

WYROK

z dnia 17 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2013 r.

przez wykonawcę: „**IMPEL SECURITY POLSKA**” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 5701 w Wędrzynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Ochrony i Mienia „CARE-TRANS S..... K.....” sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie, A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU „AKU” A..... K....., Świebodzin** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i skraca do 31 marca 2013 r. okres obowiązywania Umowy nr 362/2012 zawartej 28 grudnia 2012 r. w Wędrzynie pomiędzy Jednostką Wojskową nr 5701 a konsorcjum w składzie: Agencja Ochrony i Mienia „CARE-TRANS S..... K.....” ze Świebodzina oraz PHU „AKU” A..... K..... ze Świebodzina.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 5701 w Wędrzynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: „IMPEL SECURITY POLSKA” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa nr 5701 w Wędrzynie – prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi *całodobowej, fizycznej ochrony obiektu, mienia i osób Jednostka Wojskowa Nr 5701 obiekt Wędrzyn, Jednostki Wojskowej Nr 1986 w Wędrzynie, Jednostki Wojskowej nr 5700 w Międzyrzeczu, na obiektach w Międzyrzeczu i Wędrzynie, Jednostki Wojskowej Nr 3949 i 4229 w Skwierzynie, Woskowej Komendy Uzuppełnień oraz Wojskowej Przychodni Psychologicznej w Gorzowie Wielkopolskim* (oznaczenie postępowania 113/2012/POIN).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S_220-362825 z 15 listopada 2012 r., z tym, że 13 listopada 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej (www.przetargi.army.mil.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 5.005.962,06 zł (1.245.388,11 euro).

4 stycznia 2013 r. Odwołujący – „IMPEL SECURITY POLSKA” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w powyżej opisanym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4w zw. z art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm: Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE-TRANS S..... K.....” (lider konsorcjum) i PHU „AKU” A..... K..... ze Świebodzina.
4. Art. 94 ust. 3 pzp przez wadliwe przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący uchyla się od podpisania umowy.
5. Art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
6. Art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 94 ust. 1 i ust. 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wybranego wykonawcy.
2. Uchylenia wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Ewentualnie – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 94 ust. 1 i 3.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że 27 grudnia 2012 r. otrzymał faksem zawiadomienie Zamawiającego o odrzuceniu oferty w zadaniu nr 3. Odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

(I.)

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na pisma Zamawiającego: z 27 grudnia 2012 r. (znak pisma nr 788/12/ZP) i z 28 grudnia 2012 r. (znak pisma nr 791/12/ZP), pt. *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej* – potwierdził, że nie uchylał się i nie uchyla się od podpisania umowy. Odwołujący wyjaśniał w swoim piśmie 27 grudnia 2012 r. że w pozwoleniu radiowym wydanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej zaistniała oczywista omyłka. Odwołujący podał, że zgodnie z oświadczeniem zawartym w tym piśmie, przekazał skan pozwolenia radiowego uwzględniającego wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. obejmującego cały okres obowiązywania umowy. Odwołujący stwierdził, że nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

(II.)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wybrany wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Odwołujący podał, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na następujące pytania:

Pytanie 4

W pkt. 9 SIWZ ppkt.9.3 e) Zamawiający wymaga, aby wykonawca złożył oświadczenie

iz posiada zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli POUFNE i ZASRZEŻONE, także w systemach teleinformatycznych zgodnie z Ustawą o ochronie informacji niejawnych (zał. nr 6 do SIWZ) Powyższy zapis sugeruje, iż Zamawiający wymaga od Wykonawcy posiadania Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego min. II stopnia do klauzuli POUFNE?

Odpowiedź na pytanie 4

Zamawiający żądając oświadczenia (zał. nr 6 do SIWZ) ma na myśli, iż wykonawca oświadczy posiadanie zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych (dotyczy zadania 1;2;3;4) oraz oświadczy, iż posiada zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” tj., w myśl art. 54 pkt. 2 w związku z art. 55 Ustawy 01N z dnia 5 sierpnia 2012r świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” minimum III stopnia (dotyczy zadania nr 3). W związku z powyższym, informuję, że Zamawiający zmieniał wzór zał. nr 6 do siwz.

Pytanie 11

W związku z art. 187 Ustawy o ochronie informacji niejawnych i obowiązkiem posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego w przypadku gdy przedsiębiorcy wykonujący umowę związana z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” proszę o informację czy każdy członek konsorcjum musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego? Jeśli tak to którego stopnia i dla jakiej klauzuli?

Odpowiedź na pytanie 11

Każdy członek konsorcjum powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli poufne minimum III stopnia- dotyczy zadania nr 3.

Pytanie 1

W punkcie 10.4 e Zamawiający pisze, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca ma dostarczyć „oświadczenie potwierdzające, iż wykonawca posiada zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych zgodnie z Ustawą o Ochronie Informacji Niejawnych – załącznik nr 6. Czy w związku z tym Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał autonomiczne stanowisko komputerowe o klauzuli „poufne”?

Odpowiedź na pytanie 1

Zamawiający żądając oświadczenia (zał. nr 6 do SIWZ) ma na myśli, iż wykonawca oświadczy posiadanie zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych (dotyczy zadania 1;2;3;4) oraz oświadczy, iż posiada zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” tj., w myśl art. 54 pkt. 2 w związku z art. 55 Ustawy 01N z dnia 5 sierpnia 2012r świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” minimum III stopnia (dotyczy zadania nr

3). Zamawiający nie wymaga aby Wykonawca posiadał autonomicznego stanowiska komputerowego o klauzuli „poufne”.

Pytanie

W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie dot. wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia przez wykonawcę cyt. „Zamawiający żądając oświadczenia (zał. nr 6 do SIWZ) ma na myśli, iż wykonawca oświadczy posiadanie zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych (dotyczy zadania 1;2;3;4) oraz oświadczy, iż posiada zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” tj., w myśl art. 54 pkt. 2 w związku z art. 55 Ustawy 01N z dnia 5 sierpnia 2012r świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” minimum III stopnia (dotyczy zadania nr 3)”. Zamawiający nie wymaga aby Wykonawca posiadał autonomicznego stanowiska komputerowego o klauzuli „poufne”. Art. 54 pkt 2 Ustawy OIN stwierdza, że dokumentem potwierdzającym zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyższej jest świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego... wydane przez ABW albo SKW... art. 55 Ustawy o OIN w pkt. 1 określa stopień zdolności przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych o klauzuli POUFNE i tak 1 stopień określa pełna zdolność przedsiębiorcy do ochrony informacji niejawnych, 2 stopnia potwierdza zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania we własnych systemach teleinformatycznych oraz 3 stopnia potwierdza zdolność przedsiębiorcy do ochrony tych informacji z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach. Z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego jasno wynika iż dla zadania 3 niezbędnym warunkiem udziału w prowadzonym postępowaniu jest posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia co zamawiający podkreśla poprzez wymóg złożenia oświadczenia o zdolności przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli POUFNE. W związku z powyższym prosimy o ponowne przeanalizowanie treści przytoczonego zapisu w odniesieniu do artykułów Ustawy o OIN na które Zamawiający się powołuje. Ustawa w zakresie OIN o klauzuli POUFNE lub wyższe nie pozostawia tutaj dowolności interpretacji, kto może takie informacje przetwarzać.

Odpowiedź

Zamawiający jeszcze raz informuje, iż żądając oświadczenia (zał. nr 6 do SIWZ) ma na myśli, iż wykonawca oświadczy posiadanie zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych (dotyczy zadania 1;2;3;4) oraz oświadczy, iż posiada zdolność do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” tj., w myśl art. 54 pkt. 2 w związku z art. 55 Ustawy OIN z dnia 5 sierpnia 2010r świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli „poufne” minimum III

stopnia (dotyczy zadania nr 3 – art. 55 pkt. 1 ppkt 3 Ustawy o OIN), a nie jak sugeruje Wykonawca w pytaniu że „dla zadania 3 niezbędnym warunkiem udziału w prowadzonym postępowaniu jest posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia co zamawiający podkreśla poprzez wymóg złożenia oświadczenia o zdolności przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli POUFNE”.

Odwołujący stwierdził, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi stanowią bezwzględnie obowiązującą wykonawców modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowią integralną część SIWZ.

W konsekwencji – zdaniem Odwołującego – wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie posiada świadectw bezpieczeństwa III stopnia dla wszystkich uczestników konsorcjum, i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

(III.)

Odwołujący przywołał treść przepisu art. 94 ust. 1 pzp, zgodnie z którym *zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:*

- 1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;*
- 2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Następnie Odwołujący przytoczył treść art. 94 ust. 3 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.*

Zdaniem Odwołującego z powyższych przepisów wynika, że nawet w sytuacji, o której mowa w art. 94 ust. 3 pzp, Zamawiający ma obowiązek zawrzeć umowę dopiero po upływie terminu 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. W ocenie Odwołującego takie uchybienie stanowi poważne naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 pzp i skutkuje nieważnością postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

7 stycznia 2013 r. wpłynęła faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podał, że odwołanie zostało złożone w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty, wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący, którego oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, odmawia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wynikających z SIWZ.

Zamawiający w następujący sposób ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu:

(I.) Odnośnie rzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt w zw. z art. 26 ust 3 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający zaprzeczył, aby wykluczył Odwołującego z postępowania. Natomiast analizując postępowanie Odwołującego, Zamawiający stwierdził że uchyła się on od zawarcia umowy. Zdaniem Zamawiającego bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, że brak było przesłanek do przyjęcia uchylania się Odwołującego się od zawarcia umowy, a w związku z tym Zamawiający – podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny – jakoby dopuścił się obrazy art. 94 ust. 3 pzp.

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 9. ppkt 9.3 lit. k oraz pkt 10. ust 10.1 ppkt 4. lit. k SIWZ wykonawca miał obowiązek złożyć oświadczenie, że na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia będzie posiadał urządzenie radiowe (z wydzieloną częstotliwością radiową), pracujące w radiokomunikacji ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z pozwoleniem radiowym wydanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz „Warunkami wykorzystywania częstotliwości”, ważnymi co najmniej na czas trwania umowy, w których stacja bazowa obejmuje swoim zasięgiem (co wynikać ma z warunków korzystania z częstotliwości UKE) tereny, na których usytuowane są obiekty chronione będące przedmiotem zamówienia. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, nie później niż w terminie 3 dni przed podpisaniem umowy miał obowiązek przedłożyć Zamawiającemu potwierdzoną kopię ww. pozwolenia radiowego wraz z warunkami wykorzystania częstotliwości radiowej UKE.

Zamawiający wskazał, że 24 grudnia 2012 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu *Pozwolenie radiowe*, wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz *Warunki wykorzystywania częstotliwości* z 20 grudnia 2012 r. Datą rozpoczęcia używania urządzeń radiowych objętych tym pozwoleniem oraz wykorzystywania częstotliwości był 1

stycznia 2013 r. W uzasadnieniu decyzji podano, że została ona wydana zgodnie z wnioskiem Odwołującego .

Zamawiający podniósł, że pozwolenie radiowe wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz warunki wykorzystywania częstotliwości, które po wyborze najkorzystniejszej oferty miał złożyć w terminie 3 dni przed zawarciem umowy Odwołujący, miały mieć okres obowiązywania co najmniej na czas trwania umowy, tj. na okres od 31 grudnia 2012 r. godz. 9.00 do 30 kwietnia 2014 r. godz. 9.00 (pkt 8. SIWZ). Zamawiający stwierdził ponadto, że przychylając się do wniosku Odwołującego, już po zawiadomieniu o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej – wyznaczył termin podpisania umowy na 27 grudnia 2012 r. – uwzględniając zawartą w jego piśmie deklarację, że wszelkie niezbędne do podpisania umowy dokumenty , w tym pozwolenie radiowe, zostaną przesłane do 24 grudnia 2012 r.

Zamawiający podał, że w dniu wyznaczonym na termin podpisania umowy, tj. 27 grudnia 2012 r., wpłynął wniosek Odwołującego o zmianę terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia na 1 styczeń 2013 r. oraz o wyznaczenie terminu podpisania umowy na 31 grudnia 2012 r. godz. 8.00.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności jednoznacznie wskazywały, że Odwołujący uchylił się od zawarcia umowy na warunkach ustalonych w SIWZ. W tym stanie rzeczy Zamawiający, że w oparciu o treść art. 94 ust. 3 pzp, wybrał kolejną najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzania jej ponownego badania i oceny.

(II.)

Zdaniem Zamawiającego analizując treść złożonych przez Odwołującego wyżej powołanych pism, należy stwierdzić, że zawierają one *de facto* polemikę z treścią postanowień SIWZ. Odwołujący podważa treść pkt 8. SIWZ, twierdząc że termin rozpoczęcia realizacji umowy powinien mieć miejsce od 1 stycznia 2013 r. , a nie, jak to wynika z treści tego dokumentu – od 31 grudnia 2012 r. godz. 9.00. Odwołujący powołuje się przy tym na treść uprzednio obowiązującej umowy nr 183/2011 z 15 grudnia 2011 r. na świadczenie usług ochrony na rzecz Zamawiającego – twierdząc, że obowiązywała ona do 31 grudnia 2011 r. godz. 24.00. Zamawiający stwierdził, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego odnośnie czasokresu obowiązywania tej umowy, gdyż z jej treści oraz załączonej do niej SIWZ wynikało, że określała ona termin obowiązywania na okres od 31 grudnia 2012 r. godz. 9.00 (sprawa nr 4/2011/ SUFO).

Ponadto Zamawiający stwierdził, że zgodnie art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp, odwołanie od postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Ponieważ przedmiotowe ogłoszenie było opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15

listopada 2012 r., termin na złożenie odwołania upłynął 25 listopada 2012 r. Zamawiający ocenił, że ponieważ w tym terminie Odwołujący nie odwołał się od postanowień SIWZ, jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

(III.)

Zamawiający podniósł, że nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do uzupełnienia przedłożonego dokumentu – Pozwolenia radiowego wydanego 20 grudnia 2012 r. przez Prezesa UKE. Zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych dokumentów lub oświadczeń, albo złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, zaś złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków.

Zdaniem Zamawiającego ostatecznym dniem, w którym Odwołujący miał przedstawić Pozwolenie radiowe obowiązujące na okres od 31 grudnia 2012r godz. 9.00 – był dzień 24 grudnia 2012 r., tj. okres 3 dni przed zawarciem umowy, zgodnie z warunkami SIWZ. W tym okresie Odwołujący nie przedłożył pozwolenia spełniającego te warunki. Zmiana decyzji w przedmiocie pozwolenia radiowego posiadanego przez Odwołującego została dokonana dopiero 28 grudnia 2012 r., a zatem po terminie określonym w SIWZ.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że czynność, której zaniechanie zarzuca Odwołujący (wezwanie do uzupełnienia złożonych dokumentów), miałyby mieć miejsce już po wyborze najkorzystniejszej oferty, po ustalonym przez strony terminie zawarcia umowy, a więc po faktycznym zakończeniu postępowania przetargowego, podczas gdy obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ma określony przez przepis art. 26 st. 3 pzp zasięg czasowy.

W ocenie Zamawiającego nie bez znaczenia dla oceny zarzutu Odwołującego jest fakt, że w toku postępowania złożył on oświadczenie o posiadaniu zezwolenia radiowego wraz z warunkami wykorzystywania częstotliwości. Natomiast – zdaniem Zamawiającego – z przedstawionych wyżej faktów wynika, że poświadczył nieprawdę, co uzasadniałoby podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 pzp.

(IV.)

Zdaniem Zamawiającego błędne jest stanowisko Odwołującego, że każdy z uczestników konsorcjum uczestniczących w niniejszym postępowaniu winien posiadać świadectwo bezpieczeństwa III stopnia. Według Zamawiającego nie znajduje to żadnego uzasadnienia w obowiązujących postanowieniach SIWZ, gdyż w żadnym z nich Zamawiający

nie żądał załączenia do oferty świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Wymogiem postawionym przez Zamawiającego było złożenie oświadczenia (załącznik nr 6 do SIWZ) o zdolności wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych (dla zadania nr 3 – o klauzuli *poufne*). Ponadto SIWZ w pkt 10.2 ppkt 1) przewidywała m.in., że każdy z przedsiębiorców będący członkiem konsorcjum złoży oddzielnie dla każdego z nich tylko: oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 10.1, ppkt 1.6, pozostałe dokumenty składane są wspólnie. Zamawiający podał, że ten punkt SIWZ nie uległ zmianie.

W ocenie Zamawiającego powoływanie się w tym zakresie na treść wyjaśnień udzielonych przez niego w związku z pytaniem 11 Odwołującego do SIWZ, stanowi ich dowolną interpretację. Odpowiedź Zamawiającego odnosiła się stricte do pytania, które w swojej treści odwoływało się do art. 187 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182, poz. 1228, z późn. zm). Ten zamieszczony w przepisach przejściowych ustawy przepis nakładał na przedsiębiorców wykonujących w dniu wejścia w życie ustawy umowy związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne”, nieposiadających w dniu wejścia w życie ustawy ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, obowiązek uzyskania takiego świadectwa w terminie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienie zawarte w odpowiedzi na pytanie 11. Odwołującego stanowiło li tylko interpretację tego przepisu i nie skutkowało zmianą treści SIWZ. Zamawiający podniósł, że potwierdzenie tego stanowiska znalazło odzwierciedlenie w brzmieniu „Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego”, stanowiącej integralną część umowy i zawierającej szczegółowe wymagania w zakresie ochrony informacji niejawnych, związanych z realizacją umowy. W zdaniu drugim pkt 15. tej instrukcji stwierdza się, że: *Wykonawca (lider konsorcjum) jest zobowiązany do posiadania aktualnego świadectwa przemysłowego minimum III stopnia potwierdzającego zdolność Wykonawcy do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „POUFNE”*

Ponadto Zamawiający zauważył, że otwarcie ofert uczestników postępowania nastąpiło 3 grudnia 2012 r., zaś uczestnicy postępowania zostali zawiadomieni o wyborze najkorzystniejszej oferty 10 grudnia 2012 r. Według Zamawiającego ponieważ Odwołujący zapoznał się z treścią oferty konsorcjum w terminie umożliwiającym mu złożenie wniosku o wykluczenie konsorcjum z postępowania w terminie ustawowym, to, pomimo że była mu znana podnoszona niniejszym odwołaniu okoliczność, nie skorzystał ze środków ochrony prawnej. Zamawiający ocenił, że w tym stanie rzeczy, wobec uchybienia terminowi zawitemu do złożenia wniosku o wykluczeniu złożenie tego wniosku w niniejszym postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

(V.)

W ocenie Zamawiającego również zarzut zawarcia umowy w trybie art. 94 ust. 3 pzp

z naruszeniem terminów określonych art. 94 ust. 1 pzp jest chybiony, gdyż w przypadku wyboru oferty określonego w art. 94 ust. 3 pzp, ustawa pzp przewiduje ułatwienia, które zmierzają do szybkiego wyboru kolejnej oferty. Między innymi na zamawiającego, dokonującego wyboru oferty w tym trybie, ustawodawca nie nałożył obowiązku informowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wykonawcach wykluczonych bądź tych, których oferty zostały odrzucone, jak również o terminie, po upływie którego umowa może być zawarta (Zamawiający powołał się tu na wyrok Izby z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 31/11).

Zdaniem Zamawiającego przedstawiona powyżej argumentacja jednoznacznie wskazuje, że w przeprowadzonym postępowaniu nie dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców .

4 stycznia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismem (datowane na 3 grudnia 2012 r.) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony i Mienia „CARE-TRANS S..... K.....” sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie (wykonawca dotychczas działał jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), A..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU „AKU” A..... K....., Świebodzin (zwanym dalej również w skrócie „Konsorcjum”).

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie, we właściwej formie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia odniósł się również w następujący sposób do zarzutów odwołania:

(I.)

Zdaniem Przystępującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp jest niezasadny. W wyniku modyfikacji SIWZ dokonanej 27 listopada 2012 r. Zamawiający wprowadził wymóg złożenia przez wykonawców oświadczenia potwierdzającego posiadanie na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia – pozwolenia radiowego wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wraz z warunkami wykorzystywania częstotliwości ważnymi co najmniej na czas trwania umowy. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza dla Zamawiającego, zobowiązany został do

przedłożenia – nie później niż w terminie 3 dni przed podpisaniem umowy – potwierdzonej kopii wymienionego pozwolenia radiowego wraz z warunkami wykorzystania częstotliwości radiowej UKE. Wprowadzone zapisy SIWZ nie zostały zakwestionowane przez wykonawców i stały się w związku z tym wiążące.

Według Przystępującego jest poza sporem, że Odwołujący się nie spełnił opisanego wyżej warunku, gdyż nie przedłożył w terminie do 3 dni od podpisania umowy – to jest w terminie do 24 grudnia 2012 r. – pozwolenia radiowego wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wraz z warunkami wykorzystywania częstotliwości, ważnych co najmniej na czas trwania umowy. Zmiana decyzji w przedmiocie pozwolenia radiowego posiadanego przez Odwołującego się dokonana została dopiero 28 grudnia 2012 r., a zatem już po terminie przewidzianym w SIWZ.

Przystępujący odniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, modyfikacja decyzji nie była wynikiem sprostowania omyłki, albowiem w takim przypadku Prezes UKE zobowiązany był do wydania postanowienia w przedmiocie sprostowania błędów pisarskich i oczywistych omyłek decyzji (art. 113 § 1 kpa), tymczasem Odwołujący przedłożył decyzję w przedmiocie zmiany pozwolenia wydaną w trybie art. 155 kpa. Zdaniem Przystępującego okoliczność ta wskazuje, że składając oświadczenie o posiadaniu zezwolenia radiowego wraz z warunkami wykorzystywania częstotliwości ważnymi co najmniej na czas trwania umowy, Odwołujący oświadczył nieprawdę, co uzasadniało wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Według Przystępującego *okoliczność ta jest tym bardziej prawdopodobna*, że jeszcze w piśmie z 19 grudnia 2012 r. Odwołujący zapewniał Zamawiającego – jak się okazało błędnie – że dotychczas obowiązująca umowa na ochronę obiektów jednostki obowiązuje do 31 grudnia 2012 r., a zatem do momentu wejścia w życie nowego zezwolenia radiowego.

Przystępujący podniósł również wątpliwość, czy tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 pzp, dotyczący zasad uzupełniania dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ma zastosowanie do dokumentów wymaganych przez Zamawiającego już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Przystępującego obowiązek złożenia opisanego wyżej zezwolenia należy rozpatrywać raczej w kategoriach warunku koniecznego do podpisania umowy, którego niespełnienie świadczy o braku woli zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę.

Przystępujący przytoczył również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uzasadnieniu wyroku z 9 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2314/11): *Wbrew stanowisku Odwołującego niemożność złożenia wymaganych dokumentów przed podpisaniem umowy, za którą ponosi on odpowiedzialność, mogła zostać uznana przez Zamawiającego za uchylanie się od podpisania umowy. Z uwagi na niemożność dopełnienia formalności*

niezbędnych do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, składanie przez niego oświadczenia o gotowości podpisania umowy, przy jednoczesnej odmowie dopełnienia formalności, do czego Odwołujący zobowiązał się składając ofertę, w której oświadczył, iż dysponuje wymaganymi dokumentami - ma charakter pustej deklaracji bez pokrycia w rzeczywistym stanie rzeczy, sprowadzającej się w istocie do oświadczenia o gotowości fizycznego złożenia podpisów na dokumencie umowy.

(II.)

Przystępujący ocenił, że nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania z uwagi na brak świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego dla członka konsorcjum – PHU „AKU” A..... K.....

W pierwszym rzędzie Przystępujący wskazał, że Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie postawił warunku posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez wszystkich wykonawców występujących wspólnie. W tym zakresie wykonawcy zobowiązani byli jedynie do złożenia oświadczenia na załączniku nr 6 do SIWZ, które to oświadczenie – zgodnie z pkt 10.2. 1) SIWZ – zobowiązany był podpisać jedynie lider konsorcjum w imieniu podmiotów występujących wspólnie (a nie każdy z wykonawców oddzielnie).

Przystępujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Zamawiający nie dokonał żadnej modyfikacji SIWZ w tym zakresie, a jedynie w odpowiedzi na jedno z pytań stwierdził, że omawiane świadectwo powinni posiadać wszyscy członkowie konsorcjum. Zdaniem Przystępującego, pomijając kwestię oceny wyrażenia „powinno”, nie można przyjąć, że odpowiedź na pytanie jest równoznaczna z modyfikacją SIWZ. Przystępujący ponadto powołał się na ugruntowaną zasadę obowiązującą na gruncie prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą wykonawcy nie powinni ponosić konsekwencji wystąpienia ewentualnych sprzeczności w sformułowaniach zapisów SIWZ i wyjaśnieniach udzielonych przez zamawiającego.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że załącznikiem do umowy zawartej z wykonawcą (a tym samym elementem dokumentacji przetargowej) była Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego obowiązująca u Zamawiającego. Z zapisów pkt 5 i 8 tej instrukcji wynika jednoznacznie, że do dostępu i przetwarzania dokumentów niejawnych przetwarzanych w związku z realizacją umowy upoważniony będzie wyłącznie lider konsorcjum. Przystępujący podał, że w jego przypadku lider konsorcjum – „Agencja Ochrony Osób i Mienia CARE-TRANS S..... K.....” sp. z o.o. – posiada wymagane świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego.

(III.)

Przystępujący ocenił, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp, regulującego termin zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Według Przystępującego

ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 10 grudnia 2012 r., natomiast umowa z Przystępującym została zawarta 28 grudnia 2012 r., a zatem już po upływie 10-dniowego terminu przewidzianego w art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp. Zdaniem Przystępującego istotne jest przy tym, że jego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą, albowiem za taką została uznana oferta Odwołującego się. Natomiast do zawarcia umowy z Przystępującym doszło na podstawie art. 94 ust. 3 pzp, wyłącznie wskutek uchylecia się Odwołującego od podpisania umowy. W ocenie Przystępującego 10-dniowy termin, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp, dotyczy wyłącznie wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, o której mowa w art. 94 ust. 3 pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Natomiast podjęta następnie przez Zamawiającego czynność – z powołaniem się na przepis art. 94 ust. 3 pzp – zmierzająca do wyboru kolejnej w rankingu oferty złożonej przez Przystępującego – naraża Odwołującego na szkodę z uwagi na nieuzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Bez wpływu na istnienie po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia

odwołania pozostaje również – ustalony w toku postępowania odwoławczego przez Izbę – fakt zawarcia 28 grudnia 2012 r. przez Zamawiającego z Przystępującym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta ma natomiast bezpośredni wpływ na zakres żądań odwołania, które obiektywnie mogą być zaspokojone. Po udzieleniu zamówienia nie sposób domagać się powtarzania i unieważniania poszczególnych czynności, czy wręcz całego postępowania, które definitywnie i nieodwracalnie się zakończyło. Z tego względu, nawet bez oceny zasadności samych zarzutów wniesionego odwołania, wszystkie zgłoszone w nim żądania, zarówno co do poszczególnych czynności (unieważnienie wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie tych czynności w stosunku do Przystępującego), jak i całego postępowania – należało uznać za bezprzedmiotowe, jako nieuwzględniające stanu rzeczy jaki zaistniał jeszcze przed wniesieniem odwołania.

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza również, że odwołanie nie zostało wniesione od czynności podjętej przez Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z art. 180 ust. 1 pzp wynika, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia – w przypadku przetargu nieograniczonego – należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei przepis art. 94 ust. 3 pzp stwarza zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a pzp w kwestii określenia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika jedynie tyle, że jest on wyznaczony osiągnięciem celu tego postępowania w postaci wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego celu zostało zatem zdefiniowane nie przez pryzmat dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz przez wskazanie, że chodzi o wybór oferty wykonawcy, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa. Co do zasady cel ten jest osiąganym w drodze wyboru najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, o czym zamawiający z mocy art. 92 ust. 1 pzp informuje wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Jednakże w razie uchylania się przez tak

wyłonionego wykonawcę od zawarcia umowy lub niewniesienia przez niego zabezpieczenia jej należytego wykonania – zamawiający może, choć nie musi, skorzystać z możliwości wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Należy zauważyć, że w razie skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 94 ust. 3 pzp, dopiero wtedy można mówić o ziszczeniu się celu prowadzonego postępowania, o którym mowa w art. 2 pkt 7a pzp, gdyż to z wykonawcą wybranym w ten sposób, a nie z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert, zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji z samego brzmienia definicji postępowania sformułowanej w art. 2 pkt 7a pzp wynika wprost możliwość uznania za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyboru oferty wykonawcy dokonanego w trybie art. 94 ust. 3 pzp. Natomiast błędne jest wywodzenie z brzmienia jakichkolwiek innych przepisów lub systematyki ustawy pzp, że czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 94 ust. 3 pzp nie mieści się już w ramach prowadzonego przez niego postępowania. Również analiza systematyki ustawy pzp przemawia za uznaniem takiej czynności za mieszczącą się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 94 ust. 3 pzp jest zamieszczony w rozdziale 4 ustawy pn. *Wybór najkorzystniejszej oferty*. Natomiast dopiero ostatni w tym rozdziale art. 95 pzp dotyczy czynności dokonywanej przez zamawiającego już po zakończeniu postępowania, określając wymóg niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego – po zawarciu umowy z wykonawcą, którego ten wybór dotyczył. Oznacza to, że w przypadku dokonania wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 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. Wreszcie należy zauważyć, że uznanie czynności zamawiających podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 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. Oczywiście jest przy tym, że *de facto* jedynym zainteresowanym wniesieniem odwołania w takim przypadku będzie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a nowymi okolicznościami uzasadniającymi wniesienie przez niego odwołania, będą okoliczności prawne i faktyczne wskazujące na bezzasadność i bezprawność podjętych na jego szkodę działań zamawiającego zmierzających do wyboru innej oferty.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz ze zmianami i wyjaśnieniami jej treści, oferty Odwołującego, oferty Przystępującego, a także wszelkich pism i dokumentów przesyłanych przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu 3.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu, gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Przystępującego z powołaniem się na art. 94 ust. 3 pzp.

I.

Potwierdził się zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 94 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, który błędnie ocenił, że Odwołujący uchyła się od zawarcia umowy na zadanie 3. na warunkach wynikających z s.i.w.z.

Izba ustaliła, że w skierowanym do wykonawców *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty* z 28 grudnia 2012 r. (nr pisma 791/12/2P) Zamawiający stwierdził niespełnienie przez Odwołującego warunków wynikających z postanowień lit. k pkt 9.3 rozdziału 9. oraz lit. k ppkt 4 pkt 10.1 rozdziału 10. s.i.w.z., polegające na tym, że przedłożone pozwolenie radiowe nie zostało udzielone na okres obowiązywania umowy, która miała zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei w przesłanym poprzedniego dnia wyłącznie do Odwołującego piśmie z 27 grudnia 2012 r. (nr pisma 788/12/2P) Zamawiający zawiadomił, że po rozpatrzeniu oferty Odwołującego, uzupełnionej o pozwolenie radiowe z 20 grudnia 2012 r., stwierdził niespełnianie przez tę ofertę warunków wynikających z postanowień s.i.w.z., przy czym podstawa takiej oceny została opisana analogicznie. Dodatkowo Zamawiający doprecyzował, że w treści pozwolenia określono datę rozpoczęcia używania urządzeń radiowych oraz wykorzystywania częstotliwości na 1 stycznia 2013 r. Tymczasem według rozdziału 8. termin wykonania zamówienia został ustalony na okres od 31 grudnia 2012 r. godz. 9:00 i na ten dzień i godzinę Odwołujący miał obowiązek posiadania urządzenia radiowego wraz z pozwoleniem radiowym ważnym co najmniej na czas trwania umowy. Zamawiający ocenił, że Odwołujący nie wywiązał się z tego zobowiązania, co – jego zdaniem – jednoznacznie świadczy o uchyłaniu się o podpisaniu umowy na warunkach wynikających z postanowień s.i.w.z. W związku z tym Zamawiający zapowiedział

Odwolującemu przystąpienie do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych, bez przeprowadzania ich ponownej oceny.

Izba ustaliła również, że oba przywołane postanowienia s.i.w.z. w istocie dotyczą tego samego wymagania, przy czym pierwsze z nich zawiera opis 11. elementu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do jego wykonania (w s.i.w.z. brak rozdzielenia oceny potencjału technicznego od oceny potencjału osobowego). Zamawiający miał uznać ten warunek za spełniony między innymi na tej podstawie (lit. k), że wykonawca *złoży oświadczenie, że (...) będzie posiadał na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia urządzenie radiowe (z wydzieloną częstotliwością radiową), pracujące w radiokomunikacji ruchomej lądowej typu dyspozytorskiego wraz z pozwoleniem radiowym wydanym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz „Warunkami wykorzystania częstotliwości” ważnymi co najmniej na czas trwania umowy) w których stacja bazowa obejmuje swoim zasięgiem (co wynikać ma z warunków korzystania z częstotliwości radiowej UKE) tereny, na których usytuowane są obiekty chronione będące przedmiotem zamówienia (zał. nr 13).* Wymaganie w zacytowanym brzmieniu zostało wprowadzone na mocy zmiany treści s.i.w.z. z 27 listopada 2012 r., w brzmieniu niemal identycznym jak proponowana w pytaniu nr 1, które zrazu spotkało się z odmowną odpowiedzią Zamawiającego w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 23 listopada 2012 r. Zasadniczą różnicą sprowadza się do tego, że w przeciwieństwie do propozycji wykonawcy, Zamawiający poza właściwą treścią postanowienia lit. k umieścił następną, podkreśloną zdanie: *Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza dla Zamawiającego, nie później niż w terminie 3 dni przed podpisaniem umowy przedłoży Zamawiającemu potwierdzoną kopię wymienionego pozwolenia radiowego wraz z Warunkami wykorzystania częstotliwości radiowej UKE.* Powyższa treść lit. k została również wprowadzona do rozdziału 10. s.i.w.z., tym razem w charakterze opis dokumentu jaki należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że w ten sposób ocena spełnienia warunku została utożsamiona ze składanym na jego potwierdzenie dokumentem, w tym przypadku – oświadczeniem, że na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia będzie się posiadało określone urządzenie radiowo-telekomunikacyjne wraz ze stosowanym pozwoleniem administracyjnym na jego używanie. Z tak ukształtowanego sposobu oceny warunku wynika, że na dzień składania ofert koniecznym i jednocześnie wystarczającym elementem dla potwierdzenia jego spełnienia było złożenie przez wykonawcę oświadczenia potwierdzającego osiągnięcie w przyszłości takiego stanu. Poza wszelkim sporem pozostaje okoliczność, że do oferty Odwołującego takie oświadczenie zostało załączone i na jego podstawie Zamawiający

pozytywnie zweryfikował spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający potwierdza, że nie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niespełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ocenił złożone przez Odwołującego w toku postępowania oświadczenie o posiadaniu zezwolenia radiowego wraz z warunkami wykorzystania częstotliwości jako zawierające nieprawdziwe informacje, co uzasadniałoby – zdaniem Zamawiającego – wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Izba ustaliła, że Zamawiający takiej czynności względem Odwołującego nie podjął, a zatem kwestia ta pozostaje poza zakresem rozstrzyganej sprawy. Takie stanowisko świadczy jednak o braku konsekwencji Zamawiającego, który w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zrezygnował z weryfikowania czy każdy z wykonawców posiada stosowne pozwolenie obejmujące okres realizacji zamówienia wynikający z s.i.w.z. Zamiast tego na etapie składania ofert wystarczające było złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że takie pozwolenie będzie posiadał na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia. W oczywisty sposób zawęziło to konieczność przedstawienia pozwolenia radiowego wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Nawet jednak taki wykonawca nie był zobowiązany do posiadania na dzień składania ofert pozwolenia. Skoro Zamawiający przesunął zarówno możliwość uzyskania, jak i obowiązek przedstawienia pozwolenia na okres po wyborze oferty najkorzystniejszej – nie może jednocześnie wywodzić z faktu zaistnienia błędu w później otrzymanym dokumencie nieprawdziwości oświadczenia składanego przez wykonawcę wraz z ofertą. Odwołujący twierdził w odwołaniu i na rozprawie, że odczytał przekazane mu 27 grudnia 2012 r. pismo Zamawiającego jako wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty. Takie wrażenie poniekąd uzasadniała terminologia użyta przez Zamawiającego, odwołująca się do niespełniania warunków wynikających z konkretnych postanowień s.i.w.z., choć nie ma wątpliwości, że jedynym przepisem wskazanym w tym zawiadomieniu nie był art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, lecz art. 94 ust. 3 pzp, z którego skorzystał Zamawiający zapowiedział.

W rzeczywistości to, co Zamawiający nazwał niespełnieniem przez Odwołującego (lub jego ofertę) warunku wynikającego z s.i.w.z., stanowi niedopełnienie – wprowadzonej przez Zamawiającego równoległe ze zmianą opisu spełniania warunku udziału w lit. k – formalności niezbędnej do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo braku umiejscowienia przywołanego powyżej postanowienia w odpowiednim rozdziale s.i.w.z. (rozdziale 19.), w ocenie Izby nie można inaczej zakwalifikować wymagania przedstawienia bezpośrednio przed zawarciem umowy opisanego powyżej pozwolenia administracyjnego, poprzedzonego przesłaniem jego kopii 3 dni przed podpisaniem umowy.

W zakresie przebiegu dopełnienia tej formalności przez Odwołującego Izba ustaliła, co następuje. Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy w swojej siedzibie na 27 grudnia 2012 r. w godz. od 8:00 do 13:00, przy czym analogiczny termin został wyznaczony również innym wykonawcom, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w innych częściach zamówienia. 24 grudnia 2012 r. Odwołujący przesłał pozwolenie radiowe wydane 20 grudnia 2012 r. przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w którym rzeczywiście datą rozpoczęcia używania urządzeń radiowych objętych tym pozwoleniem oraz wykorzystywania częstotliwości był dopiero 1 stycznia 2013 r. Uprzednio 21 grudnia 2012 r. Odwołujący przesłał faksem pismo, w którym – po pierwsze – twierdził, że dotychczas obowiązująca umowa nr 183/2011 z 15 grudnia 2011 r., z mocy art. 112 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 pzp, będzie obowiązywać do godz. 24:00 31 grudnia 2012 r. Po drugie – w związku z taką konstatacją – Odwołujący uprzejmie prosił o wskazanie w nowej umowie daty 1 stycznia 2013 r. jako terminu rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Identyczna treść została zamieszczona w drugim akapicie pisma Odwołującego przesłanego faksem Zamawiającemu 27 grudnia 2012 r. (o godz. 13:23 według informacji wydrukowanej przez urządzenie faksowe). Dodatkowo Odwołujący w pierwszym akapicie poinformował, że przesłane pozwolenie zawierało błąd związany z datą rozpoczęcia jego obowiązywania, a prawidłowe pozwolenie zostanie przesłane Zamawiającemu 28 grudnia 2012 r. Jednocześnie Odwołujący zwrócił się o przesunięcie terminu podpisania umowy na 31 grudnia 2012 r. na godz. 8:00 (ta ostatnia okoliczność została przemilczana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie).

Nie ulega zatem wątpliwości, że do podpisania umowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie doszło z powodu niedopełnienia przez Odwołującego wymaganej przez Zamawiającego formalności polegającej na przesłaniu pozwolenia radiowego nieobejmującego kilkunastu pierwszych godzin terminu realizacji zamówienia. Zamawiający jeszcze tego samego dnia uznał, że oznacza to uchylanie się przez Odwołującego od zawarcia umowy na warunkach określonych w s.i.w.z. W ocenie Izby takie stanowisko Zamawiającego było przedwczesne i oparte na zbyt wątych przesłankach faktycznych. Gdyby Odwołujący, który dotychczas realizował usługi ochrony dla Zamawiającego, nie był zainteresowany podpisaniem nowej umowy, w ogóle nie usiłowałby dopełnić niezbędnych do jej zawarcia formalności. W szczególności nie starałby się uzyskać i przesłać wymaganej decyzji administracyjnej na trzy dni przed wyznaczonym terminem podpisania umowy. Okoliczności sprawy uzasadniają przypuszczenie, że ubiegając się o wydanie pozwolenia, Odwołujący przeoczył fakt nietypowego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia lub był w błędzie co do terminu obowiązywania umowy dotychczas wykonywanej na rzecz Zamawiającego (należy zauważyć, że w ogólnych warunkach umowy

załączonych do aktualnej s.i.w.z. termin obowiązywania umowy określono wyłącznie za pomocą dat, bez godzin, a zatem mniej szczegółowo niż w pkt 8 s.i.w.z.). Prawdopodobnie Odwołujący dostrzegł to bezpośrednio po uzyskaniu pozwolenia, skoro jednocześnie wraz z jego przesłaniem zwrócił się do Zamawiającego o wskazanie w zawieranej umowie początku terminu realizacji zamówienia zbieżnego z datą legalnej możliwości rozpoczęcia używania urządzeń radiowych i wykorzystywania częstotliwości. Zamawiający oczywiście miał prawo nie zgodzić się na taką próbę przerwania na niego braku staranności Odwołującego przy prowadzeniu swoich spraw. Zważając jednak na to, że do przypadającego na 31 grudnia 2012 r. godz. 9:00 początku terminu realizacji zamówienia pozostało jeszcze kilka dni, Zamawiający mógł Odwołującemu wyznaczyć, choćby na 28 grudnia 2012 r., jeden dodatkowy termin podpisania umowy. Zamawiający nie sprawdził przy tym, czy propozycja Odwołującego wyznaczenia tego terminu na godz. 8:00 31 grudnia 2012 r. nie wynika wyłącznie z obawy o konieczność zachowania 3-dniowego terminu, który został zapisany w opisie formalności wprowadzonej przez Zamawiającego do s.i.w.z. Zamiast tego Zamawiający jeszcze 27 grudnia 2012 r. przypisał Odwołującemu zamiar uchylecia się od zawarcia umowy i oświadczył wobec niego, że zamierza skorzystać z art. 94 ust. 3 pzp (przywołany w treści zawiadomienia pkt 19.5 jest dosłownym przytoczeniem brzmienia tego przepisu). Należy zauważyć, że choć zawiadomienie z 27 grudnia 2012 r. (według adnotacji ręcznej pracownika Zamawiającego przesłane Odwołującemu faksem o godz. 14:59) zostało uznane przez Odwołującego za wykluczenie z postępowania i odrzucenie jego oferty, nie niosło ze sobą żadnego bezpośredniego skutku w zakresie wyboru innej oferty, gdyż Zamawiający jedynie zapowiedział, i to wyłącznie Odwołującemu, że zamierza przystąpić do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Zamawiający wystosował to zawiadomienie, pomimo że wcześniej tego samego dnia Odwołujący zobowiązał się przesłać z dnia na dzień – to jest 28 grudnia 2012 r. – poprawione pozwolenie. Nawet jeżeli z uwagi na obieg dokumentów Zamawiający wysłał swoje pismo przed zapoznaniem się z pismem Odwołującego, to z pewnością miał możliwość i powinien wstrzymać się jeden dzień z podejmowaniem dalszych kroków, zwłaszcza nieodwracalnych. Zamiast tego 28 grudnia 2012 r. rano (faks przesłano do wykonawców od 9:18 do 9:43) Zamawiający zawiadomił wszystkich wykonawców o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej spośród pozostałych, bez przeprowadzenia ich ponownej oceny, i tego samego dnia zawarł z Przystępującym umowę (według oświadczenia Zamawiającego na rozprawie miało to miejsce około godz. 13:00). Tymczasem Odwołujący, zgodnie ze swoim wcześniejszym zapewnieniem, przesłał tego dnia faksem (o godz. 11:31 według informacji wydrukowanej przez urządzenie faksowe) decyzję Prezesa UKE z 28 grudnia 2012 r. przesuującą początek możliwości używania

urządzeń radiowych i wykorzystywania częstotliwości przez Odwołującego na 31 grudnia 2012 r. Ponadto w piśmie przewodnim (zarejestrowanym u Zamawiającego pod nr 1131/wewn/12) Odwołujący podkreślił, że nie uchylał się i nie uchyla się od podpisania umowy i zadeklarował okazanie Zamawiającemu jeszcze 28 grudnia 2012 r. oryginału pozwolenia. Prowadzi to do wniosku, że Odwołujący, pomimo pewnych trudności, które sam spowodował (Odwołujący przyznał na rozprawie, że pierwotna treść pozwolenia była zgodna z jego wnioskiem), dążył jednak do dopełnienia formalności wymaganej przez Zamawiającego i był w stanie wykazać się posiadaniem na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia pozwolenia radiowego, do czego zobowiązał się na mocy oświadczenia załączonego do oferty.

Zupełnie bez znaczenia jest natomiast podnoszona przez Zamawiającego na rozprawie okoliczność wystąpienia w decyzji z 28 grudnia 2012 r. oczywistej omyłki pisarskiej przy wskazaniu zmiany daty upływu ważności pozwolenia z 20 grudnia 2012 r. polegającej na błędnym wskazaniu, że zmianie na datę 30 grudnia 2022 r. ulega data 1 stycznia 2023 r., podczas gdy pierwotnie wskazaną w pozwoleniu datą upływu jego ważności była data 31 grudnia 2022 r. Organ wydający na mocy postanowienia z 31 grudnia 2012 r. sprostował z urzędu popełnioną pomyłkę pisarską, która nie miała żadnego wpływu na moc obowiązującą pozwolenia. Przede wszystkim popełniona omyłka w ogóle nie dotyczyła istotnego dla sprawy terminu początkowego, gdyż w tym zakresie w decyzji z 20 grudnia 2012 r. jednoznacznie wpisano, że zmienia się zapis *Data rozpoczęcia używania urządzeń radiowych objętych niniejszym pozwoleniem oraz wykorzystywania częstotliwości jest dzień 01.01.2013 r.* na *Data rozpoczęcia używania urządzeń radiowych objętych niniejszym pozwoleniem oraz wykorzystywania częstotliwości jest dzień 31.12.2012 r.* Na podstawie posiadanych informacji Zamawiający mógł 28 grudnia 2012 r. bez trudu stwierdzić, że Odwołujący dysponuje pozwoleniem ważnym co najmniej na cały okres realizacji zamówienia wynikający z s.i.w.z. Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma również znaczenia – podnoszona przez Przystępującego do rangi dowodu na składanie nieprawdziwych informacji przez Odwołującego – okoliczność, że sama zmiana pozwolenia nie nastąpiła na skutek sprostowania omyłki. Należy zauważyć, że w przesłanym Zamawiającemu 27 grudnia 2012 r. piśmie Odwołujący wskazywał na zaistnienie błędu w dacie początkowej obowiązywania pozwolenia. Nie twierdził jednak przy tym, że nie przyczynił się do jego powstania tego błędu. Odwołujący również nigdy nie zaprzeczał, że pozwolenie to zostało wydane zgodnie z jego wnioskiem. Późniejsze powoływanie się w odwołaniu na oczywistą omyłkę nie ma znaczenia, zwłaszcza że Odwołujący nie wypowiadał się co do źródła jej zaistnienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł również argument, że ostatecznym

dniem, w którym Odwołujący miał obowiązek przedstawić pozwolenie radiowe (obowiązujące od godz. 9:00 31 grudnia 2012 r.) był 24 grudnia 2012 r., gdyż takie były warunki s.i.w.z. Zdaniem Zamawiającego z tego względu przedstawienie prawidłowego pozwolenia radiowego dopiero 28 grudnia 2012 r. należy uznać za dokonane po terminie określonym w s.i.w.z. W ocenie Izby Zamawiający ponownie w nieuzasadniony sposób dąży do zrównania wprowadzonej przez siebie formalności niezbędnej do zawarcia umowy z warunkami udziału w postępowaniu, choć ich niespełnienia formalnie Odwołującemu nie zarzuca. Oczywiście jest, że istotnym elementem wprowadzonej formalności jest wykazanie przed zawarciem umowy dysponowania pozwoleniem radiowym ważnym na okres jej realizacji, a nie – przedstawienie kopii tego pozwolenia na 3-dni przed wyznaczonym terminem podpisania umowy. Niedotrzymanie tego terminu nie może być w żaden sposób zrównywane czy traktowane analogicznie jak niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. O ile rację ma Zamawiający, że dopełnienie wymaganej do zawarcia umowy formalności w oczywisty sposób nie mieści się w zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, o tyle nie uzasadnia to formalistycznego egzekwowania zachowania 3-dniowego odstępu pomiędzy przesłaniem kopii pozwolenia a podpisaniem umowy. Istotne powinno być wyłącznie to, czy Odwołujący ma wolę i będzie w stanie dopełnić wymaganej formalności do zawarcia umowy, nawet jeżeli miałyby to nastąpić w tym samym dniu co podpisanie umowy. Z kolei, jak już powyżej wskazano, przesunięcie przez wyznaczonego terminu podpisania umowy, choćby o jeden dzień, było możliwe i nie narażało Zamawiającego na niepewność, czy 31 grudnia 2012 r. od godz. 9:00 będzie miał zapewnioną realizację usług objętych przedmiotem zamówienia. Z pewnością niedotrzymanie przez Odwołującego 3-dniowego terminu, czy też nawet pierwotnego terminu podpisania umowy nie mogły zostać automatycznie potraktowane przez Zamawiającego jako uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podziela w pełni wyrażane w orzecznictwie i akceptowane w doktrynie stanowisko, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy – wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający. Takie rozumienie uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy zaprezentował przede wszystkim Sąd Okręgowy w Białymstoku w uzasadnieniu wyroku z 6 września 2005 r. (sygn. akt II Ca 460/05): *Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyr. z 9.5.2001 r., II CKN 440/00 (OSNC 2001/12/85), iż za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy*

zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałaby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. Zbliżone stanowisko było także prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jeszcze na tle dawnego art. 94 ust. 2 pzp, który miał analogiczną treść jak aktualnie obowiązujący art. 94 ust. 3 pzp, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 6 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1465/08) stwierdzono, co następuje: W świetle przytoczonych powyżej faktów przepis art. 94 ust. 2 Pzp nie może znaleźć zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek tam przytoczonych na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, poza ofertą wybraną pierwotnie jako ofertą najkorzystniejszą. Aby zastosować ten przepis wybrany wykonawca (odwołujący) (1) musiałby uchylać się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub (2) nie wnosić wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej, zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp, zamawiający miał obowiązek posiadać pisemne dowody, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o odmowie zawarcia umowy lub że odwołujący odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie dysponuje takimi dowodami, a wprost przeciwnie – odwołujący spełnił warunki do zawarcia z nim umowy, czyli złożył podpisaną przez siebie umowę do zamawiającego oraz wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy i nawet zwrócił się pisemnie do zamawiającego o zawarcie umowy. Z kolei zasadność zastosowania obowiązującego art. 94 ust. 3 pzp była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku z 7 marca 2012 r. (sygn. akt 384/12): W odniesieniu zaś do zgłoszonego zarzutu niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych rezygnacji przez Zamawiającego z podpisania umowy z Odwołującym oraz wyboru kolejnej oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, iż nie zaszła przesłanka do takich działań Zamawiającego, wskazana w tym przepisie. Zgodnie bowiem z jego dyspozycją, Zamawiający może dokonać takiej czynności tylko jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w niniejszym przypadku Izba nie widzi podstaw do uznania, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Odwołujący bowiem, na życzenie Zamawiającego, trzykrotnie przedstawiał mu kosztorys, dokonywał poprawek oraz składał żądane przez Zamawiającego oświadczenia. Przy tym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, jakie konkretne zastrzeżenia dotyczące niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też dokumentacją

projektową każdorazowo podnosi w stosunku do przedstawianych mu kosztorysów. Odwołujący, po piśmie Zamawiającego z 6 lutego 2012 r., wniósł również o wyznaczenie terminu zawarcia umowy. Tym samym zachowanie Odwołującego należy uznać za konsekwentnie zmierzające do zawarcia umowy. Izba odniosła się także do prawidłowego rozumienia formalności dopełnianych przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego: ...nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie „formalności” („formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy”). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, „czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia”, jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp.

Natomiast w ocenie Izby Przystępujący powołał się na nieadekwatny w okolicznościach rozstrzyganej sprawy wyrok Izby z 9 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2314/11). W szczególności dla zrozumienia rzeczywistego znaczenia przywołanego w zgłoszeniu przystąpienia fragmentu uzasadnienia konieczne jest przywołanie rozważań Izby bezpośrednio go poprzedzających: *W ocenie składu Orzekającego Izby zawarty w piśmie do Zamawiającego z 17 października 2011 r. wniosek Odwołującego o kolejne przedłużenie wyznaczonego terminu na zawarcie umowy, świadczy o tym, iż do pewnego momentu uznawał konieczność dopełnienia formalności wprowadzonych postanowieniami s.i.w.z. Również w treści odwołania żądaniu unieważnienia wezwania Zamawiającego z 17 października 2011 r. towarzyszył zarzut, iż jednodniowy termin na złożenie dokumentów stanowi rażąco krótki termin. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy wyznaczenie dłuższego (kolejnego) terminu na podpisanie umowy nie spowodowałoby, iż Odwołujący dopełniłby wymaganych formalności wynikających z ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. Odwołujący pominął zupełnie w odwołaniu okoliczność, iż na mocy wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielonych przez Zamawiającego 23 maja 2011 r. wszystkie dokumenty wymienione w pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. miały potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert. W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia te niewątpliwie podważają racjonalność i celowość zaniechania żądania raportów badawczych z ppkt. 5 na etapie składania ofert, gdyż de facto nie dało to wykonawcom więcej czasu na ich uzyskanie. Nie zmienia to jednak faktu, iż również te wyjaśnienia nie zostały zaskarżone przez któregokolwiek wykonawcę, a zatem stały się wiążące zarówno dla nich, jaki i Zamawiającego. Również w tym przypadku nie można zaakceptować odmiennego poglądu Odwołującego, który kolejny raz chce przejść do porządku dziennego nad postanowieniami s.i.w.z., wyłącznie z powodu niemożności ich spełnienia, czego najwyraźniej nie był wcześniej świadomy. Czyni to bezprzedmiotowym*

wniosek Odwołującego zawarty w piśmie procesowym z 26 października 2011 r. o przeprowadzenie z załączonych do tego pisma (a w przedłożonych w oryginale na rozprawie) raportów z badań dotyczących poziomu hałasu (...) – dowodu na okoliczność spełniania przed odwołujących warunków SIWZ oraz prawdziwości oświadczenia złożonego przez konsorcjum o spełnianiu przez konsorcjum warunków głośności. Z przedłożonych dokumentów wynika, iż zostały wystawione 25 października 2011 r., co ważniejsze jednak same badania będące podstawą ich sporządzenia zostały przeprowadzone w okresie od 20 do 25 października w stosunku do sprzętu komputerowego dostarczonego 19 października 2011 r. W oczywisty sposób dokumenty te nie mogą potwierdzać, iż sprzęt objęty badaniami spełniał wymagania głośności nieprzekraczającej 18 dB na dzień składania ofert. W ocenie składu orzekającego Izby przedłożenie tych sprawozdań z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badawcze i Wzorcujące Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z siedzibą w Warszawie akredytowane przez PCA (nr akredytacji AB022) – potwierdza, iż Odwołujący przy dołożeniu należytej staranności w dbałości o swoje interesy mógł dopełnić wymagania przewidzianego w ppkt. 5 pkt. 5 rozdziału XVIII s.i.w.z. Z ustaleń faktycznych dla tamtej sprawy wynika również, że niezłożenie określonych dokumentów w ramach formalności niezbędnych do zawarcia umowy, zostało wprost opisane w s.i.w.z. jako podstawa do stwierdzenia uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Natomiast w rozstrzyganej sprawie takiej regulacji s.i.w.z. nie zawierała, Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu kolejnego terminu podpisania umowy, pomimo że dopełnienie wymaganej formalności było obiektywnie możliwe, a Odwołujący wykazywał wolę ich dopełnienia przed nadejściem terminu realizacji zamówienia.

II.

Niezależnie od zasadności powyższego zarzutu, potwierdził się również zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pzp przez Zamawiającego, który zawarł z Przystępującym umowę w tym samym dniu, w którym przesłał faksem wykonawcom zawiadomienie o wyborze tej oferty dokonanego z powołaniem się na uchylenie się przez Odwołującego od zawarcia umowy.

Z art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że zamawiający, z zastrzeżeniem art. 183 pzp, może przy takim sposobie komunikowania zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10-dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Art. 183 pzp niezależnie od powyższego ograniczenia zakazuje zamawiającemu w przypadku wniesienia odwołania zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Z kolei w ust. 2 art. 94 pzp przewidziano 4 konkretne przypadki, w których możliwe jest zawarcie umowy przed upływem terminów określonych w ust. 1. Nie ma potrzeby ich przywoływania, gdyż nie ma wątpliwości,

że żaden z nich nie zachodził w rozstrzyganej sprawie. Zamawiający powołał się natomiast na to, że w razie wyboru oferty w trybie ust. 3 art. 94 pzp, również nie znajdują zastosowania minimalne terminy wynikające z ust. 1.

Izba nie podziela tego stanowiska. Przewidziane w art. 94 ust. 3 pzp ułatwienia dla zamawiającego dotyczą możliwości odstąpienia od badania i oceny ofert, a zatem uznania za najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert tej, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Przepis art. 94 ust. 3 pzp nie upoważnia zamawiającego do niezwłocznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych, gdyż oferta ta wprawdzie musi zostać wybrana przez zamawiającego. Rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia naczelną zasadą: jawności (art. 8 ust. 1 pzp), pisemności (art. 9 ust. 1 pzp), czy przejrzystości (wynikająca z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej), sprzeciwiają się sprowadzeniu takiego wyboru wyłącznie do podjęcia decyzji przez zamawiającego, czy też uzewnętrznienia jej jedynie wykonawcy, którego oferta jest wybierana. Z uwagi na przesłanki zastosowania art. 94 ust. 3 pzp oczywiste jest, że o dokonany w trybie tego przepisu wyborze musi być również zawiadomiony wykonawca, który według zamawiającego uchylił się od zawarcia umowy lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Okoliczność, że wobec braku powtórnego badania i oceny ofert nie ma potrzeby informowania przy tej okazji raz jeszcze o wykonawcach, którzy zostali z postępowania wykluczeni, lub których oferty zostały odrzucone – pozostaje bez wpływu na konieczność zachowania minimalnych terminów pomiędzy uzewnętrznieniem dokonanego wyboru a podpisaniem umowy. Należy zauważyć, że ustanowione w ust. 1 art. 94 pzp terminy, a także wyjątki określone w ust. 2, wprowadzone na mocy nowelizacji ustawy pzp z 2 grudnia 2009 r., stanowią transpozycję do krajowego porządku prawnego postanowień Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007), w zakresie obowiązku zapewnienia przez państwa członkowskie minimalnego odstępu czasu pomiędzy poinformowaniem przez zamawiającego wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy (tzw. zawieszenie typu *standstill*). Celem tego wymogu dyrektywy odwoławczej jest umożliwienie wykonawcom, którzy nie zgadzają się z decyzją podjętą przez zamawiającego, skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej. Zatem również w przypadku wyboru oferty w trybie art. 94 ust. 3 pzp wykonawca, który nie zgadza się z taką decyzją zamawiającego, musi mieć możliwość odwołania się od niej przed zawarciem umowy. Oczywiście jest, że w praktyce będzie to wykonawca, który został uznany przez zamawiającego za uchylającego się od zawarcia umowy lub

niewnoszącego wymaganego zabezpieczenia jej wykonania. Skoro na podstawie art. 94 ust. 3 pzp zamawiający może podjąć w prowadzonym postępowaniu kolejną czynność zmierzającą do udzielenia zamówienia, to również od niej musi istnieć możliwość skutecznego odwołania się przez zainteresowanego wykonawcę. Na marginesie Izba zauważa, że ponieważ Zamawiający swoje pismo z 28 grudnia 2012 r. nazwał *Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty* i przesłał je wszystkim wykonawcom, którzy złożyli ofertę na zadanie 3, to w pełni umożliwił zakwestionowania jego decyzji przez każdego z tych wykonawców.

Dopuszczenie możliwości zawierania przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania okresu *standstill* wynikającego z art. 94 ust. 1 pzp, prowadziłyby do dalszych, trudnych do zaakceptowania, konsekwencji. W razie wniesienia odwołania od wyboru oferty w trybie art. 94 ust. 3 pzp nie znalazłby wówczas zastosowania wynikający z art. 183 ust. 1 pzp zakaz zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego. Z kolei w razie zasadności odwołania od tej czynności, Izba mogłaby – na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3 pzp – co najwyżej stwierdzić naruszenie art. 94 ust. 3 pzp, jednocześnie paradoksalnie uznając, że z mocy tego samego przepisu umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie pzp. Wszystkie pozostałe rozstrzygnięcia przewidziane w lit. od a do c pkt 2 ust. 3 art. 192 pzp zastrzeżono bowiem w razie zaistnienia jednej z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 pzp, przy czym przesłanka z pkt 3. wskazuje na zawarcie przez zamawiającego umowy z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 pzp albo art. 183 ust. 1 pzp, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Również z tego względu trudno przyjąć, że ust. 3 wyłącza zastosowanie ust. 1 art. 94 pzp, stanowiąc odrębną okoliczność umożliwiającą zawarcie umowy przed uwzględnieniem odwołania przez Izbę. W ocenie Izby gdyby taka była wola ustawodawcy, przepis ten wprost przewidywałby możliwość zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza spośród pozostałych, a nie tylko wyboru takiej oferty bez powtórnego badania i oceny ofert.

III.

Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez Zamawiającego, który zaniechał wykluczenia z postępowania Przystępującego za nieposiadanie świadectw bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia przez wszystkich członków konsorcjum. Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że tylko lider konsorcjum, to jest Agencja Ochrony i Mienia „CARE-TRANS S..... K.....” sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie, posiada takie świadectwo, natomiast drugi członek konsorcjum – nie. Okoliczność ta była niesporna w toku postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby sformułowany w odwołaniu zarzut niespełniania przez Przystępującego

warunku udziału w postępowaniu nie może być uwzględniony z uwagi na sformułowany przez Zamawiającego w treści s.i.w.z. sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Otóż na mocy lit. e pkt 9.3 s.i.w.z. 5. elementem sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do jego wykonania Zamawiający uczynił złożenie oświadczenia potwierdzającego, iż wykonawca posiada zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „zastrzeżone” także w systemach teleinformatycznych zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych, raz jeszcze wskazując taki dokument w pkt 10.1, ppkt 4, lit. e, jak również załączając do s.i.w.z. wzór tego oświadczenia (załącznik nr 6). Następnie w toku prowadzonego postępowania padły pytania wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego, które zostały zacytowane w odwołaniu. Izba zważyła, że treść udzielonych wyjaśnień nie zmieniła sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie złożonego oświadczenia o posiadaniu wymaganej zdolności do przetwarzania informacji niejawnych. Takie oświadczenie zostało w imieniu konsorcjum złożone przez jego lidera. Odwołujący, poza zacytowaniem poszczególnych pytań i odpowiedzi, nie sprecyzował w jaki sposób przez złożenie takiego oświadczenia Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. W odwołaniu nie podniesiono również zarzutu złożenia przez Przystępującego oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje, które mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Przede wszystkim Izba zważyła, że udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści s.i.w.z. wynika jednoznacznie tylko przedmiotowe ograniczenie w przypadku zadania 3. wymaganej zdolności do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „poufne” *de facto* do zdolności ich ochrony, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach, to jest do zdolności wynikającej z posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia (art. 55 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Wskazuje na to również ostateczne brzmienie załącznika nr 6 do s.i.w.z. Natomiast nie jest oczywiste, jak należy interpretować odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na pytanie 11, pomimo pozornej jednoznaczności stwierdzenia, że *każdy członek konsorcjum powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego o klauzuli poufne minimum III stopnia – dotyczy zadania nr 3*. Po pierwsze – nie wiadomo do jakiej treści s.i.w.z. odnoszą się te wyjaśnienia. Po drugie – nie jest jasne, o co chodziło wykonawcy pytającemu o to, czy każdy członek konsorcjum musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego *w związku z art. 187 Ustawy o ochronie informacji niejawnych*, którego treść w pytaniu została zniekształcona. Tymczasem jest to przepis przejściowy, zgodnie z którym przedsiębiorcy wykonujący umowy związane z dostępem

do informacji niejawnych o klauzuli „poufne”, nieposiadający w dniu wejścia w życie ustawy ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego powinni uzyskać takie świadectwo w terminie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. Tymczasem obowiązująca ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (opublikowana 1 października 2010 r. w Dz. U. Nr 182, poz. 1228) weszła w życie już 2 stycznia 2011 r., a zatem nie wiadomo w jaki sposób art. 187 miałby dotyczyć się wykonywania przez wykonawcę umowy od 31 grudnia 2012 r. Po trzecie – wydaje się, że w udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi tylko dlatego pojawia się zadanie 3., gdyż tylko w ramach tego zadania wymagane było od wykonawców oświadczenie o zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „poufne”. Z tych względów – choć nie wiadomo po co i dlaczego Zamawiający, zamiast ograniczyć się do wyjaśnień treści własnej s.i.w.z., zajmuje się interpretacją przepisu ustawy o ochronie informacji niejawnych, bez widocznego związku z prowadzonym postępowaniem – brak podstaw do uznania, że do s.i.w.z. został wprowadzony sugerowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący nie twierdził przy tym, że przy wykonywaniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia przez konsorcjum istnieje z mocy przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych konieczność posiadania takiego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez każdego z członków konsorcjum. Z tego punktu widzenia Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego, choć z racji opracowania dopiero na potrzeby umowy zawieranej z Przystępującym Konsorcjum, nie może dowodzić treści wymagań obowiązujących na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia – potwierdza jednak, że przy wykonywaniu tej umowy nie jest konieczne posiadanie przez wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum zdolności do ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „poufne”.

IV.

Wymienione w odwołaniu zarzuty naruszenia innych przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Izba uznała za bezprzedmiotowe. W przypadku art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 pzp i art. 91 ust. 1 pzp, odwołanie w istocie nie zawiera zarzutu, gdyż nie jest nim wymienienie przepisu czy też jego zacytowanie, bez przywołania okoliczności faktycznych wskazujących na czym miałyby polegać jego naruszenie przez Zamawiającego. Z kolei niezasadny jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu nieusuwalnej wady polegającej na nieuprawnionym zastosowaniu art. 94 ust. 3 pzp. Należy zauważyć, że sama czynność wyboru oferty na podstawie tego ostatniego przepisu, jest jak najbardziej odwracalna. Natomiast nie może być podstawą podniesienia odrębnego zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy okoliczność, że do zawarcia takiej umowy już doszło.

W przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie w okolicznościach dopuszczonych w ustawie pzp, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Izba jest uprawniona na podstawie przepisu art. 190 ust. 8 ustawy pzp do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia przestanek jej unieważnienia, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu jej obowiązywania. Jedną z przestanek podlegania przez umowę unieważnieniu wskazaną w art. 146 ust. 1 pzp, do którego z kolei odsyła art. 192 ust. 3 pkt 2 pzp, jest zawarcie przez zamawiającego umowy z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 pzp, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Jak to wynika z powyżej przedstawionych rozważań, Izba stwierdziła w rozstrzyganej sprawie niedochowanie wynikającego z art. 94 ust. 1 pkt 1 pzp 10-dniowego terminu, co ma istotne znaczenie, zważając na to, że w ten sposób umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z Przystępującym, zamiast z Odwołującym. Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c pzp orzekła o skróceniu obowiązywania umowy zawartej 28 grudnia 2012 r. pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym na realizację zadania 3., uwzględniając wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje ewentualnego unieważnienia umowy. Choć naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 94 ust. 1 i 3 pzp wypaczyło rezultat postępowania, Izba uwzględniła, że do podjęcia przez Zamawiającego błędnej decyzji przyczynił się w pewnym stopniu Odwołujący. W ocenie Izby konsekwencją unieważnienia w całości umowy byłby brak zapewnienia wymaganej ochrony obiektów wojskowych, z tego względu Izba uznała, że utrzymanie umowy w mocy – przez okres niezbędny dla udzielenia nowego zamówienia – leży w ważnym interesie publicznym związanym ze sferą interesów bezpieczeństwa państwa w dziedzinie obronności. Izba uznała skrócenie obowiązywania umowy do 31 marca 2013 r. za rozsądny kompromis pomiędzy umożliwieniem Zamawiającemu przeprowadzenia nowego postępowania a dążeniem do zachowania zakresu zamówienia, które w jego wyniku zostanie udzielone. Ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przeciągu miesiąca od daty wszczęcia postępowania, jeżeli ogłosi nowe postępowanie bez zbędnej zwłoki, to będzie miał możliwość jego zakończenia w sposób prawidłowy przez okres blisko dwóch i pół miesiąca. Jednocześnie przy takim skróceniu obowiązywania umowy dla nowego zamówienia pozostanie ponad roczny okres realizacji, który powinien być wystarczający dla zainteresowania wykonawców ubieganiem się o jego udzielenie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 94 ust. 3 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, miało wpływ

na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 2 lit. c pzp – orzekła jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 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 tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: