

Sygn. akt: KIO 2685/10

Sygn. akt: KIO 2686/10

WYROK

z dnia 28 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Paweł Trojan

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2010 r. do łącznego rozpoznania, a wniesionych w dniu 13 grudnia 2010 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N.R. sp. z o.o. w Łodzi oraz Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Go – Trakt Bogusław Turczak w Łodzi (sygn. akt: KIO 2685/10);**
- B. Gnom sp. z o.o. w Łodzi (sygn. akt: KIO 2686/10);**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi**

przy udziale uczestnika postępowania - **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Artura Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR Artur Nowak w Łodzi, Małgorzatę Nowak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą CHYBO-TEX Małgorzata Nowak w Łodzi, Pawła Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WEKTON Paweł Kowalczyk w Łodzi, Henryka Kaczmarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe ADRIANEX Henryk Kaczmarek w Janówce, Leszka Feterlicha prowadzącego działalność**

gospodarczą pod nazwą Transport Drogowy – Towarowy Leszek Feterlich w Łodzi, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego** w sprawie o **sygn. akt KIO 2686/10.**

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża:
 - A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N.R. sp. z o.o. w Łodzi oraz Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Go – Trakt Bogusław Turczak w Łodzi** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N.R. sp. z o.o. w Łodzi oraz Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Go – Trakt Bogusław Turczak w Łodzi;**
 - B. **Gnom sp. z o.o. w Łodzi** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Gnom sp. z o.o. w Łodzi.**

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

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2685/10

Sygn. akt: KIO 2686/10

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu przy ul. Piotrowskiej 175, 90 – 447 Łódź zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi przetarg nieograniczony na letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010 – 2013.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 24 lipca 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie, co ustalono na podstawie protokołu postępowania - pkt 7 druku ZP-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 142 - 218972.

Pismem z dnia 1 grudnia 2010 r. za pośrednictwem faksu w dniu 2 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż wykonując wyrok Izby o sygn. akt KIO 2407/10 z dnia 18 listopada 2010 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 3,4 i 8 oraz wykluczył z postępowania w części 3 i 4 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie N.R. sp. z o.o., ul. Kopcińskiego 56, 90 – 032 Łódź oraz Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Go – Trakt Bogusław Turczak, ul. Wedmanowej 8, 93 – 228 Łódź (dalej „odwołujący N.R.”) i wybrał na te zadania oferty złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Drogownictwa i Inżynierii sp. z o.o. w Łodzi oraz Fiodor Usługi Komunalne Alicja Kowalska w Łodzi. Na część 8 wybrał w wyniku ponownej oceny ofert wykonawcę Gnom sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92 – 518 Łódź (dalej „odwołujący Gnom”). Ponadto w konsekwencji powołanego wyżej wyroku zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1, 2, 11, dokonał ponownego badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1

wykluczając z postępowania odwołującego N.R. i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę na to zadanie złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź sp. z o.o. w Łodzi oraz Zakład Zieleni J.K.L. Wojtczak s.c. Józefa Wojtczak, Grzegorz Konat, Katarzyna Wojtczak-Konat w Łodzi. W odniesieniu do zadania 2 i 11 przystąpił do czynności badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej występując do odwołującego Gnom oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Artura Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR Artur Nowak, ul. Zagrodowa 10/12, 93 – 354 Łódź, Małgorzatę Nowak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą CHYBO-TEX Małgorzata Nowak, ul. Zagrodowa 10/12, 93 – 354 Łódź, Pawła Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WEKTON Paweł Kowalczyk, ul. Żółta 2, 93 – 363 Łódź, Henryka Kaczmarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe ADRIANEX Henryk Kaczmarek, ul. Letniskowa 7, Janówka, 95 – 020 Andrespol, Leszka Feterlicha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Drogowy – Towarowy Leszek Feterlich, ul. Konstytucyjna 42 m. 24, 92 – 203 Łódź (dalej także „przystępujący”) o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz dokonując ustalenia, czy wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania magazynem soli drogowej.

W konsekwencji pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego Gnom o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej na zadanie 8 oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na zadania 2 i 11. Na zadania 11 ofertę najkorzystniejszą złożył przystępujący, a na zadanie 2 wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź sp. z o.o. w Łodzi oraz Zakład Zieleni J.K.L. Wojtczak s.c. Józefa Wojtczak, Grzegorz Konat, Katarzyna Wojtczak-Konat w Łodzi.

Sygn. akt: KIO 2685/10

Odwołujący N.R. wniósł w dniu 13 grudnia 2010 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) dokonaniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia,

- 2) dokonaniu ponownego badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia,
- 3) wykluczeniu z postępowania w części 1 odwołującego N.R. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 4) wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie 1 części zamówienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź sp. z o.o. w Łodzi oraz Zakład Zieleni J.K.L. Wojtczak s.c. Józefa Wojtczak, Grzegorz Kornat, Katarzyna Wojtczak-Kornat w Łodzi.

Wnoszący odwołanie N.R. zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, dokonany zawiadomieniem z dnia 2 grudnia 2010 r. w sytuacji skutecznego i niezaskarżonego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla tej części zamówienia, dokonanego zawiadomieniem z dnia 25 października 2010 r.;
- b) naruszenie art. 93 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy poprzez unieważnienie w części 1 zamówienia wcześniejszej czynności zamawiającego bez podstawy prawnej;
- c) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy poprzez udzielenie zamówienia w części 1 wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, w sytuacji skutecznego i niezaskarżonego wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia;
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców w zakresie zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy;
- e) naruszenie przez zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy poprzez błędną wykładnię i błędne zastosowanie, a w konsekwencji przekraczającą zakres orzeczenia realizację postanowień wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2407/10.

Uwzględniając powyższe odwołujący N.R. wniósł o:

- a) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1;
- b) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu ponownego badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia;

- c) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania w części 1 odwołującego N.R. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia;
- d) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie 1 części zamówienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź sp. z o.o. w Łodzi oraz Zakład Zieleni J.K.L. Wojtczak s.c. Józefa Wojtczak, Grzegorz Kornat, Katarzyna Wojtczak-Kornat w Łodzi;
- e) utrzymanie w mocy dokonanej uprzednio - w dniu 25 października 2010 r. -czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia i uznania za taką oferty złożonej przez odwołującego N.R.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący N.R. wskazał, iż zgodnie z pkt 4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych i dokonał podziału zamówienia na 13 części, odpowiadających zasięgowi terytorialnemu poszczególnych dzielnic i rejonów miasta Łodzi. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż wykonawca składa ofertę obejmującą maksymalnie cztery dowolnie wybrane części zamówienia. Odwołujący N.R. złożył ofertę na cztery części zamówienia – 1,3,4,6.

W dniu 25 października 2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o czynnościach wyboru ofert uznanych za najkorzystniejsze w poszczególnych częściach zamówienia tj. 1 – 8 oraz 10 – 13. Od tej daty należało liczyć terminy na skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej zawartych w ustawie. Na zadanie 1 za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę odwołującego N.R. Zamawiający jednocześnie zastrzegł w piśmie z dnia 25 października 2010 r., iż *„umowy na realizację zamówienia z wybranymi wykonawcami mogą zostać zawarte w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania faksem niniejszego zawiadomienia”*. Powyższe zastrzeżenie jest zgodne z art. 92 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W zakresie części 9 zamówienia, zamawiający wobec zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy tj. niezłożenia w tej części zamówienia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, unieważnił postępowanie.

W dniu 3 listopada 2010 r. konsorcjum firm, którego liderem jest spółka Zakład Drogownictwa i Inżynierii sp. z o.o. z Łodzi, złożyło do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego dotyczącej części 3, 4 i 8 zamówienia, polegającej na:

- uznaniu za najkorzystniejszą w zakresie części 3 i 4 zamówienia oferty złożonej przez odwołującego N.R.;
- uznaniu za najkorzystniejszą w zakresie części 8 zamówienia oferty złożonej przez odwołującego Gnom.

Wyrokiem z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2407/10 Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniła odwołanie i orzekła:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 3, 4 i 8 zamówienia,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert w częściach 3, 4 i 8 zamówienia,
- wykluczenie z postępowania w części 3 i 4 odwołującego N.R.

Odwołujący N.R. wskazał, iż wobec jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości interpretacyjnych rozstrzygnięcia Izby, unieważnione czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczą wyłącznie części 3, 4 i 8 zamówienia. Orzeczenie Izby nie odnosi się w żaden sposób do części 1 zamówienia. Rozstrzygnięcie Izby jest zdaniem odwołującego N.R. zgodne jest z art. 192 ust 7 ustawy, który wprowadza zasadę, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Dalej odwołujący N.R. argumentował, iż zawiadomieniem z dnia 1 grudnia 2010 r. zamawiający dokonał wdrożenia postanowień powyższego wyroku Izby z dnia 18 listopada 2010 r. Zamawiający powołując się na art. 92 ust. 1 ustawy oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2407/10 z dnia 18 listopada 2010 r.:

- a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach 3, 4 i 8 zamówienia;
- b) dokonał ponownego badania, oceny i wyboru najkorzystniejszych ofert w części 3, 4

- zamówienia;
- c) wykluczył z postępowania w części 3 i 4 odwołującego N.R.;
 - d) wybrał jako najkorzystniejszą dla części 3 i 4 zamówienia ofertę złożoną przez konsorcjum Zakład Drogownictwa i Inżynierii sp. z o.o. oraz Alicja Kowalska, Fiodor Usługi Komunalne;
 - e) przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego Gnom oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 8 zamówienia;
 - e) dokonał unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 1, 2 i 11 zamówienia;
 - f) dokonał ponownego badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia;
 - h) wykluczył z postępowania w części 1 odwołującego N.R.;
 - i) wybrał jako najkorzystniejszą w zakresie 1 części zamówienia ofertę złożoną przez konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź sp. z o.o. w Łodzi oraz Zakład Zieleni J.K.L. Wojtczak s.c. Józefa Wojtczak, Grzegorz Kornat, Katarzyna Wojtczak-Kornat w Łodzi;
 - j) przystąpił do powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części 2 i 11.

Odwołujący podnosił, iż zamawiający sporządził siwz w niniejszym postępowaniu w ten sposób, iż podzielił realizację zamówienia publicznego na części, tym samym przesądając, iż w ramach jednego postępowania będzie się toczyło *de facto* 13 odrębnych postępowań, z których każde będzie realizowane w oparciu o te same zasady.

Po raz pierwszy zamawiający dał wyraz powyższej konstrukcji unieważniając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy postępowanie w części 9 wskutek nie złożenia w tej części zamówienia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Art. 93 ust. 1 ustawy używa sformułowania „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli ...*” - zatem w tym przepisie mowa jest o unieważnieniu postępowania, a nie np. jego części. Skoro zatem zamawiający zastosował w tym postępowaniu powyższą konstrukcję, należy przez to rozumieć, iż w ramach poszczególnych części zamawiający stosuje przepisy ustawy oraz siwz samoistnie w stosunku do części zamówienia.

Powołał odwołujący orzecznictwo Izby, z którego wynika, iż skorzystanie przez zamawiającego z możliwości dopuszczenia składania ofert częściowych skutkuje traktowaniem złożonych w postępowaniu na różne zadania ofert tak jak złożonych w odrębnych postępowaniach. W konsekwencji odwołujący N.R. wywodził, iż zawiadomieniem z dnia 25 października 2010 r. zamawiający dokonał 12 odrębnych czynności - wyboru ofert uznanych za najkorzystniejsze, w których dokonał rozstrzygnięcia postępowania przetargowego dla poszczególnych części. Zatem czynność wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w danym rejonie - części zamówienia stanowi odrębną, samodzielną decyzję (czynność) zamawiającego.

Zdaniem odwołującego N.R. powyższa konstrukcja znajduje również swoje uzasadnienie w kontekście ograniczenia w składaniu ofert do 4 części. Wykonawca, który skarży decyzję zamawiającego składa odwołania wyłącznie w stosunku do danej czynności w ramach określonej części zamówienia, co do której złożył ofertę. Bezcelowym byłoby skarżenie przez wykonawcę wszystkich 12 rozstrzygnięć, traktowanych jako jedną czynność, w sytuacji gdy np. wykonawca złożył ofertę tylko w zakresie jednej (a maksymalnie mógłby w zakresie czterech) części. W takiej sytuacji powstawałby brak interesu prawnego do wniesienia odwołania w zakresie całego postępowania, bo *ipso facto* wykonawca posiadałby interes prawny w mniejszym zakresie.

Odwołujący N.R. zwrócił uwagę, iż tylko jeden wykonawca skorzystał z wniesienia odwołania na trzy czynności zamawiającego - wybór oferty najkorzystniejszej odpowiednio dla części 3, 4 i 8, a zatem tylko w tym zakresie następuje unieważnienie tych czynności w ramach toczącego się postępowania w oparciu o wyrok Izby z 18 listopada 2010 r. W pozostałym zakresie nie ma prawnej możliwości unieważnienia dokonania powyższych czynności przez zamawiającego.

Odwołujący N.R. odniósł się także, iż w art. 93 ust. 1 ustawy, w którym został wskazany katalog przesłanek powodujących unieważnienie postępowania o udzieleniu zamówienia. Podniósł, iż zastosowanie tego przepisu jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia, a nie czynności dokonanych przez zamawiającego w toku postępowaniu, które mogą zostać unieważnione wyłącznie w oparciu o procedurę opisaną w art. 180 i nast. ustawy, w konsekwencji orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą lub orzeczenia sądu powszechnego w wyniku skargi, o której mowa w art. 198a i nast. ustawy.

Zamawiający dokonując w dniu 2 grudnia 2010 r. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia, spowodował iż obowiązujące w obrocie prawnym i niezaskarżone pozostają dwie wykluczające się decyzje zamawiającego:

- wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2010 r., którą zamawiający uznał ofertę złożoną przez odwołującego N.R.;
- wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 2 grudnia 2010 r., którą zamawiający uznał ofertę złożoną przez konsorcjum, którego liderem jest MPO - Łódź sp. z o.o.

Odwołujący N.R. stwierdził, iż po upływie okresu *standstill* wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy, a zatem po dacie 4 listopada 2010 r. (10 dni od daty zawiadomienia z 25 października 2010 r.), w zakresie części 1 zamówienia pewnym było, iż postępowanie zakończyło się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem żaden wykonawca występujący w tym postępowaniu, który złożył ofertę dotyczącą części 1. nie skorzystał z prawa do środków ochrony prawnej przewidzianych art. 180 i nast. ustawy.

Odwołujący wyjaśnił, iż po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania. Wykonawcy, którego oferta w wyniku postępowania w sprawie zamówień publicznych została wybrana jako najkorzystniejsza, przysługuje roszczenie o zawarcie umowy. Zamawiający zdaniem odwołującego N.R. do powyższych wytycznych zastosował się tylko w zakresie części 6 i 12 zamówienia zawierając z wybranymi wykonawcami umowy. Tym samym zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

W dacie 3 listopada 2010 r. (dacie wniesienia odwołania w zakresie części 3, 4 i 8 zamówienia) zamawiający powziął informację dwojakiego rodzaju:

- wykonawcy odwołali się wyłącznie od czynności zamawiającego w zakresie części 3, 4 i 8;
- wykonawcy nie odwołali się od czynności zamawiającego w zakresie części 1,2,5, 6, 7, 10, 11, 12 i 13.

W drugiej grupie wykonawców zamawiający stosował różne zasady traktowania - z wykonawcami, których oferty uznał za najkorzystniejsze w części 6 i 12 zawarł umowy, a z wykonawcami, których oferty uznał za najkorzystniejszej w części 1, 2 i 11 czekał na

rozstrzygnięcie odwołania przez Izbę. Takie zachowanie należy uznać za rażące naruszenie podstawowych przepisów ustawy.

Odwołujący wskazywał, iż zmiana czynności zamawiającego jest możliwa wyłącznie w ramach rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu powszechnego lub po spełnieniu przesłanek unieważnienia postępowania opisanych w art. 93 ust. 1 ustawy. Żaden przepis ustawy nie daje zamawiającemu prawa do swobodnej zmiany czynności podejmowanych w postępowaniu. Takie zachowanie - podejmowanie decyzji - czynności zamawiającego bez podstawy prawnej wynikającej z ustawy należy uznać za rażące naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący N.R. podniósł również, iż w przypadku gdyby zamawiający uznał, iż spełnione są przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 (np. z uwagi na art. 146 ust. 1) ustawy to winien dokonać unieważnienia postępowania w zakresie części 1, a nie dokonywać unieważnienia czynności podjętej w postępowaniu. W konsekwencji w ocenie odwołującego N.R. nie jest możliwym zwolnienie się przez zamawiającego z obowiązku zawarcia umowy na podstawie zawiadomienia z dnia 25 października 2010 r., poprzez podjęcie bez podstawy prawnej nowej decyzji przesłanej zawiadomieniem z dnia 2 grudnia 2010r., w sytuacji w której zamawiający nie stosuje art. 93 ust. 1 ustawy. Dodał, iż katalog przesłanek zobowiązujących zamawiającego do unieważnienia postępowania jest zamknięty.

Reasumując odwołujący N.R. podniósł, jak następuje:

- (1) w chwili obecnej w obrocie prawnym funkcjonują dwie wykluczające się decyzje zamawiającego co do wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w części 1 zamówienia - z dnia 25 października 2010 r. i z 2 grudnia 2010 r.;
- (2) wyrok Izby z dnia 18 listopada 2010 r. dotyczy wyłącznie czynności podjętych w ramach części 3, 4 i 8 zamówienia;
- (3) zamawiający czynności z dnia 2 grudnia 2010 r. w zakresie części 1 zamówienia podjął w oparciu o wyrok Izby z dnia 18 listopada 2010r., zamawiający nie podał podstawy prawnej zmiany swojej decyzji z dnia 2 grudnia 2010 r.;
- (4) zamawiający w zakresie dwóch części 6 i 12 zamówienia dokonał podpisania umów z wykonawcami, których oferty uznał za najkorzystniejsze, pomimo faktu, iż oferta odwołującego N.R. również dotyczyła części 6 zamówienia;
- (5) żaden przepis ustawy nie upoważnia zamawiającego do zmiany decyzji w zakresie

wyboru oferty najkorzystniejszej jako zmiany czynności zamawiającego podjętej w ramach własnej inicjatywy, a nie w wyniku rozstrzygnięcia Izby lub sądu powszechnego;

- (6) zamawiający uznając, iż wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 ustawy winien unieważnić postępowanie, a w okolicznościach niniejszej sprawy unieważnić postępowanie w zakresie części 1 zamówienia;
- (7) wobec faktu, iż na podstawie decyzji z dnia 25 października 2010 r. zamawiający uznał, iż oferta odwołującego N.R. spełnia warunki siwz i jest ofertą najkorzystniejszą uwzględniając kryterium 100% cena, a także żaden z wykonawców nie wzruszył decyzji zamawiającego z dnia 25 października 2010 r. w zakresie części 1, odwołujący N.R. ma interes prawny w unieważnieniu czynności zamawiającego z dnia 2 grudnia 2010 r. dotyczących części 1 zamówienia, a tym samym utrzymanie w mocy decyzji z 25 października 2010r., umożliwiającej skuteczne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sygn. akt: KIO 2686/10

Odwołujący Gnom dnia 13 grudnia 2010 r. wniósł odwołanie wobec unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 11 zamówienia oraz przystąpienia do powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części 2 i 11 zamówienia.

Wnoszący odwołanie Gnom zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez ponowne badanie i ocenę ofert w części 2 i 11 zamówienia, dokonane zawiadomieniem z dnia 2 grudnia 2010 r. w sytuacji skutecznego i niezaskarżonego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 11 zamówienia, dokonane zawiadomieniem z dnia 25 października 2010 r.;
- b) naruszenie art. 93 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy poprzez unieważnienie wcześniejszej czynności zamawiającego w ramach części 2 i 11 zamówienia bez podstawy prawnej;
- c) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 11 zamówienia, w sytuacji udzielenia zamówienia

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy na podstawie skutecznego i niezaskarżonego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2010 r.;

- d) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców w zakresie zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy;
- e) naruszenie przez zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy poprzez błędną wykładnię i błędne zastosowanie, a w konsekwencji przekraczającą zakres orzeczenia realizację postanowień wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2407/10.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący Gnom wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i 11;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na przystąpieniu do powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części 2 i 11 zamówienia;
- 3) utrzymanie w mocy dokonanej uprzednio - w dniu 25 października 2010 r. - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 i uznania za taką oferty złożonej przez odwołującego Gnom;
- 4) utrzymanie w mocy dokonanej uprzednio - w dniu 25 października 2010 r. - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 11 zamówienia i uznania za taką oferty złożonej przez odwołującego Gnom.

Ustosunkowując się do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący Gnom wskazał, iż złożył ofertę na zadania 2, 8, 11, 12. Zamawiający w dniu 25 października 2010 r. poinformował go, iż na części 2 i 11 zamówienia jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dalej odwołujący Gnom wskazał, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2407/10 nie odnosi się w żaden sposób do części 2 i 11 zamówienia.

Odnosząc się do pisma zamawiającego z dnia 1 grudnia 2010 r., z którego wynikało, iż zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej na zadania 2 i 11 oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania, oceny oraz wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części 2 i 11 zamówienia odwołujący przedstawił argumentację analogiczną do tej wskazanej przez odwołującego N.R. w sprawie o sygn. akt KIO 2685/10.

W podsumowaniu odwołujący Gnom podniósł, iż:

- (1) w chwili obecnej w obrocie prawnym funkcjonują dwie skuteczne i niezaskarżone decyzje zamawiającego co do wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w części 2 i 11 zamówienia - dnia 25 października 2010 r. oraz z 2 grudnia 2010 r. - w pierwszej z nich zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, w drugiej zamawiający unieważnia tą czynność;
- (2) wyrok Izby z dnia 18 listopada 2010 r. dotyczył wyłącznie czynności podjętych w ramach części 3, 4 i 8 zamówienia;
- (3) zamawiający czynności z dnia 2 grudnia 2010 r. w zakresie części 2 i 11 zamówienia podjął w oparciu o wyrok Izby z dnia 18 listopada 2010 r. zamawiający nie podał podstawy prawnej zmiany swojej decyzji z dnia 2 grudnia 2010 r.;
- (4) zamawiający w zakresie dwóch części - 6 i 12 zamówienia dokonał podpisania umów z wykonawcami, których oferty uznał za najkorzystniejsze, pomimo faktu, iż oferta odwołującego Gnom również dotyczyła części 6 zamówienia;
- (5) żaden przepis ustawy nie upoważnia zamawiającego do zmiany decyzji w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej jako zmiany czynności zamawiającego podjętej w ramach własnej inicjatywy, a nie w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu powszechnego;
- (6) zamawiający uznając, iż wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 ustawy winien unieważnić postępowanie, a w okolicznościach niniejszej sprawy unieważnić postępowanie w zakresie części 2 i 11 zamówienia;
- (7) wobec faktu, iż na podstawie decyzji z dnia 25 października 2010 r. zamawiający uznał, iż oferta odwołującego Gnom spełnia warunki siwz i jest ofertą najkorzystniejszą, a także żaden z wykonawców nie wzruszył decyzji zamawiającego z dnia 25 października 2010 r. w zakresie tych części, odwołujący Gnom ma interes prawny w unieważnieniu czynności zamawiającego z dnia 2 grudnia 2010 r. dotyczących części 2 i 11 zamówienia, a tym samym utrzymanie w mocy decyzji z dnia 25 października 2010 r. umożliwiającej skuteczne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 17 grudnia 2010 r., odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem wykonawcy Gnom otrzymane w dniu 14 grudnia 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Artur Nowak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR Artur Nowak w

Łodzi, Małgorzata Nowak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą CHYBO-TEX Małgorzata Nowak w Łodzi, Paweł Kowalczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WEKTON Paweł Kowalczyk w Łodzi, Henryk Kaczmarek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe ADRIANEX Henryk Kaczmarek w Janówce, Leszek Feterlich prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Drogowy – Towarowy Leszek Feterlich w Łodzi zgłosili skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska odwołujących oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż zarzuty żadnego z odwołań nie potwierdziły się.

Zamawiający, co jest bezsporne, podzielił przedmiot zamówienia na 13 części. W dniu 25 października 2010 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej m.in. na zadania 1,2,3,4,8 oraz 11. Następnie kierując się uzasadnieniem rozstrzygnięcia Izby, które zapadło w sprawie o sygn. akt KIO 2407/10 w wyroku z dnia 18 listopada 2010 r., w wyniku odwołania dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadań 3, 4 oraz 8 unieważnił pismem z dnia 1 grudnia 2010 r. pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nie tylko w zakresie zadań 3, 4 i 8, ale także 1, 2 oraz 11. Opisane działanie zamawiającego legło u podstaw odwołań rozpoznawanych przez Izbę, a dotyczących działań zamawiającego odnoszących się do części 1, 2 oraz 11 zamówienia.

Osią sporu w zakresie zarzutów podniesionych na gruncie analizowanego postępowania przez obu odwołujących jest ocena, czy ustawa uprawnia zamawiającego do unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jeśli taki obowiązek nie wynika ani z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ani sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął.

Dla rozstrzygnięcia sprawy irrelevantny pozostaje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2407/10 dotyczący części 3,4 oraz 8 zamówienia. Poza sferą rozważań Izby znalazła się także poprawność pod względem merytorycznym decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego Gnom na zadania 2 oraz 11 oraz wykluczeniu odwołującego N.R. z postępowania w zakresie części 1 – odwołujący nie kwestionowali prawidłowości oceny ofert dokonanej przez zamawiającego w wyniku powtórnego ich badania.

Ustosunkowując się do tak zakreślonych ram sporu Izba opowiada się za stanowiskiem prezentowanym przez zamawiającego oraz przystępującego w zakresie, w którym wskazywali na dopuszczalność samodzielnego podjęcia przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Innymi słowy zamawiający był uprawniony do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania 1,2 oraz 11, gdy stwierdził, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty z naruszeniem ustawy.

W konsekwencji Izba za chybioną uważa tezę sformułowaną przez odwołującego na rozprawie, iż w okolicznościach badanej sprawy zamawiający miał wyłącznie alternatywnie dwie możliwości: bądź zawrzeć umowę na zadania 1,2 oraz 11 z pierwotnie wybranymi wykonawcami, bądź unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy.

Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Dalej należy zauważyć, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy będzie ten podmiot, który nie podlega wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 1 i 2 Pzp wskazuje, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...)”) oraz, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu (art. 89 ust. 1 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę (...”). Jeśli zatem zamawiający stwierdzi, iż w okolicznościach danej sprawy zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego ofert, zobowiązany jest to uczynić. Brzmienie przepisów art. 24 ust. 1 i 2 Pzp oraz 89 ust. 1 ustawy nie pozostawia zamawiającemu wyboru wskazując na bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań, gdy stwierdzi, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty aktualizują się.

Powołane przepisy nie określają zamawiającemu także ram czasowych na dokonanie tych czynności w postępowaniu, co jest uzasadnione i stanowi wyraz koherentnego ukształtowania przez ustawodawcę procedury udzielania zamówienia. Zmiana decyzji zamawiającego jest zatem uprawniona do momentu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Jeśli umowa zostanie zawarta z wykonawcą, który powinien być wykluczony z postępowania lub jego ofertę należało odrzucić, wówczas możliwym jest wystąpienie o unieważnienie takiej umowy przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy.

Wbrew twierdzeniom odwołujących na przeszkodzie weryfikacji własnej decyzji przez zamawiającego w stanie faktycznym sprawy nie stoi treść przepisu art. 2 pkt 7a ustawy, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując analizy powołanego przepisu nie sposób abstrahować bowiem od innych przepisów ustawy, w tym normy wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp. Zważywszy, że celem postępowania jest zawarcie umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z ustawą, norma wyrażona w art. 2 pkt 7a ustawy potwierdza tak zdefiniowany cel postępowania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Tym samym nie mają racji odwołujący argumentując, iż ustawodawca zobowiązuje zamawiającego w okolicznościach niniejszego sporu do zawarcia umowy z podmiotem, który powinien zostać wykluczony z postępowania lub jego oferta powinna zostać odrzucona. Przeciwnie, postulowane przez nich rozumienie

analizowanych przepisów prowadziłyby wprost do naruszenia fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp wymagających od zamawiającego przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Powoływana na rozprawie przez odwołujących pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo.

Tym samym należy wyrazić pogląd, iż sformułowana przez odwołujących alternatywa – że zamawiający w okolicznościach rozpoznawanej sprawy może w zakresie zadań 1,2 i 11 bądź zawrzeć umowę z pierwotnie wybranymi wykonawcami bądź unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp (obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego) – nie jest trafna. Trzeba bowiem także podkreślić, iż błąd popełniony przez zamawiającego na gruncie analizowanej sprawy, a polegający na pierwotnym wyborze jako najkorzystniejszych ofert wykonawców, których w ocenie zamawiającego należało wykluczyć bądź których oferty podlegały odrzuceniu, jest usuwalny. Powierzenie realizacji zamówienia wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, czy którego ofertę należało odrzucić nie może być zaakceptowane i jeśli jest możliwość w ramach prowadzonego postępowania (do momentu zawarcia umowy) naprawienie wadliwie podjętej przez zamawiającego czynności, zobowiązany jest on ją naprawić. Zatem unieważnienie postępowania na gruncie badanej sprawy nie byłoby możliwe. Jak słusznie zauważyli odwołujący ustawa zawiera zamknięty katalog okoliczności zobowiązujących zamawiającego do unieważnienia postępowania (względnie, części postępowania, gdy dokonał podziału zamówienia na zadania). Wyjątkowy charakter tego unormowania każe interpretować go ściśle. Wykładnia rozszerzająca nie jest dopuszczalna, gdyż zastosowanie omawianego przepisu prowadzi do zakończenia postępowania oraz nie osiągnięcia jego celu, którym jest udzielenie zamówienia. Innymi słowy treść przepisu art. 93 ust. 1 Pzp wskazuje, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie ma charakteru swobodnego uznania, lecz jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia określonych w tym przepisie, a w odniesieniu do art. 93 ust. 1 a ustawy dodatkowo w ogłoszeniu o zamówieniu. Okoliczności rozpatrywanego przez Izbę sporu nie uzasadniają twierdzenia o zaistnieniu którejkolwiek z przesłanek unieważnienia postępowania wymienionych w przepisie art. 91 ust. 1 i 1 a Pzp.

Uwzględnivszy powyższą argumentację ustosunkowania się przez Izbę wymaga także twierdzenie odwołujących, iż z upływem terminu na wniesienie odwołania od pierwotnie dokonanego w dniu 25 października 2010 r. wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania 1,2 oraz 11 przysługiwało im względem zamawiającego roszczenie o zawarcie umowy w trybie art. 64 kc w zw. z art. 1047 kpc. Izba przychyła się do opinii odwołujących w tej kwestii podzielając stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 7 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 1050/2007 (opublikowano LEX nr 466433), że *„po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od zawarcia tak ukształtowanej umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania (wymienionych w art. 93 ust. 1 p.z.p.). W konsekwencji przyjąć należy, że wykonawcy, którego oferta w wyniku postępowania w sprawie zamówień publicznych została wybrana jako najkorzystniejsza, przysuguje roszczenie o zawarcie umowy, w której zakres jego zobowiązania będzie identyczny jak warunki wskazane w SIWZ i złożonej przez niego ofercie”*. Z roszczeniem takim może wystąpić wykonawca, o ile jego oferta jest wybrana jako najkorzystniejsza. Nie oznacza to jednak, iż w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego wadliwości uprzednio podjętej decyzji, zamawiający nie jest uprawniony do jej zmiany. W przypadku unieważnienia przez zamawiającego pierwotnego rozstrzygnięcia oraz wybrania jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, roszczenie o zawarcie umowy pierwotnie wybranego wykonawcy może okazać się nieuzasadnione. Jeśli jednak doszłoby do zawarcia umowy w wyniku zastąpienia oświadczenia woli zamawiającego wyrokiem sądu wydanym w trybie art. 64 kc nie można wykluczyć, iż umowa taka podlegałaby w odrębnym postępowaniu unieważnieniu na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 Pzp.

Odnosząc się do poglądu odwołujących, iż akceptacja stanowiska zamawiającego oznaczać będzie przyzwolenie dla zamawiających do nieograniczonego w czasie modyfikowania podjętych już rozstrzygnięć zasadnym jest wskazanie, iż każda nowa decyzja zamawiającego (działanie, ale i zaniechanie) będzie mogła być zaskarżona do Izby odwołaniem i będzie przez Izbę rozpoznana, o ile nie zajdzie żadna z przesłanek odrzucenia odwołania. W postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych możliwym będzie zakwestionowanie czynności bądź zaniechań zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 181 ust. 1 Pzp (informacja o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy).

Reasumując, zarzuty odwołujących sprowadzają się do stwierdzenia, iż w sytuacji, gdy nie zostanie stwierdzona żadna z przesłanek zobowiązujących zamawiającego do

unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 i 1a ustawy, zamawiający - po upływie terminów na wniesienie odwołania - ma obowiązek zawrzeć umowę z wykonawcą, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą bez względu na to, czy wybór dokonany został zgodnie z przepisami.

Izba nie aprobuje tego poglądu bowiem nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 Pzp obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 i 2 pzp) oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 Pzp. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjęte wadliwie decyzje, to należy uprawnienie to wywieść z powołanych wyżej przepisów.

W stanie faktycznym sprawy zamawiający, w celu uzasadnienia swoich czynności polegających na unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, błędnie powołał na rozprawie art. 14 Pzp w zw. z art. 84 kc. Okoliczności sporu nie uzasadniają twierdzenia, iż pierwotne decyzje zamawiającego było wynikiem błędu w rozumieniu art. 84 kc. Zatem nie było on uprawniony do uchylenia się na podstawie art. 14 Pzp w zw. art. 88 kc od skutków pranych swego oświadczenia o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej na zadania 1,2,11, co nie zmienia faktu, iż z przyczyn zaprezentowanych w uzasadnieniu działanie zamawiającego sprowadzające się do anulowania pierwotnego wyboru ofert najkorzystniejszych na zadania 1,2 11 było uprawnione.

W ocenie Izby zamawiający ma każdorazowo, dopóki nie zawrze umowy (nie udzieli zamówienia), prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą. Izba nie podziela poglądu odwołujących, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność

z przepisami (vide: wyrok Izby z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1939/10).

Za bezzasadne zatem, nieznajdujące oparcia w obowiązujących przepisach prawa, należy uznać stanowisko odwołujących, iż zamawiający na gruncie badanej sprawy sprzeciwił się przepisom ustawy w zakresie wskazanym w odwołaniach.

Zważywszy powyższe w sprawie o sygn. akt KIO 2685/10 Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem wyboru oferty zamawiający dokonał na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w siwz (100 % cena, co nie było sporne między stronami).

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie unieważnił postępowania w części 1 zamówienia.

Nietrafnie odwołujący N.R. wskazywał również na uchybienie przez zamawiającego przepisowi art. 7 ust. 3 Pzp, bowiem dopiero w wyniku weryfikacji decyzji z dnia 25 października 2010 r. zamawiający doprowadził do sytuacji umożliwiającej udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Nie sposób zatem także w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zostałyby naruszone, gdyby zamawiający nie zweryfikował pierwotnie wadliwej decyzji i zawarł umowę z podmiotem, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Powołany przez odwołującego N.R. przepis art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, iż zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie zostało wysłane – jak w niniejszej sprawie – za pośrednictwem faksu, chyba że zostało wniesione odwołanie, co jednak w odniesieniu do zadania 1 w zakresie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie miało miejsca. Jak Izba wskazała w uzasadnieniu odwołania zamawiający unieważniając po upływie wskazanych 10 dni pierwotną decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i ponawiając badanie oraz ocenę ofert, a w konsekwencji i wybór oferty najkorzystniejszej działał w zgodzie z przepisem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Nie naruszył także art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy, z którego odwołujący N.R. bezzasadnie wywodzi obowiązek zawarcia umowy z wykonawcą, który powinien zostać wykluczony z

postępowania tylko dlatego, iż termin na wniesienie odwołania upłynął. Takiego rozumienia komentowanego przepisu nie można pogodzić z brzmieniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także art. 24 ust. 1 i 2 Pzp nakazującym wykluczyć z postępowania wykonawcę w okolicznościach w nim wskazanych. Tym samym ustawodawca, skoro każe wykluczyć z postępowania podmiot w okolicznościach opisanych w art. 24 ust. 1 lub 2 Pzp, tym bardziej nie pozwala na zawarcie umowy z takim wykonawcą, niezależnie od fazy postępowania, w którym okoliczność wymieniona w art. 24 ust. 1 lub 2 Pzp zostanie przez zamawiającego stwierdzona.

Niezrozumiałe jest zarzucenie przez odwołującego N.R. zamawiającemu naruszenia przepisów art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy poprzez błędną wykładnię oraz błędne zastosowanie. Należy podkreślić, iż adresatem norm prawnych wyrażonych w art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 Pzp nie jest podmiot zamawiający, zatem nie sposób uznać, iż jakiegokolwiek czynności podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego mogły doprowadzić do naruszenia powołanych przepisów. Ich adresatem jest Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpatrującym określone odwołanie. Komentowane przepisy określają uprawnienia Izby w zakresie czynności, do dokonania których może ona zobowiązać zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wskazują na zakres rozpoznania sporu przez Izbę. W konsekwencji i ten zarzut odwołania okazał się być bezzasadny.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt KIO 2686/10 zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący Gnom nie wykazał, aby ponowne badanie i ocena ofert złożonych na zadania 2 i 11 zostało dokonane z uchybieniem art. 87 ust. 1 ustawy uprawniającym zamawiającego do wyjaśnienia treści ofert oraz zabraniającym zamawiającemu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonych ofert oraz dokonywanie zmiany treści oferty, z wyjątkiem okoliczności wskazanych w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp. W zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 3, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 127 ust. 7 Pzp aktualność zachowuje argumentacja Izby wskazana w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2685/10 z tym zastrzeżeniem, iż zarzuty odwołującego Gnom dotyczą czynności unieważnienia wyboru jego ofert na zadania 2 oraz 11, a w wyniku ponownej ich oceny zamawiający uznał, że oferty te należało odrzucić.

W tym stanie rzeczy wobec nie potwierdzenia się zarzutów żadnego z odwołań Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła obydwie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego w zakresie obydwu odwołań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) w zw. z § 5 ust.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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....