

Sygn. akt KIO 2768/10

Sygn. akt KIO 2777/10

WYROK
z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30 grudnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A Tomasz Ciućka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. FART-TRANS-CONSULTING Tomasz Ciućka, ul. 1 Maja 21, 43-300 Bielsko-Biała,

B. Edwarda Banach, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMEX” Zakład Remontowo-Budowlany Edward Banach, ul. Bojkowska 120, 44-141 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską świec, ul. Rynek 2, 34-300 świec**

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- Tomasz Ciućka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. FART-TRANS-CONSULTING Tomasz Ciućka, ul. 1 Maja 21, 43-300 Bielsko-Biała,

- Edwarda Banach, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMEX” Zakład Remontowo-Budowlany Edward Banach, ul. Bojkowska 120, 44-141 Gliwice

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych w poczet kosztów postępowania kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) w tym:

A wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Tomasza Ciućka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. FART-TRANS-CONSULTING Tomasz Ciućka, ul. 1 Maja 21, 43-300 Bielsko-Biała,**

B wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Edwarda Banach, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMEX” Zakład Remontowo-Budowlany Edward Banach, ul. Bojkowska 120, 44-141 Gliwice,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

.....

2

Sygn. akt KIO 2768/10

Sygn. akt KIO 2777/10

UZASADNIENIE

Zamawiający, Masto świec, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na termomodernizację i remont kapitalny starej części budynku Gimnazjum nr 1 w Śywcu wraz z ogrodzeniem terenu i parkingami.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 21.12.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu m.in. o wyborze oferty ZBM PROBUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp P.U.H. FART-TRANS-CONSULTING Tomasz Ciućka (zwanego dalej FART-TRANS-CONSULTING) i „DOMEX” Zakład Remontowo-Budowlany Edward Banach (zwanego dalej DOMEX), a także o zatrzymaniu wniesionych przez nich wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

Uzasadniając wykluczenie i zatrzymanie wadium FART-TRANS-CONSULTING zamawiający wskazał brak udokumentowania przez wykonawcę spełnienia wymogu określonego w pkt 10 rozdz. IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Zgodnie z ww. postanowieniem siwz w ramach dokumentów, jakie mieli dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy niezobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego winni byli przedłożyć inne niż sprawozdanie finansowe dokumenty potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy - za okres ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Tymczasem wykonawca do swojej oferty załączył jedynie deklarację PIT-36L za rok 2009, pominał natomiast dokumenty określające jego zobowiązania i należności. W związku z czym w dniu 03.12.2010 r. został w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów tego typu. W dniu 06.12.2010 r. FART-TRANS-CONSULTING - w wykonaniu wezwania zamawiającego - uzupełnił dokumenty przez przedłożenie podsumowania księgi przychodów i

3

rozchodów w miesiącu grudniu 2009 r. i wyliczenie dochodu na podstawie zapisów wg udziałów. Zdaniem zamawiającego przedłożony dokument wciąż nie określał jednak zobowiązań i należności firmy i tym samym nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez zamawiającego. W związku z czym zamawiający wykluczył wykonawcę i zatrzymał wniesione przez niego wadium.

Analogiczne czynności z tożsamym uzasadnieniem zamawiający przedsięwziął w stosunku do wykonawcy DOMEX. Jediną różnicą w stanach faktycznych wykluczenia obu ww. wykonawców był fakt, iż w przypadku DOMEX wraz z ofertą nie zostały przedłożone żadne dokumenty żądane w rozdz. IV pkt 10 siwz. Dopiero w wykonaniu wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w dniu 07.12.2010 r. wykonawca przedłożył PIT-36L, oświadczając jednocześnie, iż jego firma prowadzi księgowość na zasadzie książki przychodów i rozchodów i tym samym nie dysponuje bilansem oraz rachunkiem zysków i strat.

W dniu 23.12.2010 r. FART-TRANS-CONSULTING wniósł odwołanie od ww. czynności zamawiającego, oznaczone w obiegu akt Izbą sygnaturą KIO 2768/10.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a/ art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z § 1 pkt 8 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) oraz art. 26 ust. 3 p.z.p. i poprzez wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty opierając się na założeniu, że Odwołujący nie dołączył do oferty oraz nie uczynił tego na wezwanie Zamawiającego wymaganych w pkt. 10 rozdz. IV SIWZ dokumentów określających obroty, zyski, zobowiązania i należności Odwołującego wraz z kopiami dokumentów określających i potwierdzających powyższe - w sytuacji, gdy Odwołujący wszelkie wymagane dokumenty przedłożył,
b/ art. 46 ust. 4a p.z.p. poprzez będące konsekwencją wykluczenia, zatrzymanie wadium

opierając się na założeniu, że Odwołujący nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego dokumentów wymaganych w pkt. 10 rozdz. IV SIWZ określających obroty, zyski, zobowiązania i należności Odwołującego wraz z kopiami dokumentów określających i potwierdzających powyższe - w sytuacji, gdy Odwołujący wszelkie wymagane dokumenty przedłożył i dodatkowo uzupełnił je na wezwanie Zamawiającego w dacie 06.12.2010 r.

W związku z czym odwołujący wniósł o:

4

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia będącej konsekwencją wykluczenia czynności zatrzymania wadium,
3. dokonania powtórnej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego,
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż odwołujący nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego. Zamawiający faktu tego nie kwestionował. Odwołujący, jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą jest zobowiązany do sporządzania i przedkładania właściwym urzędom skarbowym odpowiednich dokumentów (zeznań podatkowych), z treści których wynikają m.in. dochód, zysk, koszty działalności, straty, jak również zobowiązania finansowe w zakresie prowadzonej działalności. Odwołujący złożył zgodnie z przyjętym sposobem rozliczania z podatku zeznanie roczne PIT-36L za 2009 rok. Tym samym, zeznanie roczne PIT, zgodnie z ukształtowaną już linią orzeczniczą, spełnia warunki innego dokumentu określającego obroty oraz zobowiązania i należności w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) - tak min. wyrok KIO z 05.06.2009 r.. KIO/UZP 651/09, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt X Ga 88/06, gdyż zawiera ono informacje określające obroty, zysk, zobowiązania i należności Odwołującego.

Zamawiający nie wyspecyfikował - poza dokumentem PIT - w SIWZ, jakie dokumenty określające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności powinni przedłożyć wykonawcy, którzy nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego, zatem należy uznać, że Odwołujący przedłożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty świadczące o jego kondycji finansowej. Natomiast Zamawiający, wzywając Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności za rok 2009, naruszył powołany przepis.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego w dacie 06.12.2010 r. uzupełnił dokumenty, które w przekonaniu Odwołującego były adekwatne. Tym samym w nie może mieć zastosowania przepis art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p., stanowiący o podstawach zatrzymania wadium przez Zamawiającego. Zamawiający na mocy tego przepisu ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle (uwzględniając obiektywne udowodnione przyczyny nie leżące po stronie wykonawcy) nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne nawet uzupełnienie dokumentu, pomimo, że taki dokument może - w ocenie zamawiającego -nie potwierdzać

5

spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania art. 46 ust. 4a p.z.p. (tak min. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.03.2010 r.. KIO/UZP 309/10).

Jednocześnie wobec zmienionej treści przepisu art. 180 ust. 1 p.z.p. (odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy) oraz wskazania wykładni prawnej zawartej w postanowieniu SN z dnia 07.05.2010 r.. V CSK 456/09 opubl: Prawo Zamówień Publicznych rok 2010, Nr 2, str. 70: *"Obecnie jednak art. 180 ust. 1 ZamPublU postuluje się dużo bardziej ogólną formułą: „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...”. Relatywnie*

łatwiej zatem obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści. Problematyczna jest ocena wpływu zmiany stanu prawnego na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie. Z jednej strony nie uległa dezaktualizacji potrzeba określenia, czy zatrzymanie wadium jest czynnością zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dokładnie o odpowiedź na takie pytanie wniesiono w badanej skardze kasacyjnej. Z drugiej strony można jednak stwierdzić, że odpowiedź jest w aktualnym stanie prawnym jasna. Wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone ZamPubU" - w pełni uzasadnione jest żądanie Odwołującego nakazania przez Izbę unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p. Wskazane przez Odwołującego powyżej naruszenie p.z.p. przez Zamawiającego są realne. Oferta Odwołującego jest trzecia w kolejności najniższa cenowo, zaś Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia publicznego w ramach danego postępowania i to nawet jeżeli jego oferta nie zostanie uznana za najniższą. Odwołujący ma potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia np w sytuacji odmowy podpisania umowy przez wybranego wykonawcę. Wykluczenie Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. powoduje, że może on ponieść szkodę na skutek nieuzyskania zamówienia publicznego. Niezależnie od tego zatrzymanie przez Zamawiającego wadium - będące konsekwencją wykluczenia - w realiach stanu faktycznego powoduje, że Odwołujący może ponieść szkodę. Mając powyższe na uwadze, Odwołującemu przy jednoczesnym spełnieniu przesłanek z art. 179 ust. 1 przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania.

6

W dniu 27.12.2010 r. DOMEX wniósł odwołanie od ww. czynności zamawiającego, oznaczone w obiegu akt Izby sygnaturą KIO 2777/10.

Odwołujący powtórzył zarzuty, wnioski oraz argumentację zawartą w odwołaniu o sygn. akt 2768/10, odnosząc je i dostosowując do sytuacji własnej.

I tak w odwołaniu nadmieniono, iż odwołujący na wezwanie zamawiającego, w dniu 07.12.2010 r. nie tylko uzupełnił dokument stwierdzający kondycję finansową (PIT-36L) ale jednocześnie pragnąc wyjaśnić wątpliwości wskazał, iż jako prowadzący działalność gospodarczą rozlicza się na podstawie Podatkowej Księgi Przychodów i Rozchodów i w związku z tym nie jest zobowiązany do prowadzenia ewidencji księgowej swoich zobowiązań i należności i nie jest w posiadaniu takich dokumentów.

Odnośnie interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wskazano, że oferta odwołującego jest drugą najniższą cenowo, zaś cena nie jest jedynym kryterium oceny i wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący ma więc szansę na uzyskanie zamówienia publicznego w ramach danego postępowania i to nawet jeżeli jego oferta nie zostanie uznana za najniższą cenowo.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Przywoływane w zawiadomieniu o wyniku przetargu i w odwołaniach okoliczności faktyczne dotyczące dokumentów złożonych przez odwołujących wraz z ich ofertami oraz uzupełnianych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, które zostały zreferowane powyżej, odpowiadają rzeczywistości stanowi faktycznemu sprawy.

Odnośnie adekwatnych wymagań siwz obowiązujących w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 4 rozdz. III siwz zamawiający żądał aby w celu potwierdzenia spełniania warunków z art. 22 ust. 1 ustawy wykonawcy wykazywali się w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

- posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 800 000 zł,
- posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczeniową nie

mniejszą niż 500 000 zł.

Innych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający nie sformułował.

7

W rozdz. IV pkt 10 zamawiający wymagał, aby wykonawcy niezobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego przedłożyli inne niż sprawozdanie finansowe dokumenty potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy - za okres ostatniego roku obrotowego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Jak zaznaczono, należało w takim przypadku przedłożyć dokumenty określające obroty, zysk, zobowiązania i należności firmy wraz z kserokopiami dokumentów określających i potwierdzających powyższe dane (deklaracje PIT).

Zgodnie z rozdz. IX.A (tabela) siwz kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena i termin rękojmi.

Najniższą cenę zaoferował wykonawca ZBM PROBUD Sp. z o.o.. Kolejne pod względem wysokości (rosnąco) były ceny DOMEX i FART-TRANS-CONSULTING. Wszyscy ww. wykonawcy zaoferowali maksymalny punktowany okres rękojmi, tym samym ich oferty w ramach odnośnego kryterium otrzymały równą liczbę punktów.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zarówno w odniesieniu do stwierdzenia nieprawidłowości wykluczenia z postępowania, jak i zatrzymania wadium. Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Bez znaczenia jest tu podnoszona przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, iż odwołanie FART-TRANS-CONSULTING zostało wniesione w dacie, gdy jego oferta nie była zabezpieczona wadium oraz minął termin jego związania ofertą – nie wpływa to na ocenę interesu w uzyskaniu zamówienia, który w obecnej redakcji art. 179 ust. 1 ustawy referuje również do przeszłości. Ponadto odwołanie zostało wniesione po wyborze najkorzystniejszej oferty, a w świetle art. 46 ust. 1 i art. 85 ust. 4 Pzp obowiązek zabezpieczenia ofertą wadium dotyczy jedynie oferty wybranej.

Izba uznała, iż na potwierdzenie zasługują zarzuty nieprawidłowego wykluczenia obydwu odwołujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tj. w związku z oceną przedłożonych przez nich dokumentów potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy.

W pierwszej kolejności należy tu zaznaczyć, iż już żądanie tego typu dokumentów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia było niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów ustawy i tym samym za niedopuszczalne należało uznać egzekwowanie ich przedłożenia na etapie oceny ofert. Jak zostało wskazane wyżej, w ramach zawartego w siwz opisu sposobu dokonywania oceny

8

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, sprecyzowano jedynie warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania stosownego ubezpieczenia i określonej ilości środków/zdolności kredytowej (norma art. 22 ust. 1 pkt 4 jest przepisem blankietowym i nie ustanawia żadnych konkretnych i samoistnych warunków w tym zakresie). Natomiast żądane w siwz dokumenty potwierdzające obroty, zysk oraz zobowiązania i należności wykonawcy nie odnoszą się do tych okoliczności (ubezpieczenia, posiadanych środków finansowych) i tym samym należy je ocenić jako zbędne do przeprowadzenia postępowania, a ich żądanie za niezgodne z art. 25 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże dla zastosowania dyspozycji ww. przepisu, warunki, których wykazanie się kwestionuje (których ewentualnie nieprzedłożone dokumenty miałyby dotyczyć), należało w ogóle postawić.

Ponadto, na marginesie powyższego, wskazać można, że dokonana przez zamawiającego ocena zbędnych w postępowaniu, a wymaganych przezeń dokumentów określających obroty, zysk, zobowiązania i należności firm była nieprawidłowa – przedłożone przez odwołujących

deklaracje podatkowe PIT-36L za rok 2009 są dokumentami potwierdzającymi w sposób wystarczający i zgodny ze wskazaniami siwz, zobowiązania i należności wykonawcy niezobowiązanego do sporządzenia sprawozdania finansowego.

Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, iż obaj odwołujący nie są zobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego. Jako osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą są zobowiązane natomiast do sporządzenia i przedkładania właściwym urzędom skarbowym odpowiednich dokumentów (zeznań podatkowych), z treści których wynikają m.in. dochód, zysk, koszty działalności, straty, jak również zobowiązania finansowe w zakresie prowadzonej działalności. Przedłożone przez odwołujących roczne zeznania podatkowe PIT-36L, zgodnie z ukształtowaną już linią orzeczniczą, dla przykładu wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt X Ga 88/06 oraz wyrok KIO z dnia 5 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 651/09, spełniają wymagania innego niż sprawozdanie finansowe dokumentu określającego zobowiązania i należności w rozumieniu § 1 pkt 8 ww. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (powołane orzeczenia odnoszą się do wcześniej obowiązujących w tym zakresie przepisów, jednakże brzmienie przepisów aktualnych nie odbiega od redakcji przepisów uprzednich). Z treści złożonych zeznań podatkowych o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym (PIT-36L) wynika nie tylko przychód, czyli łączna wartość sprzedaży dóbr, towarów i usług (należności

9

przedsiębiorcy), ale i dochód, a więc przychód pomniejszony o koszty, czyli również zobowiązania przedsiębiorcy.

Jednakże w zastanych okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, potwierdzenie powyższych zarzutów nie mogło doprowadzić do uwzględnienia odwołań. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario*, ustawa nie przewiduje sytuacji, w której możliwe jest uwzględnienie odwołania w przypadku gdy potwierdzone naruszenia wpływ na wynik postępowania nie mają. Nawet w przypadku przywrócenia odwołujących do postępowania i powtórnej oceny ofert w świetle kryteriów oceny przewidzianych w siwz, oferta żadnego z nich nie zostanie uznana za najkorzystniejszą – wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej nie ulegnie zmianie.

Odnosnie naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy, tj. będącego konsekwencją wyżej stwierdzonych błędów zamawiającego zastosowania tego przepisu i zatrzymania wadium odwołujących, Izba wskazuje, iż jakkolwiek zatrzymanie wadium, co znajduje potwierdzenie w przywoływanym w odwołaniach orzeczeniu Sądu Najwyższego, należy uznać za czynność w postępowaniu, to jak słusznie podniósł zamawiający, w związku z wartością przedmiotowego zamówienia, czynność ta nie mieści się w enumeratywnie ograniczonym katalogu czynności zawartym w art. 180 ust. 2 Pzp, wobec których odwołanie przysługuje. Z uwagi na powyższe oraz w związku z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp pozostawiono bez rozpoznania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano wnioskowanych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – wyżej wymienione, przypisane w tym zakresie normy prawne przewidują zasądzanie tego typu kosztów jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, czego w tym przypadku zamawiający nie uczynił.

.....

10

