

Sygn. akt: KIO 619/11

KIO 620/11

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **25.03.2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

A. w dniu 25.03.2011 r. przez Energopol - Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin (sygn. akt. KIO 619/11);

przy udziale wykonawcy Hydrobudowa Gdańsk S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o.; Moebius-Bau Polska Spółka z o.o.; Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft; Bunte Polska Spółka z o.o.; Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG oraz Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Spółka z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. oraz Biuro Projektów B.P.B.M. BIMOR Spółka z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

B. w dniu 25.03.2011 r. przez Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk (sygn. akt KIO 620/11)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o.; Moebius-Bau Polska Spółka z o.o.; Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft; Bunte Polska Spółka z o.o.; Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG oraz Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Spółka z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy Energopol-Szczecin S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. oraz Biuro Projektów B.P.B.M. BIMOR Spółka z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno** w trybie przetargu ograniczonego pn. „Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie” – znak sprawy 01/11/2010/SPO.

orzeka:

A. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 619/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 620/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno (sygn. akt KIO 619/11);

B. Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno (sygn. akt KIO 620/11);

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołujących, w tym:
 - A** wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Energopol - Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 619/11,
 - B** wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 620/11,
- 2) dokonać wpłaty:
 - A** kwoty 24.592 zł 28 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dwa złote i dwadzieścia osiem groszy) przez **Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno** na rzecz **Energopol - Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów dojazdu;
 - B** kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno** na rzecz **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 619/11 i KIO 620/11

Zamawiający – Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja portu morskiego Mrzeżyno” – znak sprawy 01/11/2010/SPO.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13.11.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplementie do Dz. U. UE z dnia 17.11.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 223-341383.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **15.11.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Sygn. akt KIO 619/11

W dniu **17.03.2011 r.** o godzinie 11.15 Zamawiający dokonał otwarcia ofert w ramach przedmiotowego postępowania. W toku powyższej czynności Zamawiający zaniechał otwarcia oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego – Energopol Szczecin S.A.

Na powyższe zaniechanie Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25.03.2011 r.** odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zasądzenie kosztów według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 17 marca 2011 r. o godz. 11.15 dokonał otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Pomimo faktu, iż Odwołujący tego dnia o godz. 9.59 złożył ofertę, a tym samym uczynił zadość wyznaczonemu do składania ofert terminowi, jego oferta nie została przez Zamawiającego otwarta. W ocenie Odwołującego zaniechanie Zamawiającego należy uznać za niczym nieuzasadnione i bezpodstawne. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż oferta złożona przez Odwołującego w terminie powinna zostać otwarta.

W uzasadnieniu wskazał ponadto, iż Zamawiający obowiązany jest do otwarcia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu przetargowym. W praktyce za jedyny wyjątek od tej zasady uznaje się sytuację, w której oferta wpłynęła do Zamawiającego po terminie składania ofert. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1442/08) spóźnienie oznacza, że nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zawartego w ofercie w związku z czym nieotwarcie oferty jest negatywną konsekwencją braku staranności w działaniach wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym oferta została złożona w terminie. Jako dowód przywołał kopię potwierdzenia wpływu oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego niepoparty czynnością badania i oceny ofert wniosek wyciągnięty przez Zamawiającego jakoby oferta złożona przez Odwołującego nie była zabezpieczona wadium należy uznać za bezpodstawny. Odwołujący wskazał, iż zdaniem Zamawiającego zaniechanie jakiego się on dopuścił należy uznać za uzasadnione, gdyż w piśmie do Odwołującego podkreślił, iż ofertę złożoną przez Odwołującego wstępnie oceniono jaką nieważną ze względu na brak jej zabezpieczenia wadium. Jako dowód przywołał pismo z dnia 21 marca 2011 r.

W uzasadnieniu wskazał ponadto, iż Zamawiający w pkt 9.3.2. SIWZ określił wymagania względem wadium wskazując, iż wadium wnoszone w innych dopuszczonych formach przez Zamawiającego należy złożyć w oryginale dołączonym do koperty zawierającej ofertę. Oferta złożona bez dokumentu świadczącego o wniesieniu wadium zostanie zwrócona bez otwarcia. Ponadto w pkt 13.3.1. lit. e) Zamawiający wskazał, iż kompletna oferta musi zawierać dowód wniesienia wadium. W kontekście powyższych wytycznych Zamawiającego oraz zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką Odwołujący celem zapobieżenia ewentualnemu zagubieniu się dokumentu, dołączył do oferty gwarancję wadialną, zamieszczając ją w kopercie. Co prawda Odwołujący uchybił postanowieniom SIWZ w pewnym zakresie, jednakże w jego ocenie owo uchybienie miało jedynie charakter formalny a nie proceduralny, a co za tym idzie nie niesie za sobą konsekwencji prawnych, w szczególności nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty. Przywołał wyrok KIO z dnia 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 113/09), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: „Nie można odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. z tego powodu, że "forma" (zewnątrzna postać jednej z form wadium przewidzianych przez art. 45 ust. 6 P.z.p.) wadium nie odpowiada wskazówkom SIWZ”. Odwołujący wskazał, że pogląd ten stosunkowo niedawno został potwierdzony przez uchwałę Izby, w której jednoznacznie zostało podkreślone, iż jedyną ustawową przesłanką wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do zabezpieczenia złożonej oferty wadium może być wyłącznie fakt, że wykonawca w ogóle nie wniósł wadium w jednej z dopuszczonych form. Wniesienie wadium niezgodnie co do sposobu ("gotówka" zamiast "przelew"), ale prawidłowo co do formy ("pieniądz") nie jest usankcjonowane wykluczeniem wykonawcy (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r. KIO/KD 55/09).

Odwołujący podniósł, iż ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje wyraźnie, iż wykluczenie z postępowania wykonawcy jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy nie wnieśli oni wadium do upływu terminu składania ofert. Na ten aspekt zwróciła uwagę także KIO podkreślając w wyroku z dnia 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1319/10), iż „Katalog okoliczności obligujących zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zamknięty i wynika z art. 24 p.z.p. Próba określenia w siwz dodatkowych, nieprzewidzianych w p.z.p., okoliczności powodujących wykluczenie wykonawców nie mogła wywołać skutków prawnych”. W kontekście powyższego, w ocenie Odwołującego, przypisanie zapisowi zawartemu w pkt 9.3.2 SIWZ de facto sankcji polegającej na wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za nieznajdujący podstawy prawnej, a co za tym idzie niemogący wywoływać skutków prawnych. W niniejszym stanie faktycznym wadium zabezpieczające ofertę złożoną przez Odwołującego bezsprzecznie zostało wniesione. Jak podkreśla linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwe i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 757/09). W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający przy okazji przedmiotowego postępowania przetargowego mógł dysponować wadium.

W dalszej części uzasadnienia zostało podniesione, że czynność otwarcia ofert opisana w art. 86 ustawy Pzp bezspornie ma charakter jednokrotny, w związku z czym nie istnieje możliwość jej sanowania. W niniejszym stanie faktycznym czynność otwarcia ofert została dokonana w sposób wadliwy, i zatem nie istnieje możliwość jej „naprawienia,” tym samym nie jest możliwe dalsze prowadzenie postępowania w sposób prawidłowy, a co za tym idzie postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła w wyroku z dnia 16 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1291/10), że czynność otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest tego rodzaju czynnością której nie można powtórzyć, albowiem naruszyłyby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaniechanie otwarcia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu niewątpliwie uniemożliwia prawidłową weryfikację wszystkich prawidłowo złożonych w postępowaniu ofert, a zatem nie tylko stanowi obrazę zasady równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim uniemożliwia prawidłowe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zaistniałej sytuacji bowiem zarówno Prezes Urzędu Zamówień publicznych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp jak i wykonawca działając na podstawie art. 146 ust. 5 ustawy Pzp mogą wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Jak bowiem podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 marca 2009 r.

(sygn. akt II CSK 589/08) podstawą unieważnienia umowy, a więc jej względnej nieważności na podstawie art. 705 § 1 k. c. jest negatywna ocena zachowania strony umowy zawartej w wyniku przetargu, jego uczestnika lub osoby trzeciej działającej w porozumieniu z nimi, które jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego i wpłynęło na wynik przetargu. Zachowaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu tego przepisu jest jedynie działanie, pozostające w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Nie ulega wątpliwości, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym uchybił swojemu obowiązkowi polegającemu na otwarciu ofert złożonych w terminie, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Bezpodstawne twierdzenia Zamawiającego, niepoprzedzone czynnością badania i oceny ofert a dotyczące rzekomego niezabezpieczenia oferty Odwołującego wadium bez wątpienia stanowi czyn sprzeczny z prawem wpływający na wynik przetargu.

Sygn. akt KIO 620/11

W dniu **17.03.2011 r.** o godzinie 11.15 Zamawiający dokonał otwarcia ofert w ramach przedmiotowego postępowania. W toku powyższej czynności Zamawiający zaniechał otwarcia oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego – Hydrobudowa Gdańsk S.A.

W dniu **25.03.2011 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu, w dniu 17 marca 2011 r. podczas publicznej sesji otwarcia ofert, dokonania czynności faktycznej otwarcia oferty Odwołującego się wykonawcy, pomimo iż jego oferta została złożona przed upływem terminu wyznaczonego do złożenia ofert, co w ocenie Odwołującego stanowi poważne naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych, w tym art. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 45 ust. 3, art. 84 ust. 2 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania, prowadzącym do obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego naruszenie prawa, którego dopuścił się Zamawiający jest nieusuwalne i ma kluczowy wpływ na wynik postępowania w rozumieniu bezprawnego ograniczenia do niego dostępu, wobec czego należy uznać, iż przedmiotowe postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynność otwarcia ofert bowiem, nie jest czynnością prawną lecz czynnością faktyczną i ma ona charakter jednokrotny, ze swej natury nie może być ponawiana w danym postępowaniu (KIO/UZP 1344/09, z dnia 12.10.2009), co przesądza o braku możliwości konwalidacji czynności zaniechania otwarcia prawidłowo złożonej oferty

oraz naruszeniu w związku z tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadniając swój interes we wniesieniu niniejszego środka odwoławczego wskazuje, iż wobec podjętej przez Zamawiającego czynności polegającej na zaniechaniu otwarcia jego oferty, pomimo obowiązku wynikającego z art. 84 ust. 2 ustawy Pzp a contrario - oferta Odwołującego została złożona w siedzibie Zamawiającego w dniu 17 marca 2011 r. o godz. 8.55, tj. przed upływem terminu (godz. 11.00) - jego możliwość udziału w postępowaniu, a tym samym możliwość pozyskania w przedmiotowym postępowaniu zamówienia do realizacji doznała uszczerbku, a więc został narażony na poniesienie szkody. Czynność Zamawiającego została dokonana wbrew przepisom ustawy oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego koniecznym wydaje się szersze odniesienie się do kwestii ustalenia posiadania przez Odwołującego „interesu w uzyskaniu zamówienia”, jako przesłanki skuteczności korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym w szczególności dokonania prawidłowej interpretacji w/w warunku.

Jak wskazał Odwołujący w ramach dokonywanej wykładni, w pierwszej kolejności koniecznym jest podkreślenie, iż musi ona być przeprowadzona w zgodzie z prawem unijnym, co wynika z zasady lojalności (art. 4 ust. 3 TUE) i wiąże wszystkie sądy oraz organy administracji państwowej. Regułą jest, że w sytuacji, gdy przepis prawa jest jasny i jednoznaczny interpretator jest związany tak ustalonym rezultatem procesu wykładni prawa, który wyrażony jest zwrotem „norma N ma znaczenie Z”. Brzmienie tekstu jest zawsze punktem wyjścia. Tak rozumiana interpretacja literalna, ma w prawie wspólnotowym jednakże ograniczoną funkcję do spełnienia. Elementem specyficznym bowiem dla prawa unijnego jest jego wielojęzyczność oraz zasada równości językowej.

Mając na uwadze wskazaną ogólnie ograniczoną użyteczność wykładni językowej, interpretator (Trybunał) jest często zmuszony rozważyć możliwość odejścia od literalnego brzmienia przepisu na rzecz interpretacji (celowościowej) teleologicznej i systemowej. Analiza zaś kierunków orzecznictwa Trybunału wskazuje, iż wykładnia celowościowa jest jego, a także całego prawa unijnego znakiem rozpoznawczym, które „jest przepełnione podejściem celowym” i ma pełnić przeciwwagę dla niedoskonałości interpretacji językowej. W prawie unijnym interpretacja celowościowa spełnia trzy funkcje: promuje cel; zapobiega niepożądanym rezultatom oraz wypełniania luki. Wskazać należy, iż Preambuła Traktatu ma charakter swoistego kompasu dla interpretacji szczegółowych przepisów po niej następujących.

Analizując orzecznictwo oraz pamiętając o specyfice materiału normatywnego, którym dysponuje Trybunał, można w ocenie Odwołującego postawić tezę, że elementem dominującym jest interpretacja odwołująca się do „ogólnego systemu” (general scheme) oraz

„ducha” (spirit) Traktatów. Trybunał zawsze zmierza do przyjęcia interpretacji, która pozwoli w jak największym stopniu zrealizować cel interpretowanego tekstu prawnego, bez względu, czy mamy do czynienia z Traktatem, czy z przepisem prawa wtórnego. Cel ten odnajduje poprzez wzięcie pod uwagę kontekstu prawnego przepisu oraz celu, któremu realizacji ma służyć. W tym ostatnim przypadku szczególną rolę odgrywają preambuły, które stanowią nieodzowny element rozumowania aktów prawa wspólnotowego, determinując wybory interpretacyjne.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż podążając za ww. zasadami wykładni należy ustalić cel w jakim wskazany przepis został uchwalony. Ustalenie celu winno zostać dokonane w oparciu o motywacje opisane w Preambule do ww Dyrektywy. Rada Wspólnot Europejskich wskazała, iż Dyrektywa Odwoławcza służyć ma otwarciu rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową, co wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji. Dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo oraz należy koniecznie zagwarantować istnienie, we wszystkich Państwach Członkowskich, odpowiednich procedur umożliwiających uchylenie bezprawnych decyzji.

W pełnej zgodności z ustalonymi zasadami wykładni opisanymi powyżej, interpretacji przepisu Artykułu 1 ust. 3 Dyrektywy Odwoławczej dokonał Rzecznik Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, w sprawie C-454/06. W przywołanej sprawie wskazano, iż Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 zezwala państwom członkowskim na ograniczenie uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego w dwojakim względzie: po pierwsze poprzez wymóg posiadania przez podmiot wnoszący odwołanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, a po drugie poprzez wymóg doznania przez podmiot wnoszący odwołanie uszczerbku lub grożącego mu uszczerbku. W ten sposób wykluczone mogą zostać skargi powszechne oraz środki odwoławcze kandydatów, którzy w sposób oczywisty nie podlegają uwzględnieniu.

W tym względzie, w ocenie Odwołującego, nie może jednak zostać naruszona praktyczna skuteczność dyrektywy. Ograniczenia uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego należy z tego względu interpretować w świetle podwójnego celu dyrektywy, z jednej strony udzielenia jednostkom skutecznej ochrony prawnej w związku z udzielaniem zamówień publicznych, a z drugiej strony umożliwienia odpowiedniej kontroli legalności decyzji instytucji zamawiających.

Jak bowiem wynika z jej pierwszego i drugiego motywu, dyrektywa 89/665 ma na celu wzmocnienie przepisów istniejących na poziomie krajowym i wspólnotowym dla zapewnienia rzeczywistego stosowania dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych; w tym celu państwa członkowskie są zobowiązane zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy do

zapewnienia, że sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających podlegają efektywnemu i możliwie szybkiemu postępowaniu odwoławczemu.

W tych okolicznościach uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego w procedurach odwoławczych według prawa zamówień publicznych nie może zostać nadmiernie ograniczone. W szczególności w odniesieniu do dopuszczalności odwołania nie można stawiać tych samych wymogów, co w odniesieniu do jego zasadności.

Zdaniem Odwołującego zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 10 sierpnia 2009 r. w sprawie łączonej prowadzonej pod sygn. akt KIO/UZP 958/09, KIO/UZP 979/08 wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

Jak wskazał Odwołujący w kwestii ustalenia „interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia” jako przesłanki skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 19 kwietnia 2010 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. KIO/UZP 500/10, w którym stwierdzono, iż ocena, czy na skutek czynności zamawiającego mogło dojść lub doszło do naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, musi być dokonana w odniesieniu do okoliczności towarzyszących prowadzonemu postępowaniu, w którym miało dojść do naruszenia przepisów ustawy.

Wobec powyższych uwag, zdaniem Odwołującego, posiadanie przez niego w niniejszej sprawie uprawnienia do skutecznego wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej, w odniesieniu do przesłanki „interesu w uzyskaniu zamówienia” jest wobec okoliczności sprawy i rażącego naruszenia przez Zamawiającego naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, niewątpliwe, co potwierdza już sam fakt prawidłowego złożenia oferty w przetargu. W odniesieniu zaś do podjętej przez Zamawiającego decyzji niewątpliwym jest również, iż Odwołujący poniósł szkodę, bowiem faktycznie utracił możliwość wypracowania zakładanego zysku.

Jednocześnie, podchodząc do opisywanej kwestii czysto praktycznie należy zadać pytanie czy wykonawca, który z naruszeniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych pozbawiony został udziału w postępowaniu, może być pozbawiony, ze względów formalnych, możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. W ocenie Odwołującego w przypadku gdyby odpowiedź na pytanie była twierdząca mogłoby teoretycznie dojść do sytuacji, w której zamawiający, bez konsekwencji, mogliby bezprawnie pomijać czynność otwarcia ofert niektórych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, mając świadomość, iż Ci i tak nie mają możliwości prawnej uzyskania pozytywnego dla siebie orzeczenia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego Odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania, wobec tego, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia i jednocześnie mającą kluczowy wpływ na wynik postępowania wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 17.1 SIWZ IDW Zamawiający na dzień 17 marca 2011 r. na godz. 11.00 wyznaczył termin złożenia ofert. Oferty miały zostać złożone w Urzędzie Miejskim w Trzebiatowie przy ul. Rynek 1. Zgodnie z pkt 13.1 SIWZ IDW Zamawiający wymagał, aby kompletna oferta zawierała formularz oferty, wypełniony wykaz cen, stosowne pełnomocnictwo do podpisania oferty, w przypadku podpisania oferty przez osobę inną niż uprawniona do reprezentacji Wykonawcy, pełnomocnictwo do działania w imieniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, dowód wniesienia wadium. Ponadto zgodnie z postanowieniem pkt 13.2.4 Zamawiający zalecił Wykonawcom, aby całość Oferty była złożona w formie uniemożliwiającej jej dekompletację. W pkt 9.3.2 SIWZ IDW Zamawiający wskazał, iż wadium wnoszone w innych (poza gotówkową) formach, dopuszczonych przez Zamawiającego należy złożyć w oryginale dołączonym do koperty zawierającej ofertę. Oferta złożona bez dokumentu świadczącego o wniesieniu wadium zostanie zwrócona bez otwarcia. Nadto w pkt 20.2 SIWZ IDW Zamawiający podał, iż w trakcie publicznej sesji otwarcia Ofert, nie będą otwierane koperty (paczki) zawierające Oferty, do których nie dołączono koperty z dokumentem dotyczącym wniesienia wadium i których dotyczy „Wycofanie”, tj. przypadek opisany w pkt 18.3 SIWZ IDW dotyczący wycofania przez Wykonawcę złożonej oferty przed terminem. Zamawiający wskazał, iż takie oferty zostaną odesłane Wykonawcom bez otwierania. Zamawiający w pkt 21 SIWZ IDW wskazuje, iż zwrotowi podlegają jedynie oferty złożone po terminie bez dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Na dowód powyższego przywołał kopię SIWZ.

Wskazał, iż w dniu 17 marca 2011 r. o godz. 8.55 złożył swoją ofertę w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego na dowód czego przywołał potwierdzenie przyjęcia oferty Odwołującego.

Podczas publicznej sesji otwarcia ofert Zamawiający podjął decyzję o zaniechaniu czynności otwarcia Oferty Odwołującego, z uwagi na to, iż Odwołujący rzekomo nie załączył do koperty z ofertą dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Wobec podjętej przez Zamawiającego decyzji Odwołujący wniósł do Protokołu postępowania pytanie, wnioski o udzielenie Odwołującemu odpowiedzi na podstawie jakiego przepisu ustawy Pzp Zamawiający podjął decyzję j.w. Zamawiający w odpowiedzi na wskazane pytanie nie umiał sformułować odpowiedzi i zwrócił się do Odwołującego o zwrócenie się ze wskazanym

pytaniem ponownie na piśmie, w celu umożliwienia Zamawiającemu pisemnego się do niego odniesienia.

Wobec zaistniałej sytuacji Wykonawca zwrócił się na piśmie do Zamawiającego z ww. zapytaniem, na które uzyskał odpowiedź w dniu 21 marca 2011 r., w której Zamawiający wskazał, iż Komisja przetargowa zaniechała otwarcia oferty, którą wstępnie oceniono jako nieważną za względu na brak jej zabezpieczenia wadium, co w postępowaniu jest obligatoryjne. Ponadto wstępnie stwierdzono, że zachodzi przesłanka wykluczenia Wykonawcy z powodu nie wniesienia wadium, a przewidziana w art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Na dowód powyższego Odwołujący przywołał pismo wykonawcy z dnia 17 marca 2011 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 21 marca 2011 r.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/UZP 12/11 stwierdzono, iż nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy.

W oparciu o opisany powyżej stan faktyczny Odwołujący stwierdził, iż postanowienia SIWZ IDW w zakresie, w którym są niezgodne z prawem zamówień publicznych dotknięte są nieważnością z mocy prawa na podstawie art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC, jako sprzeczne z ustawą i w żaden sposób nie wiążą uczestników postępowania przetargowego, a także Zamawiający nie może w oparciu o nie formułować negatywnych dla wykonawców skutków prawnych. Z powyższego bezsprzecznie wynika, iż Zamawiający nie ma prawa dokonać czynności zwrotu oferty bez jej otwierania w sytuacji, w której podstawa do podjęcia takiego działania wynikająca z SIWZ stoi w absolutnej sprzeczności z obowiązującym prawem. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż jedyną podstawą do zaniechania czynności otwarcia oferty wykonawcy jest złożenie oferty po terminie wyznaczonym do jej złożenia, co Zamawiający potwierdził zapisem pkt 21 SIWZ IDW.

Nadto, w odniesieniu do zarzutu Zamawiającego rzekomego nie zabezpieczenia przez Odwołującego oferty wadium, Odwołujący oświadcza, iż dokument gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej zapłatę wadium został załączony do koperty zawierającej ofertę, zgodnie z dyspozycją pkt 9.3.2 SIWZ IDW i pozostającej aktualnie u Zamawiającego. W załączeniu, jako dowód, Odwołujący przedstawił oświadczenie PZU SA o wydaniu na zlecenie Hydrobudowy Gdańsk SA przedmiotowej gwarancji oraz uiszczeniu składki, a także związaniu przedmiotową gwarancją Gwaranta oraz kipię gwarancji wadialnej.

Ponadto - w nawiązaniu do sformułowanego przez Zamawiającego uzasadnienia dokonanej czynności zwrotu oferty bez jej otwierania, wobec rzekomego nie zabezpieczenia oferty wadium Odwołujący wskazał, iż nie spełnienie przez wykonawcę warunku

zabezpieczenia oferty wadium stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp. Wskazane zaś czynności dokonywane są w toku badania spełnienia warunków podmiotowych przez wykonawców, co jest jednoznaczne z tym, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania należy poddać ocenie dokumenty podmiotowe oraz ofertę, nie zaś jak postąpił Zamawiający podjąć decyzję o zwrocie oferty bez jej otwierania.

Ewentualna nieprawidłowość w sposobie wniesienia przez Odwołującego wadium polegać może na uchybieniu formalnym, które może być rozpatrywane wyłącznie w kategorii uchybień porządkowych, pozostających bez wpływu na ważność oferty, czy prawidłowość wniesionego wadium. Zdaniem Odwołującego stanowisko takie jest ugruntowane zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i poglądach doktryny (KIO 2191/10 z dnia 21 października 2010 r.). Niemniej jednak Odwołujący stoi na stanowisku, iż wnioś wadium w sposób zgodny z wymaganiami formalnymi w tym zakresie postawionymi przez Zamawiającego.

Ponadto wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 20 czerwca 2007 r. wydanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt UZP/ZO/0-690/07, stwierdzono, iż wykonawcę wyklucza się z postępowania, jeżeli nie wniesie wadium. Przepis ten musi być interpretowany literalnie. Gwarancja bankowa została wniesiona do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, a więc było w posiadaniu Zamawiającego. Nie można zatem mówić, że wadium nie było wniesione. Z faktu, że było ono złożone w inny sposób niż opisany w specyfikacji nie można bowiem wyprowadzić tezy o braku wniesienia wadium.

Niespełnienie przez Zamawiającego ustawowych wymogów w zakresie postępowania ze złożoną prawidłowo ofertą i utożsamienie rzekomo nieprawidłowo załączonego do oferty wadium, a więc ewentualnej nieprawidłowości co do formy, nie zaś treści dokumentów złożonych w ramach oferty, jako podstawy do wstępnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, stanowi w ocenie Odwołującego przesłankę do uznania, iż działania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu podejmowane są w całkowitym oderwaniu od przepisów prawa rządzących publicznym postępowaniem przetargowym. Tym samym zdaniem Odwołującego czynność dokonaną przez Zamawiającego uznać należy za podstawę do unieważnienia postępowania przetargowego, bowiem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a więc wypełniona została dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego wada czynności Zamawiającego nie jest możliwa do usunięcia, bowiem nie ma możliwości ponownego dokonania czynności otwarcia ofert., gdyż jest to czynność jednorazowa, unikalna dla danego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu nie ma także możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu, bowiem na podstawie art. 146 ust. 6 Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie

umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wpływ zaś zaniechania, którego dopuścił się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie budzi żadnych wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp jest przepisem określającym kompetencje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zasadniczo nie stanowi podstawy do działania dla zamawiającego. Można go jednak traktować jako dyrektywę interpretacyjną, że wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, będzie w szczególności taka wada, która wynika z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (KIO/UZP 1945/10 z dnia 21 września 2010 r.)

Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uprawnieni są do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę podleganie unieważnieniu umowy z mocy przepisu art. 146 ust. 6 Pzp. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać zamawiającym możliwości niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wykraczającymi jednak poza dyspozycję art. 146 ust. 1 Pzp. (KIO/UZP 1733/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r.)

Zdaniem Odwołującego wobec brzmienia zacytowanych powyżej tez z orzeczeń KIO wskazać należy, iż podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ewentualne zaś ograniczenie podstaw prawnych do tylko do ust. 1 tego artykułu prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, uniemożliwi jego unieważnienie, nakładając tym samym obowiązek zawarcia umowy. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi prowadzić do wniosku, że - uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 ustawy Pzp - wszelkie nie dające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia.

Zamawiający pismem z dnia 28.03.2011 r. wniósł łączną odpowiedź na oba odwołania i wnioskac o ich oddalenie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia obu odwołań było zaniechanie otwarcia w ramach sesji jawnego otwarcia ofert wykonawców Energopol Szczecin S.A (sygn. akt KIO 619/11) oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A. (sygn. akt KIO 620/11).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępujących, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań. Izba ustaliła m.in., iż przedmiotem obu odwołań jest zaniechanie otwarcia ofert Odwołujących się wykonawców w ramach publicznej sesji otwarcia ofert, zaś wniesienie środków ochrony prawnej nastąpiło w ustawowym terminie.

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

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w

momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę sposób naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (zaniechanie otwarcia ofert Odwołujących się wykonawców), jak również biorąc pod uwagę sformułowane przez nich żądanie należy wskazać, iż w takich okolicznościach nie sposób odmówić Odwołującym posiadania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nawet w sytuacji, gdy żądają oni unieważnienia przedmiotowego postępowania. Należy wskazać, co potwierdza literalna treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, iż obaj Odwołujący się mieli interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ponieśli szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Brak możliwości uzyskania danego zamówienia jest w tym wypadku wynikiem zaniechań samego Zamawiającego, w tym naruszających podstawowe zasady zamówień publicznych.

Izba wskazuje, iż Zamawiający swoim bezprawnym i celowym postępowaniem nie może pozbawić wykonawcy statusu wykonawcy w danym postępowaniu, jak również nie może w powyższy sposób doprowadzić do utraty przez tego ostatniego interesu w prawie do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego uznać należy za niedopuszczalne. Ponadto należy wskazać, iż powoływanie się przez Zamawiającego w takiej sytuacji na brak po stronie Odwołującego interesu w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej nie jest rozumiane jako wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Powyższe swoje źródło znajduje w instytucji regulującej nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp). Zamawiający w toku rozprawy zmodyfikował swoje stanowisko wskazując, że brak interesu po stronie obu Odwołujących jest wynikiem sformułowanego przez nich żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Nie sposób w tej materii zgodzić się z Zamawiającym. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp normuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej uregulowanych w Dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych określając krąg uprawnionych podmiotów oraz przesłanki przedmiotowe uprawniające do realizacji tego prawa. Obaj Odwołujący

uprawdopodobnili, iż złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty zabezpieczone wadium i tym samym, w ocenie Izby, wykazali iż posiadali interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednakże na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp ponieśli szkodę, co uprawnia ich do wniesienia środków ochrony prawnej. Sformułowane przez odwołującego żądanie nie ma wpływu na prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej, z wyjątkiem odwołania dotyczącego postanowień SIWZ lub treści ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku odwołania dotyczącego treści SIWZ lub postanowień ogłoszenia o zamówieniu żądanie unieważnienia postępowania, a nie doprowadzenia treści SIWZ i ogłoszenia do stanu zgodnego z ustawą Pzp wskazuje, iż wykonawca nie zmierza do uzyskania danego zamówienia lecz do unicestwienia w całości postępowania, które na tym etapie może być jeszcze sanowane poprzez zmianę wadliwych zapisów. Wobec powyższego żądanie przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej unieważnienia postępowania tylko wówczas decyduje o nie spełnieniu jednej z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli możliwa jest konwalidacja wadliwych czynności. Jeżeli takiej możliwości nie ma żądanie unieważnienia postępowania stanowi jedyne prawem dopuszczalne żądanie gdyż tak stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu na etapie otwarcia ofert w nieodwracalny sposób pozbawił Odwołujących statusu wykonawców i jednocześnie naruszył podstawowe zasady zamówień publicznych. Tym samym doszło do sytuacji, iż przedmiotowe postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba wskazuje, iż obu Odwołującym się przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a tym samym prawo do żądania stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp i oceny przez Izbę zasadności sformułowanego w treści odwołania żądania ze względu na fakt, iż posiadali oni interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów zawnioskowanych przez Odwołujących w treści odwołań oraz w toku rozprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w zakresie obu odwołań, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy oraz z powołanego z urzędu przez Izbę i przeprowadzonego na etapie rozprawy dowodu z okazania opakowanych ofert złożonych przez Odwołujących i pozostających w posiadaniu Zamawiającego.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez strony w toku rozprawy oraz wnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania o sygn. akt KIO 620/11 (potwierdzenie przyjęcia oferty Odwołującego, oświadczenie Gwaranta wraz z kopią gwarancji wadialnej) oraz w treści odwołania o sygn. akt KIO 619/11 (kopia potwierdzenia wpływu oferty Odwołującego).

Biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem obu odwołań jest czynność zaniechania otwarcia ofert złożonych przez Odwołujących się w ramach niniejszego postępowania, jak również fakt, iż sytuacja faktyczna i prawna obu Odwołujących się jest analogiczna, sformułowali oni identyczne żądania, jak również przystąpili wzajemnie do wszczętych postępowań odwoławczych i poparli wzajemną argumentację Izba postanowiła rozpatrzyć i ustosunkować się łącznie do zarzutów i argumentacji obu Odwołujących.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, iż oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje na wstępie, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. W niniejszym przypadku podstawę faktyczną zarzutów stanowi odstąpienie przez Zamawiającego od wykonania czynności faktycznej, tj. od czynności jawnego otwarcia ofert Odwołujących w ramach sesji publicznego otwarcia ofert.

W zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołujących się Izba w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, jak również w oparciu o argumentację przedstawioną przez Odwołujących uznała, iż skutek zaniechania otwarcia przez Zamawiającego ofert złożonych w ramach postępowania przez wykonawców Energopol Szczecin S.A (sygn. akt KIO 619/11) oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A. (sygn. akt KIO 620/11) doszło do naruszenia wskazanego przez obu odwołujących art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 03.02.2011 r. przekazał 4 wykonawcom SIWZ i wyznaczył termin składania ofert.

Po drugie Izba ustaliła, że termin składania ofert został ustalony przez Zamawiającego na dzień 17.03.2011 r. godzina 11.00 (str. 9 druku ZP-1/PO oraz pkt 17.1 SIWZ). Zgodnie z pkt 19 (miejsce i termin otwarcia ofert) Zamawiający określił, że otwarcie ofert nastąpi w Urzędzie Miejskim w Trzebiatowie, ul. Rynek 1, 72-320 Trzebiatów (sala konferencyjna) w dniu 17.03.2011 r. o godzinie 11.15 czasu lokalnego.

Następnie ustalono, iż zgodnie z rozdziałem 9 (wymagania dotyczące wadium) pkt 9.3.2 (miejsce i sposób wniesienia wadium) ppkt 9.3.2. SIWZ „Wadium wnoszone w innych, dopuszczonych przez Zamawiającego formach należy złożyć w oryginale dołączonym do koperty zawierającej Ofertę. Oferta złożona bez dokumentu świadczącego o wniesieniu wadium zostanie zwrócona bez otwarcia”.

Ponadto Zamawiający w rozdziale 20 (Tryb otwarcia ofert) pkt 20.2 SIWZ wskazał, że: „W trakcie publicznej sesji otwarcia ofert nie będą otwierane koperty (paczki) zawierające oferty, do których nie dołączono koperty z dokumentem dotyczącym wniesienia wadium i których dotyczy „WYCOFANIE”. Takie oferty zostaną odesłane wykonawcom bez otwierania”. W rozdziale 21 (Zwrot oferty bez otwierania) SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający niezwłocznie zwraca ofertę, która została złożona po terminie bez dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium”.

W dniu 17.03.2011 r. o godzinie 08.55 swoją ofertę w postępowaniu złożył wykonawca Hydrobudowa Gdańsk S.A., zaś o godzinie 09.59 wykonawca Energopol Szczecin S.A.

Jak wynika z druku ZP-1/PO str. 10 otwarcie ofert odbyło się w dniu 17.03.2011 r. o godzinie 11.15 w Urzędzie Miejskim w Trzebiatowie. W pkt 2 zawartym na str. 10 druku ZP-1/PO Zamawiający wskazał, iż: „Do upływu terminu składania ofert złożono 2 oferty z oddzielnie dołączonym dowodem wniesienia wadium, których zbiorcze zestawienie stanowi załączony druk ZP-12, oraz 2 koperty opisane jako oferta, bez dołączonego dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w terminie otwarcia ofert. Warunek wniesienia wadium uznaje się za spełniony poprzez złożenie oryginału dokumentu lub wpłaty pieniędzy na konto zamawiającego - zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp i pkt 9.3.2. i 20.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji Komisja przetargowa postanowiła nie otwierać ofert odwołujących się ze względu na brak wadium, co było czynnością zgodną z zapisem pkt 9.3.2. siwz. Zgodnie z tym zapisem siwz Zamawiający określił sposób wniesienia wadium w innej formie niż pieniężnej, a mianowicie, cyt.: „Wadium wnoszone w innych, dopuszczonych przez Zamawiającego formach należy złożyć w oryginale dołączonym do koperty zawierającej Ofertę. Oferta złożona bez dokumentu świadczącego o wniesieniu wadium zostanie zwrócona bez otwarcia” oraz co było zgodne z zapisami pkt 20.2 siwz „W trakcie

publicznej sesji otwarcia Ofert nie będą otwierane koperty (paczki) zawierające Oferty, do których nie dołączono koperty z dokumentem dotyczącym wniesienia wadium i których dotyczy „WYCOFANIE”. Takie oferty zostaną odesłane Wykonawcom bez otwierania”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż brak jest w ustawie Pzp normatywnych podstaw do zaniechania otwarcia ofert poszczególnych wykonawców w ramach sesji otwarcia ofert, jeżeli oferty te zostały złożone przed terminem składania ofert. Uprawnienia do takiego działania nie daje Zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp, tym samym brak jest podstaw do uznania, iż takie prawo Zamawiający uzyskuje w oparciu o zapisy SIWZ. Zakres obowiązywania zapisów SIWZ określa ustawa Pzp. To ona normuje uprawnienie i dopuszczalny zakres Zamawiającego do określenia w SIWZ tych praw i obowiązków stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nie zostały unormowane w ustawie ze względu na ich incydentalny charakter. Wskazać należy, iż ustawodawca w przypadku nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert nakazał Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, którego oferta nie została zabezpieczona wadium. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w przypadku nie spełnienia wymogu formalnego, jakim jest z pewnością konieczność dołączenia dokumentu wadialnego do koperty, przewidział dalej idący niż ustawa skutek, polegający na zaniechaniu otwarcia oferty i zwrocie jej wykonawcy. Na obowiązek otwarcia skutecznie złożonej oferty wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 855/08) wskazując w uzasadnieniu, że: *„Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek publicznego otwarcia ofert i podania określonych informacji zawartych w tych ofertach. Obowiązek ten może być zrealizowany w sytuacji, gdy oferta nie tylko dotrze do Zamawiającego, ale zostanie złożona w taki sposób, że na moment otwarcia ofert Zamawiający mógł się z nią zapoznać”.* Tożsame stanowisko zostało zajęte przez Zespół Arbitrów w orzeczeniu w postaci wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-411/07). W zbliżonym do niniejszego stanie faktycznym Zespół Arbitrów wskazał, że: *„Zamawiający powinien otworzyć wszystkie koperty, w których znajdowały się oferty, złożone w wymaganym terminie oraz zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych podać nazwy oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, itd. Zamawiający jednak, mimo iż w protokole postępowania ujawnił, że w wymaganym terminie wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Odwołującego się, otworzył wyłącznie 3 oferty. Zamawiający wyeliminował z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwóch wykonawców bez badania ich ofert, a decyzję swoją opierając wyłącznie na zapisanym w SIWZ zakazie oznaczenia koperty nazwą wykonawcy. Ograniczenie takie nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. (...) Niedopuszczenie do*

udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch wykonawców należy uznać za takie naruszenie przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Nie jest bowiem możliwe naprawienie wady - niewłaściwego otwarcia złożonych ofert, ponieważ otwarcie jest czynnością, której z samej natury powtórzyć nie można". Identyczne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w historycznym już wyroku z dnia 18 kwietnia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-691/05).

W ocenie Izby zapisy SIWZ normujące konieczność dołączenia do koperty zewnętrznej dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium są jedynie wymogiem formalnym i nie przesądzają o skuteczności lub braku skuteczności wniesienia wadium. Skuteczne wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest kwestią faktu a nie formy. Jedynym wyjątkiem od powyższego jest konieczność zachowania formy pisemnej takiego dokumentu i przedstawienia jego treści w języku polskim ze względu na postanowienia art. 9 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Skuteczność zabezpieczenia oferty wadium zależy, w przypadku dokumentu gwarancyjnego, od faktu posiadania tego dokumentu przez Zamawiającego, tj. pozostawania tego dokumentu w jego wyłącznej dyspozycji w taki sposób, aby mógł on nim skutecznie i swobodnie rozporządzać. Aby doszło do ustalenia powyższego faktu Zamawiający winien dokonać pewnych czynności, zaś w przypadku przedłożenia gwarancji wadialnej w zamkniętej kopercie zawierającej ofertę do takiego ustalenia dochodzi na etapie publicznego i jawnego otwarcia ofert. W tym momencie Zamawiający nabywa wiedzę, czy oferta od momentu jej złożenia była skutecznie zabezpieczona wadium. Wiedza o zabezpieczeniu oferty wadium jest dla zamawiającego zbędna do momentu ustalenia, w toku czynności otwarcia ofert, czy mamy do czynienia ze skutecznym złożeniem oświadczenia woli przez wykonawcę.

Jak wyżej wskazano ustawa Pzp nie zawiera normatywnych podstaw do zaniechania otwarcia oferty skutecznie i terminowo złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym odesłania jej wykonawcy. Takie działanie jest działaniem *contra legem* i za takie należy uznać również zapisy SIWZ, na podstawie których swoje działania i zaniechania opiera Zamawiający. Zamawiający ma prawo i obowiązek zwrotu oferty jedynie w przypadku złożenia jej po terminie w oparciu o normę prawną uregulowaną w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem zapisy SIWZ, w których Zamawiający przewidział takie konsekwencje niespełnienia formalnego wymogu dotyczącego wniesienia wadium w formie gwarancji należy uznać za nieważne. Powyższe zapisy SIWZ za bezprawne uznał również w toku rozprawy sam Zamawiający.

Tym samym zaniechanie otwarcia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dwóch ofert, pomimo ich skutecznego złożenia, stanowi działanie uniemożliwiającego dalsze prowadzenie postępowania i zawarcie w konsekwencji ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów, które to naruszenie uniemożliwia zawarcie umowy i powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający rozważa on możliwość dokończenia czynności otwarcia ofert złożonych przez Odwoływających. Wskazał, iż rozważał możliwość uwzględnienia obu odwołań jednakże w takiej sytuacji byłby zobligowany do uczynienia zadość żądaniom sformułowanym przez Odwoływających się. W ocenie Zamawiającego żądania te są nieadekwatne do postawionych zarzutów, które Zamawiający uznaje za słuszne. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, Izba nie będąc związana zarzutami sformułowanymi przez obu Odwoływających może nakazać dokończenie czynności otwarcia ofert i takiego orzeczenia Zamawiający oczekuje. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, brak jest pomiędzy Zamawiającym a Odwoływającymi się wykonawcami sporu co do faktów, jak również co do naruszenia wskazanych we wniesionych środkach ochrony prawnej przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia wskazanej przez Odwoływających normy prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Spór między Stronami sprowadza się co do zasady do ustalenia konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp. W ocenie Odwoływających jedyną konsekwencją naruszenia powyższego przepisu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Fakt spełnienia powyższej przesłanki unieważnienia postępowania Odwoływający wiążą z kognicją Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Obaj Odwoływający, wskutek bezprawnego zaniechania otwarcia ich ofert, utracili możliwość uzyskania zamówienia. Zostało przez nich wykazane, iż złożyli w terminie określonym w SIWZ koperty, jak również zostało przez nich uprawdopodobnione, iż koperty te zawierają oferty oraz dokumenty potwierdzające wniesienie wadium. Sam Zamawiający nie uprawdopodobnił, a tym bardziej nie wykazał przeciwnych okoliczności. W toku rozprawy podniósł jedynie, iż w niniejszym postępowaniu odwoławczym spór nie dotyczy faktów, lecz jedynie procesu stosowania prawa. Ponadto wskazał w toku rozprawy, iż sformułowane przez Odwoływających się zarzuty uznaje za zasadne wskazując tym samym, iż pomiędzy stronami istnieje jedynie rozbieżność co do konsekwencji naruszenia wskazanych we wniesionych środkach ochrony prawnej przepisów ustawy Pzp.

W nawiązaniu do sformułowanego przez Zamawiającego na etapie rozprawy wniosku, aby Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie otwarcia ofert, lub jak wskazał Przystępujący - Konsorcjum reprezentowane przez pełnomocnika DORACO Spółka z o.o.,

de facto dokończenie tej czynności, które w ocenie tego Przystępującego nie została zakończona, Izba wskazuje, iż nie jest uprawniona do wydania orzeczenia, którego wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. Jak wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Izba w całej rozciągłości podziela w tym aspekcie stanowisko Odwoływających. Czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i nie podlegającą powtórzeniu. Tego rodzaju stanowisko jest konsekwentnie reprezentowane przez orzecznictwo i doktrynę. W tym zakresie linia orzecznicza Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej jest od wielu lat jednorodna. Dla przykładu wskazać można orzeczenie Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-411/07 oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 1344/09 i KIO/UZP 1291/10. Podobna sytuacji ma miejsce wśród przedstawicieli doktryny, którzy przedmiotem analizy uczynili art. 86 ust. 2 ustawy Pzp. Norma prawna wyrażona w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, iż dzień składania ofert jest jednocześnie dniem ich otwarcia. Wskazanie wprost w powyższym przepisie, iż otwarcie ofert następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania nakazuje kumulację powyższych czynności w możliwie najkrótszym czasie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane m.in. w Prawo zamówień publicznych. Komentarz autorstwa M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski (LEX, 2010, wyd. IV). W komentarzu do art. 86 zostało wskazane, że: *„Termin otwarcia ofert powinien być wyznaczony w tym samym dniu, w którym mija termin ich składania. Ustawodawca wskazując, że otwarcie ofert następuje bezpośrednio po upływie terminu ich składania, nie zezwala również na nieuzasadnione czynnościami przygotowawczymi do otwarcia odwlekanie otwarcia ofert. (...) Szczególne znaczenie ma jednak norma nakazująca, aby otwarcie każdej oferty odbyło się w tym samym dniu, na który wyznaczono termin na ich złożenie. Niemożliwa jest więc co do zasady sytuacja, że w przypadku przedłużania się sesji otwarcia zostanie ona dokończona w następnym dniu”*. Ponadto, co wynika jednoznacznie z normy prawnej wyrażonej w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, jej rozciągnięcie na kolejny dzień również należałoby uznać za niedopuszczalne. Wynika to z faktu doniosłości tej czynności dla zapewnienia nienaruszalności ofert wyrażonej w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Celem normy prawnej zawartej w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp jest przeciwdziałanie patologicznym praktykom. Kumulacja czynności związanych ze składaniem i otwarciem ofert w możliwie najmniejszych odstępach czasu jest bowiem gwarantem równego traktowania wykonawców w ramach tej ostatniej czynności. Izba wskazuje, iż w niniejszym stanie faktycznym od pierwotnego terminu otwarcia ofert, mającego miejsce w dniu 17.03.2011 r., do dnia rozpoznania odwołania, mającego miejsce w dniu 01.04.2011 r., upłynął kilkunastodniowy okres czasu. Tym samym brak jest podstaw

do uznania, iż nakazanie przez Izbę i wykonanie takiego nakazu przez Zamawiającego, tj. powtórzenia czynności otwarcia ofert w odniesieniu do ofert złożonych przez dwóch wykonawców stanowiłoby realizację normy prawnej wyrażonej w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp. Należy w tym zakresie wskazać jednoznacznie, iż działanie takie stanowiłoby działanie *contra legem*. Biorąc pod uwagę powyższe brak jest prawnych podstaw do nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności otwarcia ofert. W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę powagę naruszonych przez Zamawiającego norm prawnych, jak również biorąc pod uwagę treść art. 86 ust. 2 ustawy Pzp konieczne jest unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Na taką konsekwencję powyższego zaniechania wskazał Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 9 czerwca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1260/05), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: *„Zaniechanie otwarcia wszystkich ofert złożonych prawidłowo stanowi naruszenie podstawowej zasady p.z.p., nakazującej Zamawiającemu dokonanie tej czynności od razu. Musi to prowadzić do wniosku, że doszło do takiej wady postępowania, która nakazuje unieważnić postępowanie”*. Izba w niniejszym składzie podziela stanowisko wyrażone w powyższym orzeczeniu. O rażącym naruszeniu przepisów ustawy będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy w postępowaniu doszło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zaś doszło do naruszenia, które jest nieodwracalne i znacząco wpływa na przebieg danego postępowania. Istotna z punktu widzenia oceny, czy mamy do czynienia z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, jest okoliczność ewentualnego skutku tego naruszenia. W przedmiotowym postępowaniu skutkiem tym jest nieformalne pozbawienie Odwołujących się wykonawców możliwości dalszego udziału w postępowaniu i tym samym uzyskania przez nich zamówienia jeszcze przed dokonaniem czynności oceny i badania złożonych w postępowaniu ofert.

Tym samym, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskutek nierównego traktowania wykonawców, co powoduje, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, została przez Zamawiającego naruszona w najdalej idący sposób, gdyż skutkiem zaniechania Zamawiającego było pozbawienie Odwołujących statusu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwienie uzyskania zamówienia przez któregokolwiek z nich.

W odniesieniu do podniesionego przez wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk S.A. w ramach odwołania o sygn. akt KIO 620/11 zarzutów naruszenia art. 1, art. 7 ust. 3, art. 45

ust. 3 oraz art. 84 ust. 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż nie doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów.

Należy wskazać, iż art. 1 określa przedmiot regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych i nie sposób uznać, iż na skutek działania, bądź zaniechania dokonanego przez Zamawiającego mogłoby dojść do naruszenia powyższego przepisu. W odniesieniu do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do udzielenia zamówienia, jak również nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem zarzut naruszenia powyższego przepisu uznać należy za przedwczesny i podlega on oddaleniu. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, że podmiotami zobligowanymi do wniesienia wadium są wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem art. 45 ust. 3 ustawy Pzp kreuje obowiązki wykonawców określając termin na wniesienie wadium. Adresatami normy prawnej wyrażonej w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp nie są podmioty zamawiające i nie sposób uznać, iż może dojść do naruszenia tego przepisu wskutek działań, bądź zaniechań zamawiającego. W odniesieniu do art. 84 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż przepis ten kreuje prawo zamawiającego do zwrotu oferty złożonej po terminie. W niniejszym postępowaniu nie doszło do takiej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego Hydrobudowa Gdańsk S.A., jak również nie doszło do zaniechania czynności zwrotu oferty złożonej po terminie przez któregokolwiek wykonawcę. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 84 ust. 2 ustawy Pzp należy również uznać za bezprzedmiotowy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zakresie obu odwołań orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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

rozliczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....