

WYROK

z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2018 r. przez **wykonawcę InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Tarnów, ul. Krakowska 19, 33-100 Tarnów,**

orzeka

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Tarnów, ul. Krakowska 19, 33-100 Tarnów: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, wezwanie wykonawcy PPHU TRANS – ART A.T. do złożenia dokumentów wskazanych w pkt III.4, III.5, III.6 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy PPHU TRANS – ART A.T..**
2. W pozostałym zakresie uznaje zarzuty odwołania za niepotwierdzone.
3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Gminę Tarnów, ul. Krakowska 19, 33-100 Tarnów.**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od **Zamawiającego – Gminy Tarnów, ul. Krakowska 19, 33-100 Tarnów** na rzecz **Odwołującego – wykonawcy InterHall spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwotę w wysokości **10 300 zł 00 gr**
(słownie: dziesięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu
od odwołania oraz kosztów podróży.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego
doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Tarnów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa boiska piłkarskiego o sztucznej nawierzchni o wymiarach 112x70 m wraz z niezbędną infrastrukturą oraz budowa budynku szatniowego z przyłączami w miejscowości Wola Rzędzińska”, znak IR:271.2.2018. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.01.2018r. pod nr 507834-N-2018.

Odwołujący – InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach – wniósł w dniu 28 lutego 2018 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która w rzeczywistości jest tylko ofertą ocenioną przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez dokonania przez Zamawiającego czynności jej badania, a także nieprawidłowa wykładnię, iż oferta oceniona przez Zamawiającego najwyżej jest ofertą najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego unieważnienia postępowania;
2. naruszenie art. 26 ust. 2 w związku z art. 24aa ustawy Pzp -i poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy, którego oferta została oceniona przez zamawiającego najwyżej, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego najwyżej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez dokonania przez Zamawiającego czynności jej badania, a także nieprawidłową wykładnię, iż oferta oceniona przez Zamawiającego najwyżej jest ofertą najkorzystniejszą;
4. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową wykładnię i ocenę, iż oferta oceniona i wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w

rzeczywistości jest ofertą najkorzystniejszą bez poddania jej wcześniejszemu badaniu i bezprawne unieważnienie postępowania;

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum „Potęgowo 2017” w składzie: Lider Konsorcjum — Infracorr Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, BMB Santech Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Sp. z o.o. z siedzibą w Miłobądzu
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny i badania złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, pomimo faktu, iż jego oferta znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący zwraca uwagę, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu p art. 24aa ustawy PZP. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia i w tym też celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy wskazać, iż działania Zamawiającego, pozostające w opozycji do przepisów ustawy Pzp mogą być przyczyną szkody po stronie Odwołującego. Gdyby bowiem Zamawiający kierował się zapisami ustawy Pzp i dokonał ich prawidłowej wykładni, dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem czynności, o których mowa powyżej, tj. badania oferty ocenionej jako najkorzystniejsza i jej prawidłowej oceny, i możliwe, iż w wyniku dokonania zaniechanych czynności nie musiałoby dojść do unieważnienia postępowania. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, w wyniku dokonania przez Zamawiającego czynności badania ofert, mogłoby dojść do sytuacji, w której to oferty Wykonawców, którzy mają 1 i 2 pozycję w rankingu ofert podlegałyby odrzuceniu, a oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza - co w dalszej perspektywie prowadzić może do uzyskania przez niego zamówienia. Przez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybranie oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy, w związku z czym w ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany jest podjąć wszelkie leżące w jego gestii czynności zmierzające do realizacji tego celu, w ramach rozpoczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w przedmiotowym postępowaniu zostało zaniechane.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o art. 24aa ustawy Pzp z zastosowaniem tzw. „procedury

odwróconej", zgodnie z którym Zamawiający najpierw dokonuje (wstępnej) oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, co zostało przewidziane w Rozdziale VII Specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

1. InterHall Sp. z o.o. ul. Milowicka 1F, 40-312 Katowice, cena: 4.793.647,38 zł, gwarancja 6 lat;
2. PPHU TRANS-ART A.T. ul. Bobowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski, cena: 4.979.995,28 zł, gwarancja: 7 lat;
3. TOMAX Sp. z o.o. ul. Bernardyńska 1^A9, 33-100 Tarnów, cena: 4.297.000,00 zł, gwarancja: 6 lat.

Odwołujący wskazał, że w dniu 23.02.2018 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PPHU TRANS-ART A.T. ul. Bobowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski oraz unieważnieniu postępowania wskazując jako podstawę prawną unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przyznana punktacją:

1. InterHall Sp. z o.o. ul. Milowicka 1F, 40-312 Katowice - 73,78 pkt;
2. PPHU TRANS-ART A.T. ul. Bobowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski - 91,77 pkt;
3. TOMAX Sp. z o.o. ul. Bernardyńska 1E/9, 33-100 Tarnów – 80 pkt.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w konsekwencji dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty unieważnił przedmiotowe postępowanie. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania przedstawił punktację złożonych w postępowaniu ofert, wskazując równocześnie iż cena najkorzystniejszej oferty, tj. A.T. - PPHU TRANS-ART - 4.979.995,28 zł. brutto i przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, który zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto - 4.848.831,00 zł, której to nie może zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, iż w oferta PPHU TRANS-ART A.T. była jedyną ofertą, której cena była wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Kolejne miejsce w rankingu zajęła oferta złożona przez spółkę TOMAX z ceną 4.297.000,00 zł. brutto, a na trzeciej pozycji w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu znalazła się oferta Odwołującego z ceną 4.793.647,38 zł. brutto.

Odwołujący wskazał, iż art. 93 ustawy Pzp zawiera katalog zamknięty przesłanek umożliwiających Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko w ściśle określonych przypadkach, gdyż przecież celem postępowania (co wynika z treści art. 2 pkt 7a ustawy Pzp) jest wyłonienie wykonawcy, który złożył

najkorzystniejsza ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, co potwierdza również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku KIO 104/12 z dnia 26.01.2012r.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (co winno być poprzedzone procedurą badania i oceny ofert).

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Natomiast za najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, należy rozumieć:

a) ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała (przy czym przesłanka unieważnienia może się ziścić dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, która to czynność winna być poprzedzona badaniem i oceną ofert) albo

b) ofertę z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt (przy czym przesłanka unieważnienia może się ziścić już w dniu otwarcia ofert, gdy zamawiający poweźmie wiadomość, że wszystkie złożone oferty (w tym najtańsza) przekraczają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty nie może zwiększyć).

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z najkorzystniejszą ofertą zgodnie z pkt a) powyżej, tzn. za najkorzystniejszą ofertę należy uznać tę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (w przedmiotowym postępowaniu „innym kryterium” jest „rozszerzenie okresu gwarancji przez wykonawców”). Przy czym ustalenie (obliczenie) bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, następuje w toku badania i oceny ofert.

Odwołujący przytoczył orzecznictwo Izby w zakresie interpretacji pojęcia oferty ocenionej jako najkorzystniejszej.

Następnie Odwołujący wskazał, że analizując redakcję art. 24aa ust. 1 należy przyjąć, iż ustawodawca celowo posłużył się w nim terminem „oferta oceniona jako najkorzystniejsza”, a nie „oferta najkorzystniejsza”. Istnieje bowiem pomiędzy tymi pojęciami zasadnicza różnica.

Termin „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” (art. 24aa ust. 1) dotyczy w rzeczywistości tej oferty, która uzyskała najwyższą pozycję w rankingu ofert w związku z jej oceną przez zamawiającego. Ponadto przepis ten nakazuje Zamawiającemu badanie, podmiotowe oferty „ocenionej jako najkorzystniejsza”.

Odwołujący podkreśla, iż zamawiający przed przystąpieniem do procedury badania oferty, a także oświadczeń i dokumentów potwierdzających, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, nie wie, czy oferta oceniona przez niego jako najkorzystniejsza jest w rzeczywistości oferta najkorzystniejsza. Zamawiający może z całą pewnością stwierdzić, czy dana oferta jest oferta najkorzystniejsza dopiero po jej zbadaniu, i otrzymaniu od wykonawcy oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tzn. potwierdzających, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu.

Dokumenty powyższe wykonawca winien złożyć na wezwanie Zamawiającego (art. 26 ust 2 ustawy Pzp) skierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Dopiero na tym etapie, tzn. po zbadaniu otrzymanych oświadczeń i dokumentów zamawiający będzie miał jasność i pewność, czy oferta wykonawcy, którego oferta została oceniona i zbadana (i która została najwyżej oceniona) jest oferta najkorzystniejszą i na tej podstawie może dokonać jej wyboru. W przypadku, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu, jego oferta podlega odrzuceniu, a procedura powyższa winna być zastosowana w stosunku do kolejnej oferty w rankingu, aż do wyboru wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza.

Przyjmując zatem koncepcję oceny ofert, jako czynności wstępnej w procedurze odwróconej zmierzającej do ustalenia rankingu ofert i wskazania oferty najwyżej ocenionej, należy przyjąć, iż wyniki oceny tej oferty nie przesadzają jeszcze o wynikach oceny innych ofert, do których może dojść, jeżeli oferta najwyżej oceniona nie zostanie uznana za najkorzystniejsza. Dopiero po zbadaniu oferty danego wykonawcy, o ile spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, Zamawiający może dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejsza i dopiero wtedy porównać cenę jego oferty z kwotą przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia i w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia - unieważnić postępowanie.

Wyłącznie w przypadku, gdy w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a wszystkie złożone w postępowaniu oferty przewyższają kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zamawiający może podjąć decyzję o jego unieważnieniu jeszcze przed przystąpieniem do badania ofert.

Jednakże w przedmiotowym postępowaniu kryteriami oceny oferty były: cena - 60% oraz rozszerzenie gwarancji przez wykonawcę - 40%, dlatego też Zamawiający na podstawie przepisów ustawy Pzp był zobligowany do dokonania (wstępnej) oceny oferty a następnie zbadania oferty Wykonawcy znajdującego się na najwyższej pozycji rankingowej (tj. PPHU TRANS-ART A.T.), pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podstaw do wykluczenia. Dopiero na tej podstawie Zamawiający mógł dokonać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, bądź też w przypadku nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub stwierdzenia podstaw do wykluczenia, odrzucenia jego oferty i przystąpienie do badania następnej oferty w rankingu.

Odwołujący jeszcze raz podkreśla, iż w przedmiotowym postępowaniu, tylko jedna oferta (wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza) przewyższała kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i była to oferta PPHU TRANS-ART A.T.. Pozostałe dwie oferty, tj. oferta TOMAX Sp. z o.o. oraz oferta Odwołującego zawierały ceny niższe od tej, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia publicznego.

Ponadto, sam zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 vi/skazał w rozdziale VII SIWZ, iż wezwie wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w terminie nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, które potwierdzają okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie podlegania wykluczeniu. Redakcja przepisu art. 26 ust. 2 oraz Rozdział VII SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości. Mamy do czynienia z bezwzględnym nakazem („zamawiający wezwie”) skierowanym do zamawiającego i jego obowiązkiem jest wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie przystąpił w ogóle do czynności badania oferty ocenionej jako najkorzystniejsza, naruszając w ten sposób przepisy ustawy Pzp i bezprawnie unieważniając przedmiotowe postępowanie. Odstąpienie przez Zamawiającego od dokonania czynności, do których był zobligowany na mocy ustawy Pzp świadczy, bądź o jego celowym i świadomym działaniu, bądź też o braku dochowania przez niego należytej staranności, a Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W dniu 9 marca 2018 r. Odwołujący wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania. Postępowanie przetargowe prowadzone jest w oparciu o art. 24aa ustawy w myśl którego, Zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie przyjętych do

przetargu kryteriów t.j. ceny oferty i rozszerzenia okresu gwarancji, i w jej wyniku, oferta nr 2 Firmy P.P.H.U."TRANS-ART." Bobrowniki Wielkie, ul. Bobrowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski otrzymała największą ilość punktów.

Zamawiający ocenił ofertę Nr 2 jako najkorzystniejszą uwzględniając przyjętą punktację oraz oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia stanowiące załącznik do oferty. Oferta najwyżej oceniona za kwotę 4.979.995,28 zł brutto, znacznie 0 131.164,28 zł - przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Oferta Odwołującego została oceniona na 3 miejscu, otrzymując najmniejszą ilość punktów za przyjęte do przetargu kryteria.

Uwzględniając te okoliczności w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, bowiem jego ewentualne uwzględnienie nie będzie skutkowało możliwością oceny oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący nie uzyskał zamówienia, które uzyskałby gdyby Zamawiający działał prawidłowo a w wyniku tego działania Odwołujący mógł ponieść szkodę. Zaniechanie wykazania przez Odwołującego powyższych przesłanek skutkowało winno oddaleniem odwołania. Co znajduje uzasadnienie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2016 r., do sygn. akt: KIO 546/16 oraz o sygn. akt: KIO 1447/15.

Zamawiający ogłosił ponownie postępowanie przetargowe na realizację zamówienia, wobec czego Odwołujący ponownie może przystąpić do udziału w tym postępowaniu.

Zamawiający zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt.4 unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy czym Zamawiający poddał analizie kwestię możliwości przeznaczenia na realizację zamówienia kwoty wyższej, odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej.

W wyniku tej analizy stwierdzono, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej. Co jest uzasadnione następującymi okolicznościami:

-zwiększenie kwoty na realizację zadania o ok. 131 tys. zł jest niemożliwe z uwagi na fakt, że budżet gminy jest niezrównoważony, gmina korzysta z kredytów bankowych w wysokości ok. 15 mln zł oraz pożyczek w wysokości ok. 1 mln zł

Minister Finansów poinformował o zmniejszeniu wprowadzonej uprzednio do budżetu subwencji oświatowej o kwotę ok. 137 tys. zł, co skutkuje tym, że gmina musi zabezpieczyć o tę kwotę limity finansowe wydatków dotyczących działalności bieżącej, w tym płace i pochodne.

Należy dodać, że możliwość przeznaczenia dodatkowych kwot na realizację zamówienia przez Zamawiającego jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Poza tym nie zachodzi rozbieżność pomiędzy kwotą, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a kwotami, które przedstawiono w złożonych ofertach, co oznacza, że wartość szacunkowa zamówienia została określona prawidłowo, nie była zatem zaniżona i odpowiadała warunkom rynkowym. W efekcie czego kwota ta jest wystarczająca na sfinansowanie realizacji zamówienia i jej ujęcie w budżecie Zamawiającego zapewnia jego realizację. Wobec czego kwota ta była właściwie zaplanowana i ujęta w budżecie Zamawiającego na 2018/2019 rok, co wyłącza również możliwość jej podnoszenia, z uwagi chociażby na racjonalność i gospodarność wydatkowania środków publicznych, a także uniknięcia związanej z tym odpowiedzialności na wypadek naruszenia tych zasad. Stąd Zamawiający ogłosił ponownie postępowanie przetargowe na realizację zamówienia.

W ocenie Zamawiającego nie można uznać za uzasadnione zarzuty Odwołującego dotyczące zaniechań Zamawiającego odnośnie oceny i samego wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie tym Zamawiający wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. Akt: KIO 1565/17.

Działania takie uzasadnione są także z uwagi na czas i koszty prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Służąc racjonalnemu i ekonomicznemu jego prowadzeniu, który jest najbardziej przejrzysty dla wykonawców, nie powodujący też ponoszenia dodatkowych kosztów.

Zatem działania w tym zakresie Zamawiającego należy uznać za uzasadnione, a wbrew twierdzeniom Odwołującego, zapewniające właśnie dochowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystego prowadzenia postępowania.

Zatem w niniejszej sprawie zaszły przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, bowiem kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest niższa niż cena oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający nie zdecydował się na podwyższenie tej kwoty, co więcej wskazując, że nie ma takiej możliwości, wobec czego wniosek o oddalenie odwołania należy uznać za uzasadniony.

W kolejnym piśmie z dnia 9 marca 2018 r. Zamawiający podniósł dodatkowo, że przedmiotowe odwołanie jest niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Zamawiający argumentował, że przesłanka wniesienia odwołania w przypadku postępowania, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 nie została spełniona, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz Zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie kryteriów oceny ofert i w ten sposób ustalił, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, w konsekwencji czego z unieważnił postępowanie.

Skład orzekający stanął na stanowisku, że pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko. Możliwe jest zatem zakwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 ustawy Pzp, gdyż podlegała odrzuceniu albo wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, jak i ze względu na to, że formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 ustawy Pzp jako najkorzystniejsza (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. III CZP 56/17). Ponadto w ocenie składu orzekającego nie można tracić z pola widzenia celu, w jakim jest wszczynane i przeprowadzane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do definicji postępowania o udzielenie zamówienia, zawartej w art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, „należy przez to rozumieć postępowanie (...) w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego (...)”. Zatem celem wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty, czego konsekwencją jest zawarcie umowy. Z tych względów, w sytuacji która ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym skład orzekający stanął na stanowisku, że odwołanie podlega rozpoznaniu. Izba wskazuje, że nawet jeśli w okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdziłby się zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a to z uwagi na brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to mając jednak na uwadze wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut ewentualnego zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,

wskutek przedwczesnego unieważnienia postępowania, a także cel postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, zasadnym było jego rozpoznanie.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie procedury wskazanej w art. 24aa ustawy Pzp.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że przy procedurze, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, badając kwestię interesu prawnego we wniesieniu odwołania, należy pamiętać, że interes ten rozumiany jest szerzej, a to z uwagi na fakt, że ocena czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu nie jest dokonywana wobec wszystkich wykonawców jednocześnie.

Jak wynika z dokumentacji postępowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono trzy oferty. Kryteria oceny ofert były następujące:

1. cena – 60%
2. rozszerzenie okresu gwarancji – 40%

Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ ustalono, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, na wezwanie wymagał od wykonawców następujących dokumentów:

III.4) Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp:

3.1. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; 3.2. Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; 3.3. Zaświadczenie

właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; 3.4. Odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 pzp; 3.5 Oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności; 3.6 Oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716); 3.7 Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, złożone zgodnie z art. 24 ust. 11 pzp - w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 pzp tj. zestawienia ofert oraz kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej Wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym Wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu (art. 24 ust. 11 pzp). 3.8 Zamawiający żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdziale VII ust. 3 pkt. 3.1 do 3.6 siwz (§9 ust.2 rozp. ws dok.) 3.9 W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (art. 25a ust. 6 pzp). 4. Jeżeli podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w ust. 3 niniejszego rozdziału składa: 4.1 Informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub

administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy pzp; -wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, 4.2 Dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, -wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. 4.3. Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. 4.4.W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących tego dokumentu.

III.5) Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pkt 1 ustawy Pzp

III.5.1) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

2.1 Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze

wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty (wg wzoru określonego zał nr 8 do swiz). 2.2 Dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego. 2.3 Jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymaganych przez Zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2c pzp).

III.6) Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

5.1. Aprobata techniczną ITB, lub rekomendacje techniczne ITB, lub inny dokument wydany przez podmiot t.j. laboratorium sportowego rekomendowanego przez FIFA, uprawnionego do kontroli jakości. Załączony dokument musi potwierdzać, że oferowana przez wykonawcę system nawierzchni (trawa ,mata) -, posiada wszystkie parametry techniczne nie gorsze od wymaganych. Wyniki z badań laboratorium sportowego muszą potwierdzać, że oferowany system nawierzchni spełnia wymogi standardu FIFA Quality (edycja 2015)- dostępny na www.FIFA.com 5.2. Atest PZH lub dokument równoważny dla oferowanej sztucznej trawy, granulatu oraz maty- (Zamawiający nie dopuszcza badania z zasypem SBR). 5.3 Karta techniczna oferowanej sztucznej trawy, granulatu oraz maty potwierdzonej przez producenta. 5.4 Raport z badań potwierdzający wynik testu Lisport dla włókna fibrylowanego , ilość cykli 140 000. 5.4 Autoryzacja producenta sztucznej trawy oraz granulatu gumowego, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię. Autoryzacja musi zawierać potwierdzenie przez producenta wszystkich niezbędnych oryginalnych materiałów do wykonania oferowanego konkretnego rodzaju nawierzchni sportowej, w przypadku wygrania przez oferenta przetargu. 5.5 Próbką trawy syntetycznej o wymiarach 20x30 cm z etykietą producenta. 5.6 Próbką granulatu gumowego w ilości ok. 100 g z etykietą producenta. 5.7. Aktualny certyfikat dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni (nawierzchnia powinna zostać wykonana na co najmniej jednym obiekcie, który uzyskał certyfikat min. FIFA Quality) (wg FIFA Manual 2015). 6. Do odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia Zamawiającemu certyfikatu (min. FIFA Quality (wg FIFA Manual 2015) dla boiska z wbudowaną nawierzchnią.

Po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert wstępny ranking przedstawiał się następująco:

1. INTERHALL sp. z o.o. – cena: 53,78 pkt, rozszerzenie okresu gwarancji: 20 pkt, razem: 73,78 pkt

2. PPHU TRANS – ART. A.T. – cena: 51,77 pkt, rozszerzenie okresu gwarancji: 40 pkt, razem: 91,77 pkt

3. TOMAX sp. z o.o. – cena: 60 pkt, rozszerzenie okresu gwarancji: 20 pkt, razem 80 pkt.

Pismem z dnia 22 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, który zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 4 848 831,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1. INTERHALL sp. z o.o. – cena 4 793 647,38 zł,

2. PPHU TRANS – ART. A.T. – cena: 4 979 995,28 zł - oferta oceniona najwyżej,

3. TOMAX sp. z o.o. – cena: 4 297 000,00 zł.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego czynności dokonane przez Zamawiającego nie zostały wykonane w sposób prawidłowy. Specyfika procedury uregulowanej w przepisie art. 24aa ustawy Pzp polega na tym, że Zamawiający nie jest zobowiązany do badania i oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, lecz do zbadania oferty, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Zatem aby czynność badania i oceny ofert była w przypadku procedury o której mowa w art. 24aa kompletna, Zamawiający po ustaleniu wstępnego rankingu ofert bada następnie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy, że pojęcie użyte w art. 24aa ustawy Pzp tj. „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” nie może być utożsamiane z pojęciem „najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” zdaniem Izby powinien być rozumiany jako oferta która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez Zamawiającego najwyżej. Natomiast aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej” Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Należy mieć bowiem na uwadze, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, tj. odnosi się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych zarówno w „zwykłej” procedurze, jak i z zastosowaniem procedury „odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. W „zwykłej”

procedurze badanie, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu ma miejsce wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest wykonywane razem z oceną ofert. Oferta najkorzystniejsza ustalona w wyniku takiego badania i oceny jest więc jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu i złożoną przez wykonawcę niepodlegającemu wykluczeniu. W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby w przypadku zastosowania procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp zamawiający mógł poprzestać na ocenie ofert (tj. z pominięciem badania, czy wykonawca którego oferta zajęła pierwsze miejsce w tak powstałym rankingu nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), a następnie z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury a art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu.

W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompletny czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, ponieważ nie wezwał wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia dokumentów potwierdzających że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu i swiz. Jest to okoliczność bezsporna. Takie postępowanie Zamawiającego można by uznać za prawidłowe, gdyby ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Jednakże okoliczności przedmiotowej sprawy są inne, ponieważ ceny pozostałych dwóch ofert mieściły się w budżecie Zamawiającego. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego, obligowała Zamawiającego do kontynuowania procedury badania, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym do doprowadzenia badania i oceny ofert do końca. Dopiero bowiem takie postępowanie dawało Zamawiającemu pewność, że wystąpi (bądź nie) podstawa do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia oraz wezwanie wykonawcy PPHU TRANS – ART A.T. do złożenia dokumentów wskazanych w pkt III.4, III.5, III.6 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy PPHU TRANS – ART A.T..

Pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że nie miała miejsca czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wywodził dokonanie tej czynności przez Zamawiającego z samego faktu unieważnienia przez niego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby takie wnioskowanie jest zbyt daleko idące. Wskazać należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest konieczna, aby można było skorzystać dyspozycji tego przepisu. Z tych względów nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: