

Sygn. akt: KIO 1570/16
KIO 1571/16

WYROK
z dnia 7 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Izabela Kuciak
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez Odwoływających:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Szwalnia IMA Holding sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Limanowej, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów w Gdyni, Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej – sygn. akt: KIO 1570/16,
2. wykonawcę Szwalnia IMA Holding sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Limanowej – sygn. akt KIO 1571/16,

w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie,

orzeka:

1. oddała odwołania,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwoływających i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet jego kosztów kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwoływających tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od Odwoływających na rzecz Zamawiającego kwoty po 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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

Sygn. akt: KIO 1570/16
KIO 1571/16

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1570/16

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.:

„Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku (mundury polowe)” (znak sprawy: D/260/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 grudnia 2015 r. pod nr 2015/S 250-457108.

W dniu 22 sierpnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Szwalnia IMA Holding sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Limanowej, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów w Gdyni, Spółdzielnia Inwalidów „ELREMET” w Białej Podlaskiej (dalej „Odwołujący”), dotyczące części 2 i 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji, polegające na przewlekłym prowadzeniu Postępowania i niedokonaniu czynności badania oraz oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej mimo bieżących i zbliżających się terminów realizacji zamówienia,
2. art. 15 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, polegającej na dokonaniu badania oraz oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Członkowie odwołującego się konsorcjum są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie szycia odzieży służbowej i mundurowej, a tym samym podmiotami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący złożył ofertę

3

w Postępowaniu, pierwotnie na wszystkie części zamówienia, a w skutek przedłużającej się procedury pozostał przy częściach nr 2 i 3. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, miałby on możliwość uzyskania zamówienia (oferta Odwołującego była jedyna, a zaoferowana cena mieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia). Odwołujący podkreślił również, że spełnia postawiony przez Zamawiającego podmiotowy warunek udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 22 ust. 2 Pzp).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył treść przepisów art. 7 ust. 1, art. 15 ust. 1, art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 7a Pzp i stwierdził, że pierwszym i podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego realizacji mają służyć wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego, jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy. Konsekwencją powyższego jest również okoliczność, że Pzp przewiduje, że do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi wyłącznie przez wybór oferty najkorzystniejszej albo unieważnienie procedury. Niewątpliwie zatem Pzp obliuguje zamawiającego do tego, aby dokonał badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Wraz z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do złożenia przez zamawiającego swoistego przyrzeczenia publicznego zawarcia umowy, a zamawiający co do zasady ma obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i zawrzeć umowę, zgodnie z celem prowadzonego postępowania.

Odwołujący podał, że termin składania ofert w Postępowaniu wyznaczony został na dzień 1 marca 2016 r. W wyznaczonym terminie ofertę złożył wyłącznie Odwołujący, a oferowana przez niego cena mieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego.

Termin związania ofertą został określony na 60 dni (Rozdział IX pkt 1 SIWZ). W terminie związania ofertą Zamawiający nie dokonał oceny oferty i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, pismem z dnia 22 kwietnia 2016 r., przedłużył po raz pierwszy termin

związania ofertą.

W dniu 20 maja 2016 r. Zamawiający unieważnił Postępowanie w zakresie części 1-3 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, powołując się na zmiany w zakresie finansowania przetargów realizowanych przez Zamawiającego dotyczące nie tylko

4

przedmiotowego zamówienia, ale wszystkich dostaw umundurowania i wyekwipowania realizowanych na rzecz Zamawiającego w 2016 r.

Od powyższej czynności Odwołujący wniósł odwołanie, a pismem z dnia 31 maja 2016 r. Zamawiający poinformował, że w związku z wniesionym odwołaniem zawiesza bieg terminu związania oferta do czasu ogłoszenia przez KIO. Izba wyrokiem z dnia 20 czerwca 2016 r. (sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16) uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania.

Odwołujący podkreślił, że po upływie ponad miesiąca od dnia ogłoszenia wyroku, w dniu 21 lipca 2016 r., Zamawiający wykonując wyrok zawiadomił o unieważnieniu czynności unieważnienia Postępowania.

Pismem z dnia 28 lipca 2016 r. Odwołujący po raz kolejny przedłużył termin związania ofertą oraz ważność wadium, jednak z uwagi na przedłużającą się procedurę zrezygnował z ubiegania się o część 1 zamówienia.

Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a unieważnienie przez niego Postępowania zostało skutecznie zanegowane w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nadal dysponuje ważną ofertą, a zatem Postępowanie toczy się w dalszym ciągu. Wskazał, że przepisy Pzp nie przewidują maksymalnego czasu, w jakim ma nastąpić badanie i ocena ofert, niemniej jednak blisko sześć miesięcy, jakie upłynęło od wyznaczonego terminu składania ofert jest czasem zupełnie wystarczającym do dokonania czynności badania i oceny ofert oraz poinformowania o wynikach tej oceny, tym bardziej, że chodzi o ocenę wyłącznie oferty Odwołującego, a Postępowanie w zakresie rodzaju przedmiotu zamówienia i wymagań postawionych przez Zamawiającego jest bliźniaczo podobne do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach ubiegłych, w których Zamawiający również ogłaszał postępowania na dostawę elementów umundurowania i wyekwipowania. Oznacza to, że w zakresie procedury nie istnieją żadne nowatorskie cechy, które utrudniałyby lub wręcz uniemożliwiłyby Zamawiającemu szybkie i sprawne przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w jej konsekwencji dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego zasadność zarzutów w zakresie zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wybory oferty najkorzystniejszej potwierdzają również postanowienia SIWZ, których autorem jest sam Zamawiający.

Z Rozdziału IV pkt 1 SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał, aby zamówienie

5

publiczne zostało wykonane:

zamówienie gwarantowane 1 (pierwszej) partii w roku 2016 w terminie – wynikającym z oferty – ilość dni kalendarzowych liczonych od daty zawarcia umowy; sugerowany (pożądany przez Zamawiającego termin realizacji I etapu zamówienia do dnia 30 czerwca 2015 r.,

– zamówienie gwarantowane 2 (drugiej) partii w terminie wynikającym z „Planu dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku”; jak wynika z projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) ma to nastąpić do 31 października 2016 r.,

zamówienie opcjonalne w terminie do dnia 15 grudnia 2016 r. – (zgodnie z postanowieniami zawartymi w załączniku do SIWZ - „Wzór umowy”).

Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 1 SIWZ, oferty miały być ocenione odrębnie dla każdego z zadań, wedle kryterium: cena – 90 % oraz termin realizacji 1 partii – 10% (przy czym Zamawiający pod pojęciem „1 (pierwszej) partii” rozumie dostawę (ilości gwarantowanej) przedmiotu zamówienia wynikającej z „Planu dostaw przedmiotów

umundurowania i wyekwipowania w 2016” w terminie podanym w ofercie – ilości dni kalendarzowych).

Termin składania ofert upłynął w dniu 1 marca 2016 r. Uwzględniając, że Zamawiający przewidywał, że pierwsze dostawy będą zrealizowane do końca czerwca 2016 r., przyjęć należy, że sam Zamawiający uznawał, że rozstrzygnięcie Postępowania nastąpi w terminie maksymalnie 60 dni od terminu składania ofert, w tym bowiem terminie wykonawcy byli związani złożonymi przez siebie ofertami.

Z powyższego wynika również, że dla Zamawiającego istotnym było aby jak najszybciej otrzymać mundury połowę. Aby jednak to się stało, konieczne jest uprzednie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy z wykonawcą.

Z postanowień SIWZ, które ustalał przecieź Zamawiający ewidentnie wynika, że czynność badania i oceny oferty i poinformowanie o wynikach tej oceny powinna już dawno nastąpić, gdyż zrealizowane winny być już pierwsze dostawy. Nie istnieją też żadne formalne przeszkody, które uniemożliwiłyby Zamawiającemu podjęcie czynności badania i oceny ofert. Ostatnią czynnością Zamawiającego w tym zakresie było wezwanie z dnia 5 maja 2016 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp do potwierdzenia certyfikatów, które zostało przez Odwołującego w terminie wykonane. Od tamtego momentu, Zamawiający nie podjął żadnej czynności, która zmierzałaby do oceny oferty złożonej przez wykonawcę i w konsekwencji dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Taki sposób postępowania naraża też Odwołującego na nieuzasadnione koszty

6

związane np. z wydłużeniem wadium, nie mówiąc już o utrzymywaniu pełnej gotowości pracowników do realizacji zamówienia. Odwołujący są zakładami pracy chronionej i zatrudniają osoby niepełnosprawne.

Pismem z dnia 21 lipca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie końcowego terminu dostaw dla każdego z zadań do dnia 15 grudnia 2016 r., a to z uwagi na: znaczny upływ czasu liczony od terminu składania ofert bez dokonania ich oceny; wniesienie odwołania do KIO na czynność unieważnienia Postępowania; wielkość dostaw umundurowania połowego; proces technologiczny produkcji mundurów połowych; obowiązkowe procedury odbiorów wojskowych mundurów połowych. Do dnia dzisiejszego Zamawiający pozostawił powyższy wniosek bez żadnej odpowiedzi. Odwołujący przytoczył pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu jego upływu.

Z uwagi na wielkość zamówienia publicznego, ostateczny termin dostaw (31 października 2016 r.) oraz zastrzeżone kary umowne z tytułu nieterminowej dostawy (§ 11 ust. 1 umowy – załącznik nr 5 do SIWZ) Odwołujący zmuszony był zrezygnować z realizacji kolejnego zadania, tym razem nr 1 obejmującego 54.043 komplety zamówienia gwarantowanego oraz 10.957 zamówienia opcjonalnego. Jest to kolejna negatywna konsekwencja zaniechania jakiego dopuszcza się Zamawiający nie dokonując badania i oceny ofert, którą ponosi Odwołujący.

W poprzednich latach w dacie, w jakiej wnoszone jest niniejsze odwołanie odbywały się już procedury odbiorów i dostarczane były już przez Odwołującego pierwsze partie dostaw umundurowania i wyekwipowania (Odwołujący brał udział w przetargach w latach ubiegłych a terminy składania ofert były podobne jak w niniejszym postępowaniu). Zamawiający zdaje sobie bowiem doskonale sprawę, że wykonanie dostaw w zakładanym terminie (sugerowany termin realizacji pierwszego etapu zamówienia przewidziany był przecieź na 30 czerwca 2016 r., a ostateczny to dzień 31 października 2016 r.) rodzi konieczność jak najszybszego wyłonienia wykonawcy. To zaś nie może się odbyć bez badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Obecnie Zamawiający powstrzymywał się kontynuowaniem procedury i na zapytanie Odwołującego o przedłużenie terminu dostaw nie udzielił żadnej odpowiedzi.

W chwili obecnej pozostało niewiele ponad dwa miesiące na uszycie i dostarczenie mundurów połowych objętego zadaniami nr 2 i 3, a więc 56.393 kompletów (oraz 11.607 kpl zamówienia opcjonalnego). Taka ilość asortymentu mimo, iż ofertę złożyło konsorcjum składające się z 3 wykonawców, powoduje, że w przypadku dalszego powstrzymywania się z zakończeniem procedury przetargowej przez Zamawiającego (bez jednoczesnej zmiany terminów dostaw) zamówienie stanie się obiektywnie niemożliwym do wykonania przez

jakiegokolwiek wykonawcę.

Zachowanie Zamawiającego, który mimo prowadzenia Postępowania przez znaczny czas, nie doprowadził do rozstrzygnięcia należy ocenić negatywnie i jako naruszający art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący przygotował i złożył ofertę, która może być uznana za najkorzystniejszą oraz cały czas pozostaje w gotowości do zawarcia umowy i rozpoczęcia jej wykonywania ponosząc związane z tym koszty obciążające jego działalność. Zgodnie z art. 15 ust. 1 Pzp to zamawiający przeprowadza postępowanie, w więc dokonuje w jego toku poszczególnych czynności, w tym zwłaszcza badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 Pzp).

Reasumując, czas jaki upłynął od dnia składania ofert, przy jednoczesnym uwzględnieniu, że została złożona jedna tylko oferta, jest czasem oczywiście wystarczającym do dokonania badania i oceny tej jedynej oferty oraz poinformowania o wynikach tej oceny, wobec czego zaniechanie tej czynności jest oczywistym naruszeniem art. 7, art. 15 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Sygn. akt KIO 1571/16

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 r. (ubranie czołgisty-warsztatowca, ubranie zimowe czołgisty-warsztatowca z podpinką kombinezon czołgisty), znak sprawy: D/259/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 grudnia 2015 r. pod nr 2015/S 252-461381.

W dniu 22 sierpnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Szwalnia IMA Holding sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Limanowej, dotyczące części 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji, polegające na przewlekłym prowadzeniu Postępowania i nie dokonaniu czynności badania oraz oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej mimo bieżących i zbliżających się terminów realizacji zamówienia,
2. art. 15 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności, do której

Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, polegającej na dokonaniu badania oraz oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie szycia odzieży służbowej i mundurowej, a tym samym podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu na część 3 zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, miałby on możliwość uzyskania zamówienia (oferta Odwołującego była jedyna, a zaoferowana cena mieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył argumentację z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1570/16, wskazując na różnice w zakresie dat czynności dokonywanych w Postępowaniu, terminów realizacji zamówienia i rodzaju oraz ilości zamawianego asortymentu.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 sierpnia 2016 r. wyjaśnił, że wykonał wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2016 r. (sygn. akt: KIO 919/16, KIO 937/16, KIO 938/16, KIO 939/16, KIO 943/16, KIO 944/16, KIO 946/16, KIO 947/16, KIO 949/16, KIO 951/16) unieważniając,

w dniu 21 lipca 2016 r., zaskarżoną odwołaniami w ww. sprawach decyzję o unieważnieniu postępowań (w tym postępowań, w których zostały wniesione odwołania w przedmiotowej sprawie).

Podkreślił również, że jako dysponent III-go stopnia budżetu państwa nie posiada uprawnień do samodzielnego przenoszenia lub przesuwania środków finansowych z jednego zadania na inne, w związku z czym – pismem z dnia 21 czerwca 2016 r. – wystąpił do Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z wnioskiem o przydzielenie środków finansowych na realizację zamówień, jednak nie otrzymał odpowiedzi. W związku z powyższym stwierdził, że podjęcie czynności zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego bez pokrycia w planie finansowym mogłoby być uznane za czyn, o którym mowa w art. 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W odpowiedziach na odwołania Zamawiający wniósł o ich oddalenie stwierdzając co następuje.

Zamawiający przyznał, że jest w trakcie badania i oceny ofert i podejmowania czynności związanych z rozstrzygnięciem prowadzonych postępowań.

9

Następnie Zamawiający stwierdził, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na ich (1) przedwczesne wniesienie oraz (2) brak merytorycznego uzasadnienia postawionych zarzutów.

Odnosząc się do przedwczesności odwołań Zamawiający podkreślił, że ustawodawca nie określił w Pzp żadnego terminu na badanie i ocenę ofert oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W jego ocenie zarzut w odniesieniu do tej czynności można dopiero po faktycznym dokonaniu czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero wtedy bowiem odwołujący zyskuje informację co do podjętych przez zamawiających czynności, dopiero wtedy również jest w stanie stwierdzić czy doszło do jakichś zaniechań zamawiającego w ramach tych etapów postępowania.

Nie sposób zarzucać Zamawiającemu, że zaniechał dokonania czynności, na dokonanie której nie przewidziano w Pzp terminu. Przepisy określają wprawdzie jakich czynności zamawiający ma dokonać na etapie oceny i badania ofert, jednak w żaden sposób nie określają ani kolejności ani terminów w jakich zamawiający ma dokonywać poszczególnych czynności. Zamawiający stoi zatem na stanowisku, że tak długo jak nie zakończył on etapu badania i oceny ofert, tak długo nie może on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można zarzucać Zamawiającemu zaniechania wykonania czynności, do której wykonania nie był w określonym Pzp terminie zobowiązany (co dotyczy w szczególności badania i oceny ofert), a także, której nie jest w stanie dokonać (co dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej).

Zamawiający podkreślił, że zakończeniem etapu badania i oceny ofert jest zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem z chwilą otrzymania tego dokumentu wykonawcy, którzy złożyli oferty, dowiadują się jakie czynności Zamawiający podjął w postępowaniu, jakich czynności zaniechał i w jaki sposób zbadał i ocenił oferty. Zarzuty dotyczące zatem etapów (1) badania i oceny ofert oraz (2) wyboru oferty najkorzystniejszej (naturalna konsekwencja badania i oceny ofert), wykonawca może podnieść najwcześniej po dokonaniu przez Zamawiającego tych czynności. Na marginesie Zamawiający stwierdził, że poza wyborem oferty najkorzystniejszej, może być też zobligowany do unieważnienia postępowania na mocy Pzp, a zatem wybór oferty najkorzystniejszej nie jest jedynym obowiązkiem zamawiającego po dokonaniu badania i oceny ofert.

W nawiązaniu do powyższego Zamawiający podał, że zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (...). Jeżeli zatem Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie zaniechania (tj. w rozumieniu ww. przepisu podjęcie czynności, wobec której przysługuje odwołanie), to powinien wskazać, iż taka czynność w istocie miała

10

już miejsce. Zaniechaniem jest powstrzymanie się od działania, które na podstawie określonej normy prawnej powinno było nastąpić. Jak wskazano wyżej, żadna norma prawna nie określa w jakim momencie Zamawiający miałby dokonać badania i oceny ofert oraz

wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższe oznacza, że Zamawiający nie dopuścił się zaniechania, które zarzuca mu Odwołujący, gdyż zgodnie z Pzp nie mógł się go dopuścić. O ewentualnym zaniechaniu Zamawiającego w tym zakresie można byłoby mówić dopiero gdyby w chwili przekazania Odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający jednak nie dokonał tej czynności i jest to kwestią bezsporną. Tym samym wątpliwości budzić nie może, że zarzuty Odwołującego są przedwczesne.

Na marginesie Zamawiający podał, że od czasu wydania wyroku KIO, do którego wykonania zobowiązany był Zamawiający, do dnia wniesienia odwołania, minęły ledwie 63 dni (co odpowiada dwóm miesiącom), zaś od wykonania wyroku do dnia wniesienia odwołania minął ledwie miesiąc. Odwołujący, jako strona poprzedniego postępowania odwoławczego, ma wystarczającą świadomość co do tego ile postępowań prowadzi i prowadził Zamawiający, a jednocześnie oczekuje, że proces badania i oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić w terminie, który jego zdaniem jest najbardziej stosowny. Odwołujący nie ma uprawnienia do żądania podjęcia czynności, o które wnosi w odwołaniu, w terminie wybranym przez siebie w sposób niczym nieuzasadniony. Co istotniejsze, nie posiada takiego uprawnienia na gruncie przepisów obowiązującego prawa.

W zakresie stwierdzonej przez Zamawiającego bezzasadności zarzutów odwołań Zamawiający wyjaśnił, że nie widzi jakiegokolwiek związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą zachowania uczciwej konkurencji, a długością prowadzonego postępowania.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Zamawiający nadmienił, że przepis art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samostojącej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechania wynikającego z przepisów Pzp.

Odnosząc się następnie do zarzutu naruszenia art. 15 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że z treści przywołanych przepisów wynika jedynie, że zamawiający, przygotowuje oraz przeprowadza postępowanie, a także, że wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych.

Zamawiający podkreślił, że nie kwestionuje tych okoliczności oraz nie uchyla się i nie zamierza się uchylać od przeprowadzenia postępowań i dokonania czynności zgodnie z Pzp. Co jednak zostało już wcześniej wskazane, nie można mu czynić zarzutu z zaniechania czynności, na wykonanie której ustawodawca nie określił żadnego terminu.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W niniejszej sprawie Zamawiający nie jest zobligowany, do dokonywania czynności w zakreślonych przez Odwołującego terminach. Nie można zatem mówić, że Zamawiający dokonał w tym zakresie jakiegokolwiek zaniechania.

Odnosząc się zaś do twierdzeń odwołujących, jakoby Zamawiający narażał Odwołującego na „nieuzasadnione” koszty związane z przedłużaniem wadium oraz utrzymywaniem pełnej gotowości pracowników do realizacji zamówienia, Zamawiający wskaza, że wykonawca jako profesjonalista ponosi ryzyko związane ze swoimi decyzjami biznesowymi i gospodarczymi. Zamawiający nie zmusza w żaden sposób odwołujących do udziału w postępowaniach, do przedłużania wadium i pozostawiania pracowników w gotowości. Zamawiający oczywiście ma te kwestie na uwadze, jednak nie sposób przerzucać odpowiedzialność za decyzje odwołujących na Zamawiającego, jak zdaje się czynić Odwołujący. Odnosząc się zaś do terminów umownych, Zamawiający analizuje tę kwestię i szuka rozwiązań zaistniałej sytuacji.

Podsumowując, Zamawiający nie może dokonywać czynności w postępowaniach zgodnie z subiektywnymi odczuciami poszczególnych wykonawców co do terminu, w jakich Zamawiający powinien czynności tych dokonać. Tym bardziej nie można twierdzić, że Zamawiający w jakikolwiek sposób uchybia swoim obowiązkom nie dotrzymując takich subiektywnie ustalonych terminów. Zamawiający nie wprowadza również i nie ma możliwości wprowadzenia żadnych środków przymusu i stosowania ich wobec wykonawców, które miałyby prowadzić do zmuszenia ich do udziału w postępowaniu, a tym samym,

jeżeli wykonawca uważa, że ponosi zbyt wysokie koszty w związku z liczeniem na otrzymanie zamówienia, po prostu nie powinien ich ponosić. Ryzyko gospodarcze w tym zakresie leży po stronie odwołujących, tak jak każdego innego wykonawcy, w każdym postępowaniu. Zamawiający musi natomiast dokonywać badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej tak długo, jak jest to Zamawiającemu potrzebne, mając na uwadze cel publiczny, realizację zadania publicznego oraz racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Należy również pamiętać, że wbrew twierdzeniom odwołujących, od czasu wydania wyroku w sprawie unieważnienia czynności unieważnienia postępowań upłynęło relatywnie niewiele czasu. Przede wszystkim Zamawiający nie może dokonać czynności zgodnie z ich żądaniami, gdyż prowadziłoby to do wypaczenia zasad zamówień publicznych, przez dopuszczenie do sytuacji, w której wobec Zamawiającego, stosuje się swego rodzaju środki przymusu, mające ewidentnie doprowadzić do wyboru określonej oferty.

12

Na marginesie już tylko Zamawiający zaznaczył, że wdawanie się w spór na tym etapie postępowań i podnoszenie przedwczesnych zarzutów, prowadzi pośrednio do ich wydłużenia, gdyż w pewnym sensie, w sposób oczywisty spór tego rodzaju konsumuje czas i zwiększa koszty ponoszone tak przez odwołujących, jak i Zamawiającego. Odwołujący oczekują szybkich i odpowiednich (według subiektywnych kryteriów) reakcji od Zamawiającego, jednocześnie wdając się z Zamawiającym w bezzasadny spór, który – zdaniem Zamawiającego – jest niczym innym, jak próbą pospieszenia Zamawiającego. Co istotniejsze, Zamawiający dokonuje czynności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia w ramach przewidzianych ustawą PZP.

Zamawiający zasignalizował, że odwołujący niejako sami traktują siebie jako adresatów normy z art. 15 ust. 1 oraz 91 ust. 1 Pzp wskazując, iż przygotowali i złożyli oferty, które mogą być uznane za najkorzystniejsze. Zamawiający podkreślił, że to on jest organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem to Zamawiający bada i ocenia oferty i nie może pod żadnym pozorem kierować się w tym zakresie sugestiami pozostałych wykonawców, w tym odwołujących.

Do postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczone powyżej stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniach i odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że przedstawiony w odwołaniach stan faktyczny nie był sporny. Do dnia wyrokowania Zamawiający nie dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, ani też nie zakończył postępowań przez ich unieważnienie.

W powyższych okolicznościach, w ocenie Izby, odwołania podlegały oddaleniu z uwagi na treść art. 179 ust. 1 Pzp. Przepis ten konstytuuje materialnoprawne przesłanki skuteczności odwołania wskazując, że przysługuje ono wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Trzeba mieć na względzie, że wskazane przesłanki muszą zachodzić łącznie, a ciężar ich wykazania spoczywa zawsze na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej.

Interes, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp nie musi mieć charakteru prawnego (tj. wynikać z obowiązujących przepisów prawa). Wystarczające jest legitymowanie się przez wykonawcę interesem faktycznym, który zachodzi wówczas,

13

gdy wykonawca zainteresowany jest uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Interes musi mieć charakter konkretny, tj. nakierowany na uzyskanie zamówienia publicznego oraz dotyczyć postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z którym wykonawca korzysta ze środka ochrony prawnej (innymi słowy odwołanie ma stwarzać możliwość uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu, a nie w jakimkolwiek innym, które może zostać przez zamawiającego wszczęte).

Szkoda stanowiąca kolejny warunek *sine qua non* zasadności środka ochrony prawnej powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny. Pod jej pojęciem kryje się zatem uszczerbek polegający zarówno na stracie, rzeczywistej szkodzie (*damnum emergens*), jak i utraconych korzyściach (*lucrum cessans*), przy czym nie musi mieć ona koniecznie wymiaru majątkowego. Zauważyć należy, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp referuje zarówno do szkody wyrządzonej, jak i grożącej.

W powyższym kontekście istotne jest jednak, że szkoda (zaistniała, bądź potencjalna) stanowić musi skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przyczyn szkody należy zatem upatrywać w dokonaniu przez zamawiającego czynności niezgodnie z przepisami Pzp albo zaniechaniu czynności pomimo obowiązku jej dokonania. Z powyższego wynika, że pomiędzy naruszeniem przepisów a szkodą istnieć musi adekwatny związek przyczynowy, który zachodzi wówczas gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Ad casum skład orzekający nie stwierdził zaistnienia ostatniej z okoliczności wskazanych w treści przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, a to naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Mając na uwadze fakt, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba może orzekać wyłącznie o zarzutach wskazanych w odwołaniu, zaś sam zarzut składać musi się z przytoczenia przepisu Pzp i wskazania okoliczności (faktycznych i prawnych), w których odwołujący upatruje jego naruszenia, należało poddać ocenie zarzuty sformułowane w *petitum* każdego z odwołań.

Chybiony był zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, po pierwsze, ze względu na fakt, że nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania.

Sformułowano w nim bowiem zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia które na Pzp, publicznego, ulegają konkretyzacji gruncie dalszych przepisów odnoszących się do konkretnych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Po drugie – w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bierze udział wyłącznie jeden wykonawca należy podać w wątpliwość możliwość naruszenia przez zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Nakazują one bowiem prowadzić

postępowanie w taki sposób, aby uczestniczący w nim wykonawcy mogli uczciwie konkurować na równych zasadach, co nie będzie mogło zostać zrealizowane w warunkach ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie przez jeden podmiot.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do uwzględnienia drugiego z zarzutów sformułowanych w odwołaniach. Odnosząc się do ich konstrukcji stwierdzenia wymaga, że nie było uzasadnione przywoływanie przez odwołujących przepisu art. 15 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Zdaniem składu orzekającego w sytuacji, w której zamawiający nie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej nie można niejako automatycznie twierdzić, że nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisów Pzp wynika bowiem, że postępowanie może zakończyć się bądź udzieleniem zamówienia (następującym z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), bądź jego unieważnieniem. W konsekwencji stwierdzić można, że o ile żadna ze wspomnianych okoliczności nie miała w postępowaniach miejsca (co nie było sporne), to są one w dalszym ciągu prowadzone.

Nie mógł się wreszcie ostać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp. Odwołujący skupili się na tej jego części, która stanowi, że zamawiający wybiera ofertę pomijając przy tym, że ustawodawca nie przewidział dla dokonania tej czynności żadnego definitywnego terminu. W konsekwencji twierdzenia odwołujących, jakoby zamawiający był zobligowany dokonać wyborów w określonym czasie uznane zostały przez skład orzekający za nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego i jedynie na marginesie Izba wskazuje, że przeszkód w ewentualnym uwzględnieniu odwołań należałoby również upatrywać w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp, w świetle którego odwołanie jest uwzględniane jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Abstrahując od omówionej wcześniej kwestii naruszenia przepisów Pzp zauważenia wymaga, że nie sposób przewidywać w jaki sposób

przedłużająca się procedura badania i oceny ofert oddziałuje (lub mogłaby oddziaływać) na wynik postępowań w opisanym powyżej rozumieniu.

15

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia,
O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 6 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

16