**Sygn. akt: KIO 967/16**

**WYROK**
**z dnia 24 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Polfrost Internationale Spedition" sp. z o.o. w Warszawie (02-615), ul. Tyniecka 27 oraz Bollore Logistics Poland sp. z o.o. w Gdyni (81-156), ul. Janka Wiśniewskiego 31** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie (04-470), ul. Marsa 110**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Polfrost Internationale Spedition" sp. z o.o. w Warszawie oraz Bollore Logistics Poland sp. z o.o. w Gdyni** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Polfrost Internationale Spedition" sp. z o.o. w Warszawie oraz Bollore Logistics Poland sp. z o.o. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Polfrost Internationale Spedition" sp. z o.o. w Warszawie oraz Bollore Logistics Poland sp. z o.o. w Gdyni** na rzecz zamawiającego: **2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

---

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:** ……



---

**Sygn. akt: KIO 967/16**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Postępowanie *prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej na kompleksową usługę przewozu ładunków transportem morskim w ruchu* został wszczęte przez Jednostkę Wojskową nr 4226 *międzynarodowym"* (zgodnie z oświadczeniem złożonym w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, z dniem 1 stycznia 2016 r. dotychczasowa nazwa Jednostka Wojskowa nr 4226 zastąpiona została nową: 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie), zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 8 czerwca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 114-207301) w dniu 16 czerwca 2015 r. oraz (2015/S 216-394847) w dniu 7 listopada 2015 r. (zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

W dniu 3 czerwca 2016 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Polfrost Internationale Spedition" sp. z o.o. w Warszawie oraz Bollore Logistics Poland sp. z o.o. w Gdyni, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówieni, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego poprawienia oferty złożonej przez Wykonawcę Kuehne + Nagel Real Estate sp. z o.o. w Gądkach. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) „art. *93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie przez Zamawiającego Postępowania mimo braku podstaw prawnych.*
2) *art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia niezgodności oferty wykonawcy KUEHNE+NAGEL REAL ESTATE Sp. z o.o. w Gądkach ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług."*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. W jego ocenie za rozstrzygającą należało uznać udzieloną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23 grudnia 2015 r. odpowiedź na wniosek nr 11. Zamawiający miał tam określić

---

stawkę podatku VAT i ustalić ją na 23%, co miało zapewnić porównywalność ofert w jednakowych dla wszystkich warunkach. Jednocześnie Odwołujący dostrzegał, że w przypadku konkretnych przewozów wykonawcy będą zobowiązani zastosować stawkę VAT wynikającą z przepisów prawnych dotyczących tych konkretnych przewozów – wprost na stronie 4 odwołania przyznał, że w transporcie wewnątrzunijnym zastosowanie znajduje stawka VAT 23%, zaś w transporcie międzynarodowym, co do zasady obejmującym transport poza obszarem UE, właściwa będzie stawka 0%. Zastrzegał przy tym, że na obecnym etapie nie jest możliwym określenie ile i jakich transportów zostanie zrealizowanych. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał obowiązku uznania, że zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, że Zamawiający, mimo ciążącego na nim obowiązku zaniechał poprawienia stawki podatku VAT określonej w ofercie złożonej przez wykonawcę: Kuehne + Nagel Real Estate sp. z o.o. – Zamawiający, w ocenie Odwołującego, winien poprawić wpisane 0% na 23%.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) „unieważnienia *czynności unieważnienia Postępowania,*
2) *zawarcie umowy ramowej z Odwołującym,*
3) *poprawienia niezgodności oferty wykonawcy KUEHNE+NAGEL REAL ESTATE Sp. z o.o. w Gądkach z SIWZ w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług na stawkę 23 %, w miejsce stawki 0 %"*

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do zasady przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) postępowanie było prowadzone przez Zamawiającego w celu zawarcia umowy ramowej na kompleksową usługę przewozu ładunków transportem morskim w ruchu międzynarodowym. Zgodnie z pkt III.4 SIWZ zamówienie miało być realizowane według potrzeb Sił Zbrojnych RP. W pkt III.8 SIWZ Zamawiający przesądził o tym, że zawrze umowę ramową z trzema Wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złoży mu mniej wykonawców (zapis podtrzymany odpowiedzią na pytanie nr 20 w piśmie z dnia 23 grudnia 2015 r.).

Zgodnie z pkt IV.1 i 2 umowa ramowa miała zostać zawarta na 7 lat, a miejscem realizacji miał być cały świat, w zależności od potrzeb Sił Zbrojnych w ramach misji i operacji pokojowych NATO, UE, ONZ oraz ćwiczeń wojskowych.

W rozdziale X SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, w który m.in. wskazał, że cena rzeczywistego użycia morskich statków składać się miała z dwóch składników: ustalonej stałej ceny za jeden przewóz oraz kosztów zmiennych poniesionych w związku z realizacją zleconych przez Zamawiającego usług. Zgodnie z pkt X.7 SIWZ stawka podatku VAT określona powinna zostać zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2014 r. o podatku od towarów i usług.

W pkt XV.2.1) SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość zmian postanowień umowy, w stosunku do treści oferty w zakresie urzędowej zmiany stawki podatku VAT, jeśli zmiana stawki tego podatku powodować będzie zwiększenie lub zmniejszenie należytego wynagrodzenia.

Pismem z dnia 23 grudnia 2015 r. Zamawiający na pytanie nr 11: „Dotyczy *formularza oferty: Prosimy o podanie jaką stawkę podatku VAT należy uwzględnić, gdyż nie wszystkie koszty mają taką samą stawkę. Czy należy przyjąć we wszystkich pozycjach stawkę 23%?"* udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający *informuje, iż Wykonawca zobowiązany jest w ofercie przyjąć podstawową stawkę VAT w wysokości 23%. Natomiast realizując przewozy w ramach umowy realizacyjnej Wykonawca będzie zobowiązany zastosować stawkę VAT wynikającą z obowiązujących przepisów prawnych dotyczących konkretnych przewozów".*

Kolejnym pismem, również z dnia 23 grudnia 2015 r., Zamawiający ustalił ostateczne brzmienie SIWZ, w tym również formularza oferty.

Zgodnie z pkt 12 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu dwóch wykonawców: Kuehne + Nagel sp. z o.o., który w każdej z pięciu pozycji formularza cenowego wskazał stawkę VAT



0%, oraz Odwołujący, który w każdej z pięciu pozycji formularza cenowego wskazał stawkę VAT 23%.

Zamawiający w prowadzonej z każdym z dwóch Wykonawców korespondencji (wezwania Zamawiającego odpowiednio z dnia 7 stycznia, 11 i 24 marca 2016 r. wysłane do Kuehne + Nagel sp. z o.o. oraz wezwania z dnia 14 i 20 stycznia 2016 r. wysłane do Odwołującego), powziął informację, że każdy z tych Wykonawców stał na stanowisku, iż zastosował prawidłową stawkę VAT.

Niezależnie od powyższego Zamawiający uzyskał wydaną w dniu 1 marca 2016 r. interpretację indywidualną wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie odnoszącą się do stanu faktycznego zaistniałego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert, a pismem z dnia 25 maja 2016 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał m.in. na udzieloną przez siebie odpowiedź na pytanie nr 11 z pisma z dnia 23 grudnia

2015 r. Wyjaśnił też, że po otwarciu ofert, w trakcie ich badania, stwierdził, że w sposób nie dość jednoznaczny i precyzyjny sporządził opis przedmiotu zamówienia – nie dokonał bowiem podziału zlecanych transportów na te, które realizowane miałby być na terenie UE, od tych, które miałyby być realizowane poza UE. W jego ocenie brak takiego rozbicia spowodował, że złożonych mu ofert nie można uznać za porównywalne.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia



publicznego. Jak zauważyła to Izba w sprawie KIO 912/15: „Przepis *ten przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego,* że *powoduje jej bezwzględną nieważność* ab initio, *a tym samym prawną bezskuteczność (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2200/14; KIO 2208/14; KIO 2212/14). Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 P.z.p., i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw.* »wadę postępowania« *(art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p.).”* Dostrzeżenia przy tym wymaga również to, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Co szczególnie istotne, w rozpoznawanej sprawie, między Stronami nie było sporu co do tego, że do usług objętych przedmiotem zamówienia, zależnie od miejsca przeznaczenia zlecanego przez Zamawiającego transportu, należało zastosować różne stawki podatku VAT – 0% lub 23%. Odwołujący nie kwestionował też tego, że przedstawiona przez Zamawiającego Wykonawcom indywidualna interpretacja z dnia 1 marca 2016 r. jest adekwatna do zaistniałych okoliczności sprawy.

Odwołujący twierdził jedynie, że Zamawiający był uprawniony do tego, aby wyłącznie na potrzeby wyboru Wykonawców, z którymi podpisze on umowę ramową, określić inną, nieodpowiadającą *de facto* obowiązującym przepisom prawa, ale jednolitą dla wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia stawkę podatku VAT.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W świetle obowiązujących przepisów cena jest istotnym elementem oświadczenia Wykonawcy składanego Zamawiającemu (oferty), który to element zawsze wpływać musi na ostateczną klasyfikację ofert (tak przepis art. 2

pkt 5 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, czy art. 131k ust. 1 ustawy Pzp). Jak to przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 52/11, podatek VAT jest niewątpliwie elementem mającym wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Tym samym uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej stawki VAT, tj. takiej, która nie znajduje oparcia w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, rodzić musi dla Wykonawcy negatywne konsekwencje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może bowiem dopuścić do oceny ofert nieporównywalnych.

W rozpoznawanym przypadku, oczywistym dla Stron było to, że do usług objętych przedmiotem zamówienia, zależnie od miejsca przeznaczenia zlecanego przez Zamawiającego transportu, należało, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zastosować różne stawki podatku VAT – 0% lub 23%. Tym samym niewątpliwym dla Stron (dla Zamawiającego stało się to oczywiste dopiero na obecnym etapie postępowania, już po upływie terminu składania ofert) musiało być też to, że decyzja Zamawiającego zakomunikowana wykonawcom pismem z dnia 23 grudnia 2015 r., aby przy konstruowaniu ceny zastosować jednolitą stawkę 23% nie stanowiła należytej realizacji przepisów prawa określających odpowiednie stawki podatku VAT – wyłączona została bowiem możliwość zastosowania przez Wykonawców stawki VAT 0%. Co istotne, na obecnym etapie postępowania, decyzja ta stała się już nieodwracalna – po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie jest już władny skorygować swojej wcześniejszej czynności prowadzącej do ukształtowania treści SIWZ w sposób sprzeczny (tj. ograniczenia Wykonawcom możliwości zastosowania stawki podatku VAT 0%) z przepisami prawa regulującego kwestię podatku VAT. Efektem tejże decyzji było to, że Zamawiający dopuścił (a wręcz wymagał od Wykonawców), jedynie na potrzeby oceny ofert, możliwość skonstruowania ceny w sposób inny, niż miałaby być ona ustalana przy zlecaniu poszczególnych usług transportowych przy podpisywaniu umów realizacyjnych. Tym samym Zamawiający udzieloną przez siebie odpowiedzią przesądził to, że cena ustalona na potrzeby umowy ramowej, nie mogła zostać uznana za tożsamą z ceną ustaloną na potrzeby umowy realizacyjnej – Zamawiający wprowadził wprost zasadę, że możliwe jest przyjęcie innego sposobu ich kalkulacji, z uwzględnieniem innej stawki podatku VAT i to niezależnie od braku jakichkolwiek zmian przepisów określających sposób ustalania takiej stawki. W ocenie Izby taka decyzja Zamawiającego obarczała prowadzone przez niego postępowanie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyłączona w takim przypadku jest możliwość uznania, że składane w ten sposób oferty są porównywalne, a opis przedmiotu jest jednoznaczny i uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przede wszystkim prawidłowe ustalenie ceny.



Co istotne, każdy z dwóch Wykonawców kalkulując cenę oferty odwołał się do innej stawki, z których żadna, co do zasady, nie powinna, w świetle zgodnych stanowisk Stron, zostać zastosowana do wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia, z tym jednakże zastrzeżeniem, że do części z tych usług wskazana przez każdego z nich stawka podatku VAT mogła zostać uznana za właściwą. Nadto, w świetle postanowień SIWZ (z uwzględnieniem wprowadzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmian), kwot podanych jako ceny w każdej z tych ofert, nie można w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia (wszystkich rodzajów usług nim objętych) było uznać *de facto* za cenę, w rozumieniu art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, a zatem za wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (Zamawiający) jest obowiązany zapłacić. Zamawiający zasadą uczynił bowiem taki model, w którym sposób ustalenia w ofercie powołanej wartości pieniężnej, różnić się będzie, co istotne przy zastosowaniu tych samych przepisów prawa, w zależności od tego, czy wartość ta będzie ustalana na potrzeby umowy ramowej, czy na potrzeby umowy realizacyjnej i stan ten nie będzie wynikał ze złożenia korzystniejszej oferty realizacyjnej (art. 101 ust. 3 mający w tym postępowaniu zastosowanie zgodnie z art. 131i ust. 5 ustawy Pzp), czy też zmiany przepisów odnoszących się do podatku VAT. Tym samym Zamawiający byłyby zobowiązany zapłacić inną wartość pieniężną za realizację usługi, niż ta którą Wykonawcy określili w ofercie – wartość ta byłaby bowiem ustalona

z uwzględnieniem innej, niż w ofercie stawki VAT. W ocenie Izby jest to niedopuszczalne. Tym samym zasadnie przyjął Zamawiający, że błędem po jego stronie na etapie ostatecznego kształtowania treści SIWZ było zaniechanie rozbicia transportów na transporty realizowane na terenie UE i poza nią. Niewłaściwym było ograniczanie prawa Wykonawców do zastosowania odpowiednich stawek podatku VAT.

Stawiając drugi z podnoszonych przez siebie zarzutów, Odwołujący, odnosząc się do konkurencyjnej dla niego oferty, wskazał, jako na wykonawcę, na podmiot: Kuehne + Nagel Real Estate sp. z o.o., który to podmiot w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie uczestniczył. Drugą złożoną w tym postępowaniu ofertę, obok oferty Odwołującego, złożyła spółka Kuehne + Nagel sp. z o.o. Niemniej jednak, w okolicznościach tej sprawy, oczywistym było to, do której z ofert odnosił się w swym odwołaniu Odwołujący. Wskazał on też na prawidłową firmę swego konkurenta w ostatnim akapicie str. 8 odwołania.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych mu ofert, a także nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, czy też ustalenia grona Wykonawców, z którymi podpisana zostanie umowa ramowa, Izba uznała, że ocena tych czynności, czy też zaniechania ich dokonania, nie mogła być, w okolicznościach badanej sprawy, objęta rozstrzygnięciem Izby. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Strony w toku rozprawy



przed Izbą, nie było dla nich sporne to, że „na *tym etapie postępowania, na którym obecnie znajdowało się przed unieważnieniem, zamawiający nie zakończył badania i oceny ofert, nie podjął decyzji o odrzuceniu* żadnej *z ofert* (...) [ani też decyzji o] *wyborze najkorzystniejszej oferty, a postępowanie unieważnił przed dokonaniem* [tych] *czynności.”* Oczywistym w tej sprawie jest to, że Zamawiający jeszcze przez zakończeniem procesu badania złożonych mu ofert podjął decyzję o unieważnieniu prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na stwierdzoną wadę tkwiącą w tym postępowaniu (w SIWZ i dokonanych jej zmianach oraz odnoszących się do nich wyjaśnieniach). Nie sposób w takiej sytuacji oczekiwać od Zamawiającego, aby przed unieważnieniem postępowania zakończył proces badania złożonych mu ofert i dokonywał w oparciu o wadliwie skonstruowaną dokumentację postępowania rozstrzygnięć odnoszących się do poszczególnych złożonych mu ofert.

W granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego Izba władna byłaby jedynie do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wypowiedział się jeszcze ostatecznie co do strony formalnej i merytorycznej każdej ze złożonych mu ofert, przedwczesnym w takim przypadku byłoby rozstrzyganie co do tego, czy zaniechał on dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia poszczególnych ofert, czy też poprawienia niezgodności ich treści z treścią SIWZ.

W rozpoznawanej sprawie, wobec niepotwierdzenia się zarzutu o bezpodstawnym unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł.. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie

Odwołującego poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

**Przewodniczący:** ……