

Sygn. akt: KIO 1817/21

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Pro Geofizyka Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**,

w postępowaniu prowadzonym **Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pro Geofizyka Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. *Wykonanie profilu sejsmicznego 2D Sosnowiec-Starcza o długości 45 km wraz z processingiem, interpretacją i sporządzeniem dokumentacji*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 października 2020 r. pod numerem 2020/S 210-513658.

W dniu 21 czerwca 2021 r. wykonawca Pro Geofizyka Kraków Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na zakończeniu postępowania bez uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i bez dokonania jej wyboru (po ewentualnym zbadaniu, czy Odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), w związku z faktem, że wykonawca, którego oferta 9 marca 2021 r. została uznana za najkorzystniejszą, odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie – po uprzednim zbadaniu, czy Odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania przetargowego, 1 lutego 2021 r. skierował do Zamawiającego wnioski o unieważnienie wyboru oferty z 27 stycznia 2021 r. oraz o wykluczenie oferty wykonawcy Geopartner Geofizyka Sp. z o.o. ze względu na niespełnienie wymagania określonego w pkt 6.2 SIWZ. Wniosek został uzupełniony za pismem z 4 lutego 2021 r. W konsekwencji, 5 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności oceny i badania ofert, a następnie, 9 marca 2021 r. zawiadomił o ponownym wyborze oferty Geopartner Geofizyka Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że 15 marca 2021 r. złożył odwołanie na powyższą czynność (sygn. akt KIO 808/21). Na krótko przed wyznaczoną na 19 kwietnia 2021 r. rozprawą Odwołujący pozyskał od Zamawiającego informację, że wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, uchylił się od zawarcia umowy i w związku z tym nie ma dalszego uzasadnienia do procedowania złożonego odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą, a ewentualne cofnięcie odwołania umożliwi dalsze procedowanie w ramach postępowania

i ostatecznie wybór oferty Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący pismem z 15 kwietnia 2021 r. cofnął złożone odwołanie, a postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z 15 kwietnia 2021 r.

Odwołujący wskazał, że pomimo umorzenia postępowania zainicjowanego odwołaniem z 15 marca 2021 r. oraz przedłużenia z ostrożności terminu związania ofertą przez Odwołującego, przez niemal kolejny miesiąc Odwołujący nie otrzymał żadnej informacji od Zamawiającego na temat dalszych losów postępowania. W związku z tym Odwołujący pismem z 14 maja 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem co do dalszych losów postępowania, podkreślając równocześnie swoją gotowość do wykonania przedmiotu postępowania oraz brak podstaw do unieważnienia postępowania. Ponieważ przedmiotowe pismo pozostało bez odpowiedzi, Odwołujący pismem z 7 czerwca 2021 roku ponownie zwrócił się do Zamawiającego, tym razem wzywając do wyboru oferty i zawarcia umowy, zakreślając jednocześnie Zamawiającemu 7-dniowy termin do zajęcia stanowiska i podjęcia niezbędnych działań. Pismem z 11 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że pomimo iż wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą uchylił się od zawarcia umowy, to Zamawiający nie skorzysta z prawa podpisania umowy. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie taki obowiązek nie wynika z przepisów prawa. Dodatkowo Zamawiający podał, że kwestia braku formalnego unieważnienia postępowania nie ma znaczenia prawnego dla postępowania i że zamyka postępowanie nie dokonując wyboru oferty kolejnego wykonawcy. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 370121 wskazując, że przepisy art. 94 ust. 3 oraz art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny i wobec kierowania się zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi odmawia dokonania wyboru oferty Odwołującego oraz zawarcia umowy.

Powołując się na treść art. 7 ust. 2 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na wagę zasady przejrzystości postępowania i podniósł, że przewidywalność decyzji Zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym została zachwiana nieuzasadnioną odmową skorzystania z dyspozycji art. 24aa ust. 2 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, celem postępowania nie jest wybór najkorzystniejszej oferty i na wyborze oferty postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego się nie kończy. Postępowanie prowadzone na gruncie Ustawy Prawo zamówień publicznych jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zatem celem jest jego udzielenie zamówienia poprzedzone wyborem najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Odwołującego, w przypadku gdy wybrany wykonawca uchyli się od zawarcia umowy, Zamawiający może albo podjąć kroki mające na celu przymuszenie wykonawcy na drodze sądowej do zawarcia z umowy, albo podpisać umowę z wykonawcą, którego oferta została sklasyfikowana na

miejscu drugim. Mając powyższe na uwadze, „zakończenie” postępowania w oparciu o art. 94 ust. 3 per analogiam w trybie art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, jest czynnością która może być przedmiotem odwołania. Dodatkowo, w przypadku dokonania wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 / art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, nie można uznać uprzednio dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej za zakończenie postępowania, gdyż jest nim dopiero wybór prowadzący do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci udzielenia zamówienia publicznego, o którym zamawiający ma obowiązek poinformować w ogłoszeniu. Uznanie czynności podjętych na podstawie art. 94 ust 3 (lub w drodze analogii na podstawie art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp) za niemieszczące się w ramach prowadzonych przez nich postępowań powodowałoby niedopuszczalny brak jakiegokolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami tej ustawy.

Odwołujący podkreślił, że postępowanie o zamówienie publiczne kończy się albo poprzez zawarcie zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty. Zamawiający nie ma zatem swobody w wyborze innego sposobu zakończenia postępowania.

Zdaniem Odwołującego, błędne jest stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 11 czerwca 2021 r., zgodnie z którym oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą, bowiem oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert (tj. drugą w kolejności). Odwołujący podniósł, że wynikiem postępowania na etapie wyboru oferty nie jest wyłącznie wybór oferty najkorzystniejszej, lecz również, stosownie do treści art. 24aa ust. 2 lub art. 93 ust 4 ustawy Pzp, ustalenie kolejnej oferty, która może okazać się, najkorzystniejsza. Skoro w piśmie z 9 marca 2021 r. Zamawiający ustalił, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą drugą w kolejności, tym samym w konsekwencji uchylenia się wykonawcy pierwszego wyboru od zawarcia umowy, oferta Odwołującego stała się ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych, a zważywszy na fakt odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez trzeciego uczestnika postępowania – najkorzystniejszą w ogóle.

Odwołujący podniósł, że z art. 94 ust. 3 oraz z art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta wybrana została za najkorzystniejszą uchyliła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający odpowiednio w zależności od procedury obowiązującej w ramach postępowania może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród ofert pozostałych lub ofertę najkorzystniejszą spośród ofert pozostałych, przy założeniu pozytywnej weryfikacji przesłanek opisanych w ust. 2 art. 24aa ustawy Pzp, a zatem nie ofertę najkorzystniejszą, bo ta jest tylko jedna i została już wybrana,

przy założeniu, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia oferty. Jeżeli zatem wykonawca, którego oferta została wybrana na zasadzie opisanej powyżej, również uchyli się od zawarcia umowy, zamawiający w takiej sytuacji unieważnia postępowanie.

W ocenie Odwołującego wyrażenie „może zbadać” (art. 24aa ust. 2) oraz odpowiednio „może wybrać” (art. 93 ust. 4) wprost stanowi podstawę wyboru oferty drugiej w kolejności, przy czym skorzystanie z takiej opcji jest możliwe przy założeniu, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, jak również zamawiający nie korzysta z uprawnień do skierowania rozszczenia o zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, a jak wynika z treści pisma Zamawiającego z 11 czerwca 2021 r. intencją Zamawiającego jest zakończenie postępowania na obecnym etapie i niepodejmowanie realizacji zamierzenia przewidzianego umową przynajmniej w ramach tego konkretnego postępowania, co nie jest równoznaczne z odstąpieniem od realizacji zamierzenia w ogóle w przyszłości. Dodatkowo, nawet w przypadku tzw. „procedury odwróconej” brak jest podstaw do twierdzenia, że wybór wykonawcy powinien zostać poprzedzony ponownym badaniem i oceną ofert, gdyż brak jest podstaw do kwestionowania dokonanej już oceny, chyba że zajdą inne szczególne okoliczności dla zmiany ustalonej kolejności wykonawców według ustalonych w SIWZ kryteriów.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie, jako że nie zachodzą podstawy unieważnienia postępowania, co potwierdza sam Zamawiający w z dnia 11 czerwca 2021 r., cena Odwołującego jest rynkowa, a co więcej mieści się w budżecie Zamawiającego, Zamawiający winien dokonać wyboru oferty Odwołującego, co ewentualnie winno nastąpić po przeprowadzeniu badania warunków opisanych w ust. 2 art. 24aa ustawy Pzp lub wyłącznie hipotetycznie – znajdując ku temu podstawy – dokonać czynności unieważnienia. W kontekście zamknięcia Postępowania przez Zamawiającego bez wyboru drugiej w kolejności oferty względnie unieważnienia postępowania, Odwołujący podniósł, że ani doktryna, ani literatura przedmiotu, ani tym bardziej przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają możliwości testowego przeprowadzania postępowań „na próbę”, przykładowo – celem oszacowania wartości zamówienia, ponieważ do dokonania tej czynności Zamawiający jest zobowiązany przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w ostatnim czasie coraz częstszym zjawiskiem jest, że zamawiający „kończą” postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego bez dokonywania wyboru oferty drugiej w kolejności oraz bez dokonywania unieważnienia postępowania. a w dalszej perspektywie ponawiają zamówienie albo dokonują podziału zamówienia na kilka mniejszych. Tego typu postępowanie winno zostać ocenione jako oczywiście naganne. Sposób zakończenia postępowania jest istotnym elementem każdego postępowania, określa bowiem obowiązki i uprawnienia wykonawców. W szczególności

w przypadku unieważnienia postępowania wykonawca ma możliwość skierowania do zamawiającego roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Zdaniem Odwoływającego, zakończenie postępowania, tak jak to uczynił Zamawiający, odnosi w stosunku do wykonawców taki sam skutek jak unieważnienie, przy czym uniemożliwia wykonawcom, w tym Odwoływającemu dochodzenie roszczeń w postaci poniesionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Odpowiedzialność zamawiającego za unieważnienie postępowania z winy zamawiającego przesądza o randze postępowania, a ewentualne błędy zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców, z czym mamy bez wątplenia do czynienia w niniejszej sprawie.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione po 1 stycznia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwoływający spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) Geopartner Geofizyka Sp. z o.o.
- 2) Pro Geofizyka Kraków Sp. z o.o.

3) Geofizyka Toruń S.A.

Postępowanie było prowadzone z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (pkt 5.6 SIWZ).

Pismem z 9 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Geopartner Geofizyka Sp. z o.o. Oferta wykonawcy Geofizyka Toruń S.A. została odrzucona.

Pismem z 14 maja 2021 r. Odwołujący – wobec powzięcia od Zamawiającego informacji o uchyleniu się wykonawcy, którego oferta została wybrana, od zawarcia umowy – zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o informację, *kiedy zostaną podjęte dalsze działania w sprawie w szczególności przez wzgląd na treść art. 94 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych*. Odwołujący poinformował: *Zważywszy, że w ocenie Spółki brak jest jakichkolwiek podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania oczekujemy informacji o wyborze oferty.*

Następnie, 7 czerwca 2021 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego wezwanie do wyboru oferty i zawarcia umowy w terminie 7 dni od otrzymania pisma.

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający poinformował, że mimo iż wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, uchylił się od zawarcia umowy, to w stosunku do Pro Geofizyka Kraków Sp. z o.o. Zamawiający nie korzysta z prawa podpisania umowy w przedmiotowym postępowaniu, gdyż taki obowiązek nie wynika z przepisów prawa mających zastosowanie do ww. postępowania. Zamawiający wskazał:

*Powyższe postępowanie, było prowadzone z zastosowaniem art. 24aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą Pzp” do którego nie ma zastosowania przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 Ustawy Pzp, ze względu na brzmienie art. 24aa ust. 2 Ustawy Pzp, które nie jest tożsame z brzmieniem art. 94 ust 3 Ustawy Pzp. Przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, natomiast art. 24aa ust. 2 Ustawy Pzp wskazuje na ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, co nie może być utożsamiane z ofertą najkorzystniejszą. Na tą różnicę w nomenklaturze zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza wskazując w wyroku z 04.06.2020 r., że „określenie użyte w art. 24aa Ustawy Pzp, „oferta oceniona najwyżej” nie może być utożsamiana z pojęciem „najkorzystniejszej ofert”, o której mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, że kwestia braku formalnego unieważnienia postępowania przez PIG-PIB nie ma znaczenia prawnego dla prowadzonego ww. postępowania. Jednocześnie zwracam uwagę, że przepis art. 94 ust 3 ustawy Pzp, który wskazujecie Państwo jako podstawę zawarcia umowy (Pismo z dnia 14 maja 2021 r.) ma charakter fakultatywny. Oznacza to, że „zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą*

*spośród pozostałych ofert”, a nie „zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert”. Dlatego, w sytuacji kiedy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1594/12), co też PIG-PIB uczyni. W związku z tym, że przedmiotowe postępowanie, prowadzone było z zastosowaniem art. 24aa ustawy Pzp a wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uchylił się od podpisania umowy, dalsze prowadzenie postępowania z pozostałym Wykonawcą tj. spółką Pro Geofizyka Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zdaniem PIG-PIB jest niecelowe, gdyż Zamawiający dokonałby wyboru oferty najmniej korzystnej z pośród wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021.03.05 (wyrok KIO akt. 370/21) „Przepisy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i art. 24 aa ust 2 Pzp mają charakter fakultatywny, a to oznacza, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonanie umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania ofert najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny.” Tym samym wybór oferty najmniej korzystnej dla Zamawiającego tj., dla PIG-PIB i podpisanie umowy z wykonawcą, który złożył taką ofertę, jeżeli wszyscy wyżej sklasyfikowani wykonawcy odmówili podpisania umowy, byłoby sprzeczne z zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi (art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych), a także celem przepisów ustawy Pzp, którym jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej. Z orzecznictwa KIO dotyczącego interpretacji przepisu art. 94 ust 3 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uchylił się od zawarcia umowy nie rodzi to po stronie innego wykonawcy prawa domagania się od zamawiającego, wybrania jego oferty i zawarcia umowy (wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17 i z dnia 8 sierpnia 2012 r. KIO 1594/12). Każdorazowo zaś należy rozważyć, czy podpisanie umowy na warunkach określonych w danej ofercie jest korzystne z punktu widzenia interesu publicznego i gospodarczego wydawania pieniędzy publicznych. Obowiązek kierowania się zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi jest niepodważalny. Podpisanie umowy z dalej sklasyfikowanym wykonawcą powodowałoby naruszenie tej zasady. Mając powyższe na uwadze zamawiający tj. PIG-PIB oświadcza, że:*

– nie dokona wyboru oferty spółki Geofizyka Kraków sp. o.o. (...), oraz



– odmawia zawarcia umowy ze spółką Geofizyka Kraków sp. o.o. (...).

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.

Stosownie do art. 24aa ustawy Pzp,

1. Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

2. Jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert.

W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną jest uchylene się wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, od zawarcia umowy. Istotą sporu jest to, czy w takich okolicznościach Zamawiający zobowiązany był do skorzystania z przepisu art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, tj. do zbadania, czy Odwołujący (którego oferta pozostała jedyną ofertą w postępowaniu, nie licząc oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz oferty odrzuconej) nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji do wyboru oferty Odwołującego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W pierwszej kolejności należało ocenić, czy przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp określa dla Zamawiającego obowiązek wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy. Konsekwencją interpretacji tego przepisy jest interpretacja art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, który określa zasady postępowania w przypadku uchylene się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy, w postępowaniach prowadzonych z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej.

W ocenie Izby przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że przewiduje on dla zamawiającego uprawnienie do wyboru oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu w rankingu ofert, w sytuacji gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wynika to wprost z literalnego brzmienia tego przepisu, który posługuje się sformułowaniem *zamawiający może wybrać*, co oznacza możliwość, nie zaś obowiązek. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyła się od zawarcia umowy, a nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, zamawiający może, ale nie musi, wybrać ofertę z drugiego miejsca.

Jednocześnie ustawa Pzp nie odpowiada na pytanie, co do sposobu zakończenia postępowania w sytuacji, gdy zamawiający ze swojego uprawnienia nie skorzysta. Odnosząc się do tej kwestii należy stwierdzić, że jakkolwiek celem postępowania jest udzielenie zamówienia, zatem powinno ono co do zasady zakończyć się zawarciem umowy, ewentualnie unieważnieniem postępowania (w sytuacji gdy istnieją ku temu ustawowe podstawy), to w przypadku uchylenia się wykonawcy wybranego od zawarcia umowy i nieskorzystania z możliwości określonej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie kończy się bez zawarcia umowy lub unieważnienia postępowania. Nie można – zdaniem Izby – z celu postępowania o udzielenie zamówienia wywodzić obowiązku wyboru oferty wykonawcy z drugiego miejsca w każdej sytuacji, gdy wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą uchyła się od zawarcia umowy, a nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Byłaby to interpretacja oparta na założeniu o konieczności zakończenia postępowania w sposób formalnie w ustawie przewidziany, niemająca jednocześnie oparcia w wyraźnym brzmieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, który – jako przepis o charakterze wyjątkowym – podlega ścisłej wykładni.

Izba nie podziela takiej interpretacji przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający, w przypadku uchylenia się wykonawcy, którego oferta została wybrana, od zawarcia umowy, ma obowiązek dokonania wyboru kolejnej oferty, a możliwość wskazana w ww. przepisie dotyczy wyłącznie odstąpienia od ponownego badania i oceny ofert. W ocenie Izby nie wiadomo, jaki byłby cel i sens wprowadzenia do ustawy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby chodziło w nim tylko o umożliwienie zamawiającemu dokonania kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej bez ponownego badania i oceny ofert, które przecież już raz zostały zbadane, a ich ranking nie powinien ulec zmianie, a już w żadnym wypadku nie powinien zależeć od wyboru zamawiającego, czy takiej ponownej oceny dokonać, czy też nie. Zdaniem Izby, skorzystanie przez zamawiającego z możliwości wyboru kolejnej oferty oznacza konieczność oparcia tego wyboru na podstawie wcześniej

przydzielonej punktacji. Nieskorzystanie zaś z tej możliwości oznacza zakończenie postępowania bez zawarcia umowy.

Analogicznie, jako wyłącznie uprawnienie zamawiającego, należy interpretować art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający zamierza skorzystać z możliwości wyboru kolejnej oferty, a wykonawca, który ją złożył nie został jeszcze poddany weryfikacji podmiotowej, art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów podmiotowych. Jeżeli natomiast zamawiający nie zamierza z tej możliwości skorzystać, kierowanie do wykonawcy wezwania jest bezcelowe.

W związku z tym, że ustawa przewiduje jedynie możliwość a nie obowiązek wyboru kolejnej oferty, wykonawca nie może skutecznie dochodzić wyboru jego oferty w drodze środków ochrony prawnej. Izba może bowiem uwzględnić odwołanie, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp). Nieskorzystanie przez zamawiającego z ustawowego uprawnienia nie może być uznane za naruszenie ustawy. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podjął decyzję, do której był w świetle przepisów ustawy uprawniony, tj. decyzję o nieskorzystaniu z możliwości wyboru oferty kolejnego wykonawcy (po uprzednim zweryfikowaniu, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu). W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....