

Sygn. akt: KIO 2541/22

## WYROK

z dnia 14 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kłodzko

### orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego POLLIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Miejskiej Kłodzko kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kłodzko, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), którego przedmiotem jest „Energoooszczędne oświetlenie uliczne i drogowe przy drogach publicznych gmin obszaru Ziemi Kłodzkiej” numer postępowania: ZP.271.10.2022.MG.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00132735/01.

W dniu 26 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy POLLIGHT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, w którym zakwestionował on czynność unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 264 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie zawarcia umowy z Odwołującym poprzez unieważnienie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej mimo złożenia przez Odwołującego oferty w pełni zgodnej z wymaganiami SWZ, oferty niepodlegającej odrzuceniu w Postępowaniu, przy jednoczesnym podejmowaniu pozornych czynności odsuwających w czasie zawarcie umowy i upływu 3 miesięcy od dokonania tego wyboru,
2. art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3, w zw. z art. 275 pkt 1 ust. 1 ustawy PZP - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem wynikających z tych przepisów zasad prowadzenia postępowania, w tym poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec faktu, że wybór ten był dokonany prawidłowo, a oferta Odwołującego, pierwotnie uznana za najkorzystniejszą, w rzeczywistości najkorzystniejszą pozostaje, a w ich efekcie także naruszenia innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania,  
- poprzez prowadzenie postępowania w trybie i przy użyciu instytucji nieznanej ustawie PZP, tj. poprzez dokonanie dodatkowej oceny ofert, w zakresie zgodności treści oferty co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej (a więc również po dokonaniu oceny/weryfikacji ofert złożonych w postępowaniu), a przed zawarciem umowy,
3. art. 284 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 286 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wykładni SWZ, w ramach procedury wyjaśnień SWZ, w sposób który zmienił wymagania co do spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia normy PN EN 13201, w ten sposób, że usunął ograniczenie znajdujące się w tej normie dot. górnej

wartości parametrów (z wyłączeniem współczynnika TI oraz EIR) – a następnie ocenę zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z pominięciem tak przyjętej wykładni,

4. a w ich wyniku także naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, które to zaniechanie zaktualizowało się z uwagi na unieważnienie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, nie podlegającą odrzuceniu, a Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu – czego Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował w toku Postępowania,
5. z ostrożności procesowej, także naruszenie art. 263 ustawy PZP, w sytuacji w której Zamawiający w wyniku unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej lub niezależnie od tej czynności dokonywałby kolejnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej powołując się jakoby na odmowę zawarcia przez Odwołującego umowy w postępowaniu z Zamawiającym (w treści uzasadnienia Zamawiający wskazuje, że Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, jednocześnie nie dokonując czynności zgodnie z art. 263 PZP ani nie powołując się na ten przepis),
6. a w ich efekcie także innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 20 września 2022 r. – unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

#### Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że po wyborze oferty Odwołującego w dniu 20 czerwca 2022 r. jako najkorzystniejszej, Zamawiający przez okres 3 miesięcy unika zawarcia umowy, kwestionując poprawność przedstawienia przez Odwołującego dokumentów, których ocena wykracza poza zakres postępowania, jak też zarzucając Odwołującemu, że odmawia zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, dokonał on wszelkich wynikających z przepisów ustawy oraz treści dokumentacji postępowania czynności prowadzących do zawarcia umowy i warunkujących jej zawarcie, a przede wszystkim przedłożył projekt oświetleniowy zawierający wszystkie elementy wraz z plikiem źródłowym zapisanym w odpowiednim formacie. Natomiast Zamawiający stoi na stanowisku, że przedłożona dokumentacja, w postaci projektu oświetleniowego zawierającego obliczenia fotometryczne nie potwierdza spełnienia wymagań co do przedmiotu zamówienia wynikających z SWZ.

Zdaniem Odwołującego zakwestionowanie tych dokumentów jest irrelevantne dla poprawności oferty i w żaden sposób nie może uniemożliwiać zawarcia umowy. Dokumenty te nie były bowiem oceniane w toku oceny ofert. Nie stanowiły elementu przedkładanej oferty, ale co najbardziej istotne - są interpretowane w oderwaniu od treści SWZ. Nie można również uznać, iż Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Na gruncie niniejszej sprawy, Odwołujący w sposób ewidentny, dąży do zawarcia umowy. Oczywistym przykładem dążenia do zawarcia umowy jest również wniesienie przedmiotowego Odwołania.

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację dla odparcia tezy Zamawiającego, jakoby oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie spełniał wymagań SWZ. Przede wszystkim Odwołujący zwrócił uwagę na treść wyjaśnień do SWZ z dnia 16 maja 2022 r., w których – jego zdaniem, Zamawiający wykluczył ograniczenie górnej wartości wyników podanych parametrów z wyłączeniem współczynnika TI oraz EIR, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego do SWZ. Zamawiający wprowadzając odmienne wymagania dla parametrów oświetleniowych poprzez określenie jedynie ich minimalnych poziomów w referencyjnych obliczeniach fotometrycznych, jednocześnie wskazując, że oczekuje lepszych parametrów od tych przyjętych w normie de facto wyeliminował możliwość i konieczność spełnienia minimalnych parametrów wskazanych przez normę, na która się obecnie powołuje.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w ramach zaoferowanego przez niego rozwiązania nie doszło do przekroczenia dopuszczalnych maksymalnych wartości dla klas P, co miało by stanowić domniemaną zmianę klasy oświetleniowej. Odwołujący nie dokonał zmian klas P i przyjęte wyniki obliczeń natężenia oświetlenia  $E_m$  danej klasy spełniają wymaganie żądanej klasy, w tym nie przekraczają wymaganego poziomu oświetlenia klasy wyższej (kolejnej) niż wymagana.

Odwołujący podkreślił również, że po złożeniu ofert następuje faza badania tychże ofert w zakresie regulacji rozdziału 7 ustawy PZP w zakresie ich zgodności z SWZ. Badanie to finalizowane jest w myśl art. 253 informowaniem wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej – co wskazuje na zakończenie etapu oceny ofert w Postępowaniu. Dla oceny zaś zgodności oferty z wymaganiami SWZ nie wymagał przedstawienia przez wykonawców specyfikacji sprzętu, obliczeń fotometrycznych czy tym podobnych. Zakresu tego nie określił tak w SWZ jak też samej umowie. Badanie zaś tych dokumentów na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej jest rozważaniem ułomnym i pozostającym formalnie niezależnym od zaistniałego stanu faktycznego bez wpływu na wynik postępowania. W sporządzonej SWZ z badania takiego na etapie oceny ofert Zamawiający po prostu zrezygnował. Tym samym wykonywana procedura jest ułomna nie tylko merytorycznie – o czym powyżej, poprzez niewłaściwe odczytywanie przedstawionych

obliczeń ze sporządzoną SWZ, ale też formalnie bo nie może odnieść żadnego skutku wobec oferty już zbadanej pod względem zgodności oferty z SWZ.

Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego powinny skutkować uwzględnieniem odwołania.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 10 października 2022 r. Zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Zdaniem Zamawiającego, w odniesieniu do wyjaśnień treści SWZ z dnia 16 maja 2022 r., Odwołujący w zadanym pytaniu w istocie zwrócił się o akceptację zastosowania popraw, w odniesieniu do których w obliczeniach będą spełnione warunki Polskiej Normy PN-EN 13201, a nie o to, aby Zamawiający zrezygnował z wymogu spełniania Polskiej Normy PN-EN 13201.

W sformułowaniach Zamawiającego w żadnym miejscu nie ma mowy o rezygnacji z wymogów Polskiej Normy PN-EN 13201, a mowa jest o wykluczeniu jedynie i co najwyżej ograniczenia górnej 10%-owej wartości wyników podanych parametrów oraz o dopuszczeniu popraw, o akceptację których zwrócił się Odwołujący.

Tok sformułowań Zamawiającego jasno wskazuje, że zrezygnował on jedynie z ograniczenia górnej wartości dopuszczalnej 10%-owej tolerancji, ale bynajmniej z minimalnych wymogów wynikających z Polskiej Normy PN-EN 13201. Mało tego, konieczność spełnienia wymagań Polskiej Normy PN-EN 13201 wynika również z innych dokumentów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności z dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki nr VII do SWZ – w dokumentach tych wielokrotnie i notorycznie podkreślana jest konieczność dostosowania warunków oświetleniowych do Polskiej Normy PN-EN 13201.

Odnosnie poprawności oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że nabrał poważnych wątpliwości co do tego, czy oferta Odwołującego spełnia wymogi wyartykułowane w SWZ oraz w dokumentacji Postępowania. Zamawiający zwrócił uwagę na zapisy Działu IV pkt 6 SWZ, zgodnie z którym „(...) Na wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia wymagań poprzez wykonanie i załączenie przed podpisaniem umowy projektu oświetleniowego zawierającego wszystkie elementy wraz z plikiem źródłowym zapisanym w formacie .dlx lub równoważnym (...)”. W wykonaniu powyższego Odwołujący złożył co prawda projekt oświetleniowy, jednak Zamawiający wykrył w nim nieprawidłowości w wynikach obliczeń fotometrycznych. W toku korespondencji Stron na ten temat Odwołujący – nie kwestionując wymogu spełnienia Polskiej Normy PN-EN 13201 – nie był skłonny przedstawić obliczeń fotometrycznych, z których wynikałoby, że jego oferta spełnia wymogi ww. Normy.

Następnie Zamawiający przedstawił argumentację dla poparcia tezy, iż uprawniony był do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której powziął wątpliwości co do prawidłowości dokonania tejże czynności. Dodatkowo wskazał, że niniejsza sprawa dotyczy oceny, czy też weryfikacji przez tutejszą Izbę czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasadniczo więc sprowadza się do weryfikacji, czy Zamawiający – powziawszy wątpliwości co do zgodności z SWZ i dokumentacją Postępowania oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą, był uprawniony unieważnić swoją czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jak podkreślił Zamawiający, zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie jednolicie dopuszczalne jest, a wręcz nakazane – i to mimo jednoznacznego przepisu w tym zakresie – aby zamawiający, powziawszy wiedzę, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone jakąkolwiek wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie, dokonał tzw. autokontroli, a w szczególności unieważnił swoją wcześniejszą czynność w celu jej powtórzenia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 263 ustawy PZP, Zamawiający wskazał, że aby przepis ten mógł być przedmiotem jakiegokolwiek skutecznego zarzutu Odwołującego, musiałby najpierw być przez Zamawiającego zastosowany. Tymczasem w realiach niniejszej sprawy Zamawiający go nie zastosował, w szczególności ani nie dokonał ponownego badania ofert spośród ofert pozostałych, ani nie unieważnił postępowania.

Powyższe argumenty zdaniem Zamawiającego powinny prowadzić do oddalenia odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ramach postępowania odwoławczego zostały również złożone następujące dowody:

- Odwołującego:

a) wniosek Odwołującego z dnia 21 września 2022 r. o udostępnienie opinii powołanej w czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) pismo Zamawiającego z dnia 22 września 2022 r. stanowiące odpowiedź na wniosek Odwołującego o udostępnienie mu opinii wydanej przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, zespołu projektowego, Komitetu Technicznego nr 4 ds. Techniki Świetlnej, działającego na zlecenie Polskiego Komitetu Normalizacyjnego,

c) potwierdzenia przelewów (x2) o tytule płatności: „Zabezpieczenie – Energooszczędne oświetlenie uliczne i drogowe ZP.271.10.2022.MG” oraz „Zabezpieczenie – Energooszczędne oświetlenie uliczne i drogowe ZP.271.10.2022.MG część druga”.

Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się jednak tylko na niektórych dowodach.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Energooszczędne oświetlenie uliczne i drogowe przy drogach publicznych gmin obszaru Ziemi Kłodzkiej” numer postępowania: ZP.271.10.2022.MG.

Zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 czerwca 2022 r., za taką wybrana została oferta wykonawcy POLLIGHT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie uzyskując 100 punktów.

Zgodnie z treścią SWZ, tj. Rozdział IV punkt 6: *„(...)Na wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia wymagań poprzez wykonanie i załączenie przed podpisaniem umowy projektu oświetleniowego zawierającego wszystkie elementy wraz z plikiem źródłowym zapisanym w formacie. dlx lub równoważnym. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi.”* Zgodnie z punktem 8: *„Zamawiający wymaga aby przed podpisaniem umowy dostarczyć karty katalogowe, deklaracje zgodności, certyfikat ENEC.”*

Tożsame pouczenia znalazły się również w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z zastrzeżeniem, że wyłącza się z konieczności przedstawienia certyfikatu ENEC dla opraw O-1 i O-5 przed podpisaniem umowy, pod warunkiem przedstawienia takich certyfikatów na etapie realizacji zamówienia przy odbiorach częściowych obejmujących swym zakresem oprawy O-1 i O-5.

Zgodnie z treścią SWZ, tj. Rozdział IV punkt 6: (przed udzieleniem wyjaśnień z dnia 16 maja 2022 r.) *„Dopuszczalne jest odstępstwo od parametrów referencyjnych wyników fotometrycznych pod warunkiem spełnienia wymagań Polskiej Normy PN-EN 13201 z wyłączeniem luminancji natężenia oświetlenia na jezdniach, tzn. tolerancja dla parametrów  $L_m$ ,  $E_m$  i  $E_{min}$  dla jezdni na poziomie 10% w stosunku do referencyjnych obliczeń*

*fotometrycznych pod warunkiem spełnienia wymagań ww. Normy przy założeniu tych samych parametrów (szerokość drogi, szerokość modułu, współczynnik konserwacji, wysokość montażu, kąt nachylenia, nawierzchnia itp.) Zakłada się spełnienie tych parametrów na poziomie nie gorszym niż w wyliczeniach referencyjnych z dopuszczalnym odstępstwem.”*

Zgodnie z treścią wyjaśnień treści SWZ z dnia 16 maja 2022 r., pytanie nr 24:

*„Zamawiający wymaga aby oprawy oświetleniowe spełniały warunki normy Polskiej Normy PN-EN 13201 i bez żadnych podstaw prawnych ani technicznych wymaga także 10% tolerancji wyników oferowanych opraw względem wyników obliczeń referencyjnych luminancji natężenia oświetlenia na jezdniach, tzn. tolerancji dla parametrów Lm, Em i Emin dla jezdni. Pragnę zwrócić uwagę, że obliczenia referencyjne wykonane są na konkretnym produkcie jednego producenta i żaden inny nie będzie miał identycznych wyników. Narzucenie niezrozumiałej 10% tolerancji dla ww parametrów preferuje produkt, który został użyty w obliczeniach i dyskryminuje dostawców opraw, które osiągają wyniki zgodne z normą oświetleniową ale choćby w jednej z licznych sytuacji drogowych mocno różnią się od produktu z obliczeń referencyjnych.*

*Mając na uwadze równe traktowanie oferentów proszę o akceptację zastosowania opraw, dla których wykonano obliczenia fotometryczne wg warunków podanych w obliczeniach referencyjnych i wszystkie wyniki spełniają warunki Polskiej Normy PN-EN 13201.”*

Odpowiedź Zamawiającego:

*„Dokumentacja zawiera wszystkie niezbędne informacje do przygotowania równoważnych obliczeń fotometrycznych. Ponadto Zamawiający nie narzuca konkretnego programu obliczeniowego i dopuszcza obliczenia fotometryczne wykonane w programach np. Dialux, Relux lub innym równoważnym. Z uwagi na niepowtarzalność charakterystyki świetlnej opraw oświetlenia ulicznego Zamawiający wprowadził zapis dotyczący tolerancji w stosunku do parametrów oświetleniowych wymaganych dokumentacją techniczną. Zaznaczyć należy, że norma PN EN 13201 określa minimalne parametry jakie należy spełnić co nie zmienia faktu, iż zamawiający mając na względzie efektywność energetyczną oraz jakość oświetlenia może wymagać wyższych parametrów od potencjalnych oferentów. Zamawiający wyklucza ograniczenie górnej wartości wyników podanych parametrów z wyłączeniem współczynnika TI oraz EIR. Dodatkowo dopuszcza użycia opraw o strumieniu mniejszym, większym niż w obliczeniach bazowych pod warunkiem spełnienia parametrów oświetleniowych zgodnie z dopuszczalną tolerancją.”*



W dniu 1 lipca 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zaliczenie kwoty 150 000,00 zł wpłaconego wadium w poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W dniu 4 lipca Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokumenty wymagane przed podpisaniem umowy.

Następnie w okresie od lipca do września 2022 r. Odwołujący i Zamawiający prowadzili korespondencję dotyczącą prawidłowości przedkładanych dokumentów.

Pismem z dnia 20 września Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, przedstawiając uzasadnienie prawne i faktyczne.

Na dzień wyrokowania w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał dalszych czynności w postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Po pierwsze Izba pragnie podkreślić, że ocenie w ramach postępowania odwoławczego podlegają czynności zamawiającego już dokonane. Nie podlegają ocenie Izby przewidywane przez wykonawców działania zamawiającego. Jak bowiem stanowi art. 513 pkt 1 ustawy PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Zatem przedmiotem odwołania może być m. in. dokonana przez Zamawiającego czynność lub zaniechanie określonej czynności (pkt 2).

Z uwagi na powyższe, w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie miała podstaw dokonywać oceny, czy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia czy też brak jest podstaw do jej odrzucenia, a tym samym czy pierwotnie dokonany wybór był prawidłowy (zarzut nr 1). Badaniu nie podlegała również kwestia uchylania się przez Odwołującego od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż Zamawiający nie dokonał ponownej oceny ofert ani nie unieważnił postępowania z tego powodu (zarzut nr 5). Jeśli wskazane wyżej czynności zostaną przez Zamawiającego dokonane, wykonawcy będzie przysługiwać prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z tym ocenie Izby podlegała wyłącznie kwestia tego, czy Zamawiający mógł unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Skład orzekający w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Zamawiający ma

każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty (przykładowo jej niezgodność z SIWZ) później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować (tak: wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 r., KIO 2605/14).

Zamawiający stwierdzając istnienie wątpliwości odnośnie prawidłowości dokonanej czynności nie może ich pomijać. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o określonych faktach, umowa w sprawie zamówienia publicznego została podpisana z wykonawcą, którego oferta może być obciążona oczywistą wadliwością. Nie można więc stwierdzić, że w takim przypadku Zamawiający był bezwzględnie zobowiązany do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co jednak istotne, Zamawiający na dzień wyrokowania nie podjął dalszych czynności w postępowaniu. Ostatnią czynnością przez niego podjętą jest unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie wiadomo zatem jaki będzie rezultat ponownej oceny ofert. Nie można stwierdzić na obecnym etapie jakie czynności, jeśli jakiegokolwiek, Zamawiający podejmie wobec oferty Odwołującego czy też o podstawie prawnej takich czynności. Nie jest zatem możliwa ocena przez Izbę związanej z tym argumentacji przedstawianej przez Odwołującego. Wywód Odwołującego w zakresie zgodności jego oferty z warunkami zamówienia w kontekście prezentowanej wykładni SWZ jest więc przedwczesny i nie podlegał ocenie Izby.

Wobec powyższego, zdaniem Izby nie można stwierdzić, że Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów biorąc pod uwagę, że czynność taka umożliwia jedynie ponowne zbadanie złożonych ofert, a efekt tego badania jest obecnie nieznany. Z powyższych względów nie można również zgodzić się z zarzutem odwołania, jakoby Zamawiający dokonał dodatkowej, nieuprawnionej oceny ofert (zarzut nr 2) czy też ocenił zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia z pominięciem określonej wykładni SWZ (zarzut nr 3). Zamawiający nie dokonał bowiem tych

czynności, a jedynie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądzając o dalszym losie oferty Odwołującego.

Również teza leżąca u podstaw zarzutu nr 4 jest nieuprawniona. Zgodnie bowiem z definicją postępowania o udzielenie zamówienia, zawartą w art. 7 pkt 18 ustawy PZP należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Wynika zatem z powyższego przepisu, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do tego więc momentu Zamawiający uprawniony jest do korygowania swoich czynności, jeśli uzna, że istnieje ryzyko ich wadliwości. Taka sytuacja ma też miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający dopiero po ponownej ocenie złożonych ofert podejmie określone czynności i wskaże ich podstawę prawną, przy czym wszystkie te czynności wykonywane są w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż zdaniem Izby przepisy powoływane przez Odwołującego w treści zarzutów nie zostały przez Zamawiającego naruszone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba odstąpiła od zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów poniesionych w związku z uiszczeniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. W odniesieniu do pierwszej z ww. kategorii, Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że koszty ujawnione przez niego w nocie obciążeniowej zostały faktycznie poniesione, brak było zatem podstaw do ich zasądzenia. Natomiast w odniesieniu do drugiego z poniesionych kosztów wskazać należy, że zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1923) jednostki samorządu terytorialnego, którą jest również Zamawiający, zwolnione są od opłaty skarbowej. Nie można zatem poniesionego przez Zamawiającego kosztu uznać za uzasadniony.

**Przewodniczący:** .....