

WYROK
z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29.11.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18.10.2010 r. przez wykonawcę **Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów, Al. Jerozolimskie 202, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Dostawa urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych – 5 szt.”

przy udziale wykonawcy **IBCOL Polska Spółka z o.o., ul. Rumiana 86, 02-956 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i unieważnić w całości umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa z wykonawcą IBCOL Polska Spółka z o.o., ul. Rumiana 86, 02-956 Warszawa.**
2. Kosztami postępowania w kwocie 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów, Al. Jerozolimskie 202, 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** na rzecz **Przemysłowego Instytutu Automatyki i Pomiarów, Al. Jerozolimskie 202, 02-486 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 30 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2514/10

Zamawiający - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa - przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Dostawa urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych – 5 szt.”.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przez Zamawiającego w

dniu **17.11.2010 r.** z wykonawcą IBCOL polska Spółka z o.o. (nr umowy 251/184/Cut/10/PZ/173).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

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

Wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu **28.11.2010 r.** poprzez przekazanie wykonawcom zaproszenia do negocjacji.

W dniu **09.11.2010 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu SIWZ oraz zaprosił go do złożenia oferty.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **18.11.2010 r.** Przedmiotem odwołania była niezgodna z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęta w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dostawę urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych - 5 szt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ustawy Pzp - wobec nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie;
- art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. stanowiącego podstawę wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w związku z dokonanymi istotnymi zmianami pierwotnych warunków zamówienia;
- art. 64 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie nierealnego do spełnienia terminu składania ofert.

3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w art. 5 Kodeksu Cywilnego wobec naruszenia prawa podmiotowego oraz norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych w zakresie czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz zasadami współżycia społecznego.

Ponadto zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie nierównego traktowania i dyskryminacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty podnoszone w treści odwołania dotyczą wadliwych czynności w wyniku, których Zamawiający uniemożliwił złożenie przez Odwołującego oferty w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wskazał, że SIWZ otrzymał od Zamawiającego w dniu 9 listopada o godz. 11:47 zatem niniejsze odwołanie jest składane z zachowaniem terminu o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

W zakresie żądań Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia procedury negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 tj. okoliczności związanych z nieusuwalną na obecnym etapie postępowania wadą postępowania.

W trakcie rozprawy Odwołujący, po powzięciu informacji o zawarciu przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego, zmodyfikował żądanie wnosząc o unieważnienie zawartej przez Zamawiającego umowy

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 28 października 2010 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych w trybie negocjacji bez ogłoszenia, (znak sprawy: 184/Cut/10/PZ). W zaproszeniu do negocjacji przesłanym Odwołującemu w dniu 28 października 2010 r. W Rozdziale III Zamawiający wskazał podstawę prawną prowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia tj. art. 62 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z unieważnieniem poprzedniej procedury (znak: 77/Cut/10/PC) prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 upzp.

Ponadto podniósł, iż w dniu 3 listopada 2010 r. Zamawiający przeprowadził

negocjacje z zaproszonymi wykonawcami. (Dwóch wykonawców, którzy przystąpili do unieważnionego postępowania znak 77/Cut/10/PC - w tym Odwołujący). Negocjacje miały charakter jednostronnych uwag i pytań zgłaszanych przez Odwołującego do przedmiotu zamówienia bez jakichkolwiek konkluzji i ustaleń ze strony Zamawiającego. W dniu 9 listopada 2010 r. o godz. 11:47, Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do

4

złożenia oferty wraz ze SIWZ, w której wyznaczono termin składania ofert na dzień 10 listopada 2010 r. godz. 10:30.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, iż pomimo znajdującej się w treści zaproszenia do negocjacji (rozdz. III pkt. 2) informacji, że „wszelkie wyjaśnienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia będą miały miejsce w trakcie prowadzonych negocjacji lub zostaną przekazane wszystkim uczestnikom postępowania wraz z zaproszeniem do składania ofert”, Zamawiający nie przekazał protokołu z przeprowadzonych z wykonawcami negocjacji.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że negocjacje bez ogłoszenia jest to tryb niekonkurencyjny, pozwalający na pominięcie obowiązku publikacji ogłoszenia, które umożliwiłoby wszystkim zainteresowanym wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Przesłanki pozwalające na zastosowanie tego trybu zostały zawarte w zamkniętym katalogu wskazanym w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp. Według Odwołującego należy je interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Zgodnie ze wskazanymi przepisami skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe jedynie w następujących przypadkach:

- jeżeli w uprzednio prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta, żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione.

W ocenie Odwołującego skorzystanie z zastosowania negocjacji bez ogłoszenia na podstawie wskazanej przesłanki możliwe jest, jeśli uprzednio przeprowadzono postępowanie w jednym z trybów podstawowych. Dodatkowym warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z pierwszym jest brak w pierwszym postępowaniu ofert lub odrzucenie wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto warunki zamówienia nie mogą zostać zmienione w sposób istotny w stosunku do postępowania uprzednio przeprowadzonego w jednym z trybów podstawowych. Oznacza to m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów wyboru oferty.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 62 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp dokonując istotnych zmian w zakresie warunków zamówienia w stosunku do warunków pierwotnych opisanych w treści uprzedniego zamówienia. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (znak: 77/Cut/10/PC) przedmiotem zamówienia była dostawa 2 szt. urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków

5

niebezpiecznych. W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia (znak: 184/Cut/10/PZ) przedmiotem zamówienia jest dostawa 5 szt. urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych. Przy czym warto zwrócić uwagę, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (vide: rozdz. IV pkt. 5 SIWZ) Zamawiający nie przewidywał możliwości udzielenia zamówień uzupełniających. Konsekwencją zmiany ilości zamawianych urządzeń jest zmiana wartości wymaganego wadium z 30 tys. zł na 70 tys. zł.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał istotnych zmian w zakresie wymagań technicznych zamawianych urządzeń: dotyczą one m.in.

1. Likwidacji stacjonarnego stanowiska operatorskiego;
2. Braku stelaża do przenośnej konsoli sterującej;
3. Zmniejszenia rozmiaru monitora w przenośnej konsoli z 15" na 14";
4. wykasowaniu „kontroli jazdy poprzez joystick z ręcznym hamulcem „no drive”,

- zwalnianiem hamulca i trybem pełzania", czym nie dysponuje urządzenie konkurencji;
5. Dodania „Urządzenia do cyfrowej rejestracji obrazu i dźwięku transmitowanego z kamer robota”;
 6. Braku wymogu dotyczącego odporności urządzenia na zakłócenia.

Ponadto w uzasadnieniu zostało wskazane, że Zamawiający dokonał istotnych zmian w zakresie sposobu prowadzenia testów dodając następujący zapis: „Dla każdego zadania zostanie wyznaczone stanowisko sterowania. Operator urządzenia nie może przemieszczać się za urządzeniem zrobotyzowanym. Przed przystąpieniem do testu robot ma być skonfigurowany tak, aby wykonywał zadania bez możliwości zmiany konfiguracji i jakiegokolwiek ingerencji operatora. Wszystkie czynności związane ze sterowaniem robotem wykonywane są wyłącznie przy użyciu konsoli sterującej”. W ocenie Odwołującego tego rodzaju zapis zabrania, co było dozwolone we wcześniejszych testach, zmiany konfiguracji robota przed wykonaniem każdego zadania testowego, przy jednoczesnym braku definicji, co oznacza słowo konfiguracja. Odwołujący podniósł, iż zostało mu wyjaśnione, że pod tym sformułowaniem zabrania się możliwości zdjęcia obciążników pomiędzy zadaniami, założenia dodatkowych akcesoriów lub dostosowania ich do rodzaju wykonywanego zadania. Tę cechę naszego urządzenia cenią inni nasi klienci, bo w dużej mierze pozwala ona obniżyć cenę naszego urządzenia. Robot konkurencji jest o 100% droższy od naszego.

Odwołujący podniósł ponadto, że z opisu przedmiotu zamówienia usunięto te zadania, z których realizacją miał kłopoty robot prezentowany przez konkurencję, tj.:

6

-
1. Oddanie strzału ze strzelby typu mossberg (pkt 20 programu testów - załącznik nr 7 do SIWZ 77/Cut/10/PC);
 2. Podjęcie przedmiotu z wnętrza pojemnika o wymiarach 0,5 m x 0,3 m x 0,3 m, (pkt 15 załącznik nr 7 do SIWZ 77/Cut/10/PC);
 3. Próba spenetrowania i podjęcia przedmiotu z podwozia samochodu oraz jego wnętrza (otwarta szyba), (przednie siedzenie kierowcy, (pkt 14 załącznik nr 7 do SIWZ 77/Cut/10/PC).

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 64 ust. 1 ustawy Pzp obligujący do wyznaczenia terminu do składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Ustawa Pzp nie wskazuje legalnej definicji „czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty”. Z tego faktu nie należy jednak wyciągać wniosku, iż w tym przypadku zamawiający dysponuje nieograniczoną swobodą wyznaczania terminu do składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał SIWZ Odwołującemu w dniu 9 listopada o godz. 11:47, wyznaczając termin do złożenia oferty na 10 listopada 2010 r. godz. 10:30.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł ponadto, że Zamawiający jednocześnie w rozdz. VII pkt. 5 SIWZ informuje, że *„wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający niezwłocznie udzieli wyjaśnień, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert”*. Odwołujący wskazał, w odniesieniu do powyższego, że połowa wyznaczonego czasu upływa o godz. 23.59 dnia 9 listopada 2010 r.

Dodatkowo wskazał, iż w rozdz. VII pkt. 3 SIWZ, Zamawiający dokonuje dalszego czasowego ograniczenia zastrzegając, iż wszelkiego rodzaju wnioski, oświadczenia i zawiadomienia przekazywane do Zamawiającego drogą faksową mogą być przekazywane w godzinach jego urzędowania, tj. do godz. 16.30. W przeciwnym przypadku będą one uznane za wniesione w dniu następnym - co w tym przypadku oznacza, że po upływie terminu do składania pytań.

W ocenie Odwołującego kilkugodzinny czas jaki wyznaczył Zamawiający z pewnością nie jest czasem pozwalającym na przygotowanie, sprawdzenie, podpisanie, zabezpieczenie

wymagany wadium i złożenie oferty w ramach postępowania, w którym przedmiotem zamówienia są urządzenia o tak wysokiej złożoności technicznej i merytorycznej. Wskazał ponadto, że działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania zamawiającego za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeśli działania zamawiającego nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do zamówienia za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Postępowanie Zamawiającego nie może naruszać zasady dobrych obyczajów, czyli norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych, (art. 5 K.C.). Zamawiający dysponuje oczywiście dużą swobodą kształtowania warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, oczywiście o ile te warunki pozostają w ścisłym związku z samym zamówieniem i celem jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć Zamawiający. (vide: Wyrok Sądu Apelacyjnego, sygn. akt I ACr 308/95, OSA 1995/7-8/52).

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzania nadmiernych bądź nierealnych do spełnienia wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (vide: Wyrok SO w Świdnicy z 20.12.2005 r. sygn. akt II CA 584/05).

W świetle obowiązujących norm, zasługujących na ochronę i zabezpieczenie, zgodnych z wolą ustawodawcy wyrażoną w obowiązujących przepisach ustawy Pzp oraz innych przepisach prawa w efekcie wadliwego postępowania Zamawiającego, został naruszony interes prawny Odwołującego. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

W dniu **19.11.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawcę IBCOL Polska Spółka z o.o. o wniesieniu odwołania.

W dniu **22.11.2010 r.** wykonawca IBCOL Polska Spółka z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

Wykonawca IBCOL Polska Spółka z o.o. wskazał, iż w związku z tym, że interes Przystępującego może doznać uszczerbku w wyniku ewentualnego uwzględnienia odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania, ze względu na bezzasadność podnoszonych w

nim zarzutów oraz kierowanych w tym zakresie żądań. Przystępujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę. Unieważnienie postępowania uniemożliwi Przystępującemu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- art. 62 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wszczęcie postępowania w sprawie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pomimo dokonania istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia;
- art. 64 ust 1 poprzez wyznaczenie nierealnego do spełnienia terminu składania ofert;
- zasad określonych w art. 5 Kodeksu cywilnego;
- art. 5 oraz art. 15 ust 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez nierówne traktowanie i dyskryminację podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia; wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. okoliczności związanych z nieusuwalną na obecnym etapie postępowania wadą postępowania.

Zgodnie z art. 62 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia jeśli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu

nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Przystępujący w odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego zastosowania przesłanki wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na zmianę pierwotnych warunków zamówienia wskazał, że Zamawiający wszczął postępowanie na „Dostawę urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych - 5 szt.” dnia 28 października 2010 r. zapraszając do negocjacji Odwołującego i Przystępującego. Zaproszenie do negocjacji zawierało niezbędne elementy określone w art. 63 ust 2 ustawy Pzp m.in. określenie przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Przystępujący wskazał, że w związku z tym Odwołujący w dniu 28 października 2010 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

9

Zganie z ustawą Pzp termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących jego wniesienia i upłynął dnia 8 listopada 2010 r. Odwołujący nie wniósł jednak odwołania lecz przystąpił do negocjacji w postępowaniu, które jego zdaniem zostało wszczęte pomimo braku przesłanek.

Przystępujący wskazał ponadto, iż Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu dokonanie istotnych zmiany w zakresie wymagań technicznych zamawianych urządzeń oraz sposobu przeprowadzenia testów. Istotą prowadzenia postępowania w tym trybie jest przeprowadzenie negocjacji w wykonawcami a następnie zaproszenia ich do składania ofert. Kwestionowane przez Odwołującego zmiany były wynikiem negocjacji przeprowadzonych z wykonawcami. W przypadku zastosowania przesłanki określonej w art. 62 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp prowadzone negocjacje mają na celu m.in. określenie tych cech przedmiotu zamówienia, które uniemożliwiły złożenie wykonawcom niepodlegających odrzuceniu ofert. Po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcami Zamawiający zmienił niektóre wymagania techniczne sprzętu oraz sposób przeprowadzenia testów jednak nie są to zmiany istotne w stosunku do pierwotnego przedmiotu zamówienia. W związku z tym, zdaniem Przystępującego, zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 62 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp są bezzasadne.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu, tj. naruszenie art. 64 ust 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający wyznacza termin składanie ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty Przystępujący wskazał, że Zamawiający przekazał wykonawcom SIWZ w dniu 9 listopada 2010 r. Jednakże wszystkie elementy SIWZ były znane wykonawcom już na etapie negocjacji a zatem dnia 3 listopada 2010 r. Od tego czasu istotne elementy SIWZ (tj. te które mają wpływ na złożenie oferty) nie uległy zmianie. W związku z tym czas wyznaczony na składanie oferty był wystarczający do przygotowania i złożenia oferty. Przystępujący otrzymał SIWZ w tym samym czasie, w którym otrzymał go Odwołujący. W ocenie Przystępującego czas wyznaczony przez Zamawiającego był wystarczający do przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu. Odwołujący złożył taką ofertę w dniu 10 listopada 2010 r. co w sposób oczywisty wskazuje, że termin wyznaczony przez Zamawiającego był wystarczający.

Zdaniem Przystępującego nieuzasadnione są również zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Obaj wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli traktowani przez Zamawiającego w jednakowy sposób, a informacje przekazywane były przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom równocześnie i w ten sam sposób. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego wypełnia ustawowe

10

znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego nie wynikają z istoty konkurencji lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do

zamówienia za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Twierdzenia te nie zostały poparte przez Odwołującego, żadnym dowodem na to, że intencją Zamawiającego było ograniczenie wolnej konkurencji czy nierówne potraktowanie wykonawców. Nie wykazał on również na faktyczne nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu czy działania faworyzujące któregokolwiek z nich.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na ustaleniu przez Zamawiającego terminu składania ofert z naruszeniem art. 64 ust. 1 oraz 7 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zaproszeniem do negocjacji, treścią SIWZ wraz z załącznikami, korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie

11

odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Odwołujący w ramach wniesionego środka ochrony prawnej zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 61 ust. 1 pkt 1 oraz art. 64 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wskutek bezpodstawnego zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wobec dokonanych zmian pierwotnych warunków zamówienia oraz poprzez wyznaczenie nierealnego do spełnienia terminu składania ofert.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 09.11.2010 r. przekazał Odwołującemu SIWZ oraz zaprosił go do złożenia oferty określając jednocześnie termin składania ofert na dzień 10.11.2010 r. na godzinę 10.30.

Po trzecie Izba ustaliła, iż wniesienie przez Odwołującego odwołania nastąpiło w dniu 18.11.2010 r.

Po czwarte Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 18.11.2010 r. poinformował wykonawcę IBCOL Polska Spółka z o.o. o uznaniu jego oferty jako najkorzystniejszej i w tym samym dniu zawarł z wykonawcą IBCOL Polska Spółka z o.o. umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo

zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub

12

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, tj. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż na skutek określenia jednodniowego terminu składania oferty nie był w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego i złożyć w tym terminie oferty. Powyższe nie zostało skutecznie podważone w toku rozprawy przez Zamawiającego. W ocenie Izby uniemożliwienie przez Zamawiającego złożenia oferty w postępowaniu poprzez ustalenie niemożliwego do dochowania terminu składania ofert powoduje, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej. W przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia wskazanego w treści odwołania art. 64 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z działaniem Zamawiającego uniemożliwiającym złożenie Odwołującemu oferty, dojdzie do wypełnienia hipotezy normy prawnej zawartej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący zaskarżając czynność określenia w treści SIWZ terminu składania ofert miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, jednakże nie składając oferty z powodu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę.

Na skutek ustalenia nierealnego terminu składania ofert Odwołujący pozbawiony został możliwości złożenia oferty, odpowiadającej intencjom Zamawiającego, a co za tym idzie utracił możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Stan ten niewątpliwie powoduje powstanie po stronie Odwołującego straty o charakterze ekonomicznym, odpowiadającej wartości utraconego zamówienia. Jednocześnie, w ocenie Izby, powstanie przedmiotowej szkody pozostaje, w przypadku stwierdzenia naruszenia art. 64 ust. 1 ustawy Pzp, w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego ustawy Pzp. Wbrew przepisom tej ustawy Zamawiający nie wyznaczył terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, czego następstwem jest uniemożliwienie złożenia przez wykonawcę oferty, a co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, poniesienie szkody odpowiadającej wartości utraconego zamówienia.

13

Tym samym Izba dopatruje się związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy działaniem Zamawiającego skutkującym naruszeniem przepisów ustawy Pzp a brakiem możliwości złożenia oferty przez Zamawiającego i tym samym powstaniem po jego strony szkody.

Izba wskazuje również, iż utrata przez wykonawcę prawa do wniesienia środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie może być wynikiem bezprawnych działań zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Izba wskazuje, iż kryteria badania istnienia interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kształtują się w odmienny sposób w przypadku, gdy Odwołujący nie złożył oferty w danym postępowaniu w wyniku i wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W tym przypadku na utratę prawa do wniesienia środka ochrony prawnej nie ma również wpływu fakt zawarcia przez Zamawiającego umowy w oparciu o art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący wykazał prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści zaproszenia do negocjacji, treści SIWZ, zaproszenia do składania ofert, sprawozdania z negocjacji, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, umowy zawartej w ramach udzielenia zamówienia publicznego, dowodów zawnioskowanych przez Zamawiającego w toku rozprawy, całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczeń Zamawiającego, Przystępującego oraz Odwołującego złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiącego podstawę wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w związku z dokonanymi istotnymi zmianami pierwotnych warunków zamówienia Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

14

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 28.10.2010 r. przekazał faksem Odwołującemu zaproszenie do negocjacji.

Wraz z powyższym zaproszeniem Zamawiający przekazał m.in. informacje dotyczące podstawy wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, informacje na temat kryteriów oceny ofert, program testów, wymagania serwisowe i gwarancyjne oraz istotne dla stron postanowienia umowy.

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego w dniu 18.11.2010 r.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Biorąc pod uwagę, iż wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w

oparciu o art. 63 ust. 1 ustawy Pzp następuje w związku z przekazaniem przez Zamawiającego wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji ten moment należy uznać za początek terminu na wniesienie odwołania w zakresie art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Stwierdzenie przez skład orzekający Izby, że odwołanie w zakresie niektórych zarzutów jest spóźnione, przy równoczesnym przyjęciu, że w pozostałym zakresie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, Izba nie ma możliwości wydania postanowienia o częściowym odrzuceniu odwołania. Izba nie ma kompetencji do wydania postanowienia częściowego w przedmiocie odrzucenia odwołania i częściowego wyroku merytorycznego, ale ma w takiej sytuacji obowiązek merytorycznego rozpoznania odwołania, z prawem pozostawienia takich zarzutów bez rozpoznania.

15

Wobec powyższego należy uznać, iż zarzut naruszenia art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został przez Odwołującego podniesiony z uchybieniem terminu określonego w ustawie Pzp. W takim wypadku, w odniesieniu do wniosku podniesionego przez Zamawiającego w toku rozprawy, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednakże skutkuje brakiem uwzględnienia zarzut bez jego merytorycznego rozpoznania. Tym samym Izba wskazuje, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców Izba uznała, że zasługuje one na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, iż przepis ten zawiera trzy ustępy.

Izba wskazuje, iż obowiązkiem Odwołującego jest precyzyjne sformułowanie zarzutu. Jest to wynikiem faktu, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Wobec niedoprecyzowania w treści odwołania oraz w toku rozprawy przez Odwołującego, które przepisy zawarte w art. 7 ustawy Pzp zostały naruszone przez Zamawiającego, oraz wobec braku doprecyzowania w wyniku jakich czynności doszło do ich naruszenia Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia powyższego przepisu w całości. Jednakże biorąc pod uwagę sposób sformułowania zarzutu Izba uznała, iż na skutek odniesienia się w treści odwołania do kwestii naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, przedmiotem zarzutu jest art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

16

Izba wskazuje, iż z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych mamy do czynienia w każdym przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności wbrew obowiązkom lub zakazom zawartym w ustawie Pzp.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu składania ofert, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej.

Izba ustaliła, iż ustalenia poczynione przez Zamawiającego oraz podjęte przez niego decyzje w toku negocjacji przeprowadzonych w dniu 03.11.2010 r. nie zostały przekazane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał bowiem, iż sprawozdanie z odbytych negocjacji zostało sporządzone jedynie na potrzeby własne Zamawiającego. Wobec powyższego jedynym dokumentem wskazującym, czy podniesione przez wykonawców w toku negocjacji wnioski, uwagi i zastrzeżenia zostały przez Zamawiającego uwzględnione zostały przekazane wraz z przekazaniem w dniu 09.11.2010 r. SIWZ wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Tym samym określenie przez Zamawiającego terminu składania ofert, którego dochowanie jest z obiektywnych przyczyn niemożliwe lub z obiektywnych przyczyn szczególnie utrudnione przez przeważającą większość wykonawców stanowi naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych.

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba ustaliła, iż Przystępujący oświadczył w toku rozprawy, iż uzyskał w terminie wcześniejszym telefoniczną informację od Zamawiającego o terminie składania ofert. Powyższe nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego w toku rozprawy. Oznacza to, iż Zamawiający, wbrew twierdzeniom podniesionym w toku rozprawy, w zróżnicowany sposób traktował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to również, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego podniesionych w toku rozprawy, iż okoliczność odmiennego traktowania przez Zamawiającego wykonawców została potwierdzona przez Przystępującego. Ponadto sam Zamawiający wskazał na rozprawie, iż uprzywilejował Odwołującego przekazując w formie elektronicznej w dniu 08.11.2010 r. tylko temu wykonawcy SIWZ.

Tym samym należy wskazać, iż określenie niemożliwego do dochowania, z obiektywnych przyczyn, terminu składania ofert, przy uwzględnieniu specyfiki rynku tego rodzaju urządzeń powoduje, iż doszło do naruszenia zasady dotyczącej równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, iż Odwołujący w trakcie negocjacji deklarował, że jako producent oferowanych

17

urządzeń jest w stanie dopasować je do indywidualnych wymagań Zamawiającego. W tym zakresie Izba ustaliła, w oparciu o zawarte w dokumentacji postępowania pismo Odwołującego z dnia 01.10.2010 r., iż ten ostatni jest w stanie zaoferować dwa rodzaje urządzeń, tj. urządzenie zrobotyzowane SCOUT PRO (w cenie 224.500,00 zł brutto) oraz robota EXPERT (w cenie 653.432,00 zł brutto). Oznacza to, iż podjęcie decyzji w sprawie konfiguracji urządzenia spełniającego Zamawiającego mogło wymagać wymagania dodatkowego czasu na sporządzenie oferty przez tego wykonawcę, przy znaczącym wpływie tego rodzaju decyzji i ustaleń na cenę oferowanego urządzenia, a tym samym cenę całej oferty.

Ponadto stwierdzenie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest również podyktowane faktem uznania przez Izbę, iż doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 64 ust. 1 ustawy Pzp wskutek wyznaczenia terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty przy uwzględnieniu faktu, iż jeden z wykonawców otrzymał informacje o powyższym terminie wcześniej.

Tym samym Izba uznała, iż doszło do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 64 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie niemożliwego do dotrzymania terminu do składania ofert Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż negocjacje z zaproszonymi przez Zamawiającego wykonawcami miały miejsce w dniu 03.11.2010 r.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 09.11.2010 r. o godzinie 11.47 faksem SIWZ wraz z zaproszenia do złożenia oferty. Zamawiający termin składania ofert wyznaczył na dzień 10.11.2010 r. na godzinę 10.30.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący w dniu 10.11.2010 r. przekazał Zamawiającemu pismo zawierające informację, iż odstępuje od złożenia oferty w przedmiotowym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i w powyższym zakresie wnieść odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Za nieudowodnione Izba uznała argumenty Zamawiającego oparte na próbie wykazania, iż wykonawcy biorący udział w negocjacjach wnosili o maksymalne skrócenie terminu składania ofert. Zamawiający w powyższym zakresie nie udowodnił, iż takie wnioski

18

były formułowane przez wykonawców w toku negocjacji. Wprost przeciwnie przywołane przez Zamawiającego jako dowód powyższego faktu sprawozdanie z odbytych w dniu 03.11.2010 r. negocjacji nie zawiera tego rodzaju informacji. Niezależnie jednak od prawdziwości powyższego tego rodzaju okoliczności nie mogą przesądzać o dopuszczalności formułowania w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał, zaś Przystępujący potwierdził, iż w toku negocjacji wykonawcy zostali poinformowani o planowanym terminie składania ofert, terminie odbycia prezentacji oraz wskazał, iż wykonawcy składali wnioski o skrócenie terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Jak wyżej zostało wspomniane, w powyższym zakresie Zamawiający przywołał dowód z dokumentu w postaci sporządzonego na potrzeby wewnętrzne protokołu (sprawozdania) z negocjacji przeprowadzonych dnia 03.11.2010 r. Analiza powyższego dokumentu wskazuje jednak, iż w jego treści brak jest jakiegokolwiek wzmianki odnośnie powyższych okoliczności podnoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego. Tym samym Izba w powyższym zakresie dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, który wskazał, iż w toku negocjacji wykonawcy wnosili jedynie o przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, co znalazło swoje odzwierciedlenie w sprawozdaniu z negocjacji mających swoje miejsce w dniu 03.11.2010 r.

Ponadto w toku rozprawy zostało wskazane przez Odwołującego i potwierdzone przez Zamawiającego, iż przekazana w dniu 08.11.2010 r. w formie elektronicznej SIWZ nie zawierała postanowień dotyczących terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba ustaliła, iż Odwołujący nie został w terminie wcześniejszym niż dzień przekazania SIWZ w formie pisemnej (09.11.2010 r.) zawiadomiony o planowanym terminie składania ofert. Należy również wskazać, iż Przystępujący oświadczył w toku rozprawy, iż uzyskał w terminie wcześniejszym taką informację telefonicznie od Odwołującego. Powyższe nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego w toku rozprawy. Powyższy argument stanowił m.in. o uwzględnieniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za nieudowodnioną przez Zamawiającego Izba uznała także okoliczność, iż strony w trakcie negocjacji ustaliły, iż pewne dokumenty będą przysyłane w formie elektronicznej. Jednakże sprawozdanie z odbytych w dniu 03.11.2010 r. negocjacji, przywołane przez Zamawiającego jako dowód powyższego, nie zawiera w tym aspekcie żadnych informacji.

Izba wskazuje również, iż uzasadnione jest przypuszczenie, że planowany termin składania ofert nie był znany Odwołującemu do momentu przekazania w dniu 09.11.2010 r. zaproszenia do składania ofert. W tym zakresie Izba w oparciu o zgromadzone dowody (sprawozdanie z negocjacji oraz złożone w toku rozprawy oświadczenie Zamawiającego o braku określenia tego terminu w przekazanej w formie elektronicznej Odwołującemu w dniu 08.11.2010 r. SIWZ) dała wiarę Odwołującemu. O terminie tym został powiadomiony

19

telefonicznie wcześniej jedynie Przystępujący, co zostało potwierdzone w toku rozprawy przez tego ostatniego. W ocenie Izby można wysunąć wniosek, że w przypadku gdyby termin ten był ustalony już w dniu negocjacji, zostałby określony w przesłanym Odwołującemu w formie elektronicznej w dniu 08.11.2010 r. projekcie SIWZ.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie przekazał wykonawcom we wcześniejszym terminie informacji o wynikach negocjacji - wykonawcy o podjętych przez Zamawiającego, w stosunku do propozycji podniesionych w dniu 03.11.2010 r., decyzjach w tym zakresie zostali poinformowani dopiero w związku z otrzymaniem w dniu 09.11.2010 r. SIWZ wraz z zaproszeniem do składania ofert. Tym samym każdy z wykonawców decyzję o złożeniu oferty, cenie ofertowej, konfiguracji oferowanego urządzenia musiał podjąć do dnia 10.11.2010 r. do godziny 10.30.

Izba wskazuje również, iż zakres żądanych przez Zamawiającego dokumentów

składanych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (wykaz wykonanych dostaw, informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej), jak również dokumentów składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania (aktualny odpis z właściwego rejestru, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS, aktualnych informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 1-9 oraz koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej) wskazuje, iż termin składania ofert nie uwzględniał czasu niezbędnego na przygotowanie oferty.

W tym zakresie istotne znaczenie ma również żądanie wniesienia wadium w wysokości 70.000,00 zł. Działanie Zamawiającego polegające na wyznaczeniu krótkiego terminu składania ofert spowodowało, że forma wniesienia wadium została w praktyce ograniczona do formy pieniężnej. Powyższe ustalenie jest wynikiem doświadczenia życiowego, gdyż instytucje bankowe oraz ubezpieczeniowe stosują procedury uniemożliwiające w praktyce uzyskanie dokumentu gwarancyjnego w tak krótkim czasie. Ponadto, jak wskazał Odwołujący w toku rozprawy, w czasie określonym przez Zamawiającego utrudnione może być również wykonanie przelewu wymaganej kwoty wadium. Wynika to z czasu potrzebnego na wykonanie operacji pomiędzy instytucjami finansowymi (bankami) spowodowanego procedurami księgowania przelewów.

Jednakże, w ocenie Izby, najistotniejszym argumentem podniesionym w odwołaniu uzasadniającym okoliczność uznania, iż określony przez Zamawiającego termin naruszał wprost art. 64 ust. 1 ustawy Pzp jest ten związany z przebiegiem i sposobem dokumentowania przez Zamawiającego przebiegu negocjacji. Izba ustaliła w toku rozprawy, że sprawozdanie z przebiegu negocjacji mających miejsce w dniu 03.11.2010 r. Zamawiający sporządził jedynie na potrzeby własne. Z dokumentu tego, za wyjątkiem nie uwzględnienia wniosku obu wykonawców w zakresie wydłużenia terminu realizacji

20

przedmiotu umowy, brak jest jakichkolwiek wiążących ustaleń. Ponadto z treści powyższego dokumentu nie sposób ustalić, jakie decyzje zostały podjęte w odniesieniu do poszczególnych propozycji zgłaszanych przez wykonawców. Biorąc pod uwagę fakt, iż opis przedmiotu zamówienia w ostatecznej wersji został zakomunikowany wykonawcom dopiero wraz z przekazaniem SIWZ, Zamawiający uniemożliwił *de facto* wykonawcom składanie zapytań dotyczących przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazał Odwołujący, biorąc pod uwagę czas pracy Zamawiającego, jak również postanowienia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwiło to składanie zapytań dotyczących treści SIWZ, a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowania, co do reguły, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia (...), zaś zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Tym samym, biorąc pod uwagę zakres oraz cel negocjacji, protokół z poczynionych w ich trakcie ustaleń winien być sporządzony niezwłocznie po ich zakończeniu i przekazany wykonawcom. Jeżeli Zamawiający tego nie uczynił, zaś ustalenia poczynione w trakcie negocjacji zawarł w SIWZ, to powinien wyznaczyć taki termin składania ofert aby wykonawcy mogli ustosunkować się do wyników negocjacji.

Analogicznie jak w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba ustaliła, w oparciu o zawarte w dokumentacji postępowania pismo Odwołującego z dnia 01.10.2010 r., iż ten ostatni jest w stanie zaoferować dwa rodzaje urządzeń, tj. urządzenie zrobotyzowane SCOUT PRO (w cenie 224.500,00 zł brutto) oraz robota EXPERT (w cenie 653.432,00 zł brutto). Oznacza to, iż podjęcie decyzji w sprawie konfiguracji urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego mogło wymagać dodatkowego czasu na sporządzenie oferty przez tego wykonawcę, przy znaczącym wpływie tej decyzji na cenę oferowanego urządzenia, a tym samym cenę całej oferty. Wynika to z faktu, iż dopiero w momencie przekazania SIWZ Odwołujący powziął niezbędne informacje, co do ostatecznych wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż ustawodawca w art. 43 ust. 1 ustawy Pzp dla zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.

8 wskazał, że termin składania ofert w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni. Na uwagę zasługuje fakt, iż ustawodawca w powyższym przepisie posługuje się analogicznym zwrotem, jak w art. 64 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty”.

21

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ustalił wartość szacunkową na kwotę 529.051,14 euro. Wobec powyższego wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający winien odnieść okoliczności przedmiotowego postępowania do powyższego przepisu. Wszakże, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego podniesionych w toku rozprawy, że wraz z zaproszeniem do negocjacji w niniejszym postępowaniu wykonawcy posiadali wiedzę o warunkach postępowania Izba wskazuje, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcy w oparciu o treść ogłoszenia oraz treść SIWZ posiadają pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia już od momentu publikacji tychże dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu informację o ostatecznym kształcie opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy powzięli w przeddzień składania ofert.

Stosowanie mechanizmów zawężających, w sposób nieuzasadniony, krąg potencjalnych wykonawców w trybie, który ze swej istoty nie jest trybem konkurencyjnym, przy jednoczesnym naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych stanowi dodatkowy argument za uznaniem, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 64 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 64 ust. 1 ustawy Pzp.

IV. W odniesieniu do zawartych w odwołaniu zarzutów dotyczących naruszenia art. 5 ustawy Kodeks cywilny wobec naruszenia prawa podmiotowego oraz norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych w zakresie czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem oraz zasadami współżycia społecznego oraz art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie nierównego traktowania i dyskryminacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia Izba wskazuje, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do orzekania w zakresie przepisów innych ustaw niż ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wskazane przez Odwołującego przepisy mogą być jedynie wskazane w powiązaniu z przepisami ustawy Pzp lub stanowić element argumentacji prawnej związanej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Odwołujący formułując zarzut

22

naruszenia przez Zamawiającego art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wskazał na powiązanie powyższego zarzutu z zarzutami dotyczącymi przepisów ustawy Pzp. Nie mogą zaś one stanowić przedmiotu samodzielnych zarzutów.

Izba uznała, iż nie jest uprawniona do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 5 ustawy Kodeks cywilny, jak również naruszenia art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednakże biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Biorąc pod uwagę, iż Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu doszło, w oparciu o art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, do zawarcia w dniu 18.11.2010 r. przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie będą miały przepisy uwzględniające powyższy stan faktyczny.

W odniesieniu do żądania sformułowanego przez Odwołującego w toku rozprawy obejmującego unieważnienie umowy w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia (...). Tym samym należy wskazać, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe żądanie zostało przez Odwołującego powiązane wraz z podniesionym na etapie posiedzenia wnioskiem, iż na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp zasadne jest rozpatrzenie kwestii dotyczącej zasadności zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Tym samym Odwołujący zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp powiązał również z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując na etapie posiedzenia, iż w jego interesie nie leży ubiegania się o zamówienie publiczne, które może być obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Zgodnie z treścią art. 146 ust. 2 ustawy Pzp umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni

23

od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wykładnia literalna normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż zakaz unieważnienia umowy w przypadku ziszczenia się przesłanki określonej w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wskazane w art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp okoliczności zachodzą łącznie. Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający zawarł umowę o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 18.11.2010 r., tj. w dniu przekazania wykonawcy IBCOL Polska Spółka z o.o. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie została wypełniona druga przesłanka zawarta w art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Zamawiający w dniu 18.11.2010 r. poinformował wykonawcę IBCOL Polska Spółka z o.o. o uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą. Zgodnie z treścią art. 62 ust. 2a ustawy zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (...). Zatem w doniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się bezpośrednio do art. 62 ust. 2a ustawy Pzp.

W ocenie Izby wykładnia systemowa oraz celowościowa pozwala przyjąć, iż zarówno umieszczenie art. 146 ustawy Pzp w Dziale IV zatytułowanym „Umowy w sprawach zamówień publicznych”, jak również charakter podmiotowy ww. przepisu, tj. odnoszący się do uprawnień sądu, zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, oraz Krajowej Izby Odwoławczej w oparciu o art. 192 ust. 3 pkt 2 lit a – c ustawy Pzp wskazuje, iż przepis ten nie musi stanowić zarzutu w ramach postępowania odwoławczego. Norma prawna wyrażona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp określa przesłanki umożliwiające unieważnienie umowy przez uprawniony do tego organ (sąd powszechny lub Krajową Izbę Odwoławczą), przy jednoczesnym wskazaniu, iż w przypadku spełnienia się którejkolwiek z przesłanek umowa podlega unieważnieniu.

Czynność zawarcia umowy nie może stanowić podstawy faktycznej zarzutu, a zatem nie może być przedmiotem odwołania. Wszakże czynność zawarcia umowy nie jest czynnością podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika jednoznacznie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Postępowania kończy się bowiem w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Po zawarciu umowy bezskuteczne byłoby nakazanie zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności zaniechanych w jego toku, jak również unieważnienie czynności przedsięwziętych w toku postępowania i w takim wypadku Izba z urzędu bada, uwzględniając odwołanie, czy

Tym samym Izba wskazuje, iż w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba w oparciu o art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, gdy zachodzi jedna z przesłanek, o których jest mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawniona do rozważenia zasadności unieważnienia umowy, albo unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej, albo nałożenia kary finansowej, albo orzeczenia o skróceniu okresu obowiązywania umowy, zaś w przypadku zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych w ustawie jest uprawniona do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy.

W tym zakresie, w przypadku zawarcia umowy, Izba jest uprawniona w oparciu o 190 ust. 8 ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia przesłanek unieważnienia. Powyższy przepis dodatkowo wskazuje, iż Izba jest zobligowana z urzędu rozważyć możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uprawnienie wynikające z art. 190 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje, iż w tym zakresie Izba nie musi odnosić się do zarzutów zawartych w odwołaniu i przywołana na ich potwierdzenie argumentacją oraz sformułowanymi żądaniami, lecz samodzielnie z urzędu bada okoliczności, które mogłyby skutkować unieważnieniem umowy prowadząc w tym przedmiocie postępowania wyjaśniające.

Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca w toku rozprawy oświadczył, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, iż dostawa stanowiąca przedmiot zamówienia nie została jeszcze zrealizowana zasadne jest rozważenie możliwości unieważnienia umowy.

Izba wskazuje, iż w oparciu o wykładnię logiczną oraz funkcjonalną art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, kwestia badania przez Izbę zajścia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp następuje z urzędu – niezależnie od faktu, czy w ramach odwołania został podniesiony zarzut dotyczący naruszenia przepisu, którego naruszenie przez zamawiającego obliuguje uprawnione podmioty (sąd powszechny lub Krajową Izbę Odwoławczą) do unieważnienia umowy. Wszakże wskazane w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp naruszenie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwia w ramach odwołania sformułowanie zarzutów odnoszących się i związanych z zawarciem przez zamawiającego umowy, gdyż w takim przypadku, w przypadku braku jakiegokolwiek informacji o tym fakcie, zarzuty takie musiałyby zostać podniesione w odwołaniu jedynie z ostrożności.

Tym samym, w ocenie Izby, kwestia rozpatrzenia zasadności unieważnienia umowy nie musi być przedmiotem zarzutów, tym bardziej zarzutów uwzględnionych. Wszakże art. 192 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, iż w tym wypadku mamy do czynienia z kwestią żądań formułowanych przez odwołującego, którymi to żądaniami Izba nie jest związana, lecz zasadność których, zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, bada uwzględniając ustalony w toku postępowania stan rzeczy. Jednakże nawet w przypadku braku żądania unieważnienia umowy Izba jest zobligowana do rozważenia kwestii takiego

rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. Wszakże art. 192 ust. 3 ustawy Pzp reguluje kwestie w materii dopuszczalnego zakresu orzekania Izby. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może, biorąc pod uwagę etap postępowania oraz inne okoliczności ustalone w toku postępowania, z urzędu w oparciu o ustalony w toku postępowania stan rzeczy nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, zaś w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp rozpatrzyć zasadność unieważnienia umowy.

Tym samym Izba, pomimo nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na wniesienie go z uchybieniem terminu, rozpatrzyła podniesioną w ramach tego zarzutu argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zasadności zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w kontekście art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż w oparciu o przesłane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy Pzp zawiadomienie o wszczęciu postępowania (znajdujące się w aktach postępowania) ustaliła, iż przedmiotem

postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy 77/Cut/10/PC), które zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, była dostawa 2 kpl. urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznawania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych. W ramach powyższego zawiadomienia jako podstawę prawną zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający wskazał art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przedmiotem postępowania wszczętego w dniu 28.10.2010 r. w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest natomiast 5 szt. urządzeń zrobotyzowanych do rozpoznawania i neutralizacji ładunków niebezpiecznych.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Izba wskazuje, iż Zamawiający dokonał rozszerzenia zakresu dostawy z 2 urządzeń (w ramach pierwszego postępowania) do 5 urządzeń w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe spowodowało również, jak wskazał Odwołujący, zwiększenie kwoty wadium z 30.000,00 zł do 70.000,00 zł wskutek przeliczenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto w przekazanej w dniu

26

09.11.2010 r. SIWZ odstąpił od szeregu funkcjonalności (likwidacji stacjonarnego stanowiska operatorskiego; braku stelaża do przenośnej konsoli sterującej; zmniejszenia rozmiaru monitora w przenośnej konsoli z 15" na 14"; rezygnacji z funkcji „kontroli jazdy poprzez joystick z ręcznym hamulcem „no drive”, zwalnianiem hamulca i trybem pełzania”; dodania „Urządzenia do cyfrowej rejestracji obrazu i dźwięku transmitowanego z kamer robota” oraz braku wymogu dotyczącego odporności urządzenia na zakłócenia). W ramach prób urządzenia Zamawiający zrezygnował z następujących testów: oddanie strzału ze strzelby typu mossberg, podjęcie przedmiotu z wnętrza pojemnika o wymiarach 0,5 m x 0,3 m x 0,3 m, (pkt 15 załącznik nr 7 do SIWZ 77/Cut/10/PC) oraz próby spenetrowania i podjęcia przedmiotu z podwozia samochodu oraz jego wnętrza (przednie siedzenie kierowcy, otwarta szyba). Izba wskazuje, iż rezygnacja z powyższych elementów nastąpiła pomimo faktu, jak wskazał Zamawiający, że urządzenia obu wykonawców spełniały ww. wymogi.

W ocenie Izby powyższe zmiany, w tym w szczególności zmiana ilości zamawianych urządzeń stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia. Odstąpienie przez Zamawiającego od szeregu funkcjonalności oraz prób w ramach badania przedmiotu zamówienia mogło spowodować, że wykonawcy, którzy nie byli zainteresowani udziałem w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym ze względu na nie spełnianie wymagań zamawiającego, przy tak sformułowanych wymaganiach mogliby złożyć ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę. W trybie negocjacji bez ogłoszenia nie można więc dokonywać znaczących zmian warunków zamówienia do których, zdaniem Izby, doszło w niniejszym postępowaniu.

Należy wskazać, iż przepisy pozwalające na odstąpienie od podstawowych trybów udzielania zamówienia muszą być interpretowane ściśle. Tym samym, w ocenie Izby, niedopuszczalna jest ich wykładnia rozszerzająca.

Izba biorąc pod uwagę fakt, iż dostawa nie została wykonana w ramach realizacji umowy, jak również biorąc pod uwagę stwierdzone naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 ustawy Pzp skutkujące *de facto* tym, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ograniczył liczbę wykonawców do jednego oraz zawarł umowę w dniu wniesienia przez Odwołującego odwołania zasadne jest unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Pzp Izba może, jeżeli umowa w sprawie zamówienia została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, których mowa w art. 146 ust. 1 unieważnić umowę zawartą w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Izba ustaliła w toku rozprawy, iż nie doszło na moment rozparzenia odwołania do realizacji świadczenia wynikającego z zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą IBCOL Polska Spółka z o.o. umowy Nr 251/184/Cut/10/PZ/173 z dnia 18.11.2010 r. powyższe orzeczenie prawnokształtujące, w przypadku jego

27

uprawomocnienia, zgodnie z art. 146 ust. 3 ustawy Pzp, odnosi skutek od momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym Zamawiający winien powstrzymać się od przyjęcia świadczenia wynikającego z realizacji przedmiotu umowy oraz powstrzymać się od realizacji świadczenia wzajemnego do momentu upływu terminu do wniesienia skargi w oparciu o art. 198a ust. 1 ustawy Pzp lub do dnia wydania przez sąd wyroku w przedmiocie skargi na orzeczenia Izby. Działanie wbrew powyższemu może doprowadzić do wypełnienia hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 405 w związku z art. 410 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i 4 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).

Przewodniczący:

.....