru oferty i jednocześnie stanowi według niego uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP, twierdząc, że „zakończenie” postępowania było sytuacją, której nie mógł przewidzieć;

d) pod wątpliwość należy poddać również uzasadnienie w zakresie ustalenia, że udzielone zamówienie dotyczy zakresu, jaki jest absolutnie konieczny i niezbędny do

usunięcia skutków nieprzewidywalnego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach wolnej konkurencji, - bowiem Zamawiający udzielił zamówienia, którego realizacja nie jest możliwa do przewidzenia, z uwagi na nieprzewidywalność warunków pogodowych a termin jego realizacji określił do dnia 31.01.2016 r. a otwarcie ofert w postępowaniu Rz.271.49.2015 nastąpi za 2 dni od złożenia odwołania tj. dnia 04.12.2015 r. - 2 miesiące realizacji zamówienia udzielonego w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP w stosunku do terminu realizacji określonego w „zakończonym” postępowaniu tj. 15.04.2016r., - zatem termin realizacji zamówienia z wolnej ręki stanowi 2/5 terminu realizacji określonego w „zakończonym” postępowaniu, nie jest to, zatem czas absolutnie niezbędny i konieczny do zabezpieczenia najpilniejszych potrzeb Zamawiającego, bowiem potrzeby te, o ile są zdefiniowane, to ich realizacja uzależniona jest od nieprzewidywalnych czynników zewnętrznych a uwzględniając tą nieprzewidywalność Zamawiający winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejsza spośród pozostałych zamiast podejmować próbę wykazania niegospodarności środków publicznych przy wyborze oferty Odwołującego jednocześnie nie wiedząc, jakie ceny zaoferowane zostaną w przyszłym przetargu,

e) nie można z całkowitą pewnością wykazać, iż zamawiający nie może zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, bowiem: Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział inne niż wolna ręka tryby, mianowicie - tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania

23

w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (uchwała KIO/KD 2/15).

Ponadto w uzasadnieniu Zamawiający powołał również szereg okoliczności, podważających uzasadnienie m.in. wskazał, że:

1) Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na 127 dni przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki - podając jednocześnie dane statystyczne publikowane przez UZP wskazując na należyta staranność - średni czas trwania procedury nie może być wyznacznikiem „należytej staranności” Zamawiającego uwzględniając fakt, że Zamawiający nawet nie skorzystał z możliwości, jaką daje art. 43 ust. 3 PZP w zakresie publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego w Suplemencie Dz. Urz. UE czy też zamieszczenia takiej informacji w profilu nabywcy celem skrócenia terminu składania ofert o prawie połowę w postępowaniu, którego równowartość przekracza 207.000 euro,

2) Zamknięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było dla Zamawiającego czynnością mało prawdopodobną, nie przewidzianą także w ustawie pzp - w sytuacji, gdy 3 dni przed „zamknięciem” postępowania Zamawiający ma wiedzę, że zamówień uzupełniających nie udzieli oraz wskazuje w uzasadnieniu, że zamówienie może pozyskać za cenę niższą niż zaoferowana przez Odwołującego - to Zamawiający planuje „zakończenie” postępowania bez wyboru oferty, ponadto Zamawiający słusznie wskazuje, iż „zamknięcia” postępowania nie przewidują przepisy PZP zatem oczywistym jest, że takiego zakończenia nawet oferenci spodziewać się nie mogli, co wprost godzi w przejrzystość prowadzonego postępowania,

3) cena oferty Odwołującego w „zakończonym” postępowaniu jest wyższa o 222.602,67 zł brutto (o 33,59%) od ceny oferty wykonawcy BYŚ W. B. wybranego w postępowaniu o zamówienia publiczne w 2014 roku (umowa zakończona 15 kwietnia 2014r.) - Zamawiającemu zapewne chodziło o umowę zakończoną w roku bieżącym, przy czym ponownie podkreślić należy, iż jak sam Zamawiający podnosił, każdego roku przyjmowane są przez Zamawiającego inne ilości usług, których iloczyn wraz z ceną jednostkową wskazaną przez oferenta daje całkowitą cenę zamówienia, nie jest, zatem logiczne porównywanie cen całkowitych realizacji zamówień, dla których przyjęto inne ilości tożsamyh usług.

Reasumując, powtórzenie przetargu, którego wartość szacunkowa wynosi powyżej 207.000 euro w trybie przetargu „krajowego” udzielając jednego zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP oraz wszczynając drugie zamówienie w trybie art. 39 PZP - stanowi ewidentne naruszenie art. 32 ust 4 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 2 i art. 11 ust. 8 PZP. Fakt, że

części zamówienia, jako odrębnego postępowania, którego wartość szacunkowa nie łączy się z udzielonym już zamówieniem - skoro Zamawiający poszczególne części postępowania nr Rz.271.30.2015 traktował, jako zamówienie udzielane w częściach, to wszczęte zamówienia Rz.271.49.2015 oraz Rz.271.50.2015 nie są zamówieniami odrębnymi, a skoro Zamawiający ponownie oszacował ich wartość i ustalił ich odrębność - to ten szacunek został dokonany z naruszeniem art. 32 ust 1, art. 32 ust 4 oraz art. 34 ust. 1 i art. 34 ust. 2 PZP

Ponadto naruszono również przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP, w szczególności „nieprzewidywalność” i „niezależność” wystąpienia sytuacji i inne okoliczności skutkujących „natychmiastowym” udzieleniem zamówienia, gdy Zamawiający przed „zakończeniem” postępowania, którego dotyczy odwołanie wie, że nie będzie mógł udzielić zamówień uzupełniających do zamówienia udzielonego w 2014 r. i planuje udzielić zamówienia w innych postępowaniach, a jednocześnie dla oceny „należytej” staranności przy przygotowaniu postępowania Zamawiający wskazuje na dane statystyczne, nie dokonując wcześniejszego upublicznienia informacji o przewidywanym zamówieniu, co pozwoliłoby mu skrócić czas trwania „unijnej” procedury.

Podkreślić również należy, iż Zamawiający w 2013 r. udzielił zamówienia Odwołującemu na tożsamy przedmiot zamówienia, w którym również przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających - Zamawiający jednak nie skorzystał z możliwości udzielenia zamówień uzupełniających Odwołującemu, pomimo, iż nastąpiły okoliczności (zamówienie udzielane byłoby w okresie 3 lat od daty udzielenia zamówienia podstawowego, a jednocześnie pojawiła się potrzeba i możliwości) uzasadniające udzielenie takiego zamówienia właśnie Odwołującemu, - co również wskazuje na brak chęci współpracy z Odwołującym, mimo, iż łącząca strony umowa była wykonania należycie. Jest to działanie wprost dyskryminujące Odwołującego.

Mając to na uwadze:

- 1) rozstrzygnięcie przetargu Rz.271.49.2015 może skutkować stwierdzeniem nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP zgodnie, z którym umowa podlega unieważnieniu, jeżeli nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz stwierdzeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.),
- 2) zawarta umowa w postępowaniu Rz.271.50.2015 podlega unieważnieniu na podstawie art. 146 ust 1 pkt 1 PZP zgodnie, z którym umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub

zamówienia z wolnej ręki, co skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.).

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę na okoliczność, że zamawiający coraz częściej korzystają z art. 94 ust 3 PZP w ten sposób, że „kończą” postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego bez dokonywania wyboru oferty drugiej w kolejności jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, oraz bez dokonania unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 PZP. Sposób zakończenia postępowania jest istotnym elementem każdego postępowania, bowiem określa obowiązki i uprawnienia dla Wykonawców. W przypadku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca wybrany do realizacji zamówienia obowiązany jest zawrzeć umowę pod rygorem utraty wadium i możliwości wniesienia przez Zamawiającego roszczenia o zawarcie przyrzeczonej umowy. W przypadku unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, Wykonawca stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 4 PZP ma możliwość skierowania do Zamawiającego roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu,

w szczególności kosztów przygotowania oferty. Nie ulega żadnej wątpliwości, iż „zakończenie” postępowania, tak jak to uczynił Zamawiający, odnosi w stosunku do Wykonawców taki sam skutek jak unieważnienie, przy czym uniemożliwia Wykonawcom dochodzenie roszczeń w postaci poniesionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Należy się, zatem zastanowić, czy w świetle opinii UZP: Uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Informator Urzędu Zamówień Publicznych z 2012, nr 9, s. 25) nie zachodzi konieczność uznania „zakończenia” postępowania, jako unieważnienia w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 7 PZP, bowiem ta podstawa unieważnienia, zdaniem UZP, zachodzi, gdy oferent, którego oferta wybrana została, jako druga w kolejności stosownie do treści art. 94 ust 3 PZP uchyła się od zawarcia umowy. Skoro, w omawianym stanie faktycznym, Zamawiający:

- po pierwsze, nie korzysta z:

.1) uprawnienia wyboru oferty drugiej w kolejności, jako najkorzystniejszej spośród pozostałych,

- po drugie, na 2 dni przed „zakończeniem” postępowania Rz.271.31.2015 posiada wiedzę, że nie udzieli zamówień uzupełniających dotychczasowemu Wykonawcy usług,

- po trzecie, wszczyna dwa tożsame zamówienia, szacując ich wartość poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 PZP zapominając o zamówieniu udzielonym w postępowaniu Rz.271.31.2015,

to wprost stanowi o braku chęci rozstrzygnięcia „zamkniętego” postępowania. Podkreślić należy, iż rozstrzygnięcie postępowania nie może zależeć od chęci Zamawiającego,

26

a przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Do takich wniosków można, bowiem dojść analizując stan faktyczny „zamkniętego” postępowania oraz uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP. Przepis art. 93 ust 4 PZP nakłada odpowiedzialność na Zamawiającego za unieważnienie postępowania z winy Zamawiającego - to przesądza o randze postępowania - ewentualne błędy popełniane przez zamawiających nie mogą w sposób bezpośredni wpływać negatywnie na sytuację wykonawców w postępowaniu. A tak jest w omawianym stanie faktycznym.

Podsumowując:

1) uznając, iż postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy (uchwała SN III CZP 103/10), jakkolwiek czynność podejmowana przez Zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 PZP stanowi czynność podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu, która może być kwestionowana w drodze odwołania, gdy wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 PZP,

2) zgodzić się należy z tezą, iż przepis art. 94 ust. 3 PZP ma charakter fakultatywny - Zamawiający może, a nie musi, wybrać oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, jednakże ustalenie obiektywnych przesłanek, którymi kieruje się Zamawiający dokonując czynności w postępowaniu ma znaczenie istotne i nie może być zależne od chęci lub niechęci Zamawiającego do rozstrzygnięcia postępowania dokonaniem wyboru oferty czy też unieważnieniem postępowania, ponadto zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający przed „zakończeniem” postępowania ma świadomość, iż zamówienia będzie musiał udzielić w razie konieczności bez zachowania konkurencji a jednocześnie 2 dni po „zakończeniu” postępowania wszczyna tożsame zamówienie i udziela go wykonawcy, który nie brał udziału w tym „zakończonym” postępowaniu, a jednocześnie zamówienie powtarza publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych,

3) w świetle definicji wyrażonej w art. 2 pkt 7a PZP zakończenie postępowania bez wyboru oferty i unieważnienia postępowania stanowi naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji udzielania i przejrzystości.

Uwzględniając fakt, iż omawiane postępowanie jest zamówieniem „unijnym” Izba posiada, zatem kompetencje do oceny czynności dokonanej przez Zamawiającego w oparciu o art. 94 ust 3 PZP w świetle art. 180 ust. 1 PZP (w przypadku gdyby było to zamówienie „krajowe” takiej kompetencji Izbie nie można byłoby przypisać - tak też postanowienie KIO 2338/13) oraz w świetle dokonanych przez Zamawiającego kolejno czynności: wszczęcia jednego zamówienia w trybie art. 39 PZP publikacją ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz udzielenie drugiego zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 PZP również publikacją ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione argumenty powyżej należy wskazać, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, decyzji Zamawiającego o zakończeniu postępowania, dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron a postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, którego oferta jako jedyna została ważna w postępowaniu i mogłaby zostać przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Szkada w postaci utraconych korzyści związanych z możliwością obsługi dla Zamawiającego kontraktu ma charakter wymierny, o określonej wysokości. W ocenie składu orzekającego Izby nie można również uznać, iż wniesione odwołanie nie dotyczy czynności podjętej przez Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Wypełnione zostały

zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający poinformował o zamknięciu postępowania, niedokonaniu wyboru oferty kolejnego wykonawcy, pomimo iż cena kolejnej oferty jest niższa niż wysokość środków przewidzianych na sfinansowanie zamówienia - odstąpieniu od skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp - tym samym o niezawieraniu umowy z wykonawcą, który taką ofertę złożył.

Wskazano, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 22 lipca 2015 roku Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i opublikowane - numer ogłoszenia: 2015/S 142-262314 z dnia 25.07.2015r., ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń w siedzibie Urzędu Miasta Legionowo oraz na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miasta Legionowo www.bip.legionowo.pl. W dniu 1 września 2015 roku o godz. 12.00 w siedzibie Urzędu Miasta Legionowo w sali nr 3.11 odbyła się publiczna sesja otwarcia ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. AG- Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
2. Zakład Zieleni Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

3. „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie

W dniu 1 października 2015 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wybierając ofertę wykonawcy Zakład Zieleni Sp. z o.o. W dniu 12.10.2015 r. wykonawca „BYŚ” W. B. wniósł odwołanie. Zamawiający zgodnie z wyrokiem z dnia 27 października 2015 r. Krajowej Izby Odwoławczej (Sygn. Akt: KIO 2217/15) uwzględniającym odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazującym zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez Zakład Zieleni Sp. z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę oraz nakazującym ponowną ocenę i badanie ofert, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonał ponownej oceny i badania ofert. W wyniku analizy i sprawdzenia ofert wykonawca ten został wykluczony z postępowania oraz oferta została odrzucona ex lege (art. 24 ust. 4) w związku z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W dniu 6 listopada 2015 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wybierając ofertę wykonawcy „BYŚ” W. B. . Wykonawca „BYŚ” w dniu 18.11.2015r., poinformował zamawiającego, iż rezygnuje z zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Powodem rezygnacji jest długotrwałe postępowanie oraz

29

podpisanie w tym okresie umów tożsamyh z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie ograniczenia personalne i sprzętowe. Kluczową w stanie faktycznym dla Zamawiającego jest okoliczność, że kolejna oferta - wykonawcy AG- Complex Sp. z o.o. nie jest ani ofertą z najniższą ceną, ani ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający wskazywał, że kwestią niesporną w doktrynie i orzecznictwie jest uznanie zawarcia umowy jako zasadniczego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podmiot zamawiający jest zobligowany w ramach swoich działań do realizacji tego celu, tj. dążenia do wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym zawarcia z wykonawcą, który taką ofertę złożył, umowy. Cel taki również winien przyświecać organom stosującym prawo w ramach wykładni celowościowej przepisów ustawy Pzp. W wyroku KIO z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 459/12) zostało wskazane w uzasadnieniu powołując się na postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym czytamy, że: „Interpretacja norm prawnych zawartych w Prawie zamówień publicznych winna być dokonywana przede wszystkim w świetle celu tego postępowania, to jest, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie za jak najniższą cenę ekwiwalentu w postaci usługi, towaru. To temu celowi służyło wprowadzenie przez ustawodawcę unormowania Prawo zamówień publicznych.

Punktem wyjścia dla oceny przedmiotowego zagadnienia dla Zamawiającego była legalna definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarta w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Definicja ta została wprowadzona do ustawy PZP na mocy art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). W myśl tego przepisu postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu. Wskazana definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyznacza ramy tego postępowania uznając za moment jego wszczęcia chwilę uzewnętrznienia woli zamawiającego o zamówieniu, co z reguły będzie następować z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu (zob. art. 40 ust. 1 ustawy PZP). Od tego momentu mamy zatem do czynienia z czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 17 ust. 1 i 2 in principio ustawy PZP). Z przywołanej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż celem tego postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe odpowiada istocie procedur udzielania zamówień publicznych, których funkcją jest określenie zasad i sposobu wyłonienia kontrahenta (wykonawcy), z którym będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym należy wskazać, iż z postanowień ustawy Pzp wynika, iż wybór wykonawcy zamówienia publicznego opiera się na wyborze najkorzystniejszej oferty (arg. z art. 91

30

ustawy PZP). Tak więc cel procedur udzielania zamówień publicznych zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 92 ustawy Pzp). W tym stanie rzeczy istotne z punktu zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych nie jest zawarcie samej umowy (udzielenie zamówienia publicznego), lecz wybór wykonawcy, któremu może być udzielone zamówienie (wybór najkorzystniejszej oferty). Powyższe stanowisko w pełni potwierdza brzmienie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W tym miejscu należy wskazać, iż udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą zawarcia umowy cywilnoprawnej, która dochodzi do skutku poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli stron tej czynności prawnej, tj. zamawiającego i wykonawcę (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Powyższe następuje z reguły poprzez złożenie podpisów przez uprawnione osoby pod dokumentem umowy (arg. z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 78 § 1 k.c.). Tak więc dla udzielenia zamówienia publicznego (zawarcia umowy) nie jest wystarczające samo dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (zawiadomienia o wyborze), lecz konieczne jest złożenie zgodnych oświadczeń woli stron o zawarciu takiej umowy. Przy czym ocena skuteczności tych oświadczeń z punktu ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokonywana jest według reguł właściwych dla prawa cywilnego. Ustawa Pzp nie rozstrzyga bowiem, poza zastrzeżeniem formy pisemnej dla umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 ust. 2 ustawy PZP) oraz określeniem terminu, w którym umowa taka może być zawarta (art. 94 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), o warunkach zawierania takich umów (składnia oświadczeń woli). Powyższe należy do materii prawa cywilnego (np. ustalenie reprezentacji stron umowy, dopełnienie warunków formy pisemnej umowy, ustalenie istnienia wad oświadczenia woli itd.). Tak więc ocena skuteczności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (skuteczność złożonych oświadczeń woli) pozostaje poza sferą procedur udzielania zamówień publicznych, a w konsekwencji należy uznać, iż nie stanowi ona elementu tej procedury. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi czynność prawną odrębną od samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegającą ocenie według reguł prawa cywilnego (por. art. 702 § 3 w zw. z art. 703 § 3 k.c.), tj. nie stanowi „czynności w postępowaniu” (por. art. 17 ust. 1 i 2 in principio ustawy Pzp). Zawarcie umowy, jako czynność podejmowana po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma na celu nawiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wyłonionym w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy prowadzi zatem do zaciągnięcia przez zamawiającego zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym i z tych względów stanowi jedynie pochodną wyboru najkorzystniejszej oferty albo uzgodnienia treści przyszłej umowy.

Zamawiający stwierdził, iż za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie chwilę zawarcia umowy (udzielenia zamówienia publicznego), albowiem to z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty realizuje się cel postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, z którym może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Niezależnie od stwierdzenia, iż zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą dokonania wyboru wykonawcy, z którym ma być zawarta umowa, należy mieć również na uwadze fakt, iż w określonych przypadkach zakończenie postępowania może nastąpić na skutek jego unieważnienia w sytuacji ziszczenia się jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znajduje swoje uzasadnienie nie tylko w legalnej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp), ale także w systematyce samej ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż przepisy dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 82-95 ustawy Pzp) zostały zamieszczone w dziale II tej ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia. Natomiast przepisy dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały zamieszczone w odrębnym dziale IV tej ustawy - Umowy w sprawach zamówień publicznych. Tak więc biorąc pod uwagę już samą logikę ustawy Pzp należy uznać, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (udzielenie zamówienia publicznego) nie stanowi elementu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. nie jest czynnością w postępowaniu. Przy czym należy nadmienić, iż samo istnienie ścisłego związku pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty (postępowaniem) a zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości. Wybór najkorzystniejszej oferty (wynik postępowania) determinuje bowiem to, z kim może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Istnienie powyższego związku nie pozbawia jednak tych czynności samodzielnego charakteru. Wskazując na powyższe Zamawiający uważa, że nie można jednocześnie podzielić poglądu prawnego, w myśl którego niezbędnym elementem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest samo udzielenie zamówienia, jako zrealizowanie celu prowadzonego postępowania. Powyższe stanowisko abstrahuje od sytuacji, w której na skutek ziszczenia się przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp nastąpi unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim bowiem przypadku nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, co w żadnym stopniu nie pozbawia takiego unieważnionego postępowania cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto możliwa jest sytuacja, w której pomimo dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym ma być zawarta umowa, ostatecznie nie dojdzie do jej zawarcia (np. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp).

„Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia

32

umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W przeciwieństwie więc do pierwotnego brzmienia tego przepisu („zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą”), wybór kolejnej oferty nie jest już obowiązkiem zamawiającego, lecz zależy od jego woli, a tym samym wykonawcy nie mogą domagać się dokonania tej czynności i zarzucać zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru kolejnej oferty. Nowe brzmienie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje także zaistnienie nowej sytuacji, w której dane postępowanie nie kończy się w żaden z dwóch dotychczasowych sposobów, a więc ani zawarciem umowy, ani jego unieważnieniem.” Tym samym w niniejszym postępowaniu Zamawiający zamyka postępowanie nie dokonując czynności unieważnienia. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 31/11, Izba przyjęła następujące stanowisko: „Istotne z punktu widzenia rozpoznawania przedmiotowej sprawy jest określenie przez ustawodawcę początkowego i końcowego momentu postępowania. Niewątpliwie, postępowanie rozpoczyna się, w zależności od wybranego trybu, publicznym ogłoszeniem, bądź przekazaniem zaproszenia. Jako koniec postępowania ustawa określa wybór oferty najkorzystniejszej, przy czym w przypadku wniesienia przez wykonawców odwołań na czynność badania i oceny ofert, należy brać pod uwagę wybór oferty najkorzystniejszej dokonany po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą”. W dalszej części orzeczenia Izba podnosi, że systematyka ustawy Pzp wskazuje, że sytuacja opisana w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp tj. „3. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1” nie mieści się w wyznaczonych granicach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wybór następnej oferty jest już dokonywany po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji Izba uznała, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert nie podlega zaskarżeniu do Krajowej Izby Odwoławczej bowiem nie jest czynnością podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdza W. Dzierżanowski w związku z przekształceniem obowiązku zwracania się do wykonawcy "następnego z listy" w uprawnienie należy przyjąć, że wobec braku zakazu powtórzenia tej czynności oraz zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu zamawiający może to uczynić wielokrotnie. Musi jedynie zważyć na efektywność wydatkowania środków i rozważyć, czy zasada racjonalnego dokonywania wydatków pozwala na przyjęcie kolejnej oferty.

Tym samym decyzja zamawiającego o wyborze oferty kolejnego wykonawcy powinna być związana z analizą, czy wypełnione są przesłanki art. 44 ustawy z 27.8.2009 r.

33

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

W uzasadnieniu takiego działania Zamawiający wskazał na fakt, iż cena kolejnej oferty (AG- Complex Sp. z o.o. ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa) liczona na podstawie algorytmu do wyłonienia najkorzystniejszej oferty jest wyższa o 417.214,10 zł brutto od ceny oferty pierwotnie wybranej oraz o 135.690,22 zł od ceny oferty najkorzystniejszej wybranej ponownie spośród pozostałych ofert. W wyniku przeprowadzonej analizy Zamawiający stwierdził, że przedmiot zamówienia objęty postępowaniem można pozyskać za cenę niższą niż zaproponowana w ofercie kolejnej według rankingu ofert.

Nie zgadzając się z powyższą argumentacją, Odwołujący skorzystał z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej do Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Dla rozważań w przedmiotowej sprawie istotne znaczenie ma ustalenie w jaki sposób zdefiniować należy pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia (w przypadku przetargu nieograniczonego) należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający zważył, iż z definicji zawartej w art. 2 pkt. 7a Pzp wynika wprost określenie momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, iż jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez pryzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, iż chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest już osiągany w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym Zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 Pzp informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

34

Należy zatem zwrócić uwagę, iż chociaż art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniował pojęcie "postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" jako prowadzonego w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, jednak w żadnej mierze nie wskazuje, że postępowanie kończy się wraz z wyborem tej oferty. Wręcz przeciwnie - samo postępowanie jest postępowaniem o "udzielenie zamówienia publicznego", którym bezspornie jest zawarcie umowy, a nie sam wybór oferty, a zamówienie publiczne to, jak wskazuje pkt 13 art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa. Należy też zwrócić uwagę, że już w punkcie 7a wskazano na „dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”, tym samym trudno z tej definicji w sposób logiczny do postępowania włączyć „wybór oferty”, a wyłączyć część odnoszącą się do zawarcia umowy z tym właśnie wykonawcą, którego oferta została wybrana.

Stanowisko to - dotyczące chwili zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w sposób wyraźny podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10, w której stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei przepis art. 94 ust. 3 Pzp stwarza zamawiającemu możliwość wyboru oferty

najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a jednocześnie nie zachodzi żadna z przesłanek do unieważnienia postępowania.

Należy zauważyć, iż w razie skorzystania przez Zamawiającego z instytucji przewidzianej w przepisie art. 94 ust. 3 Pzp, dopiero wtedy można mówić o ziszczeniu się celu prowadzonego postępowania, o którym mowa w art. 2 pkt 7a Pzp, gdyż to z wykonawcą wybranym w ten sposób, a nie z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem składu orzekającego Izby z samego brzmienia definicji postępowania sformułowanej w art. 2 pkt 7a Pzp wynika wprost, iż za zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać wybór wykonawcy dokonany przez zamawiającego w trybie art. 94 ust. 3 Pzp. Wobec tego bezpodstawne jest wywodzenie z brzmienia jakichkolwiek innych przepisów lub systematyki

35

ustawy Pzp, iż czynność Zamawiającego podjęta na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp nie mieści się już w ramach prowadzonego przez niego postępowania. Odnosnie systematyki ustawy Pzp można jedynie zauważyć, iż również przepis art. 94 ust. 3 Pzp został zawarty w rozdziale 4 Wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast istotne jest, iż to dopiero ostatni w tym rozdziale art. 95 Pzp dotyczy czynności dokonywanej przez Zamawiającego już po zakończeniu postępowania, określając wymóg niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego - po zawarciu umowy z wykonawcą, którego ten wybór dotyczył. Również to potwierdza, iż w przypadku dokonania wyboru na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp nie można uznać uprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej za zakończenie postępowania, gdyż jest nim dopiero wybór prowadzący do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci udzielenia zamówienia publicznego, o którym zamawiający ma obowiązek poinformować w ogłoszeniu. Zdaniem składu orzekającego Izby sztuczne wyłączenie czynności zamawiających podjętych na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jako niemieszczących się w ramach prowadzonych przez nich postępowań, powodowałoby niedopuszczalny brak jakiejkolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej również przewidzianych przepisami tej ustawy. Skład orzekający Izby nie podziela zatem odmiennego stanowiska zaprezentowanego przez inny skład orzekający Izby w uzasadnieniu wyroku z 20 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 31/11, do którego w uzasadnieniu swojej decyzji o zakończeniu postępowania i w odpowiedzi na odwołanie odnosił się Zamawiający.

Jednoznacznie zaznaczyć należy, że procedura udzielania zamówień publicznych ustalona w art. 94 ust. 3 Pzp przewiduje zatem określone sposoby zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest to wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert lub unieważnienie postępowania, jeżeli zachodzą określone w art. 93 Pzp przesłanki. Oznacza to, że Zamawiający nie ma swobody w wyborze innego sposobu zakończenia postępowania. Możliwe jest tylko określenie, którą z pozostałych ofert należy uznać za najkorzystniejszą lub unieważnienie postępowania. Swoboda Zamawiającego istnieje jedynie w doborze sposobu dojścia do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest możliwość podpisania umowy. W takim zakresie Zamawiający może, jak słusznie zauważył Odwołujący, wystąpić z roszczeniem cywilnym do pierwotnie wybranego wykonawcy o zawarcie umowy, możliwe jest wybranie kolejnej oferty z oferty pozostałych lub unieważnienie postępowania. Użycie przez ustawodawcę wyrażenia „może” wiązać należy z dalszą dyspozycją wynikającą z przepisu, a związaną z możliwością wyboru kolejnej oferty bez powtarzania procesu badania i oceny ofert. Brzmienie art. 94 ust. 3 Pzp oznacza, że Zamawiający dokonuje wówczas wyboru kolejnej „najkorzystniejszej” oferty spośród pozostałych ofert, może jednocześnie procedurę tę przejść bez przeprowadzania ich

36

ponownego badania i oceny. Wskazanie, iż ponowny wybór nie jest poprzedzony badaniem i oceną ofert, a jednocześnie musi skutkować wybraniem oferty najkorzystniejszej przesądza, że wybraną ofertą będzie oferta następna w kolejności po ofercie wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy. Nie oznacza to jednocześnie, że zawsze będzie to oferta

„najkorzystniejsza” w ujęciu ekonomicznym, które tak mocno akcentował w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający. Z brzmienia rozważanego przepisu wnosić należy, że dopiero, gdy możliwość ta ulegnie wyczerpaniu, Zamawiający unieważnia postępowanie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie umiał wskazać, czy zachodzą przesłanki stanowiące o możliwości unieważnienia postępowania. Cena oferty, która pozostała ważna w postępowaniu nie przekracza budżetu Zamawiającego, oferta ta nie zawiera innych błędów (takich nie wskazał Zamawiający), a więc możliwy jest jej wybór. Jak już wcześniej w uzasadnieniu podniesiono, wybór oferty w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie musi oznaczać wyboru oferty najkorzystniejszej, bo ta jest tylko jedna w postępowaniu i już została wskazana, ale jest to wybór oferty najkorzystniejszej z pozostałych. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znamieną jest również okoliczność, że cena oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą, wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, uznana została za rażąco niską. Słusznie zatem, w ocenie składu orzekającego Izby, podnosił Odwołujący, że czynienie porównań ceny jego oferty do ceny rażąco niskiej jest niewłaściwe. W takim przypadku zawsze widoczna będzie rażąca dysproporcja między cenami ofert, ale skoro za określoną cenę nie można należycie wykonać zamówienia, to nie może być ona odniesieniem do ustalania średniej ceny ofert w postępowaniu. Różnica zaś między ceną oferty następnego wykonawcy BYŚ a ceną oferty Odwołującego wynosi około 10%, oferta Odwołującego wyczerpuje w około 90% budżet Zamawiającego.

Końcowo, dostrzeżenia i porównania wymagają przepisy związane z alternatywą zakończenia postępowania przetargowego przewidziane w kodeksie cywilny a przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z art. 70 § 1 kodeksu cywilnego oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta albo gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej. Przepis ten zobowiązuje organizatora do niezwłocznego powiadomienia na piśmie uczestników przetargu o jego wyniku albo o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru. Tym samym więc przepisy prawa cywilnego przy zastosowaniu ogólnych reguł dotyczących organizowania przetargów dopuszczają wprost możliwość zamknięcia postępowania bez dokonywania wyboru. Ustawa Pzp takiej możliwości nie przewiduje, stanowiąc więc *lex specialis* w stosunku do uregulowań kodeksowych. Zamawiający ma dążyć do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą i realizacja zamówienia lub też w przypadku ziszczenia się określonych

37

okoliczności faktycznych zastosować prawną możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ustawy Pzp.

Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie złożył także dwa zawiadomienia: o popełnieniu przestępstwa skierowane do Prokuratury Rejonowej w Legionowie oraz zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję skierowane do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zważyć należy, iż okoliczności przedstawione w owych zawiadomieniach znane były Zamawiającemu już w momencie podejmowania decyzji o zakończeniu postępowania, można było więc co najmniej rozważyć ewentualność odrzucenia ostatniej oferty w postępowaniu i możliwości unieważnienia tego postępowania. Z bliżej nieokreślonych powodów Zamawiający na takie działania się jednak nie zdecydował. Składowi orzekającemu Izby w przedmiotowej sprawie nie przedstawiono więc okoliczności, które przemawiałyby w momencie orzekania za możliwością przyjęcia innego rozwiązania niż wybór oferty Odwołującego, dlatego też Izba do tak określonego w odwołaniu żądania się przychyliła. Gdyby zaś po wydaniu orzeczenia przez Izbę, zaszyły bądź też ujawniły się inne, nowe i istotne z punktu oceny zgodności z prawem okoliczności, Zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności zastosować przepisy bezwzględnie obowiązujące.

Argumentacja Odwołującego związana z przeprowadzeniem przez Zamawiającego dwóch odrębnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu. Stanowisko to dotyczyło innych postępowań, nie związanych z przedmiotowym postępowaniem, a będących wynikiem decyzji podjętych przez Zamawiającego co do dalszego działania w zakresie zapewnienia ciągłości całodobowego utrzymania zimowego na terenie Legionowa. Przeprowadzenie innych postępowań nie zostało przez Odwołującego odrębnie zakwestionowane, zatem Izba nie badała prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego określonych trybów i zawarcia

odrębnych umów.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów związanych z naruszeniem art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

38

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

39