

Sygn. akt: KIO 1556/16

WYROK
z dnia 5 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2016r. przez **wykonawcę R. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą RM F. R. F. z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. B. i W. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą AUTO ROBOT SYSTEM s.c. B. W. B. z siedzibą w Krakowie, ul. Mała Góra 55** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1556/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę R. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą RM F. R. F. z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 25** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109** na rzecz **wykonawcy R. F. prowadzącej działalność gospodarczą**

pod firmą RM F. R. F. z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 25 kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu.

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 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi kompleksowych napraw blacharskich i lakierniczych pojazdów służbowych Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 076 – 132268.

W dniu 15 czerwca 2016r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2015r. poz. 2164 – dalej ustawy) z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 24 czerwca 2016r. odwołanie wniosła R. F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RM F. R. F. z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 25 – dalej odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 czerwca 2016r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 czerwca 2016r. drogą elektroniczną.

Odwołanie dotyczyło czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz.U. z 2015 r. póź. 355 ze zm.) przez odrzucenie oferty odwołującego jako nieważnej na podstawie innych przepisów tj. wskutek błędnego przyjęcia, że zastosowanie rabatu w wysokości 100 procent ma na celu niezgodne z prawem obejście art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji oraz art.93 ust. 1 pkt.1 ustawy przez błędne przyjęcie, że istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, albowiem nie było podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. A także sprzeczność ustaleń faktycznych z treścią materiału zebranego w sprawie przez przyjęcie, że zaoferowana przez odwołującego cena roboczogodziny nie obejmuje kosztów transportu, pomimo, że w złożonej ofercie odwołujący wyraźnie zaznaczył, że cena roboczogodziny obejmuje koszt transportu, a w związku z tym błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), co doprowadziło do błędnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie

- a) unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego,
 - b) unieważnienie unieważnienia postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert,

3. zasądzenie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na rzecz odwołującego.

W dniu 8 lipca 2016r. Izba oddaliła odwołanie.

W dniu 13 lipca 2016r. zamawiający zwrócił się do kilku wykonawców w tym odwołującego z prośbą o możliwość wykonywania doraźnych prac blacharsko-lakierniczych do czasu zakończenia postępowania przetargowego na wykonanie tych napraw i podanie stawki 1 RGB oraz wysokości ewentualnego rabatu na części zamienne, z terminem wykonanie nie dłuższym niż 21 dni, gwarancją minimum 12 miesięcy i terminem płatności faktur 30 dni. W dniu 18 lipca 2016r. odwołujący zaproponował stawkę 0zł./rgb i rabat 50% oraz termin wykonania 21 dni, faktura z terminem płatności 30 dni i gwarancją na wykonane usługi 24 miesiące.

W dniu 9 sierpnia 2016r. zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert wskazując, że działa zgodnie z wyrokiem z dnia 8 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1111/16 i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. B. i W. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą AUTO ROBOT SYSTEM s.c. B. W. B. z siedzibą w Krakowie, ul. Mała Góra 55 oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 58 § 1 kc nieważna jest czynność prawna mająca na celu obejście ustawy. Z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji koszty związane z funkcjonowaniem Policji są pokrywane z budżetu Państwa, z pewnymi wyjątkami, które nie dotyczą osób fizycznych. W swojej ofercie odwołujący udzielił rabatu 100% na części i materiały użyte przy wykonaniu zamówienia. Pojęcie rabatu odnosi się do zniżki lub opustu od ceny, zaś udzielenie rabatu w wysokości 100% jest sprzeczne z jego istotą i powoduje faktyczne usunięcie jednego z elementów oferty. W tym w przypadku koszty realizacji napraw nierozliczanych z ubezpieczycielami będzie w całości ponosić odwołujący, co jest jednoznaczne z tym, że będzie on dokonywał na rzecz Policji darmowych napraw. Udzielenie rabatu w wysokości 100% na oferowane części i materiały ma na celu niezgodne z prawem obejście art. 13 ust. 1 i ust. 3 ustawy o Policji. Tak złożona oferta podlega odrzuceniu.

W dniu 19 sierpnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 18 sierpnia 2016 r. udzielonego przez właściciela R. F. . Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2016r.

Odwołanie wnoszone jest od czynności lub zaniechania:

Od powtórzenia czynności badania i oceny ofert w dniu 9 sierpnia 2016 r.

Od czynności odrzucenia oferty RM F. R. F. z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Od czynności wyboru oferty AUTO ROBOT SYSTEM s.c. B.W. B. 30- 864 Kraków, ul. Mała Góra 55 – dalej przystępujący jako najkorzystniejszej

Od zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy przystępującego

Od zaniechania ogłoszenia, że prowadzone jest nowe postępowanie przetargowe i konsekwentnie zaniechanie zawiadomienia o tym postępowaniu, zaniechanie wyznaczenia terminu składania ofert

Od zaniechania odrzucenia oferty przystępującego

Zarzuty wobec czynności zamawiającego:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz.U. z 2015 r. póź. 355 ze zm.) poprzez ponowne odrzucenie oferty odwołującej jako nieważnej na podstawie innych przepisów tj. wskutek błędnego przyjęcia, że zastosowanie rabatu w wysokości 100 procent ma na celu niezgodne z prawem obejście art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji i błędne przyjęcie, że za naruszenie art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji sankcją jest nieważność, pomimo, że przepis ten nie przewiduje takiej sankcji oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez przyjmowanie innej wykładni i stosowania w/w przepisów w stosunku do oferty odwołującej a innej w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również błędnej wykładni oferty odwołującej tj. dokonanej z naruszeniem art, 65 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy, co doprowadziło do odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego, polegające na przyjęciu, że oferta odwołującego prowadzi do finansowania zamawiającego - Policji, w sytuacji kiedy, jak wynika z materiałów przetargu, zamawiający, wbrew literalnemu brzmieniu dokumentów, nie wskazał wartości części i materiałów używanych do napraw finansowanych przez płatnika - Policję, tylko ich dotychczasową cenę. W związku z tym przed ustaleniem ceny za części i materiały używane do napraw w wyniku przetargu, nie mogło być mowy o ocenie, że nastąpi otrzymanie korzyści przez Policję a więc brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.
3. art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również art. 93 ust. 1 i ust. 7 Pr. przez błędne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, kiedy odrzucenie to wynikało z dwuznacznego sformułowania formularza ofertowego a zamawiający nie podjął starań w celu zniwelowania skutków takiego uchybienia ze swojej strony i nie przyjął na siebie konsekwencje własnej niestaranności i naruszył

4. art.93 ust.1 pkt.1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że istniała podstawa do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji kiedy postępowanie zostało prawomocnie unieważnione.
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących pomimo, że wybrana oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), ponieważ zaproponowana w ofercie cena roboczogodziny nie obejmuje kosztu transportu, a zarzut ten został uznany przez przystępujących za prawdziwy, co skutkowało brakiem wniesienia odwołania od odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wybranie oferty przystępujących jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została skutecznie odrzucona a od odrzucenia nie zostało wniesione odwołanie, który to wybór oferty nastąpił z naruszeniem:

- Art. 7 ust. 1. ustawy, to jest w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i przez nierówne traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy
- art. 7 ust. 3 ustawy, ponieważ wykonawca nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy
- art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez prowadzenie postępowania pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało zakończone a więc faktycznie wybranie oferty poza postępowaniem przetargowym

- Art. 7 ust. 1. ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polegające na uchyleniu odrzucenia oferty, która nie została zaskarżona oraz nie została objęta żadnymi wskazaniem wyroku KIO z dnia 8 lipca 2016 r.

Nadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy, art. 39 i art. 40 ust. 1 ustawy art. 41, 42, 43, 45 ustawy przez zaniechanie ogłoszenia, że prowadzone jest nowe postępowanie przetargowe, zaniechanie zawiadomienia o tym postępowaniu, zaniechanie wyznaczenia terminu składania ofert, pomimo, że poprzednie postępowanie zostało skutecznie zakończone a czynności dokonane przez Zamawiającego stanowiły nowe postępowanie przetargowe

Odwołujący podniósł także naruszenie 85 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 85 ust. 5 ustawy w zw. z 85 ust. 1 pkt 3 ustawy (termin związania ofertą upłynął 60 dni po dniu otwarcia ofert a ponadto termin ten nie został przedłużony wskutek wniesienia odwołania, ponieważ odrzucenie oferty przystępującego nie zostało zaskarżone, a odwołanie nie dotyczyło odrzucenia tej oferty, więc nie znalazła zastosowania norma z art. 182 ust. 6 ustawy a ponadto:

- oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności, lecz przestane faxem - naruszenie art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu obowiązującym do dnia 28.07.2016 r. w zw. z art. 16 ust. 1 ustawa o zmianie

ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)), ponieważ termin oferty stanowi element oferty a więc jego przedłużenie musi zostać dokonane w tej samej formie pod rygorem nieważności, co złożenie oferty.

- oświadczenie o przedłużeniu oferty nie zostało podpisane przez obu wspólników spółki cywilnej, lecz jedynie przez jednego wspólnika, który nie wskazał, że działa w imieniu drugiego wspólnika jako jego pełnomocnik

- oświadczenie o przedłużeniu oferty było nieskuteczne, ponieważ nie nastąpiło wraz z nim wniesienie wadium naruszenie art. 85 ust. 4 ustawy.

Odwołujący zarzucił również, że nastąpiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w zw. art. 85 ust. 4 Ustawy przez brak wykluczenia przystępującego w sytuacji kiedy wykonawca łącznie z oświadczeniem o przedłużeniu oferty nie dokonał wpłaty wadium

Odwołujący zarzucił, że została wybrana oferta przystępującego która wygasła, co nastąpiło z naruszeniem art. 70 ze zn. 3 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 93 ust 1 pkt 1) ustawy, ponieważ postępowanie przetargowe zostało zakończone a jego uczestnicy zostali o tym poinformowani.

Odwołujący zarzucił także, iż wybranie oferty przystępującego jako najkorzystniejszej narusza art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz.U. z 2015 r. póź. 355 ze zm.), ponieważ oferta prowadzi do dokonywania na rzecz Policji darmowych napraw w zakresie kosztów robocizny oraz prowadzi do wzbogacenia Policji na kwotę 126 000 PLN wobec wysokości przyznanego rabatu, co prowadzi do finansowania działalności Policji przez wykonawcę przyjętej oferty a oferta ta nie mogłaby doprowadzić do zawarcia skutecznej umowy w myśl art. 7 ust. 3 ustawy, a ponadto wybrana oferta nie zawiera ceny ofertowej powiązanej z zaoferowanym rabatem, co czyni wybraną ofertę nieskuteczną jako niepełną co do elementu istotnego oferty a mianowicie ceny ofertowej - art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. Art. 735 § 1 KC w zw. z art. 750 KC w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy, ponieważ cena oferty stanowi essentialia negotii każdej oferty i musi być jednoznacznie określona i nie może zawierać błędów w obliczeniach

Odwołujący zarzucił ponadto naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy przez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. i powtórne badanie i ocenę ofert w tym oferty przystępującego

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania w tym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości przez „przywrócenie” oferty przystępującego oraz

dokonanie czynności w postępowaniu, które zostało unieważnione tzn. powtórne badanie i ocenę oraz dokonanie wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty. Przy czym przy dokonywaniu tych czynności dodatkowo doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez niepoinformowanie odwołującego o swoistym „przywróceniu” przez zamawiającego oferty przystępujących do postępowania, jak również nie poinformowanie odwołującej o tym, że następuje swoiste przywrócenie całego postępowania przetargowego

Naruszenia te miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej, wykluczenia przystępującego i odrzucenia ich oferty, nakazanie Zamawiającemu wykonanie powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert bez uwzględnienia oferty przystępujących ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania — wniosek składany z ostrożności procesowej, zasądzenie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na rzecz odwołującego. Odwołujący podniósł, że zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie w zakresie ogłoszonego przetargu o udzielenie zamówienia publicznego tj. usługi kompleksowych napraw blacharskich i lakierniczych pojazdów służbowych KWP w Krakowie od czasu rozstrzygnięcia przetargu w rok 2011 była związana umową z wykonawcą, który wygrał przetarg z ceną 1,00 zł (słownie jeden złoty 00/100) za roboczo godzinę (rbh). Kolejna umowa zawarta w 2013 r została zawarta za cenę roboczogodziny w wysokości 0,00 PLN (zero złotych, zero groszy).

Odwołujący złożyła ofertę z ceną roboczogodziny w wysokości 0,00 PLN (zero złotych, zero groszy). Dodatkowo odwołujący udzielił rabatu w wysokości 100% na części i materiały użyte przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2016 r. odrzucił obie złożone oferty i unieważnił postępowanie. Odwołanie od odrzucenia własnej oferty oraz odwołanie od unieważnienia postępowania wniósł jedynie odwołujący. W dniu 8 lipca 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem oddaliła odwołanie i utrzymała w mocy decyzją zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

W dniu 13 lipca 2016 r. zamawiający zwrócił się m.in. do odwołującego jak również do innych firm o złożenie oferty na zlecenie wykonywania napraw powypadkowych (doraźne prace blacharsko-lakiernicze) uszkodzonych samochodów służbowych KWP w Krakowie (płatnik KWP), w poza resortowych zakładach blacharsko-lakierniczych na czas określony (do chwili zakończenia postępowania przetargowego na wykonywanie ww. napraw)

Dowód: mail Zamawiającego, oferta RM F. R. F.

Odwołujący odpowiedział na rozpoznanie cenowe i złożył ofertę. Do dnia dzisiejszego nie uzyskał odpowiedzi w sprawie przesłanej przez siebie oferty.

Natomiast w dniu 9 sierpnia 2016 r. zamawiający zdjął ze strony internetowej informację, że postępowania przetargowe jest unieważnione i umieścił informację, że postępowanie jest rozstrzygnięte. Ponadto zamawiający przestał wykonawcy odwołującemu informację o wyniku postępowania.

Odwołujący przywołał pkt. VI siwz ppkt. 6 i 7 – opis przedmiotu zamówienia, a także pkt. XVI – opis sposobu obliczenia ceny ppkt.1 i 5

Odwołujący kierując się powyższym, ustalając wartość roboczogodziny której płatnikiem będzie zamawiający na kwotę 0,00 złotych a wysokość rabatu na części i materiały, których płatnikiem będzie zamawiający na 100 procent, dokonał zsumowania w/w wartości uzyskując wartość brutto oferty w wysokości 5 350 000 (słownie: pięć milionów trzysta pięćdziesiąt tysięcy) Odwołujący przytoczył treść pkt. XVII ppkt. 2 siwz. Oraz wskazał, że z podanego przez zamawiającego wzoru matematycznego wynika, że zamawiający zakładał wskazanie przez oferentów wartości 0 (zero), ponieważ przewidział dodanie zarówno do licznika jak i do mianownika wartości 1.

Oferta odwołującego z uwagi na wskazanie zera bezwzględne w zakresie roboczogodzin wraz z transportem oraz 100 procentowego rabatu na części i materiały użyte przy wykonywaniu zamówienia - przy braku powielenia tej ceny i wysokości rabatu przez drugiego oferenta winna otrzymać najwyższą liczbę punktów ze złożonych ofert. Oferta ta była musi być również uznana za najniższą i najkorzystniejszą. Odwołujący ma więc interes w zaskarżeniu wyżej wskazanych czynności, ponieważ gdyby nie zaskarżone czynności, wygrałby przetarg. Odwołujący poniesie szkodę wynikającą z braku zawarcia z nią umowy w wyniku niniejszego postępowania przetargowego.

Odwołujący podniósł, że przywrócenie do postępowania oferty nie może być uzasadnione dowolnymi przekonaniem zamawiającego. Należy podkreślić, że przystępujący mieli prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej i z nich nie skorzystali. Działanie zamawiającego pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, a także rodzi stan niepewności wśród wszystkich uczestników postępowania oraz godzi również w zasadę równego traktowania wykonawców. Wyrok wydany w sprawie nie może wywierać skutków korzystnych dla podmiotów, które ze środków ochrony prawnej nie skorzystały. Stanowisko to znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie KIO jak i orzecznictwie Sądu Okręgowego w Krakowie - wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt II Ca 1481/13 z 10 stycznia 2014 r., w którym sąd oddalił skargę zamawiającego na wyrok KIO, sygn. akt KIO 1102/13 z 24 maja 2013 r. Skarżący zarzuca, że mamy w niniejszym postępowaniu do czynienia z wadą kwalifikowaną, ponieważ Zamawiający dokonał tych dowolnych działań w stosunku do postępowania, które unieważnił. W rzeczy samej czynności dokonane w dniu 9 sierpnia 2016 r. noszą jedynie pozór kontynuowania postępowania przetargowego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przejawia się w ocenie odwołującego również w dowolności w jakiej zamawiający podszedł do kwestii zbadania wybranej oferty przystępującego pod kątem zgodności tej oferty z art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy. Mianowicie zamawiający w ogóle pominął fakt, że przyjęcie stawki 0 złotych za roboczogodziny oraz udzielenie rabatu w wysokości 121 000 PLN prowadzi do konieczności odrzucenia oferty jako zmierzającej do obejścia przepisu art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji. Wskazany art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji zakazuje pokrycia kosztów funkcjonowania Policji przez inne podmioty niż określone w tym przepisie oraz w inny sposób niż z niego wynikający. Bez znaczenia jest przy tym czy korzyść majątkowa Policji wynosi 600 000 czy 121 000 (21 procent z 600 000), skoro każde finansowanie działań Policji z naruszeniem w/w art. 13 jest zakazane. Nie może budzić przy tym wątpliwości, że świadczenie pracy na rzecz Policji ze stawką za roboczogodzinę w wysokości 0 złotych narusza art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 KC w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy i winno skutkować odrzuceniem oferty przystępujących.

Tymczasem z naruszeniem art. 7 ustawy tylko w ofercie odwołującego zamawiający doszukuje się wskazanego naruszenia art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy by w stosunku do wybranej oferty pominąć tę kwestię z naruszeniem równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzuca, że jego oferta została więc odrzucona z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Odwołujący wskazał, że zamawiający zastosował w stosunku do oferty przystępujących, inną wykładnię przepisów art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, inne rozumienie oferty i uznał, że złożenie oferty obejmującej stawkę 0 złotych za każdą z 3000 godzin, jak również bonifikata (rabat) w wysokości 121 000 PLN nie stanowią podstawy do uznania, że wybrana przez zamawiającego oferta prowadzi do sprzecznego z prawem finansowania zamawiającego.

Zamawiający przyjął bowiem wykładnię, że cena za roboczogodzinę w wysokości zero złotych tj. poniżej jej wartości rynkowej oraz prawnie delimitowanej nie stanowi przysporzenia po stronie zamawiającego. Odwołujący zarzucił, że zgodnie z oświadczeniem dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia załączonym do oferty przystępujących korzystają oni z pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu (Dz. U. nr 200, poz. 1679 ze zm.) i Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. (Dz. U. 2015 poz. 1385) ustalona jest minimalna stawka godzinowa dla osób świadczących umowę na podstawie stosunku pracy/ art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę z dnia 10 października 2002 r. (Dz. U. Nr 200, poz. 1679) tj. z dnia

10 listopada 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008) w zw. z § 1 Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r). Minimalną stawkę godzinową oblicza się, dzieląc płacę minimalną (1850 zł w 2016 roku) przez ilość godzin pracy w danym miesiącu. Tak więc we wrześniu 2016 r. do przepracowania będzie 176 godzin, to najniższa stawka za godzinę wyniesie 10 złotych 51 groszy. Zamawiający przyjął jednak, że mimo, że przystępujący poniosą koszt tej stawki, to mogą w rozliczeniach z zamawiającym stosować stawkę zero złotych za roboczogodzinę, co nie będzie stanowiło finansowania Policji w rozumieniu art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji.

Odwołujący wskazał, że konsekwentne i zgodne z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. zastosowanie takiej samej oceny prawnej w ramach tego samego przetargu w stosunku do oferty odwołującego prowadzi do braku podstaw do odrzucenia oferty skarżącej. W tej sytuacji oferta odwołującego jest oferta najkorzystniejszą ponieważ przy tej samej stawce za roboczogodzinę w wysokości 0 złotych proponuje wyższy rabat na części zamienne i materiały użyte przy wykonywaniu zamówienia wyceniane wg systemu Audatex.

Ponadto odwołujący zarzucił, że ustawodawca nie przewidział za naruszenie art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji sankcji nieważności. W związku z tym odrzucenie oferty odwołującej jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów było niezasadne i naruszyło art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Nadto zdaniem odwołującego zamawiający dokonał błędu w ustaleniach faktycznych oraz naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez przyjęcie, że oferta prowadzi do finansowania Policji, w sytuacji kiedy, jak wynika z materiałów sprawy Policja, wbrew literalnemu brzmieniu tabeli ofertowej, nie wskazała wartości części samochodowych do napraw finansowanych przez płatnika - Policję tylko ich dotychczasową cenę. Wniosek z dnia 24 lutego 2016 r. zawiera następujące stwierdzenie: "Szacowana wartość przedmiotu zamówienia - obliczona na podstawie kosztów napraw blacharskich / lakierniczych poniesionych w 2015 r. (bez uwzględnienia napraw refundowanych przez firmy ubezpieczeniowe wynosi ok. 200 000 zł brutto. Z uwagi na fakt, iż umowa z wyłonionym wykonawcą zawarta zostanie na okres trzech lat szacowana wartość zamówienia będzie trzykrotnością tej kwoty tj. ok. 600 000 PLN"

Kwota 600 000 PLN nie stanowi więc wartości napraw, lecz dotychczasowy koszt. Koszt ten w wyniku konkurencji rynkowej może ulec zmniejszeniu. Dopiero w sytuacji, gdy podmiot miałby pokryć za Policję cenę wyznaczoną na podstawie przetargu, to wtedy wystąpiłaby, zdaniem odwołującego, sytuacja polegająca na finansowaniu zamawiającego z naruszeniem art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji.

W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty to wynikało z niewłaściwego sformułowania formularza ofertowego, Jak wskazał wyrok KIO z dnia 8 lipca 2016 r. z samego formularza ofertowego wynika jaka korzyść osiągnąłby zamawiający od podmiotu prywatnego, a co jest

zabronione przepisami ustawy o Policji. Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie podjął starań w celu zniwelowania skutków swojego błędu i nie przyjął na siebie konsekwencji własnej niestaranności z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również naruszeniem art. 93 ust. 1 i ust. 7 ustawy.. Zamawiający winien bowiem traktować tabelę oznaczoną IV traktować, zgodnie z w/w dokumentami w tym piśmie z 24 lutego 2016 r. traktować jako maksymalną dopuszczalną przez zamawiającego składową ceny oferty. Takie rozumienie byłoby zgodne z intencjami zarówno zamawiającego jaki odwołującego. W tej sytuacji brak byłoby podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy i odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący podniósł także, że postępowanie przetargowe zostało skutecznie pod względem prawnym unieważnione a wszystkie oferty utraciły moc wskutek odrzucenia oraz poinformowania wykonawców o dokonanych czynnościach. Co więcej fakt ten *expressis verbis* potwierdził w wyroku KIO: „Biorąc pod uwagę, że zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny i podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na sprzeczność tej oferty z innymi przepisami - art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust 1 pkt. 8 ustawy, a druga ze złożonych ofert została skutecznie odrzucona, należało uznać, że zamawiający prawidłowo ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu, a zatem właściwie zastosował normę art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy.”

W tej sytuacji czynności przeprowadzone w dniu 9 sierpnia 2016 r, miały w ocenie odwołującego jedynie pozór kontynuowania postępowania przetargowego, gdy tymczasem faktycznie stanowiły przeprowadzenie nowego postępowania przetargowego. W tej sytuacji zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 . ustawy, art. 39 i art. 40 ust. 1. ustawy art. 41,42,43, 45 . ustawy przez brak ogłoszenia że prowadzone jest nowe postępowanie przetargowe, brak zawiadomienia o tym postępowaniu, brak wyznaczenia terminu składania ofert , pomimo, że poprzednie postępowanie zostało skutecznie zakończone. Ponadto stanowi to próbę obejścia ustawy nowelizującej ustawę. Zgodnie z art. 16 ust. 1. w/w nowelizacji do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Tymczasem postępowanie zostało zakończone i to prawomocnie 8 lipca 2016 r., a ustawa weszła w życie 28 lipca 2016 r.

Wobec czynności wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej odwołujący podnosi dodatkowo następujące zarzuty. Oferta ta została skutecznie odrzucona a przystępujący nie wnieśli od tego odrzucenia odwołania ani też oferta ta nie została objęta żadnymi wskazaniem wyroku KIO z dnia 8 lipca 2016 r. Przywrócenie tej oferty i uwzględnienie jej w przetargu oraz dokonanie jej wyboru naruszyło art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszające zachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców. Ponadto czynność

wyboru oferty jako najkorzystniejszej naruszyła również art. 7 ust. 3 ustawy, ponieważ wykonawca nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto naruszony został art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy, ponieważ wyboru oferty przystępujących dokonano pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało zakończone a więc faktycznie dokonano wybrania oferty poza postępowaniem przetargowym.

Ponadto odwołujący wskazał ponownie, że ustawodawca nie przewidział za naruszenie art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji sankcji nieważności.

Odwołujący zarzucił, że wybranie oferty przystępujących po upływie terminu związania ofertą i w sytuacji kiedy oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało złożone w terminie obowiązywania dotychczasowej oferty co stanowi naruszenie 85 ust. 1 i 2 ustawy. w zw. z 85 ust. 5 ustawy w zw. z 85 ust. 1 pkt 3 ustawy ponieważ termin związania ofertą upłynął 60 dni po dniu otwarcia ofert w dniu 24 maja 2016 r. i upłynął 22 lipca 2016 r. Z ostrożności odwołująca zarzucił, że termin ten nie został przedłużony wskutek wniesienia odwołania, ponieważ odrzucenie oferty wykonawcy przystępujących nie zostało zaskarżone a odwołanie nie dotyczyło odrzucenia tej oferty, więc nie znalazła zastosowania norma z art. 182 ust. 6 ustawy. Znajdujące się w aktach oświadczenie o przedłużeniu oferty datowane na 5 sierpnia 2016 r. jest ponadto nieważne, ponieważ nie zostało złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności, lecz przesłane faxem - naruszenie art. 82 ust. 2 ustawy w brzmieniu sprzed 28 lipca 2016r. W tym zakresie odwołujący wskazał, że termin związania ofertą stanowi element oferty, w związku z powyższym musi zostać dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ponadto oświadczenie o przedłużeniu oferty nie zostało podpisane przez obu współników spółki cywilnej, lecz jedynie przez jednego współnika, który nie wskazał, że działa w imieniu drugiego współnika, jako jego pełnomocnik. W związku z powyższym oświadczenie to jest nieważne z mocy art. 58 par. 1 KC. Niezależnie od tego oświadczenie o przedłużeniu oferty nie mogło wywrzeć żadnego skutku, ponieważ nie nastąpiło wraz z nim wniesienie wadium, co naruszyło art. 85 ust. 4 ustawy. Jak wskazuje przepis „Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą” W niniejszej sprawie wadium zostało przystępujących zwrócone w związku z odrzuceniem oferty w czerwcu 2016 r. Oznacza to, że dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu oferty przystępujący winni byli, lecz nie później niż przed upływem poprzedniego terminu związania ofertą, dokonać wpłaty wadium, co nie nastąpiło. Na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w zw. art. 85 ust. 4 ustawy) ustawy winno to być skutkowało wykluczeniem przystępujących, w sytuacji kiedy przystępujący łącznie z oświadczeniem o przedłużeniu oferty nie dokonali wpłaty wadium.

Ponadto zamawiający dokonał wyboru oferty wygasłej, co nastąpiło z naruszeniem art. 70 ze zn. 3 KC w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy ponieważ

postępowanie przetargowe zostało zakończone a jego uczestnicy zostali o tym poinformowani i od najpóźniej w tym momencie nastąpił upływ terminu oferty przystępujący, ponieważ nie złożyli oni odwołania.

Odwołujący zarzucił ponadto zamawiającemu brak odrzucenia oferty przystępujących z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo, że wybrana oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Odwołujący wskazał, że przystępujący przyznali, że zaproponowana przez nich w ofercie cena roboczogodziny nie obejmuje kosztu transportu, co skutkowało brakiem wniesienia odwołania od odrzucenia tej oferty. W sytuacji, w której nie zostały złożone żadne nowe oświadczenia przez przystępujących brak jest podstaw do uznania przez zamawiającego, że jego zarzut przestał być zasadny. Co więcej, nagła zmiana oceny oferty przystępujących przez zamawiającego ma charakter zupełnie dowolny i narusza art. 7 ust. 1 ustawy.

Na zakończenie odwołujący podkreślił, że stosowanie przepisów przez zamawiającego w ramach tego samego postępowania przetargowego musi być jednolite oraz konsekwentne i nie może, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, naruszać zasady z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.

W dniu 19 sierpnia 2016r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 22 sierpnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. B. i W. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą AUTO ROBOT SYSTEM s.c. B. W. B. z siedzibą w Krakowie, ul. Mała Góra 55 wnosząc o oddalenie odwołania, a ewentualnie z ostrożności o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności ponownego wyboru ofert dokonanego po wyroku KIO z dnia 8 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1111/16. Zgłaszający wskazali, że mają interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego, gdyż ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i oddalenie odwołania będzie dawać zgłaszającemu możliwość uzyskania zamówienia, co leży w ich interesie. Zgłaszający wskazali, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i było to zgodne z wyrokiem KIO z dnia 8 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1111/16, gdzie Izba wskazała, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy o Policji, gdyż wynika z niej, że zamawiający uzyskałby korzyść majątkową w wysokości 600000 zł. z tytułu finansowania przez odwołującego zakupu części i materiałów do napraw samochodów zamawiającego. Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty zgłaszających, to z oferty przystępujących wynika, że cena obejmuje koszty transportu, potwierdza to złożone oświadczenie, a odwołujący nie wykazał na czym polega sprzeczność tej oferty z treścią siwz. Siwz nie zawiera wytycznych co do sposobu kalkulowania kosztów transportu, ani nie wiadomo czy taki transport nastąpi i w jakiej częstotliwości.

Utrwalony jest pogląd, że cena 0zł. za jeden ze składników ceny nie stanowi podstawy do jej odrzucenia. W zakresie zarzutu wadliwego wyboru oferty przystępujących, to przystępujący oświadczyli, że wybór nastąpił w okresie związania oferta, a nawet gdyby przyjąć, że nie to upływ terminu związania nie uniemożliwia zamawiającemu wyboru oferty i zawarcia umowy. Co do niedopuszczalnego przysporzenia, to przystępujący twierdzi, że odwołujący nie wyjaśnił czym jest to przysporzenie i na czym wzbogacenie miałyby polegać. Rabat nie prowadzi do zaoferowania zamawiającemu materiałów i części za cenę 0zł, a przystępujący otrzymają odpowiedni dochód. Sam fakt udzielenia rabatu przewidział zamawiający, zaś sam odwołujący udzielił rabatu w wysokości 100%, a więc na poziomie dużo wyższym niż przystępujący. Zgłoszenie podpisał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 sierpnia 2016r. udzielonego przez obu współników spółki cywilnej. Brak dowodu przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 30 sierpnia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania, ze względu na jego bezpodstawność i brak naruszenia przepisów ustawy oraz o dopuszczenie dowodów wskazanych w odpowiedzi. Zamawiający podniósł, że zarzuty podniesione przez odwołującego są bezpodstawne i nie mogą zasługiwać na uwzględnienie. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie czynności podjętych w toku przedmiotowego postępowania. Ponadto, kwestionował interes oraz poniesioną szkodę, które wskazuje odwołujący w złożonym odwołaniu.

Zamawiający przedstawił przebieg dotychczasowego postępowania od momentu składania ofert do chwili wydania wyroku przez Izbę z dnia 8 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1111/16, który powołał jako dowód. Zamawiający stwierdził, że mając na względzie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności fakt, że Izba wskazała iż zamawiający błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przy odrzuceniu oferty RM F. R. F., postanowił powrócić do czynności badania i oceny ofert. Zakwestionowana przez Izbę przesłanka była również podstawą do odrzucenia oferty Wykonawcy AUTO ROBOT SYSTEM s.c. B.W. B., 30-864 Kraków, ul. Mała Góra 55 – dalej AUTO ROBOT SYSTEM. W związku z powyższym, zamawiający uznał, iż podjęte uprzednio czynności - odrzucenie oferty AUTO ROBOT SYSTEM - były obarczone wadą. W dniu 9 sierpnia 2016 r. zamawiający zmienił rozstrzygnięcie w przedmiotowym postępowaniu wybierając ofertę Wykonawcy AUTO ROBOT SYSTEM oraz - zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej - podtrzymując odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy.

W dniu 19 sierpnia 2016 r. odwołujący złożył kolejne odwołanie w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu podjęcie szeregu czynności niezgodnych z prawem. Co do interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, to zamawiający zakwestionował posiadanie przez odwołującego interesu w

uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, co jest podstawowym elementem do złożenia odwołania. W treści złożonego odwołania odwołujący wskazał: „oferta Odwołującej się z uwagi na wskazanie zera bezwzględnie w zakresie roboczo-godzin wraz z transportem oraz 100 procentowego rabatu na części i materiału użyte przy wykonywaniu zamówienia - przy braku powielenia tej ceny i wysokości rabatu przez drugiego oferenta winna otrzymać najwyższą liczbę punktów ze złożonych ofert. Oferta ta musi być również uznana za najniższą i najkorzystniejszą. Odwołująca ma więc interes w zaskarżeniu wyżej wskazanych czynności, ponieważ gdyby nie zaskarżone czynności wygrałaby przetarg. W tej sytuacji w wyniku naruszenia w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy. Wykonawca - Odwołująca poniesie szkodę wynikającą z braku zawarcia z nią umowy w wyniku niniejszego postępowania przetargowego.”

Zamawiający podkreślił, że oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.). Zasadność tego odrzucenia została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16. Wykonawca nie może zatem powoływać się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz wskazywać na poniesienie szkody, skoro jego oferta została już wcześniej skutecznie odrzucona przez zamawiającego. Słuszność takiego poglądu potwierdza wyrok z dnia 2 kwietnia 2013 r., KIO 669/13. Ewentualna szkoda o jakiej mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy wynikać ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, wniesienie odwołania powinno w zasadzie zmierzać do stworzenia dla wykonawcy ponownie, realnej, szansy na wygranie przetargu, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (wyroki KIO: z dnia 15 marca 2012, KIO 445/12 oraz z dnia 2 października 2012 KIO 189/12) . W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie może powoływać się na szkodę, skoro zasadność odrzucenia jego oferty została już wcześniej zbadana i potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą. W konsekwencji rozstrzygnięcia KIO z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16 zdaniem zamawiającego należy uznać, że Wykonawca RM F. R. F. nie jest już uczestnikiem postępowania. Zgodnie z poglądem doktryny, ewentualne odwołanie wniesione przez takiego wykonawcę, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Stanowisko doktryny znalazło potwierdzenie w postanowieniu SO Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r. (IV Ca 521/08). Analogicznie wywodzi KIO w postanowieniach z dnia 18 września 2009 r (KIO/UZP 1176/09), z dnia 5 kwietnia 2011 r. (KIO 842/11; KIO 844/11), z dnia 4 lipca 2013 roku (KIO 1500/13), z dnia 9 marca 2015 roku (KIO 341/15), z dnia 30 maja 2016 r. (KIO 849/16).

Zamawiający również wskazał, że odwołujący nie może się powoływać na interes jako hipotetyczną możliwość uzyskania zamówienia w innym, jeszcze niewszczętym postępowaniu. Interes w uzyskaniu zamówienia musi dotyczyć prowadzonego (jeszcze trwającego) postępowania w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 759/11. Następstwem tej linii orzeczniczej jest pogląd prezentowany w licznych wyrokach Izby wykluczający możliwość wnioskowania o unieważnienie postępowania - na co m.in. wskazuje odwołujący. Krajowa Izba Odwoławcza uznaje bowiem, że w świetle brzmienia art. 179 ust. 1 unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania "interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdyż interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia (wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11).

Zamawiający odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania podniósł, że zamawiający nie zgadza się z zarzutem odwołującego, że błędnie unieważnił czynność unieważnienia

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego. Podkreślił, że jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Argumentacja tej tezy znajduje się w art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy i wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2012 r. (KIO 104/12 i KIO 290/11). Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie 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 jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Taka sytuacja zdaniem zamawiającego miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający uznał bowiem, że podstawa odrzucenia oferty przystępującego została błędnie zastosowana. Powyższe, wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, która badając poprawność zastosowania tej przesłanki - w odniesieniu do oferty odwołującego stwierdziła, że została ona błędnie wskazana przez zamawiającego. Podkreślił, że obydwie złożone oferty zawierają tą samą stawkę roboczogodziny 0,00 zł oraz zawierają dokładnie te same elementy formalno-prawne m.in. oświadczenie, że w cenie uwzględniono wszelkie koszty m.in. koszty transportu uszkodzonych pojazdów. W związku z powyższym, zamawiający oceniając oferty pod względem zastosowania przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy musiał przy zachowaniu naczelnej zasady udzielania

zamówień - zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Ustawy - ocenić oferty wg tego samego stanu faktycznego.

Ponadto, zamawiający uważa, że odwołujący nie może wskazywać, że z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16 wynika, iż postępowanie zostało skutecznie unieważnione, a wszystkie oferty utraciły moc wskutek odrzucenia. Należy podkreślić, zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 Ustawy Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w treści samego odwołania. Stosownie więc do przytoczonego przepisu Izba orzekła jedynie o zasadności odrzucenia oferty odwołującego. W zakresie pozostałych kwestii Izba wskazała jedynie na stan faktyczny jaki został ustalony przez zamawiającego w rozstrzygnięciu z dnia 15 czerwca 2016 r. Na tamtym etapie postępowania zamawiający uznał, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność z treścią SIWZ, a postępowanie winno być unieważnione ze względu na brak ważnych ofert. Na dalszym etapie postępowania, po analizie przesłanek odrzucenia oferty przystępującego, w kontekście wyroku KIO, zamawiający uznał, że błędnie odrzucił ofertę przystępującego.

Zamawiający jest zobligowany przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że celem postępowania jest wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, a zamawiający jest przekonany, że nieprawidłowo odrzucił pierwotnie przystępującego.

Co do zarzutu odwołującego związanego z niezasadnym w ocenie odwołującego odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy, to zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego. Oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona na podstawie wskazanych przez odwołującego przepisów. Zasadność odrzucenia została potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16. Stan faktyczny w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.) nie uległ zmianie. Zatem powyższy element odwołania nie powinien w ogóle być rozpatrywany przez Izbę, bowiem odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 4 Ustawy Odwołujący nie może dwukrotnie w jednym postępowaniu wnieść odwołania, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej. Powyższe zdaniem zamawiającego, stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania, przynajmniej w tym zakresie, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Warto podkreślić, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego wykonał czynność zgodnie z treścią wyroku

Izby. Czynność wykonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu okręgowego rozpoznającego skargę nie może być już przedmiotem odwołania.

Co do zarzutu wyboru oferty przystępującego pomimo, że wybrana oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaproponowana w ofercie cena roboczogodziny nie obejmuje kosztu transportu, a zarzut ten został uznany przez, co skutkowało brakiem wniesienia odwołania od odrzucenia tej oferty, to zamawiający nie zgodził się z tym zarzutem. Oferta przystępującego jest zgodna treścią SIWZ i zgodnie z tym co wcześniej wskazano, cena obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszt transportu. Wykonawca składając ofertę złożył stosowne oświadczenie, z którego jasno wynika, iż wskazane wyżej elementy zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny oferty. W ocenie zamawiającego brak złożenia przez niego odwołania nie jest równoznaczny z przyznaniem, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Możliwość złożenia odwołania jest uprawnieniem wykonawcy z którego może skorzystać, ale wcale nie musi. Gdyby argumentacja odwołującego była prawidłowa, wówczas przystępujący nie przystąpiłby w przedmiotowym odwołaniu po stronie zamawiającego.

Odnosnie zarzutu wyboru oferty przystępującego z naruszeniem:

- art. 7 ust. 1 Ustawy oraz z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy;
- art. 7 ust. 3 Ustawy;
- art. 93 ust. 1 pkt. 1 Ustawy;
- art. 7 ust. 1 pkt. 1,

zamawiający również nie zgodził się z zarzutem odwołującego. Ponownie podkreślił swojej stanowisko, co do dopuszczalności samonaprawy przez zamawiającego na każdym etapie postępowania. Mimo, iż przystępujący nie złożył odwołania od rozstrzygnięcia postępowania, zamawiający doszedł do wniosku, iż błędnie odrzucił jego ofertę stąd zmienił rozstrzygnięcie do czego jest uprawniony zgodnie z linią orzeczniczą KIO. Zatem oferta przystępującego została wybrana zgodnie z przepisami ustawy. Zdaniem zamawiającego nie trafne jest twierdzenie odwołującego, że przedmiotowe postępowanie zostało zakończone, więc zamawiający nie mógł dokonać zmiany decyzji w rozstrzygnięciu. Zamawiający podkreślił, że prawidłowo pojmowanym końcem postępowania jest dzień podpisania umowy, zaciągnięcia zobowiązania między wybranym w postępowaniu wykonawcą a zamawiającym. Co prawda, linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie jest spójna w tej kwestii, jednak zamawiającemu wydaje się, że przesądzająca jest uchwała Sądu Najwyższego 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) SN, z której wynika, że postępowanie kończy się wraz z zawarciem umowy. Kierując się wskazaną uchwałą Sądu Najwyższego Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła w podobny sposób w wyroku z dnia 17 grudnia 2013 r., KIO 2774/13 Izba. Pogląd ten jest również jednolicie wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby

Odwoławczej (wyroki w sprawach KIO 2591/13 i KIO 2774/13; KIO 2775/13; KIO 991/14; KIO 1001/14.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, art. 39 i art. 40 ust. 1 ustawy, art. 41-45 ustawy przez zaniechanie ogłoszenia, że prowadzone jest nowe postępowanie przetargowe, to zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego. Zgodnie z tym co zamawiający wskazał w niniejszej odpowiedzi, wszelkie czynności dokonane przez zamawiającego po wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16, - wybór oferty przystępującego. dotyczą przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zarzutu wadliwego wybrania oferty przystępującego jako najkorzystniejszej po upływie terminu na jaki została złożona w sytuacji kiedy oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą nie zostało złożone w terminie obowiązywania dotychczasowej oferty oraz, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności, lecz przesłane faksem; oświadczenie o przedłużeniu oferty nie zostało podpisane przez obu wspólników spółki cywilnej, lecz jedynie przez jednego wspólnika, który nie wykazał, że działa w imieniu drugiego wspólnika jako jego pełnomocnik; oświadczenie o przedłużeniu oferty było nieskuteczne, ponieważ nie nastąpiło wraz z nim wniesienie wadium, to zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego. Dyspozycja art. 182 ust. 6 ustawy cyt. „W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia”, w oczywisty sposób odnosi się do wszystkich ofert złożonych w toku postępowania, a nie wyłącznie w odniesieniu do oferty Wykonawcy, który wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Wynika to bezpośrednio z jednej z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie podzielił również zarzutu, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone w niewłaściwej formie tj. faksem zamiast pisemnie. Takie stanowisko wyraża zarówno doktryna jak i orzecznictwo „Przedłużenie okresu związania ofertą może zostać dokonane przez Wykonawcę w dowolnej formie.” (Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II Opublikowano: LEX 2015). Zgodnie z art. 27 ust. 1 w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (zob. wyroki KIO: z dnia 12 lipca 2010 r., KIO/UZP 1226/10; KIO/UZP 1275/10; z dnia 19 października 2010 r., KIO 2204/10; z dnia 15 czerwca 2011 r., KIO 1191/11; z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 109/13. W treści SIWZ, rozdział II pkt. 2 Zamawiający określił, że dopuszcza składanie oświadczeń pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Zamawiający nie może uznać zarzutu, że oświadczenie o przedłużeniu oferty zostało podpisane przez jednego wspólnika, który nie wykazał, że działa w imieniu drugiego

wspólnika jako jego pełnomocnik. Oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą zostało podpisane przez Pana B. B. . Przystępujący wraz z ofertą złożoną w toku przedmiotowego postępowania załączył oryginał pełnomocnictwa dla Pana B. B. do reprezentowania i składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, w tym do zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługi kompleksowych napraw blacharskich i lakierniczych pojazdów służbowych Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie. Dokument został złożony w oryginale, opatrzony podpisem drugiego ze współników spółki cywilnej i zgodnie z jego treścią uprawnia Pana B. B. do składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, a zatem także oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą. Jako dowód zamawiający powołał pełnomocnictwo załączone do oferty przystępującego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego, który twierdzi, iż oświadczenie o przedłużeniu oferty było nieskuteczne, ponieważ nie nastąpiło wraz z nim wniesienie wadium. Przystępujący w oświadczeniu złożonym w dniu 5 sierpnia 2016 r. przedłużył okres związania ofertą o kolejnych 60 dni oraz wniósł wymagane wadium. Zamawiający przywołał pogląd doktryny na temat art. 85 ust 4 ustawy cyt. „Literalne brzmienie przepisu może sugerować, iż przedłużenie ważności wadium musi nastąpić w tym samym momencie, co wyrażenie zgody na dalsze związanie ofertą ("jednocześnie"). Celem przepisu jest jednak wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia wadium na nowy okres związania ofertą. Wystarczające będzie więc, jeśli obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności". (Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Opublikowano: LEX 2014). Stanowisko w przedmiotowej kwestii przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 18 listopada 2013 r., KIO 2576/13), która odnosząc się do zagadnienia przedłużenia terminu związania ofertą tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, stwierdziła: "dla zrealizowania dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy wystarczające jest, aby przedłużenie ważności wadium nastąpiło w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości zabezpieczenia oferty (...)". Mając powyższe na względzie, zdaniem zamawiającego nietrafny jest zarzut odwołującego, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2, pkt. 2 ustawy w związku z art. 85 ust. 4 ustawy przez brak wykluczenia przystępującego Jako dowód zamawiający powołał oświadczenie przystępującego o przedłużeniu okresu związania ofertą.

Co do zarzutu wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.), ponieważ oferta prowadzi do dokonywania na rzecz Policji darmowych napraw w zakresie kosztów robocizny oraz prowadzi do wzbogacenia Policji na kwotę 126 000 PLN wobec przyznanego rabatu, co prowadzi do finansowania działalności Policji przez przystępującego, to zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego.

Podkreślił, że odwołujący kwestionuje zgodność oferty najkorzystniejszej z ww. przepisami, gdyż jak wskazuje udzielony przez przystępującego rabat w wysokości 21% prowadzi do wzbogacenia się Policji na kwotę 126 0000 zł co ma skutkować złamaniem ustawy o Policji. Jednocześnie w tym samym piśmie, odwołujący przekonuje (pomimo, iż zasadność odrzucenia jego oferty potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza), że zaoferowany przez niego rabat na poziomie 100% nie łamie zasad określonych w ustawie o Policji.

Oferta przystępującego w ocenie zamawiającego została przygotowana zgodnie z postanowieniami SIWZ, które wykonawcy zaakceptowali przystępując do przedmiotowego postępowania - a więc m.in. przez wskazanie odpowiedniego rabatu od szacunkowo przyjętej kwoty 600 000,00 zł. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uwzględnił rabat na poziomie 21%, co wg niego pozwala na uzyskanie odpowiedniego dochodu. Zatem, w tym konkretnym przypadku, kwota jaka pozostaje wykonawcy po uwzględnieniu rabatu stanowi swoistą wycenę usług wykonywanych w ramach realizacji zamówienia. Zdaniem zamawiającego, nie można twierdzić, że zastosowany rabat ma na celu niezgodne z prawem obejście art. 13 ust. 1 i ust. 3 ustawy o Policji. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego, który w treści odwołania podnosi, że cyt. „świadczenie pracy na rzecz Policji za stawkę za roboczogodzinę w wysokości 0 złotych narusza art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 KC w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.". Zamawiający podkreślił, że w kwestii zastosowania stawki za roboczogodzinę w wysokości 0 złotych przy wykonywaniu przedmiotowych usług Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1111/16 stwierdziła cyt. „Brak jest przeszkód prawnych do złożenia przez wykonawcę oferty, w której zaoferuje on przedmiot zamówienia za określoną cenę ofertową, natomiast przy kalkulacji tej ceny wyceni jedną z części zamówienia jako bezpłatną. (...) Przepisy ustawy nie zabraniają stosowania ceny „0 zł”, a pojęcie ceny zdefiniowane w art 2 pkt. 1 ustawy należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt. 5 jako cenę oferty jako całości." W części oferty dotyczącej wykonywania napraw, których płatnikiem będzie zamawiający, wykonawca otrzyma wynagrodzenie z tytułu wartości części i materiałów użytych przy realizacji umowy. Zatem, wykonawca otrzyma stosowne wynagrodzenie za świadczenie przedmiotowych usług na rzecz zamawiającego, a zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą cenę oferty należy rozpatrywać jako całość. W związku z czym nie można twierdzić, że takie rozliczenie narusza art. 13 ust. 1 i 3 ustawy o Policji w związku z art. 58 § 1 KC w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy.

Odwołujący zarzucił również, iż cyt. „wybrana oferta nie zawiera ceny ofertowej powiązanej z zaoferowanym rabatem, co czyni wybraną ofertą nieskuteczną jako niepełną co do elementu istotnego oferty, a mianowicie ceny ofertowej (...) ponieważ cena ofert stanowi *essentia negotii* każdej oferty i musi być jednoznacznie określona i nie może zawierać

błędów w obliczeniach". Zamawiający nie zgadza się z argumentacją odwołującego. Oferta przystępującego została przygotowana zgodnie z wytycznymi zamawiającego określonymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdział XVI Opis sposobu obliczenia ceny, ust. 1 i 2. We wskazanym rozdziale, Zamawiający określił:

XVI.1. „Cenę oferty należy obliczyć zgodnie z tabelą zawartą w załączniku nr 1 do SIWZ”;

XVI.2. „Cenę oferty będzie stanowił robocizny powiększona o szacowaną wartość części zamiennych i materiałów użytych do wykonywania napraw oraz szacowana wartość napraw finansowanych przez Towarzystwa Ubezpieczeniowe”.

Tabela wg. której wykonawcy zostali zobligowani do obliczenia ceny nie zawiera pozycji „rabat”, zatem wykonawca nie mógł obliczyć ceny z uwzględnieniem rabatu. Ponadto, z treści ust. 2 jednoznacznie wynika jakie elementy składają się na cenę oferty. Pośród wskazanych składników cenotwórczych zamawiający nie uwzględnił rabatu, który w tym konkretnym postępowaniu stanowi odrębne kryterium do oceny ofert. Mając na względzie powyższe nie można się zgodzić z zarzutem odwołującego, że w cenie oferty przystępującego nie uwzględniono rabatu.

Co do zarzutów:

- naruszenia art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy przez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. i powtórne badanie i ocenę ofert w tym oferty przystępującego,

-naruszenia art. 70 ze zn. 3 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez wybranie oferty wygasłej, a uczestnicy postępowania zostali poinformowani o jego zakończeniu;

- naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez pojęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami. Zamawiający wykazał powyżej, że powtórne badanie i ocena ofert wynika z faktu, iż w ocenie zamawiającego popełnił błąd w pierwotnej ocenie oferty przystępującego. Zgodnie z poglądem doktryny ponowne badanie ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty wcale nie musi wynikać z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Zgodnie z treścią niniejszej odpowiedzi, nie można zdaniem zamawiającego twierdzić, że oferta przystępującego została wygaszona. Jak wykazał zamawiający, przystępujący złożył w toku postępowania wiążące oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą, a więc nie można twierdzić, że jego oferta wygasła.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy przez niepoinformowanie odwołującego o swoistym przywróceniu przez zamawiającego oferty przystępującego jak również nie poinformowanie odwołującego o tym, że następuje przywrócenie całego postępowania przetargowego, zamawiający nie podzielił powyższego zarzutu. W dniu 9 sierpnia 2016 r.

zamawiający przesłał stosowną informację do wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o zmianie rozstrzygnięcia wraz z podstawą faktyczną i prawną oraz uzasadnieniem podjętych czynności. Jako dowód zamawiający powołał zmianę rozstrzygnięcia postępowania z dnia 9 sierpnia 2016 r..

W opinii zamawiającego wszystkie zarzuty oraz argumenty odwołującego wskazane w odwołaniu nie znajdują potwierdzenia tak w stanie prawnym, jak i faktycznym. Ponadto, zamawiający nie może się zgodzić żądaniem przez Odwołującego unieważnienia postępowania. Judykatura wielokrotnie odrzucała pogląd, że wykonawca, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia - a z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu - może dążyć do unieważnienia postępowania. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniach KIO jak również w orzecznictwie sądów powszechnych (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 7 lutego 2011 r. (II Ca 9/11); wyrok SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. (V Ca 1973/ 11); wyrok SO w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r. (IX Ga 39/12).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, protokołu postępowania, oferty odwołującego, oferty przystępującego, dowodów wpłaty wadium przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 9 sierpnia 2016r. wezwania zamawiającego do przystępującego o wniesienie wadium,

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że:

Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 10 000zł.

Zamawiający żądał 60 dni terminu związania ofertą.

Termin składania ofert upływał w dniu 24 maja 2016r.

Obaj wykonawcy wnieśli wadia w wymaganej wysokości 10 000zł. w gotówce przed upływem terminu składania ofert.

W ofercie przystępującego na str. 4 znajduje się pełnomocnictwo W. B. dla B. B. upoważniające go do reprezentowania i składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, w tym do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 15 czerwca 2016r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z braku ważnych ofert, a obie oferty wykonawców odrzuciła przy czym ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zakresie udzielonego rabatu jako nieważną na podstawie art. 58 par. 1 kc w związku z art. 13 ust. 1 ustawy o policji i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ze względu na brak co najmniej kalkulacji kosztów transportu, co nie odpowiada treści siwz. Co do oferty przystępującego to została ona odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z uwagi na brak co najmniej kalkulacji kosztów transportu, co nie odpowiada treści siwz.

W dniu 21 czerwca 2016r. zamawiający zwrócił wadzia wykonawcom.

W dniu 24 czerwca 2016r. odwołanie na czynność unieważnienia postępowania oraz czynność odrzucenia swojej oferty wyniósł odwołujący. Z tym dniem nastąpiła przerwa biegu terminu związania ofertą i trwała nieprzerwanie do dnia 8 lipca 2016r. włącznie tj. przez 15 dni.

W dniu 8 lipca 2016r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1111/16 oddalając odwołanie i stwierdziła, że zamawiający zasadnie odrzucił odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy oraz prawidłowo unieważnił postępowanie skoro oferta przystępującego także była odrzucona, czego przystępujący nie kwestionował, a więc prawidłowe było zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, gdyż w postępowaniu nie było ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z przerwą biegu terminu związania ofert termin 60 dni upłynął w dniu 6 sierpnia 2016r. Kwestię biegu terminu związania ofertą reguluje art. 85 ust.5 ustawy, zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Liczenie terminu biegu związania ofertą jest uregulowane odmiennie od regulacji kodeksu cywilnego w art. 111 § 2 w zakresie początku biegu terminu, ponieważ art.85 ust.5 ustawy Pzp nakazuje rozpoczynać liczenie biegu terminu wraz z upływem terminu składania ofert a nie od następnego dnia od upływu terminu składania ofert.

Z kolei treści art. 182 ust. 6 ustawy wynika, że w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Przy czym należy mieć na uwadze, że reguła kodeksu cywilnego zawarta w art. 111 § 2 dotycząca nie liczenia dnia w którym nastąpiło zdarzenie dotyczy terminów oznaczonych w dniach. W związku z tym reguła ta nie dotyczy liczenia terminów nie oznaczonych w dniach np.: oznaczonych zdarzeniami. Reguła liczenia terminów oznaczonych w dniach odnosi się do terminów oznaczonych np.: 3 dni, 7 dni, 14 dni. Wówczas nie liczy się do upływu terminu dni zdarzeń od których biegą terminy wyznaczone w dniach (3,7,14 itd.) tylko liczy się od następnego dnia. Natomiast reguła liczenia terminu od następnego dnia nie dotyczy liczenia terminów wyznaczonych zdarzeniami tak jak to ma miejsce w regulacji art.182 ust. 6 ustawy (od wniesienia odwołania do ogłoszenie wyroku.). Wówczas liczy się dni od zdarzenia do zdarzenia to jest włącznie z dniem w którym nastąpiło zdarzenie zawieszające bieg związania ofertą jak i dzień w którym nastąpiło zdarzenie odwieszające bieg związania ofertą. Reasumując kodeks cywilny reguluje liczenie terminów od następnego dnia zdarzenia tylko i wyłącznie do terminów oznaczonych w dniach a nie wyznaczonych zdarzeniami ale z zastosowaniem reguły z art.85 ust.5 ustawy w związku z art.14 ustawy – patrz wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 618/15 i KIO 625/15. Tym samym obliczenie długości zawieszenia biegu związania

ofertą przedstawione przez odwołującego na rozprawie jest błędne, gdyż pomija dzień wniesienia odwołania oraz dzień ogłoszenia orzeczenia)

Zamawiający nie skorzystał z możliwości przedłużenia terminu związania ofertą w myśl art. 85 ust. 2 ustawy.

W dniu 5 sierpnia 2016r. do zamawiającego wpłynęło od przystępującego oświadczenie w formie faksu o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni. Oświadczenie to zostało opatrzone odbiciem podpisu B. B. .

W dniu 9 sierpnia 2016r. (a więc po upływie wyznaczonego w siwz terminu związania ofertą) zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania, powtórzył czynność badania i oceny ofert, w odniesieniu do ofert obu wykonawców. Odrzucił ofertę odwołującego powołując się na wykonanie wyroku Izby z dnia 8 lipca 2016r. sygn. akt KIO 1111/16 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy oraz dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

W dniu 9 sierpnia 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do wniesienia wadium. Przystępujący nie wpłacił wadium samodzielnie dokonując tej czynności jednocześnie z czynnością przedłużenia terminu związania ofertą – okoliczność bezsporna.

W dniu 9 sierpnia 2016r. przystępujący wpłacił wadium.

W aktach sprawy brak dowodu na złożenie przez odwołującego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również o posiadaniu przez odwołującego oferty zabezpieczonej wadium na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 9 sierpnia 2016r.

Izba uznała informację o zaproszeniu do składania ofert na czas do zakończenia postępowania przetargowego na wykonywanie ww. napraw za informację, która nie potwierdzała tezy odwołującego, że postępowanie przetargowe na wykonywanie napraw blacharskich i lakierniczych zostało ukończone, gdyż w dniu 13 lipca 2016r. zamawiający pisał wyraźnie o tym, że zamierza zlecać prace doraźne do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Było to pięć dni po ogłoszeniu orzeczenia przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1111/16, a przed dniem wpływu odpisu tegoż orzeczenia wraz z uzasadnieniem do zamawiającego, które miało miejsce w dniu 20 lipca 2016r. – k. 138. Jako niewiarygodne należało zatem ocenić twierdzenia zamawiającego, że ta korespondencja miała służyć wykazaniu faktu, że zamawiający zamierzał wszcząć nowe postępowanie, gdyż nie wynika to, ani z literalnego brzmienia wiadomości e-mail sporządzonej przez zamawiającego, ani potwierdza się z uwagi na to, że wezwanie nastąpiło kilka dni po ogłoszeniu orzeczenia, a przed jego doręczeniem, kiedy to zamawiający nie znał jeszcze pełnego uzasadnienia rozstrzygnięcia Izby. W ocenie Izby ten fakt potwierdza, że zamawiający chciał jedynie zabezpieczyć ciągłość usług do czasu podjęcia decyzji co do tego, czy zaskarży orzeczenie czy też uzna postępowanie za zakończone, lub dokona innej analizy doręczonego orzeczenia. Również informacją o ponownym powołaniu Komisji

przetargowej z dnia 8 sierpnia 2016r. nie świadczy w ocenie Izby, że zamawiający wszczął nowe postępowanie, ale że w tym samym postępowaniu po zakończeniu prac komisji ponownie podjął decyzję o wznowieniu jej prac.

Izba oceniła oświadczenie przystępującego co do wyliczenia stawki za roboczogodzinę za naprawy blacharsko-lakiernicze jako niemającego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. W ocenie Izby kluczowym dla rozstrzygnięcia było ustalenie, czy zamawiający w dacie 8 sierpnia 2016r. dysponował ofertami niepodlegającymi odrzuceniu i czy mógł dokonać wyboru spośród tych ofert. Dopiero po udzieleniu pozytywnej odpowiedzi na to pytanie możliwe byłoby badanie czy oferta przystępującego w części dotyczącej zaoferowanej stawki 0zł. za roboczogodzinę jest stawką powodującą przysporzenie po stronie zamawiającego w rozumieniu art. 13 ust. 1 ustawy o Policji. Z przedmiotowego wyliczenia wynika bowiem jedynie, że przystępujący zamierza pokryć koszt roboczogodziny zyskiem ze sprzedaży części zamiennych z uwagi na zaoferowanie zamawiającemu niższego niż posiadany przez samego przystępującego rabatu przy zakupie części zamiennych.

Izba zważyła, co następuje:

Na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy, Izba nie dopatrzyła się braków formalnych przystąpienia i stwierdziła, że przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Brak interesu w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną badaną, jako podstawa do przystąpienia przez Izbę do merytorycznego rozpoznania odwołania. Brak interesu nie stanowi, zatem tożsamego pojęcia z pojęciem osoby nieuprawnionej w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy. Osoba nieuprawniona w rozumieniu tego przepisu jest bowiem podmiotem nie będącym wykonawcą, uczestnikiem postępowania, czy inną osobą posiadającą interes w uzyskaniu zamówienia i mogącą ponieść szkodę np. podmiot, który nie złożył oferty lub członek konsorcjum działający w imieniu własnym, osoba nie upoważniona do reprezentacji wykonawcy czy na gruncie przepisów obowiązujących w obecnym postępowaniu podwykonawca, a zatem wszystkie te podmioty, które nie mieszczą się w pojęciu katalogu osób uprawnionych do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy. Przystępujący nie wykazał, że odwołujący jest takim podmiotem, stąd nie było podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Co do art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy, to również ten przepis nie może stanowić podstawy odrzucenia odwołania przede wszystkim, z tego względu że ustawodawca nie przewidział możliwości częściowego odrzucenia odwołania, a sam przystępujący wskazuje, że

tożsamość okoliczności dotyczy jedynie czynności zamawiającego związanych z odrzuceniem oferty odwołującego. Odwołujący, natomiast formuje swoje zarzuty, także wobec okoliczności oceny oferty przystępującego, czy pozorności czynności z dnia 8 – 9 sierpnia 2016 r.

O istnieniu bądź braku interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również w pozostawianiu jakichś zarzutów, z uwagi na tożsamość okoliczności wcześniejszego odwołania, bez rozpoznania, Izba ma możliwość wypowiedzenia się dopiero, po przeprowadzeniu merytorycznej rozprawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co stanowi materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665") należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt. 13 ustawy tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to samo – dane zamówienie publiczne i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. Za taką wykładnią powyższego przepisu przemawia wykładnia poczyniona przez TSUE w motywie 27 i 28 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco. Popiera ją także motyw 49 opinii Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015r. w sprawie sygn. akt C 689/13 - odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego oraz pkt 33 wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C

2013:448), który stanowi że "odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach", "[w] takiej sytuacji [...] każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty".

Tym samym to, że odwołujący może nie mieć w dacie wniesienia odwołania interesu w uzyskaniu danego zamówienia w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zamkniętego w granicach wyznaczonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu i podpisaniem umowy, do którego doszło w wyniku naruszenia procedury postępowania o zamówienie przez zamawiającego, nie oznacza to, że nie ma on interesu w zawarciu umowy z nim w ramach nowego postępowania i dążenia do eliminacji zaistniałej wady. Tym samym w niniejszej sprawie Izba wyraża przekonanie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia tj. świadczenia kompleksowych usług napraw blacharsko-lakierniczych pojazdów służbowych zamawiającego wyrażający się w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, w ocenie odwołującego dotkniętego wadami, i stworzenia sobie możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Tym samym odmowa przyznania mu takiego interesu byłaby sprzeczna z prowsópnotową wykładnią art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący może w niniejszym postępowaniu ponieść szkodę w postaci nie uzyskania umowy na przedmiotowe zamówienie, co wypełnia normę art. 179 ust. 1 ustawy. Izba wyraża powyższe przekonanie z uwagi na opublikowany i powołany powyżej wyrok TSUE z dnia 5 kwietnia 2016r.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie jest uczestnikiem postępowania, a przez to nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, co więcej jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, to Izba tego przekonania nie podziela. Należy zauważyć przede wszystkim, że art. 179 ust. 1 ustawy nie jest ograniczony jedynie do wykonawców, czy uczestników konkursu, ale także mowa jest w nim o innych osobach, które miały lub mają interes w uzyskaniu zamówienia i poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Takim klasycznym przykładem osoby uprawnionej do wniesienia odwołania nie będącej wykonawcą jest podmiot, który kwestionuje zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki skierowanego do jego konkurenta. Taki podmiot nie mieści się w pojęciu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy, co więcej nie ubiega się o zamówienie w tym konkretnym postępowaniu, ale dąży do przeprowadzenia kolejnego postępowania na to samo zamówienie w trybie konkurencyjnym z jego udziałem. Nadto uprawnienie takiego podmiotu do wniesienia odwołania jest gwarantowane także w postępowaniach poniżej progów unijnych – art. 180 ust. 2 pkt. 1 ustawy. Tym samym utożsamianie prawa do

odwołania z posiadaniem statusu wykonawcy, jak czyni to zamawiający, jest w ocenie Izby wadliwe. Ta wada jest tym bardziej widoczna, że to zamawiający po upływie terminu związania ofertą (6 sierpnia 2016r.) sam z własnej woli przywrócił obie oferty do postępowania (9 sierpnia 2016r.), zupełnie pomijając, że żadna z ofert nie była zabezpieczona wadium, oraz, że oferta odwołującego jednoznacznie była po upływie terminu związania ofertą. Sam zatem zamawiający uważał przystępującego i odwołującego za wykonawców uprawnionych do udziału w postępowaniu i podejmował wobec nich czynności. Tym bardziej zatem argumentacja zamawiającego stoi w jawnej sprzeczności z podejmowanym przez niego działaniem. W ocenie Izby, gdyby nie wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy w sposób przedstawiony wyżej, żaden podmiot nie mógłby się bronić przed arbitralnym postępowaniem zamawiającego, a przepisy o terminie związania ofertą i wadium należałoby uznać za przepis martwy i wygasły na skutek niestosowania.

Co więcej zamawiający w sposób nielogiczny i niezrozumiały uznaje, że oferta odwołującego jest ofertą skutecznie odrzuconą, bo zapadł wyrok Izby z dnia 8 lipca 2016r., a oferty przystępującego, który nie skarżył pierwotnego odrzucenia, za taką nie uznaje. W ocenie Izby sytuacja obu wykonawców w tym przypadku była jednakowa. Obaj zostali odrzuceni i odrzucenie odwołującego stało się ostateczne z upływem terminu do wniesienia skargi na wyrok Izby tj. najwcześniej 27 lipca 2016r. (przyjmując, że odwołującemu podobnie jak zamawiającemu wyrok doręczono ok. 20 lipca 2016r), a oferta przystępującego została skutecznie odrzucona z upływem terminu do wniesienia odwołania na czynność unieważniania postępowania i odrzucenia jego oferty z dnia 15 czerwca 2016r. Wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym w informacji o wyniku postępowania z dnia 9 sierpnia 2016r. zamawiający nie wykonał wyroku Izby z dnia 8 lipca 2016r., gdyż Izba w ramach tego wyroku nie nakazywała zamawiającemu jakiegokolwiek działania. Izba oddaliła odwołanie odwołującego uznając tak czynność odrzucenia odwołującego za prawidłową jak i za prawidłową uznała czynność unieważnienia postępowania. Poza zakresem kognicji Izby określonej art. 192 ust. 7 ustawy była ocena prawidłowości badania oferty przystępującego, w związku z tym zamawiający nie była w żaden sposób związany wyrokiem Izby w odniesieniu do oferty przystępującego. Natomiast zamawiający wbrew wyrokowi Izby z dnia 8 lipca 2016r. dokonał sprzecznej z ustawą i wyrokiem czynności przywrócenia oferty odwołującego do postępowania, w sytuacji, gdy prawidłowość odrzucenia tej oferty była uznana przez Izbę, oraz dla oferty upłynął termin związania ofertą i nie była ona zabezpieczona wadium. Wbrew zaś ustawie zamawiający przywrócił ofertę przystępującego, gdyż oferta ta nie była zabezpieczona wadium, a zatem nie doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą. Analizę tego stanowiska Izby, Izba przedstawi odnosząc się do zarzutu podniesionego przez odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.93 ust.1 pkt.1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez błędne przyjęcie, że istniała podstawa do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji kiedy postępowanie zostało prawomocnie unieważnione.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z zastrzeżeniem postępowań prowadzonych w trybie zapytania o cenę i licytacji elektronicznej. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Bezsporne jest, że 15 czerwca 2016r. zamawiający odrzucił oferty obu wykonawców i przystępujący nie wniósł odwołania w ogóle, a odwołujący wniósł odwołanie, ale postępowanie odwoławcze przegrał, bo Izba dnia 8 lipca 2016r. oddaliła odwołanie, a odwołujący nie składał skargi. Wadia zostały wykonawcom zwrócone w dniu 21 czerwca 2016r., termin związania ofertą upłynął w dniu 6 sierpnia 2016r., a odwołujący nie przedłużył terminu związania i nie wniósł wadium, zaś przystępujący wprowadził w dniu 5 sierpnia 2016r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale nie wniósł w tym terminie nowego wadium, wniósł je dopiero w dniu 9 sierpnia 2016r. Zamawiający zatem wbrew wyrokowi Izby ponownie badał ofertę odwołującego, mimo, że oferta ta nie wiązała już odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, jak również przywrócił i badał ofertę przystępującego, która nie wiązała przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, gdyż przedłużenie terminu związania ofertą nie było dopuszczalne, bo przystępujący jednocześnie nie wniósł nowego wadium. Tym samym w postępowaniu w dacie 9 sierpnia 2016r. zamawiający nie miał ofert niepodlegających odrzuceniu, a zatem dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Odnosząc się do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie i jego przekonania o prawie zamawiającego do samonaprawy, to Izba zamawiającemu tego prawa nie odmawia, jednak, aby zamawiający mógł z tego prawa skorzystać, musiałby dysponować czymś więcej niż materialnie plikiem kartek nazwanych ofertą. Zamawiający musiałby posiadać oświadczenia woli wykonawców, tych oświadczeń zaś nie było. Termin związania ofertą oznacza okres, w którym funkcjonuje oświadczenie woli wykonawcy o zamiarze zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach określonych w siwz, jeśli ten termin upływa i nie zostaje skutecznie przedłużony, to materialnie oferta pozostaje, ale wygasa oświadczenie wykonawcy, które z tej materii tworzyło deklarację zawarcia umowy. Zamawiający zatem jak już wskazano wyżej nie miał w dacie 9 sierpnia 2016r. jakichkolwiek oświadczeń woli, które pozwalały mu na uznanie, że

jakiś wykonawca chce z nim zawrzeć umowę. Oznacza, to że zamawiający nie mógł dokonywać samonaprawy, bo nie mógł skutecznie dokonywać jakichkolwiek czynności względem ofert (oświadczeń woli wykonawców), bo ich nie miał. Tym samym zaniechanie zastosowania art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy stanowiło naruszenie ustawy, które prowadziło do nierównego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy, stąd konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zarzut naruszenia ustawy przez zamawiającego przez wybranie oferty przystępujących jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została skutecznie odrzucona a od odrzucenia nie zostało wniesione odwołanie, który to wybór oferty nastąpił z naruszeniem:

- Art. 7 ust. 1. ustawy, to jest w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i przez nierówne traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy
- art. 7 ust. 3 ustawy, ponieważ wykonawca nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy
- art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez prowadzenie postępowania pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało zakończone a więc faktycznie wybranie oferty poza postępowaniem przetargowym
- Art. 7 ust. 1. ustawy przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców polegające na uchyleniu odrzucenia oferty, która nie została zaskarżona oraz nie została objęta żadnymi wskazaniem wyroku KIO z dnia 8 lipca 2016 r.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Co do podstawy prawnej, to została ona przytoczona powyżej, zaś w zakresie rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu, to Izba podtrzymuje w całości stanowisko wyrażone powyżej, że aby mogło dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej, musi istnieć ważne oświadczenie woli wykonawcy, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Izba tym samym nie może dokonać skutecznie badania naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przy badaniu oferty przystępującego, gdyż w dacie dokonywania tego badania tj. 8 sierpnia 2016r. nie było już ważnej oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy, art. 39 i art. 40 ust. 1 ustawy art. 41, 42, 43, 45 ustawy przez zaniechanie ogłoszenia, że prowadzone jest nowe postępowanie przetargowe, zaniechanie zawiadomienia o tym postępowaniu, zaniechanie wyznaczenia terminu składania ofert, pomimo, że poprzednie postępowanie zostało skutecznie zakończone a czynności dokonane przez Zamawiającego stanowiły nowe postępowanie przetargowe

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z art. 39 ustawy przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

W myśl art. 40 ust. 1 ustawy zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Zgodnie z art. 41 ust. ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) określenie trybu zamówienia;
- 3) adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia;
- 4) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
- 5) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
- 6) termin wykonania zamówienia;
- 7) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 8) informację na temat wadium;
- 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
- 10) miejsce i termin składania ofert;
- 11) termin związania ofertą;
- 12) informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
- 13) informację o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
- 14) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna;
- 15) informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Na podstawie art. 42 ust. 1 ustawy siwz udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że w przypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych - nie krótszy niż 14 dni.

W myśl ust. 2 jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż:

1) 40 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;

2) 47 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w sposób inny niż określony w pkt 1.

Ustęp 3 stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż:

1) 22 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;

2) 29 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w sposób inny niż określony w pkt 1.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W myśl ust. 2 jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Zgodnie z ust. 3 ustawy wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a na podstawie ust. 4 zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy przeczy tezie odwołującego, jakoby czynność zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2016r. stanowiła przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące próbę obejścia ustawy w brzmieniu ustalonym przepisami nowelizacji ustawy Praw zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku. W ocenie Izby zamawiający kontynuował postępowanie wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 076 – 132268 w oparciu o błędne przekonanie, że złożone w postępowaniu oferty odwołującego i przystępującego po dacie 6 sierpnia 2016r. stanowią jeszcze oświadczenia woli tych wykonawców. Izba oceniła, że za tym ustaleniem przemawiają pismo zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2016r. ponawiające pracę komisji przetargowej, pismo zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2016r. przywracające odrzucone oferty do postępowania i ujawniające wyniki ponowionej przez zamawiającego analizy – badania ofert, jak również konsekwentne stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym Izba nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia powołanych w zarzucie przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 85 ust. 5 ustawy w zw. z 85 ust. 1 pkt 3 ustawy (termin związania ofertą upłynął 60 dni po dniu otwarcia ofert a ponadto termin ten nie został przedłużony wskutek wniesienia odwołania, ponieważ odrzucenie oferty przystępującego nie zostało zaskarżone, a odwołanie nie dotyczyło odrzucenia tej oferty, więc nie znalazła zastosowania norma z art. 182 ust. 6 ustawy a ponadto:

- oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności, lecz przestane faxem - naruszenie art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu obowiązującym do dnia 28.07.2016 r. w zw. z art. 16 ust. 1 ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)), ponieważ termin oferty stanowi element oferty a więc jego przedłużenie musi zostać dokonane w tej samej formie pod rygorem nieważności, co złożenie oferty.
- oświadczenie o przedłużeniu oferty nie zostało podpisane przez obu wspólników spółki cywilnej, lecz jedynie przez jednego wspólnika, który nie wskazał, że działa w imieniu drugiego wspólnika jako jego pełnomocnik
- oświadczenie o przedłużeniu oferty było nieskuteczne, ponieważ nie nastąpiło wraz z nim wniesienie wadium naruszenie art. 85 ust. 4 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 85 ust. 2 i 4 ustawy, z których wynika, że wykonawca samodzielnie (...) może przedłużyć termin związania ofertą (...). Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej (co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca, gdyż w dacie złożenia oświadczenia przez przystępującego – 5 sierpnia 2016r., postępowanie było unieważnione) obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą konieczne jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, przede wszystkim z tego względu, że art. 85 ustawy takiej formy nie wskazuje. Izba zwraca uwagę na treść art. 85 ust. 1 ustawy związanie ofertą w myśl tego przepisu następuje z mocy prawa, a nie z mocy oświadczenia wykonawcy, tym samym nie można zgodzić się z tym, że jest to oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę zależne od woli wykonawcy. Nie można zatem rozważać jego ważności w kontekście art. 82 ust. 2 ustawy, a wykonawca nie ma swobody decyzyjnej jak długo z chwilą złożenia oferty będzie nią związany. To ustawodawca podjął decyzję, jaki zamawiającemu potrzebny jest minimalny czas na dokonanie badania i oceny ofert oraz w ich konsekwencji wyboru. Dopiero oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest oświadczeniem własnym i zależnym od wyłącznie od woli wykonawcy, jednak nie wynikającym z treści pierwotnie złożonej oferty i w tym znaczeniu, w ocenie Izby oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest oświadczeniem składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego ma zastosowanie art. 27 ust. 1 ustawy i które może być złożone w dopuszczonej przez zamawiającego formie. Dlatego Izba uważa, że skoro zamawiający dopuścił w siwz możliwość składania oświadczeń drogą faksową, to złożenie oświadczenia przez przystępującego w tej formie jest wystarczające do uznania, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone.

Z pełnomocnictwa załączonego do oferty udzielonego przez W. B. B. B., wynika, że ma on prawo do reprezentowania W. B. w tym postępowaniu, to w ocenie Izby jest wystarczające do stwierdzenia, że B. B. w dniu 5 sierpnia 2016r. złożył oświadczenie w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik W. B., tym samym również w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się wadliwości złożonego oświadczenia.

Izba podziela natomiast stanowisko odwołującego, że przedłużenie terminu związania ofertą dla swej skuteczności wymaga jednoczesnego wniesienia nowego wadium. Nie ma tu

zastosowania ani zd. 2 art. 85 ust. 4 ustawy, ani art. 46 ust. 3 ustawy, gdyż w dacie składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie toczyło się, ani nie zostało rozstrzygnięcie postępowanie odwoławczego dotyczące oferty przystępującego, w tym prowadzące do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, ani także oświadczenie o przedłużeniu terminu związania nie zostało złożone po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym zgodnie z art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy dla dopuszczalności przedłużenia terminu ważności wadium konieczne było jednoczesne wniesienie nowego wadium, bo pierwotne zostało zwrócone w dniu 21 czerwca 2016r. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego w dniu 5 sierpnia 2016r. przystępujący nie wniósł wadium. Wadium zostało wniesione dopiero na skutek wezwania zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2016r., a zatem jednoczesność obu czynności nie nastąpiła, z tego względu należało uznać, że nie doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą. Izba w tym składzie wyraża przekonanie i podtrzymuje dotychczasową swoją linię orzecniczą, że niedopuszczalny jest wybór oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą, tak też uchwała z dnia 5 lipca 2010r. sygn. akt KIO/KD 46/10, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2651/11, z dnia 19 października 2010r. sygn. akt KIO 2204/10, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010r. sygn. akt VI Ga 240/10, wyrok KIO z dnia 5 września 2011r. sygn. akt KIO 1815/11.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w zw. art. 85 ust. 4 Ustawy przez brak wykluczenia przystępującego w sytuacji kiedy wykonawca łącznie z oświadczeniem o przedłużeniu oferty nie dokonał wpłaty wadium

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy z postępowanie o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W przedmiotowej sprawie przystępujący nie wniósł wadium na przedłużony samodzielnie przez siebie okres związania ofertą, a zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Zarzut dokonania wyboru oferty przystępującego która wygasła, co nastąpiło z naruszeniem art. 70 ze zn. 3 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 93 ust 1 pkt 1) ustawy, ponieważ postępowanie przetargowe zostało zakończone a jego uczestnicy zostali o tym poinformowani.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 70³ kc stanowi, że oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta albo gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej. W ocenie Izby po pierwsze przepis ten ma charakter dyspozytywny i zależny od woli stron. Po drugie nie ma on zastosowania, gdyż zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W ocenie Izby przepisy ustawy stanowią w tym przypadku inaczej przewidując postępowanie odwoławcze od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferty składane według ustawy nie przestają wiązać z chwilą unieważnienia postępowania, ale z chwilą upływu terminu związania ofertą, oraz z chwilą gdy postępowanie zostało skutecznie unieważnione, czyli od czynności zamawiającego unieważnienia postępowania nie służy już żaden środek ochrony prawnej lub wszystkie środki zostały wyczerpane. W związku z tym Izba uważa, że poniesiony zarzut naruszenia art. 70³ kc nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania w tym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości przez „przywrócenie” oferty przystępującego oraz dokonanie czynności w postępowaniu, które zostało unieważnione tzn. powtórne badanie i ocenę oraz dokonanie wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty. Przy czym przy dokonywaniu tych czynności dodatkowo doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez niepoinformowanie odwołującego o swoistym „przywróceniu” przez zamawiającego oferty przystępujących do postępowania, jak również nie poinformowanie odwołującej o tym, że następuje swoiste przywrócenie całego postępowania przetargowego

Zarzut ten jest zarzutem ponownie sformułowanym, co do którego Izba wypowiedziała się powyżej uznając, że zamawiający naruszył art. 85 ust. 2 i 4, art. 93 ust. 1 pkt. 1 jak również art. 7 ust. 1 ustawy. W konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił również z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy. Izba podtrzymuje także swoje stanowisko, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nie może być przedmiotem rozpoznania z uwagi na to, że w dacie 9 sierpnia 2016r. zamawiający nie dysponował

substratem oferty jako wiążącego wykonawcę oświadczenia woli. W konsekwencji nie można dokonać ustaleń, co do sprzeczności treści oferty z treścią siwz.

Pozostałe zarzuty:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz.U. z 2015 r. póź. 355 ze zm.) poprzez ponowne odrzucenie oferty odwołującej jako nieważnej na podstawie innych przepisów tj. wskutek błędnego przyjęcia, że zastosowanie rabatu w wysokości 100 procent ma na celu niezgodne z prawem obejście art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji i błędne przyjęcie, że za naruszenie art. 13 ust. 1 i ust.3 ustawy o Policji sankcją jest nieważność, pomimo, że przepis ten nie przewiduje takiej sankcji oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez przyjmowanie innej wykładni i stosowania w/w przepisów w stosunku do oferty odwołującej a innej w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również błędnej wykładni oferty odwołującej tj. dokonanej z naruszeniem art. 65 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy, co doprowadziło do odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego, polegające na przyjęciu, że oferta odwołującego prowadzi do finansowania zamawiającego - Policji, w sytuacji kiedy, jak wynika z materiałów przetargu, zamawiający, wbrew literalnemu brzmieniu dokumentów, nie wskazał wartości części i materiałów używanych do napraw finansowanych przez płatnika - Policję, tylko ich dotychczasową cenę. W związku z tym przed ustaleniem ceny za części i materiały używane do napraw w wyniku przetargu, nie mogło być mowy o ocenie, że nastąpi otrzymanie korzyści przez Policję a więc brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jak również art. 93 ust. 1 i ust. 7 Pr. przez błędne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, kiedy odrzucenie to wynikało z dwuznacznego sformułowania formularza ofertowego a zamawiający nie podjął starania w celu zniwelowania skutków takiego uchybienia ze swojej strony i nie przyjął na siebie konsekwencje własnej niestaranności i naruszył

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących pomimo, że wybrana oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), ponieważ zaproponowana w ofercie cena roboczogodziny nie obejmuje kosztu transportu, a zarzut ten został uznany przez przystępujących za prawdziwy, co skutkowało brakiem wniesienia odwołania od odrzucenia tej oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o Policji (t.j. - Dz.U. z 2015 r. póź. 355 ze zm.), ponieważ oferta prowadzi do dokonywania na rzecz Policji darmowych napraw w zakresie kosztów robocizny oraz prowadzi do wzbogacenia Policji na kwotę 126 000 PLN wobec wysokości przyznanego

rabatu, co prowadzi do finansowania działalności Policji przez wykonawcę przyjętej oferty a oferta ta nie mogłaby doprowadzić do zawarcia skutecznej umowy w myśl art. 7 ust. 3 ustawy, a ponadto wybrana oferta nie zawiera ceny ofertowej powiązanej z zaoferowanym rabatem, co czyni wybraną ofertę nieskuteczną jako niezupełną co do elementu istotnego oferty a mianowicie ceny ofertowej - art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. Art. 735 § 1 KC w zw. z art. 750 KC w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy, ponieważ cena oferty stanowi essentialia negotii każdej oferty i musi być jednoznacznie określona i nie może zawierać błędów w obliczeniach

Izba postanowiła pozostawić pozostałe zarzuty bez rozpoznania, gdyż tak jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 tak i w przypadku pozostałych zarzutów związanych z badaniem i oceną ofert odwołującego i przystępującego, Izba nie może się wypowiedzieć z uwagi na to, że w dacie 9 sierpnia 2016r. obie oferty nie wiązały wykonawców i zamawiający nie mógł skutecznie ich badać, a także dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy przez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. i powtórne badanie i ocenę ofert w tym oferty przystępującego

Zarzut jest zasadny. Izba już w rozważaniach dotyczących oceny interesu odwołującego wypowiedziała się, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby. Wyrok ten oddalający odwołanie i nie obligujący zamawiającego do dokonywania czy powtarzania jakiegokolwiek czynności nie nadawał się do wykonania. Tym samym czynności podjęte przez zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2016r., o których zamawiający poinformował w dniu 9 sierpnia 2016r. nie były wykonaniem wyroku Izby i zostały podjęte samodzielnie przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów tego wpisu. Co do wniosku o zwrot kosztów zastępstwa procesowego, to wniosek ten nie został uwzględniony, gdyż wysokość

kosztów nie została udowodniona rachunkiem. Zgodnie z § 3 pkt. 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Odwołujący takich rachunków do zamknięcia rozprawy nie złożył, a tym samym nie udowodnił faktu ich poniesienia, ani ich wysokości, stąd wniosek nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Przewodniczący: