

Sygn. akt: KIO 1404/10

WYROK
z dnia 15 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz** w dniu 05 lipca 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., pl. Teatralny 2/416, 87-100 Toruń.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., pl. Teatralny 2/416, 87-100 Toruń i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa "PION" Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., pl. Teatralny 2/416, 87-100 Toruń** na rzecz **Przedsiębiorstwa Projektowo - Realizacyjnego Budownictwa "PION" Sp. z o.o., ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1404/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko- Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy przy ul. Seminaryjnej*”, znak: ZP 03/10, zostało wszczęte przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., pl. Teatralny 2/416, 87-100 Toruń zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 44-064989 w dniu 04.03.2010 r.

W dniu 25.06.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” o unieważnieniu przedmiotowego postępowania przetargowego zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przesyłając w dniu 30.06.2010 r. na wniosek z dnia 28.06.2010 r. Przedsiębiorstwa Projektowo - Realizacyjnego Budownictwa "PION" Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz zwanego dalej: „*PION Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” uzasadnienie faktyczne niniejszej czynności. Poinformował, iż brak możliwości zawarcia ważnej umowy z PION Sp. z o.o. wynika wprost z Pzp. Podkreślił, że Pzp pozwala na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert wyłącznie w sytuacjach określonych w przepisach Pzp, tj. zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp, tylko i wyłącznie wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, i to tylko w przypadkach, w których nie zachodzą przesłanki unieważnienia umowy, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp. W zaistniałym stanie faktycznym, żadna z wymienionych przez ustawodawcę sytuacji nie miała miejsca. Wykonawca, którego oferta została wybrana ani nie uchyla się od zawarcia umowy, ani nie uchyla się od wniesienia należytego zabezpieczenia umowy (tj. zabezpieczenia służącego pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które wnosi się najpóźniej w dniu zawarcia umowy). Okoliczność, która ma miejsce w przedmiotowej sprawie dotyczy kwestii wadium. Należy przy tym podkreślić, że każda czynność Zamawiającego podejmowana w formalistycznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć swoją podstawę w przepisach Pzp. W przepisach Pzp brak jest podstawy, aby Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty spośród pozostałych ofert w przypadku, w którym po wyborze oferty najkorzystniejszej, dojdzie do sytuacji, iż wykonawca, którego oferta została wybrana nie przedłużył/nie wniósł nowego wadium na cały okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia

umowy. Ponadto wskazał, że KIO, badając postępowanie, nie stwierdziła naruszeń ani uchybień Zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający nie dysponuje podstawą prawną umożliwiającą mu dokonanie wyboru oferty, która nie została uznana za najkorzystniejszą i zawarcie umowy z oferentem, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie, wystąpiła zatem przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W dniu 05.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 i 179 Pzp, PION Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Fordońska 110, 85-739 Bydgoszcz zwanej dalej: „PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o.”. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie oferentów i ograniczenie wyboru ofert wyłącznie do oferty jednego z nich (PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o.), pominięcie wszystkich pozostałych oferentów oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp ,

b) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez ich błędną interpretację, niewłaściwe zastosowanie prowadzące w efekcie do przedwczesnego dokonania unieważnienia postępowania przetargowego, do zaniechania wykonania czynności prowadzących do wyboru ważnej oferty i zawarcia umowy,

c) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez brak wykluczenia Wykonawcy i dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty złożonej przez PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., mimo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu, gdyż jego oferta nie jest zabezpieczona wadium od dnia 08.06.2010 r.,

d) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., mimo, iż w toku postępowania przetargowego, stała się ona ofertą wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

e) wydanie orzeczenia uwzględniającego złożone w sprawie odwołanie,

f) nakazanie Zamawiającemu uchylenie decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego,

g) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

h) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. i w efekcie wykluczenie z postępowania,

i) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z Pzp oraz warunkami SIWZ.

Odwołujący podał, że ma interes prawny w uzyskaniu powyższego zamówienia i uzyskałby to zamówienie gdyby nie miała miejsca niezgodna z prawem czynność Zamawiającego. Oferta Odwołującego uzyskała drugą punktację zaraz za wybraną ofertą PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., a po obligatoryjnym wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania przetargowego z powodu upływu terminu ważności wadium i nie złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą: oferta odwołującego się uzyskała pierwszą punktację. Zamawiający przyjął tezę, iż: „*co do zasady*” może on - w danym przetargu - tylko jeden raz dokonać wyboru wykonawcy (oferty), a wyjątek od tej reguły opisuje tylko i wyłącznie art.94 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dokonał wyboru oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. w dniu 28.05.2010 r. Firma ta wniosła w niniejszym przetargu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 250001189643 ważnej do dnia 07.06.2010. Po dniu 07.06.2010 r. nie wniosła ona wadium na przedłużony okres związania ofertą w żadnej z form wymaganych przez przepisy Pzp oraz przez SIWZ. W wyniku odwołania z dnia 04.06.2010 r. od powyższego wyboru złożonego do KIO przez PION Sp. z o. o. do dnia 07.06.2010 r. nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy Zamawiającym, a PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. Od dnia 08.06.2010 r. oferta wybranej firmy nie jest zabezpieczona wadium. Zamawiający, pomimo wiedzy i świadomości braku zabezpieczenia oferty ważnym wadium nie wykluczył wykonawcy: PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z postępowania przetargowego, nie wszczął w tej sprawie żadnych działań ani procedur w okresie od 08.06.2010 r. do 25.06.2010 r. Działania takie Zamawiający podjął dopiero po pisemnym wezwaniu Odwołującego z dnia 22.06.2010 r. Ich efektem było unieważnienie postępowania przetargowego w całości. Faktycznym powodem tego unieważnienia była niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego w tej kwestii i podnosi, iż jest ono niezgodne z Pzp, a w szczególności jest sprzeczne z art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odnosi się do całego postępowania przetargowego (wszystkich jego procedur i uczestników) nie zaś, jak mylnie przyjął w swoim stanowisku Zamawiający, tylko i wyłącznie do wybranego wykonawcy oraz wzajemnych relacji i zobowiązań istniejących pomiędzy wybranym wykonawcą i zamawiającym, z pominięciem (od dnia dokonania wyboru tego wykonawcy) wszystkich pozostałych uczestników postępowania przetargowego. Definicja pojęcia „*postępowania przetargowego*” zawarta w art. 2 pkt 7a Pzp. Zawiera w sobie wszelkie konieczne i niezbędne działania Zamawiającego mające na celu zawarcie ważnej umowy z wykonawcą wyłonionym spośród wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym (nie wykluczonym

z niego). Postępowanie to nie ogranicza możliwości i obowiązków Zamawiającego tylko i wyłącznie do jednorazowego aktu wyboru oferty, do przeprowadzenia tylko i wyłącznie jednego postępowania w sprawie wyboru wykonawcy i oferty. Żaden przepis Pzp nie nakłada na Zamawiającego takiego ograniczenia.

Tezie prezentowanej przez Zamawiającego przeczy całe dotychczasowe orzecznictwo: zarówno Zespołu Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, które niejednokrotnie nakazywało i nakazuje Zamawiającym (z różnych powodów) unieważnienie (pierwszego) wyboru oferty, powtórzenie czynności kwalifikacyjnych i wyboru oferty (dokonanie wyboru oferty po raz kolejny).

Czytając uzasadnienie Zamawiającego i analizując podane w nim przyczyny nie sposób nie dojść do wniosku, iż nigdy (za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 94 ust. 3 Pzp) nie jest dopuszczalne dokonanie czynności Zamawiającego polegające na ponownej ocenie ofert i wyborze kolejnego wykonawcy. Idąc za tokiem jego rozumowania w każdym przypadku gdyby KIO stwierdziło, iż nie jest możliwe zawarcia ważnej umowy z wykonawcą wybranym przez Zamawiającego, a jednocześnie nie ma zastosowania art. 93 ust. 4 Pzp - musiałoby nakazać obligatoryjnie unieważnienie postępowania przetargowego.

W tym zakresie ocena Zamawiającego jest sprzeczna ze stanem faktycznym. Wybór najkorzystniejszej oferty reguluje art. 91 Pzp. Przepis ten, na co zwraca uwagę Odwołujący:

- nie ogranicza aktu wyboru oferty tylko do jednego razu,
- nie wprowadza zasady związania Zamawiającego wybraną ofertą przez cały okres trwania przetargu, aż do zawarcia (lub niezawarcia) umowy, co mogłoby implikować konieczność unieważnienia przetargu publicznego w sytuacji niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy powyższego z wybranym wykonawcą. Wobec tego, działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu przetargu z powodu utraty ważności wadium wybranego (w pierwszym podejściu) wykonawcy, przy istnieniu innych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert o cenie niższej niż wartość środków finansowych przeznaczonych przez zamawiającego na realizację umowy, nie znajduje żadnego uzasadnienia i nie ma poparcia w obowiązujących przepisach Pzp. Celem postępowania przetargowego jest zawarcie umowy. Cel ten winien być konsekwentnie realizowany przez Zamawiającego tak długo, jak długo dysponuje on ofertami wykonawców z którymi jest możliwe zawarcie ważnej umowy. Przywołał wyrok KIO z dnia 04.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 25/08.

Art 93 ust. 1 pkt 7 Pzp - wymaga, aby obarczone wadę niemożliwą do usunięcia było "postępowanie przetargowe"- *sensu stricte*, nie zaś oferta jednego z wykonawców. Wymaga także, aby istniała obiektywna niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (w postępowaniu, w którym uczestniczy wielu wykonawców i złożono wiele ofert). Nie

ogranicza się on do umowy zamawiającego z jednym z wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Zamawiający odniósł i ograniczył rozporządzenie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp zamiast do "postępowania przetargowego" rozumianego jako całość procedur i czynności prowadzących do zawarcia ważnej umowy, tylko i wyłącznie do procedury wyboru oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. Jest to zachowanie niezgodnie z ustawą. Zauważył, iż art. 94 ust. 3 Pzp, dotyczy tylko i wyłącznie specyficznej sytuacji (jednej spośród wielu innych), kiedy to Zamawiający chce i może zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę z wykonawcą, natomiast wybrany wykonawca uchyla się od jej zawarcia. Przepis ten koreluje z art. 46 ust. 5 Pzp i powoduje zatrzymanie przez Zamawiającego wadium wniesionego przez takiego wykonawcę (które służy właśnie temu celowi). W zaskarżonym postępowaniu wskazana sytuacja nie ma miejsca (wadium już nie istnieje i Zamawiający nie może go zatrzymać, oferta straciła ważność). Zastosowanie w/w przepisu w innej, niż opisana powyżej sytuacji jest niezgodne z prawem i stanowi jego naruszenie.

Art 94 ust. 3 Pzp zawiera też inną, szczególną instrukcję dla Zamawiającego: "(..) może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (..)." Odnosząc powyższy zapis art. 94 ust 3 Pzp do całej treści Pzp (w tym do art. 181 ust. 2, art.186 ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt 1) bezsporne staje się twierdzenie prezentowane przez Odwołującego, iż Zamawiający w przypadku wystąpienia, w trakcie trwania procedury przetargowej, od chwili otwarcia ofert do chwili zawarcia umowy, jakiegokolwiek innej okoliczności (poza wynikającą z art. 94 ust. 3), a opisanej w art. 22, art. 24 Pzp - ma możliwość i obowiązek dokonania wyboru innej oferty. Musi jednak przeprowadzić ich ponowne badanie i ocenę (co najmniej po to, aby wykluczyć wykonawcę podlegającego wykluczeniu).

W przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w art. 94 ust. 3 Pzp Zamawiający nie przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert przy wyborze kolejnej z nich. We wszystkich pozostałych przypadkach ma taki obowiązek. Wobec zmiany w styczniu 2010 roku Pzp nie istnieje jeszcze orzecznictwo odnoszące się wprost do sytuacji mającej miejsce w zaskarżonym postępowaniu. Jednak przydatne przy ocenie niniejszego odwołania, jego skuteczności mogą być wyroki wydane w innych sprawach. W wyroku z dnia 04.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 25/08, KIO stwierdziła, iż art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy: „(odwołujący się pod tym pojęciem rozumie umowę zawartą z dowolnym, niewykluczonym oferentem uczestniczącym w przetargu)”, a także, że pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność

dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy (wyrok ZA z dnia 13.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1666/06, wyrok KIO z dnia 26.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 589/10). Odwołujący się zauważył i podniósł, iż: nie znajduje w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego żadnej „wady”, która doprowadziła w efekcie do niemożności zawarcia ważnej umowy, wady takiej (postępowania przetargowego) nie wskazał także Zamawiający ani w decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego, ani w piśmie wyjaśniającym z dnia 30.06.2010 r.

Zamawiający nie wskazał nadto żadnego związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy domniemaną „wadą postępowania” (nienazwaną, nieokreśloną) i niemożnością zawarcia ważnej umowy w zakresie usług objętych postępowaniem przetargowym, Odwołujący nie widzi natomiast żadnego związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy nieważnością oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. i niemożnością zawarcia ważnej umowy w zakresie usług objętych postępowaniem przetargowym. Jest bezspornym, że oferta PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. od dnia 08.06.2010 r. jest obarczona wadą niemożliwą do usunięcia, a mianowicie nie jest zabezpieczona wadium. Jednak wada oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. nie jest tym samym co wada postępowania przetargowego. Postępowanie przetargowe to całokształt czynności (procedur) i dokumentów (SIWZ, PFU, oferty) mających na celu zawarcie ważnej umowy, opisanych i uregulowanych przez Pzp oraz uczestnicy w nim występujący. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO Zamawiający w żadnej sytuacji nie ponosi odpowiedzialności za zabezpieczenie oferty ważnym wadium. Nawet w sytuacji, kiedy nie wezwie on wykonawcy do przedłużenia ważności wadium (np. z powodu odwołania), odpowiedzialność za nieprzerwane zabezpieczenie oferty wadium przez cały czas trwania procedur przetargowych spoczywa tylko i wyłącznie na wykonawcy. Niedopełnienie powyższego obowiązku obciąża zatem tylko wykonawcę i nie stanowi z pewnością żadnej wady postępowania przetargowego.

Liczne wyroki KIO (np. wyrok z dnia 16.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 265/10) wskazują, iż niedołożenia przez oferenta należytej staranności w podjęciu działań zmierzających do uniemożliwienia upływu terminu ważności wadium powoduje utratę interesu prawnego. Nadto wyrok ten stwierdza, iż z postępowania przetargowego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca może (a nawet ma obowiązek) przedłużyć wadium z własnej inicjatywy i nie musi czekać w tym względzie na wezwanie ze strony Zamawiającego. W zaistniałej sytuacji zamawiający miał obowiązek wykluczenia wybranego wcześniej wykonawcy: PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert. Tezę tę potwierdza wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/09: *"(..) zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o zaistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 24 ust 1 Pzp art. 5 Kodeksu*

Cywilnego stanowi: nikt nie może czynić użytku ze swoich praw w sposób sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem prawa (...)". Teza ta dotyczy także okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 Pzp.

Odwołujący się podnosi, że Zamawiający, po stwierdzeniu braku zabezpieczenia oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. przez wadium, miał i ma obowiązek powtórzenia czynności oceny ofert, obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania przetargowego, wezwania następnego w kolejności wykonawcy, którego oferta uczestniczy w postępowaniu kwalifikacyjnym (szczególnie, jeżeli jest ona niższa niż kwota przewidziana przez zamawiającego na realizację zamówienia) do ponownego wniesienia wadium oraz dokonania ponownego wyboru oferty i zawarcia ważnej umowy.

Następnym w kolejności wykonawcą jest Odwołujący, którego oferta jest prawidłowa, spełnia wymagania SIWZ, a cena jest niższa niż kwota przewidziana przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia. Jest zatem możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Podniósł, iż w opisanej powyżej sytuacji, zawarcie takiej umowy jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Nie zachodzi bowiem sytuacja obiektywnej niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy (co zachodziłoby np. gdyby nie było żadnego wykonawcy, nie byłoby z kim zawrzeć umowy) - zatem nie mają miejsca przesłanki dopuszczające unieważnienie postępowania przetargowego (wyrok ZA z 13.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1666/06, wyrok KIO z 26.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 589/10). Zamawiający natomiast - zamiast dokonać wskazanych powyżej czynności i zawrzeć umowę (ponieważ jest wykonawca, z którym można ten cel osiągnąć) bez uzasadnionej przyczyny unieważnił całe postępowanie.

Zamawiający naruszył art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, wypaczając jego sens. Poprzez niewłaściwe zastosowanie dokonał przedwczesnego unieważnienia postępowania przetargowego, zaniechał przy tym dopełnienia wszystkich ustawowych procedur zmierzających do osiągnięcia celu przetargu, zawarcia umowy. Unieważnienie postępowania przetargowego przy braku spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp oznaczałoby przeniesienie odpowiedzialności za błędne postępowania jednego z oferentów na oferentów pozostałych, nieobarczonych tym błędem. Brak należytej staranności Zamawiającego (a tym bardziej jednego z oferentów) nie może stanowić wystarczającej przesłanki do unieważnienia postępowania (wyrok z dnia 09.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 398/09). Przywołał także wyrok KIO z dnia 28.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 497/09. Podniesione okoliczności wskazują na konieczność i potrzebę unieważnienia decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania oraz jego przywrócenie.

Zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zaskarżonym

postępowaniu przetargowym poprzez ograniczenie czynności wyboru ofert wyłącznie do oferty jednego oferenta (PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o.). W sytuacji zaistnienia ustawowych przesłanek do wykluczenia wyżej wymienionego oferenta z postępowania przetargowego w jego trakcie, przed zawarciem umowy (a to z powodu ustania ważności wadium) - Zamawiający pominął wszystkich pozostałych oferentów oraz zaniechał udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Ewidentnie celem działania Zamawiającego nie jest wybór najkorzystniejszej spośród złożonych, ważnych i nie podlegających wykluczeniu ofert. W naszej ocenie i naszym przekonaniu unieważnienie postępowania przetargowego ma na celu tylko i wyłącznie danie nowej szansy PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. na uczestniczenie w kolejnym przetargu oraz złożenia w nim nowej (ważnej) oferty.

Zamawiający nie liczy się przy tym z interesami pozostałych oferentów, którzy nie są wykluczeni z postępowania przetargowego, których oferty pozostają ważne i z którymi jest możliwe zawarcie niepodlegającej wykluczeniu umowy. Interes publiczny nie jest zbieżny z interesem Zamawiającego, który dąży do udzielenia zamówienia wyłącznie jednemu, wybranemu wykonawcy: PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. Takie zachowanie zamawiającego narusza postanowienia art. 7 ust 1 Pzp. Wnosił także o nakazanie:

a) powtórzenia czynności oceny ofert oraz wykluczenie z postępowania przetargowego wykonawcy: PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z powodu zaistnienia okoliczności opisanych w art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp (*brak zabezpieczenia oferty wadium*),

b) odrzucenia oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp

Zamawiający w dniu 07.07.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie zostały zgłoszone.

W dniu 13.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu przedmiotowego środka ochrony w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Po pierwsze, odnośnie czynności unieważnienia postępowania, o ile, zarzut Odwołującego okazałby się słuszny, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania oznaczałoby, że w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., tj. Odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Ponadto, Odwołujący nie wykazał także czy poniósł lub może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy. Zatem wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że zaskarżona czynność Zamawiającego

(unieważnienie postępowania) nie miałyby miejsca, nie oznacza to, że Odwołujący uzyskałby zamówienie.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący uchybił terminowi (art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP) na wniesienie odwołania na zaniechanie Zamawiającego polegające na niewykluczeniu PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania. Jak wskazuje sam Odwołujący w treści pisma z dnia 03.07.2010 r., oferta złożona przez PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. nie była zabezpieczona wadium w określonej w SIWZ formie od dnia 08.06.2010 r. Zatem już w dniu 08.06.2010 r. Odwołujący mógł powziąć wiadomość o zaistnieniu okoliczności, które w jego ocenie miałyby być podstawą do wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania, a wobec nie podjęcia takiej czynności przez Zamawiającego, do złożenia odwołania na zaniechanie Zamawiającego. Odwołujący powziął wiadomość o w/w okolicznościach najpóźniej w dniu 17.06.2010 r., jak wynika z oświadczenia Odwołującego złożonego w dniu 18.06.2010 r. podczas rozprawy toczącej się w wyniku złożonego przez Odwołującego odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1117/10 (oświadczenie zapisano w protokole). Zatem już z powodu przeszkód formalnych, odwołanie w w/w zakresie nie może zostać rozpoznane.

Odnosnie odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z uwagi na brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, kwestia interesu we wniesieniu odwołania ma charakter wtórny, jako że odwołanie nie zostało wniesione w prawidłowym terminie. Podkreślił, że Odwołujący nie kwestionował czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z powodu, o którym mowa w odwołaniu. Nie złożył także w terminie odwołania na zaniechanie polegające na niewykluczeniu PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium. Z kolei Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo dokonał czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (co potwierdzono m.in. w wyroku KIO z dnia 23.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1117/10).

W ocenie Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp. Podtrzymał argumentację z uzasadnienia unieważnienia postępowania. Z uwagi na fakt, że brak nieprzerwanego prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium (po prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej), a jednocześnie nie ma podstaw do wybrania innej oferty spośród pozostałych ofert, ani nie ma podstaw do dokonania ponownej oceny ofert jako, że wybór oferty najkorzystniejszej został już prawidłowo dokonany, w ocenie Zamawiającego, nie ma możliwości zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu z którymkolwiek oferentem, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z Pzp. Ponowny wybór ofert (po uprzednim prawidłowym dokonaniu takiej czynności), w okolicznościach

innych niż przewidziane w przepisie art. 94 ust. 3 Pzp zdaniem Zamawiającego naruszałoby przepisy Pzp i mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co może stanowić jednocześnie przyczynę unieważnienia umowy (art. 146 ust. 6 Pzp). Z powyższych względów unieważnienie postępowania przetargowego w przedmiotowej sprawie było uzasadnione i konieczne. Zatem, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, iż Zamawiający nie może zgodnie z prawem zawrzeć umowy ani z PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., ani z Odwołującym. Zamawiający dokonał należytej oceny ofert w niniejszym postępowaniu i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, działając w celu określonym w przepisie art. 2 pkt 7a Pzp. Podkreślił, że Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek przestrzegania ściśle określonych reguł postępowania, w tym zasad wyboru oferty najkorzystniejszej. Postępując zgodnie z nimi. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą, z uwagi na okoliczności faktyczne (brak należytego zabezpieczenia oferty wadium przez wybranego wykonawcę) nie może zawrzeć umowy, nie ma też możliwości wyboru oferty spośród pozostałych (art. 94 ust. 3 Pzp). Wprawdzie celem postępowania jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, ale realizacja tego celu może następować tylko w zgodzie z Pzp, o co zabiega Zamawiający. Dążenia do zawarcia umowy nie można traktować jako cel nadrzędny, który można osiągać dowolnymi środkami. W tym miejscu podkreślił, że orzecznictwo, na które powołuje się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, w gruncie rzeczy nie jest adekwatne do sytuacji mającej miejsce w przedmiotowej sprawie. Rozstrzygnięcia w przywołanych sprawach zapadały w innych okolicznościach faktycznych (abstrahując od zmian w Pzp) - a w szczególności, spory dotyczyły sytuacji, w których Zamawiający bądź to nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, bądź to dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nieprawidłowo. Ponowny wybór ofert w postępowaniu może mieć miejsce w okolicznościach określonych w przepisie art. 94 ust. 3 Pzp lub gdy wybór oferty najkorzystniejszej był wadliwy, w szczególności w przypadku, gdy czynność zostanie zaskarżona i środek ochrony zostanie uwzględniony. Przepisy przytoczone w uzasadnieniu odwołania - art. 181 ust. 2, art. 186 ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, w których przewiduje się ponowny wybór oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego odnoszą się do sytuacji, gdy czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej była nieprawidłowa, co zostało uznane przez samego Zamawiającego (art. 182 ust. 2 Pzp) lub stwierdzone przez KIO (art. 186 ust. 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp). W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający prawidłowo wybrał ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 Pzp, stosując kryteria określone w SIWZ, co zostało potwierdzone także przez KIO.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego unieważnienie postępowania w przedmiotowej sprawie było uzasadnione i konieczne, zgodne z przepisami Pzp, a wobec powyższego zarzut naruszenia uczciwej konkurencji jest bezpodstawny. Każdy podmiot w przedmiotowym postępowaniu mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia,

zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym także na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołanie na zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą w unieważnionym postępowaniu w ocenie Zamawiającego nie zostało wniesione w prawidłowym terminie, a jego rozpatrywanie jest bezpodstawne. Z ostrożności należy przy tym podkreślić, że w okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Zamawiającego uzasadnione i konieczne było unieważnienie postępowania, z powodów, o których mowa powyżej. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający nie wykluczył z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta w/w wykonawcy nie mogła zostać uznana za odrzuconą. Z uwagi na powyższe zarzut jest bezpodstawny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, pismem Odwołującego z dnia 22.06.2010 r., zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania z dnia 25.06.2010 r., wezwaniem wystosowanym przez Odwołującego z dnia 28.06.2010 r. wraz z załącznikami raportem Kasowym RK Nr 1/06/2010, dowodem wpłaty KP 1/06/2010, uzasadnieniem faktycznym unieważnieniem postępowania z dnia 30.06.2010 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, 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 Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz po ofercie PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i wykluczenia PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy odwoławczej o sygn. akt: KIO/UZP 1117/10, jak i do akt przedmiotowej sprawy odwoławczej w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o., oferty Odwołującego, pisma Odwołującego z dnia 22.06.2010 r., zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 25.06.2010 r., wezwania wystosowanego przez Odwołującego z dnia 28.06.2010 r. wraz z załącznikami raportem Kasowym RK Nr 1/06/2010, dowodem wpłaty KP 1/06/2010, uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania z dnia 30.06.2010 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma Odwołującego z dnia 13.07.2010 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu oraz odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 13.07.2010 r. (pismo Odwołującego z dnia 13.07.2010 r.).

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp przez zaniechania wykluczenia PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o. o. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, mimo wygaśnięcia gwarancji wadium i niezabezpieczenia skutecznie złożonej oferty wadium po 7.06.2010 r., Izba uznała za spóźniony. Izba uznała, że definitywnie wiedza w zakresie będącym przedmiotem zarzutu Odwołujący uzyskał 21.06.2010 r. Z uwagi na brak możliwości częściowego odrzucenia odwołania, zarzut niniejszy pozostanie bez rozpatrzenia.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp, tzn. unieważnienia postępowania mimo braku podstaw do niniejszej czynności, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w dniu 28.05.2010 r. dokonał wyboru oferty PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. Firma ta wniosła w niniejszym przetargu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 250001189643 ważnej do dnia 07.06.2010. Po dniu 07.06.2010 r. nie wniosła skutecznie wadium na przedłużony okres związania ofertą. W związku z wniesieniem odwołania z dnia 04.06.2010 r. (wyrok KIO z dnia 23.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1117/10) od powyższego wyboru także przez PION Sp. z o. o. do dnia 07.06.2010 r. nie została zawarta umowa pomiędzy Zamawiającym, a PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. Od dnia 08.06.2010 r. oferta wybranej firmy nie jest zabezpieczona wadium. W dniu 07.06.2010 r. PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. wniósł nieskutecznie w pieniądzu w kasie

Zamawiającego kwotą wadium. Zamawiający, pomimo wiedzy i świadomości braku zabezpieczenia oferty ważnym wadium nie wykluczył PROJ-PRZEM-PROJEKT Sp. z o.o. z postępowania, nie wszczął także w tej sprawie żadnych działań ani procedur w okresie od 08.06.2010 r. do 25.06.2010 r. Działania takie Zamawiający podjął dopiero po pisemnym wezwaniu Odwołującego z dnia 22.06.2010 r. Ich efektem było unieważnienie postępowania przetargowego w całości. Odwołujący przedłużył termin związania ofertą, zaś wadium zostało zwrócone przez Zamawiającego zgodnie z art. 46 ust.3 Pzp po unieważnieniu postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba rozpatrzyła zarzut merytorycznie uznając, że Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, albowiem unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a nakaz zawarty w sentencji, jak również okoliczności przedmiotowej sprawy, już z mocy Pzp, nakładają na Zamawiającego mimo jego nietrafnych stwierdzeń, obowiązek powtórzenia badania i oceny złożonych ofert.

Po drugie, należy wskazać za orzecznictwem, że Zamawiający ma obowiązek na każdym etapie postępowania w przypadku gdy poweźmie wiadomość będącą podstawą do wykluczenia wykonawcy, do dokonania oceny oferty tegoż wykonawcy - taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie (podobnie wyrok KIO z dnia 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO 609/10). Powyższa zasada w swej istocie, już sama w sobie podważa zasadność argumentacji Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że ani art. 24 ust. 2 pkt 2, ani art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp nie mówią o fakultatywnej możliwości wykluczenia, czy też odrzucenia, ustanawiając w tym zakresie oblig.

Po trzecie, gdyby uznać argumentację Zamawiającego, nie byłaby możliwa, co do zasady powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert przez organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez nakazu wynikającego z orzeczenia KIO, co jest zupełnym nieporozumieniem.

Po czwarte, podnoszona kwestia prawidłowości pierwotnego wyboru oferty z dnia 28.05.2010 r. winna być rozpatrywana, na stan z dnia jego dokonania i nie odnosić się do sytuacji prawnej, która między czasie uległa zmianie. Wobec jednoznacznego potwierdzenia przez Zamawiającego okoliczności związanych ze zmianą stanu prawnego w postępowaniu i przyznaniu zaistnienia okoliczności, które winny być podstawą wykluczenia jednego z uczestników postępowania, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za nieuzasadnione (brak wpływu kwoty wadium w pieniądzu na konto Zamawiającego w wymaganym terminie i brak ciągłości zabezpieczenia oferty wadium, jak również stanowisko wynikające z orzecznictwa – patrz wyrok KIO z dnia 14.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 663/08, wyrok KIO z dnia 13.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 140/09, wyrok z dnia 9.04.2009 r., sygn. akt:

KIO/UZP 407/09, wyrok KIO z dnia 11.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 141/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29.09.2009 r., sygn. akt: X Ga 260/08).

Zaś przedstawioną argumentację Izba uznała za błędną, art. 94 ust. 3 Pzp nie ma w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowania, gdyż dotyczy zupełnie innej sytuacji tzn. „(..)bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny (..)”, ale nie oznacza to konieczności unieważnienia postępowania, jak wnosił Zamawiający, lecz zmiany czynności pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28.05.2010 r., która utraciła status „*prawidłowej*”, czego zdaje się usilnie nie dostrzegać Zamawiający. Orzeczenie z dnia 23.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1117/10 dotyczyło zupełnie innych kwestii i nie należy traktować jego korzystnego charakteru dla Zamawiającego, jako pełnego, całkowitego i niezmiennego probierza prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28.05.2010 r., tym bardziej, że KIO nie ma obowiązku kontrolowania całego prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przy rozpatrywaniu konkretnych zarzutów, którymi jest związana. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić zgodnie z kryteriami oceny ofert oraz z pośród ofert ważnych, złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania, których oferty nie odrzuca się zgodnie z art. 89 ust.1 Pzp i zabezpieczonych wadium.

Po piąte, Odwołujący zważywszy na przedłużenie terminu związania ofertą przez niego (złożył w tym zakresie oświadczenie na rozprawie), czemu nie zaprzeczył Zamawiający na rozprawie, stanowisko wynikające z orzecznictwa (np. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1261/09), które w nowym stanie prawnym nie utraciło swojej aktualności, deklaracje Odwołującego złożoną na rozprawie, jak i brzmienie art. 46 ust. 3 Pzp po nowelizacji, nadal jest uczestnikiem postępowania, a jego oferta jest ważna, tzn. jej status prawny nie uległ zmianie w odróżnieniu od oferty konkurencyjnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunków będących podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....