

Sygn. akt: KIO 2901/13

WYROK
z dnia 13 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Leśnych Agata B., ul. Kościelna 5/2, 66-350 Bledzew** w postępowaniu prowadzonym przez **Nadleśnictwo Międzyrzecz, Poznańska 38, 66-300 Międzyrzecz**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Usług Leśnych Agata B., ul. Kościelna 5/2, 66-350 Bledzew i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Usług Leśnych Agata B., ul. Kościelna 5/2, 66-350 Bledzew** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zakładu Usług Leśnych Agata B., ul. Kościelna 5/2, 66-350 Bledzew** na rzecz **Nadleśnictwo Międzyrzecz, Poznańska 38, 66-300 Międzyrzecz** kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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

Skarb Państwa - Państwowe, Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Międzyrzecz prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Międzyrzecz w roku 2014” - część nr 8. Odwołujący - Zakład Usług Leśnych, Agata B., wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem fundamentalnej zasady dotyczącej równego traktowania wykonawców, którego wybór winien być zgodny z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że przesłanka unieważnienia postępowania wskazana w powyższym przepisie jest w niniejszym postępowaniu spełniona, art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że wskazane przez zamawiającego uzasadnienie faktyczne i prawne dla unieważnienia postępowania jest wystarczające, art. 91 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkami uprawniającymi do ubiegania się o zamówienie publiczne pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą w części dla zadania nr 8. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust, 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady prawne zawarte w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza dotyczące unieważnienia postępowania jako postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego bez podania uzasadnienia merytorycznego stanowiącego podstawę decyzji Zamawiającego.

Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania w części nr 8 wskazując jako podstawę unieważnienia art. 93 ust. 1 punkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych - zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenia zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że ustawodawca w art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

zobowiązał zamawiającego, który unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia do zawiadomienia o ww. fakcie wykonawców, którzy złożyli oferty, wskazując uzasadnienie faktyczne i prawne, które legły u podstaw decyzji o unieważnieniu. W przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania wskazał, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, zasad zapewniających bezpieczeństwo i obiektywizm postępowania przetargowego w zakresie części nr 8 zamówienia. Odwołujący wskazywał, że brak w uzasadnieniu jakichkolwiek argumentów potwierdzających naruszenie fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych uniemożliwiło Odwołującemu poznanie rzeczywistych faktów stanowiących o podstawie do unieważnienia.

Odwołujący argumentował, że podstawę do unieważnienia postępowania stanowi wada skutkująca - wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych - koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli do zawarcia takiej umowy by doszło. A ponadto wada ta musi być nieusuwalna. Dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową należy zdaniem Odwołującego sięgnąć do art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w ustępie 1 zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek unieważnienia umowy (bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill oraz określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów). Katalog ten jest w ocenie Odwołującego zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Dodatkowe przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte są w ustępie 5 i 6 art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych i dotyczą one możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70 (5) k.c. oraz dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał, że zamawiający unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bierze pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale także okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji gdy stwierdzenie wad postępowania miałoby miejsce dopiero po otwarciu ofert. Odwołujący

podkreślał, że stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale także wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał istnienia wady z art. 146 ust 1 ustawy Pzp czy też wady mieszczącej się w klauzuli art. 146 ust 6 ustawy Pzp, tj, na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazywał, że musi domyślać się intencji Zamawiającego co do przyczyn unieważnienia postępowania, co utrudnia Odwołującemu właściwe i pełne odniesienie się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia postępowania i sformułowania zarzutów względem czynności Zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że może domyślać się po szczegółowej analizie protokołu postępowania (druk ZP-PN) wraz z załącznikami, iż unieważnienie powiązane jest z prowadzonym postępowaniem wyjaśniającym w przedmiocie złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący wskazywał następujące okoliczności. Cena ofertowa Odwołującego jest praktycznie identyczna z wysokością środków które zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia. W trakcie badania i analizy treści ofert Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w przedmiocie stawek jednostkowych zaoferowanych przez ZUL Agata B.. W trakcie spotkania w siedzibie Nadleśnictwa Międzyrzecz uczestniczyli – przedstawiciele Odwołującego, członkowie Komisji Przetargowej oraz Leśniczy Leśnictwa Górzycy. Spisano notatkę służbową co do przebiegu ww. spotkania. Stosownie do treści notatki żadna z osób nie potwierdziła, aby udzielała/otrzymała informacje o wysokości stawek zawartych w kosztorysie inwestorskim.

Odwołujący przywołał także fragmenty opinii, w tym opinii prawnych, w jednej w nich wskazano, że wystarczy zastosować zasady logicznego rozumowania i rachunek prawdopodobieństwa, z którego wynika, iż trafienie takich samych wartości stawek jednostkowych składających się z reguły z 7-8 cyfr każda, jest niemożliwe. Zastosowanie zasad zwykłego rozumowania nakazuje przyjąć, iż wykonawcy Agacie B. znane były stawki zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że „zarówno postępowanie wyjaśniające, jak i złożone przez poszczególnych pracowników Nadleśnictwa oraz Odwołującego oświadczenia w zakresie stanu faktycznego stanowią oświadczenia woli, tym samym powyższe domniemanie, iż są one fałszywe jest daleko idące w skutkach prawnych.”

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zobowiązany jest wskazać na konkretną wadę mającą charakter nieusuwalny, a w przypadku stwierdzenia dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wykazania, że naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego, wyrażona w art. 6 k.c. zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet zasady zwykłego rozumowania, czy rachunku prawdopodobieństwa nie stanowią uprawdopodobnienia zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmywy przetargowej, nie mogą tym samym stanowić podstawy do działań, które Zamawiający podjął - unieważnienie postępowania rzekomo obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego bez podania uzasadnienia merytorycznego stanowiącego podstawę decyzji Zamawiającego. Przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 u Prawo zamówień publicznych powinna być rozumiana wąsko, zapobiegając nadużywaniu przez zamawiających możliwości unieważnienia postępowania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W treści pisma wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił poniżej wskazaną argumentację. Zastrzeżenia Zamawiającego wzbudził fakt, że wykonawca w sposób identyczny z kosztorysem inwestorskim Zamawiającego podał ceny jednostkowe w pozycjach od 1 do 9 /w jednym przypadku jest drobna korekta/. Zamawiającemu nie udało się ustalić, na jakiej podstawie wykonawca wyliczył w sposób identyczny stawki za oferowane usługi. Wykonawca stwierdził, że stawki wyliczał samodzielnie.

Zdaniem Zamawiającego, nie ulega wątpliwości, iż przed złożeniem oferty tj. przed datą 26 listopada 2013r. wykonawca miał wiedzę na temat stawek, jakie były szacowane w Kosztorysie ofertowym inwestorskim Nadleśnictwa Międzyrzecz. Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że postępowanie wyjaśniające nie ujawniło źródła informacji, nie mniej jednak jest niemożliwe, aby wykonawca w sposób identyczny (jak u Zamawiającego) wyliczył stawki. Członkowie komisji przetargowej stwierdzili, iż gdyby ponownie mieli ustalać te stawki, nie byłoby w stanie zrobić tego dokładnie w taki sam sposób, jak zostało to wyliczone w Kosztorysie inwestorskim. Zamawiający podkreślił, że skomplikowany sposób obliczenia wartości zamówienia wymagał do wyliczenia idealnie zgodnych stawek niewątpliwie większej ilości informacji, niż zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Zamawiający podkreślał także, że wystarczy zastosować zasady logicznego rozumowania i rachunek prawdopodobieństwa, z którego wynika, iż trafienie takich samych wartości stawek jednostkowych składających się z reguły z 7-8 cyfr każda, jest niemożliwe. Zamawiający argumentował, że Odwołujący uzyskał te informacje w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podkreślił także, że zgodnie z art. 96. ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych załączniki do protokołu /postępowania o udzielenie zamówienia/ udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że

oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przed unieważnieniem postępowania wykonawca nie miał dostępu do kosztorysu inwestorskiego, zawierającego stawki jednostkowe. Odwołujący uzyskał informacje w sposób sprzeczny z ustawą /przy udziale innych osób - w porozumieniu z nimi/ i to informacje, które miały wpływ na cenę podaną w jej ofercie.

Z tego też względu, zdaniem Zamawiającego, doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, zasad zapewniających bezpieczeństwo i obiektywizm postępowania przetargowego.

Zamawiający wskazał także, że na skutek uzyskania informacji o stawkach jednostkowych z kosztorysu inwestorskiego Odwołujący znalazł się w pozycji uprzywilejowanej. Dysponował gotowymi, optymalnymi stawkami i mógł ukształtować ofertę w sposób dla siebie najkorzystniejszy. Jest to o tyle istotne, iż stawki te mają znaczenie przy rozliczaniu poszczególnych, jednostkowych zleceń objętych umową na świadczenie usług leśnych.

Zamawiający dodatkowo zwrócił uwagę, że Odwołujący składał swoją ofertę jako przedostatni /składał jeszcze ofertę tylko jeden wykonawca, przy czym nie składał oferty na pakiet nr 8/. Wiedząc, że nie ma innych oferentów mógł złożyć ofertę maksymalną, optymalną, z cenami jednostkowymi podanymi zgodnie z kosztorysem ofertowym inwestorskim. Tym samym działanie to było niekorzystne dla Zamawiającego, narażało go na stratę finansową. Odwołujący znając stawki jednostkowe, /które nie były udostępnione publicznie/ miał przewagę nad Zamawiającym w zakresie kształtowania swojego wynagrodzenia. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem Zamawiającego doszło do naruszenia zasad obiektywizmu i bezstronności w niniejszym postępowaniu. I

Zamawiający podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych stanowi nie tylko treść art. 146 ust. 1, ale także sytuacja wskazana w art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się również wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w kodeksie cywilnym. Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 dotyczy zatem również tych okoliczności unieważnienia umowy, które wykraczają poza art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, wszelkie wady, które mają lub mogą

mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie zaistniała wada mająca wpływ na wynik postępowania. Na skutek nieuprawnionego dostępu do kosztorysu inwestorskiego Odwołujący uzyskał dane mające wpływ na cenę, jaka zaistniała w jej ofercie (maksymalnie optymalne wynagrodzenie, którego ustalenie możliwe było przy wykorzystaniu stawek jednostkowych z kosztorysu inwestorskiego).

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby szansę na ewentualne uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty m.in. wypełniony kosztorys ofertowy. W kosztorysie (w zadaniu nr 8) należało podać dla dziewięciu pozycji pojedyncze stawki realizacji usługi. Stawki należało wskazać, bowiem Zamawiający przewidział możliwość szczegółowego rozliczenia zadania w szczególnych sytuacjach przewidzianych w umowie. Stawki te mogą więc mieć znaczenie przy rozliczaniu poszczególnych, jednostkowych zleceń objętych umową na świadczenie usług leśnych.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że Odwołujący przedstawił stawki za realizację poszczególnych zadań w wysokości dokładnie takiej samej, jak w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego. Stawki (we wszystkich pozycjach od 1 do 9) stanowiły liczby czterocyfrowe, podane zostały z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Obliczenie składało się na całą sumę zaoferowaną w postępowaniu.

Izba podzieliła zdanie Zamawiającego, że nie ulega wątpliwości, iż przed złożeniem oferty Odwołujący miał wiedzę na temat stawek, jakie były szacowane w kosztorysie ofertowym inwestorskim Zamawiającego. W ocenie Izby oczywistym jest bowiem, że nie jest możliwe, aby w sposób identyczny obliczyć dziewięć czterocyfrowych stawek. Każdy, kto kiedykolwiek brał udział w grach liczbowych powszechnie dostępnych, jak chociażby Lotto, doskonale

zdaje sobie sprawę, że niewiarygodnie trudne (choć rzeczywiście nie niemożliwe) jest skreślenie sześciu wygrywających liczb. Przy czym w grach liczbowych są to pojedyncze liczby całkowite, składające się z jednej lub maksymalnie dwóch cyfr. W niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił jako stawki dziewięć liczb czterocyfrowych, niecałkowitych. Przy czym należy podkreślić, że sposób ich obliczenia nigdzie nie został ujawniony. Odwołujący także w trakcie rozprawy nie potrafił wyjaśnić szczęśliwego zbiegu okoliczności, ani tego, w jaki sposób dokonał obliczenia i ustalenia dokładnie takich stawek. Podkreślić należy, że członkowie komisji przetargowej, stwierdzili, iż gdyby ponownie mieli ustalać te stawki, nie byłoby w stanie zrobić tego dokładnie w taki sam sposób, jak zostało to wyliczone w kosztorysie inwestorskim. Potwierdza to więc, że obliczenie było skomplikowane, niejednoznaczne i nie zostało dokonane na podstawie jednego ustalonego czynnika czy też wzoru. Należy także wziąć pod uwagę okoliczność, że łączne wyliczenie kosztorysu składało się na cenę całkowitą oferty, a więc decydowało o wyniku postępowania przetargowego.

W ocenie Izby, podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych stanowi nie tylko treść art. 146 ust. 1, ale także kolejne ustępy tego artykułu. Nie ulega także wątpliwości, że do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się również wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w kodeksie cywilnym. Artykuł 146 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przepis ustępu 1 artykułu 146 ustawy nie wyłącza możliwości unieważnienia umowy przez Zamawiającego na podstawie art. 70⁵ kodeksu cywilnego. Z kolei artykuł 70⁵ kodeksu cywilnego stanowi, że organizator przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nim wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu doszło do złożenia oferty, zawierającej stawki wynagrodzenia identyczne jak w sporządzonym na zlecenie Zamawiającego, niejawnym kosztorysie inwestorskim. Złożenie oferty z podaniem takich stawek wynagrodzenia musiało być wynikiem działań sprzecznych z procedurą udzielania zamówień publicznych określoną w ustawie, gdyż działaniem sprzecznym z uregulowaną prawem procedurą jest poznanie treści niejawnego dokumentu Zamawiającego przez osoby nieuprawnione. Działanie takie może także zostać uznane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (a więc wypełnia przesłanki z artykułu 70⁵ kc. Okolicznością znaczącą jest również fakt, że sprzeczne z procedurą działania miały wpływ na wynik postępowania. W przypadku bowiem, gdyby kosztorys inwestorski pozostał dokumentem niejawnym do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty i Odwołujący nie poznał jego treści, nie ulega wątpliwości, że stawki wynagrodzenia podane w ofercie Odwołującego miałyby inną wartość. Tym samym działania sprzeczne z procedurą (a więc prawem) oraz zasadami udzielania zamówienia miały wpływ na wynik

postępowania, gdyż miały wpływ na cenę zawartą w ofercie Odwołującego. Wynikiem postępowania jest bowiem wybór konkretnej oferty, zawierającej konkretną cenę i warunki realizacji zamówienia.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Z pewnością okoliczność, w której wykonawca miał dostęp do informacji, które nie były jawne, potwierdza naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten formułuje zasadę równego traktowania wykonawców, która jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy jeden z wykonawców miał dostęp do dokumentów związanych z postępowaniem, które nie były ujawnione, a inni wykonawcy dostępu takiego nie mieli, doszło do naruszenia tej zasady. W ocenie Izby nie ma znaczenia, czy inni wykonawcy brali udział w postępowaniu. Wystarczające jest, że jeden z wykonawców miał dostęp do niejawnych dokumentów.

W niniejszej sprawie doszło do naruszenia także art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub po unieważnieniu postępowania. Tym samym ujawnienie kosztorysu inwestorskiego, który – co nie jest sporne pomiędzy stronami – nie był jawny przed otwarciem ofert, stanowi naruszenie tego artykułu ustawy.

Powyżej wskazane okoliczności stanowią wady postępowania (naruszenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), których nie można cofnąć, a tym samym mają charakter nieusuwalny.

W ocenie Izby, trudno nie zgodzić się z Odwołującym, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego było niewystarczające. Jednakże Odwołujący, jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy doskonale zna okoliczności sprawy, co więcej, został wezwany do siedziby Zamawiającego celem złożenia wyjaśnień. Nadto Odwołujący przedstawił wraz z odwołaniem załączniki z protokołu Zamawiającego, co wskazuje na okoliczność, że doskonale znane są Odwołującemu podstawy decyzji Zamawiającego dotyczące unieważnienia postępowania. Jakkolwiek wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy nie została właściwie wyartykułowana w zawiadomieniu skierowanym do Odwołującego, to nie sposób nie przyznać Zamawiającemu racji (wskazanej w odpowiedzi na odwołanie), że w przedmiotowej sprawie zaistniała wada

mająca wpływ na wynik postępowania. Wada ta, jak wskazał Zamawiający, polega na tym, że na skutek nieuprawnionego dostępu do kosztorysu inwestorskiego, Odwołujący uzyskał dane mające wpływ na cenę, jaka zaistniała w jej ofercie (maksymalnie optymalne wynagrodzenie, którego ustalenie możliwe było przy wykorzystaniu stawek jednostkowych z kosztorysu inwestorskiego). Zatem nawet gdyby uznać za zasadny zarzut Odwołującego, że uzasadnienie faktyczne i prawne wskazane w decyzji o unieważnieniu postępowania nie jest wystarczające, to w okolicznościach niniejszego postępowania, pozostaje bez wpływu na jego wynik.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Stosownie do §3 pkt 2 ww. Rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający do zamknięcia rozprawy przedstawił jedynie spis kosztów, obejmujący wynagrodzenie pełnomocnika, jak również koszty podróży związane z rozprawą, oraz koszty poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw. Zamawiający nie przedstawił natomiast rachunków, które udokumentowałyby wydatki (rachunków, biletów). Wobec powyższego, Izba nie miała podstawy, aby orzec o przyznaniu Zamawiającemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów podróży. Udokumentowane zostały jedynie koszty poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw osób reprezentujących Zamawiającego. Tym samym Izba orzekła o przyznaniu tych kosztów Zamawiającemu.

Przewodniczący:

.....