

POSTANOWIENIE
z dnia 1 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 marca 2017 roku przez wykonawcę **M. L. & C. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 3 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: **I.M., I.M., M.M., zamieszkałych przy (...), prowadzących działalność gospodarczą pod firmą MMC C. s.c., (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. L. & C. Sp. z o.o., (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W dniu 14 lutego 2017 r. (pismem z tego samego dnia) wykonawca M. L. & C. Sp. z o.o. z siedzibą w (...) (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności 3 Regionalnej Bazy Logistycznej z Krakowa (dalej „zamawiający”), polegającej na zawarciu umowy z wykonawcą w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek do skorzystania z tego trybu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 131 h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, przez przyjęcie, iż zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez MMC C. s.c. (tj. I.M., I.M., M.M. MMC C. s.c.) z uwagi na ochronę praw wyłącznych, łącznie z prawami własności intelektualnej oraz to, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia z przyczyn technicznych oraz związanych z ochroną praw wyłącznych jest MMC C. s.c., podczas, gdy okoliczności udzielenia zamówienia wykluczają istnienie praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a na rynku występują również inne podmioty będące w stanie wykonać zamówienie objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, w tym odwołujący,
2. art. 7 ust. 1 oraz 131h ust. 1, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, preferowanie konkretnego wykonawcy oraz uniemożliwienie innym, potencjalnym wykonawcom, w tym odwołującemu, pozyskania zamówienia w szczególności poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, tj. przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w sytuacji, gdy w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi żadna z okoliczności przewidzianych ustawowo jako przesłanka zastosowania trybu niekonkurencyjnego.

Odwołujący wniósł o:

3. uwzględnienie odwołania,
4. unieważnienia umowy zawartej z MMC C. s.c. w dniu 13 stycznia 2017 r.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 30-dniowego ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie

zamówienia z wolnej ręki zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r.

Podniósł, że pomimo, iż ogłoszenie zarejestrowane pod numerem 2017/S 012-018637 zostało sporządzone na formularzu ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, to jednak wyraźnie z jego treści wynika, iż dotyczy już udzielonego zamówienia, co – w ocenie odwołującego – stanowi ewidentnie informację o udzieleniu zamówienia w dniu 13 stycznia 2017 r, (sekcja V pkt V.2.1 ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), która to data jest wcześniejsza od daty przekazania ogłoszenia do publikacji.

Uzupełnił, że wcześniej nie zostało opublikowane żadne ogłoszenie dotyczące przedmiotowego zamówienia o zamiarze zawarcia umowy (zgodnie z sekcją IV pkt IV.2.1 ogłoszenia „o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*”).

Pismem z dnia 24 lutego 2017 r. – „*Informacja o wniesieniu odwołania po terminie*” – (wpływ oryginału pisma do Izby 1 marca 2017 r.) zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zostało wniesione po terminie.

Zamawiający wskazał, co następuje: „(...) zgodnie z treścią art. 66 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to ryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zastosowanie tego trybu, jako trybu niekonkurencyjnego, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych okolicznościach, które dla zamówień klasycznych szczegółowo określa art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, a dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa - art. 131h ust. 6 ustawy Pzp .

W przedmiotowym postępowaniu uzasadnieniem dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej było zaistnienie łącznie przesłanek określonych w art. 131h ust 1 w związku z art. 67 ust. 1 lit a i b ustawy Pzp (przedmiot zamówienia należy do „dziedziny” obronności i bezpieczeństwa, a jego wykonanie może zostać powierzone wyłącznie jednemu wykonawcy z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów).

Wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki następuje poprzez przesłanie wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia - zaproszenia do negocjacji w celu wynegocjowania postanowień umowy, która ma zostać zawarta w wyniku jego przeprowadzenia (art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu zaproszenie do negocjacji zostało przesłane wykonawcy MMC C. s.c. (faxem oraz e-mailem) w dniu 05.01.2017 r.

W związku z tym, iż wartość niniejszego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (postępowanie „unijne”) zamawiający miał ustawowy obowiązek wykonania w niniejszym postępowaniu czynności

wynikającej z art. 67. ust. 2 ustawy Pzp tj. przesłania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienia o wszczęciu postępowania

Czynność ta została w niniejszym postępowaniu wykonana. Zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zawierające faktyczne i prawne uzasadnienie jego zastosowania zostało przesłane do UZP faxem w dniu 05.01.2017 r..

Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Negocjacje z zaproszonym wykonawcą w niniejszym postępowaniu wyznaczono (w treści zaproszenia wszczynającego postępowanie) na dzień 12-13.01.2017 r .

Należy podkreślić iż na tym etapie postępowania wykonane zostały wszystkie czynności, których obowiązek wykonania w trakcie prowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wynika z przepisów ustawy Pzp.

Kolejnym obowiązkiem jaki ustawa Pzp nakłada na zamawiającego prowadzącego postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązek przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (wynikający z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp)..

Obowiązek ten został również wykonany w niniejszym postępowaniu – ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przesłane Urzędowi Publikacji Unii europejskiej w dniu 08.02.2017 r.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, którego wszczęcie nie następuje (tak jak w przypadku trybu P.N czy P.O) poprzez zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym, ale poprzez przesłanie wykonawcy zaproszenia do negocjacji.

Jest to tryb, w którym udzielenie zamówienia nie jest poprzedzone obowiązkiem wcześniejszej publikacji przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu.

Jednakże zgodnie z art. 66 ust. 2 ustawy Pzp – zamawiający po wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Na obowiązkową treść takiego ogłoszenia, wskazuje art. 66 ust. 2 ustawy Pzp stanowiąc, iż ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy powinno zawierać co najmniej:

1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;

- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

(nie ma tutaj obowiązku informowania o dacie udzielenia zamówienia)

Z przywołanego powyżej przepisu ustawy Pzp wynika iż:

1. *ustawodawca nie zastrzegł dla czynności zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub - odpowiednio - przekazania do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy żadnego terminu liczonego od dnia wszczęcia postępowania, po upływie którego ogłoszenie takie obarczone byłoby cechą bezwzględnej nieważności. Przywołany powyżej przepis nie precyzuje również terminu zamieszczenia lub przekazania ogłoszenia poprzez użycie w nim wyrażenia „niezwłocznie”, co dodatkowo pozwala uznać, że właściwym może być tutaj także termin po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcą (byleby przed zawarciem umowy „ex ante - uprzednio z punktu widzenia wcześniejszej sytuacji”, po zawarciu umowy - istnieje bowiem ustawowy obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia) tym bardziej, iż to właśnie po przeprowadzeniu negocjacji i uzgodnieniu wszystkich warunków realizacji zamówienia zamawiający zyskuje pewność iż zamówienie zostanie wykonawcy udzielone.*
2. *zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazanie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy to jedynie wynikające z treści art. 66 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego,*
3. *w treści ogłoszenia nie musi obowiązkowo znaleźć się informacja o dacie udzielenia zamówienia (informacja ta „wymuszona” jest treścią samego ogłoszenia ex ante)*
Jednakże opublikowanie przez zamawiającego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy daje mu następnie możliwość „korzystania” z przewidzianych przepisami ustawy Pzp uprawnień i daleko idących korzyści.

„Korzyścią” dla zamawiającego, wynikającą z opublikowania takiego ogłoszenia po wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki jest :

1. *Skrócenie terminu na wniesienie ewentualnego odwołania Termin na wniesienie odwołania biegnie wówczas od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp), a nie (jak błędnie wskazuje odwołujący) od dnia opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp - termin ten ma zastosowanie, jak stanowi przepis, w sytuacji gdy „ ... zamawiający nie opublikował ogłoszenia*

o zamiarze zawarcia umowy..."). Do wniesienia odwołania nie będzie miał wówczas zastosowania także przepis art. 182 ust. 2 - (nie ma w tym trybie ogłoszenia o zamówieniu) ani przepis art. 182 ust. 1 (nie ma tu czynności przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania)

2. Uchylenie sankcji unieważnienia umowy, gdyby zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki jednakże:

- miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, iż działa zgodnie z ustawą, oraz

- zawarł umowę odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu, w celu zapewnienia zamawiającemu możliwości skorzystania z uprawnień jakie daje publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy

- po 1.

ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (nazwane w procedurze „unijnej” ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*) ze względu na wartość zamówienia (zamówienie „unijne”) zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 13.01.2017r oraz opublikowane w Dz. Urz. U. E. w dniu 18.01.2017 r pod nr 2017/S 012-018637,

- po 2.

ogłoszenie to zawierało uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (sekcja IV. 1.1) Rodzaj procedury),

- po 3.

umowa z wykonawcą MMC C. s.c. została zawarta po upływie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* (ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tj. w dniu 31.01.2016r.

Zatem w niniejszym postępowaniu odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania od dnia 18.01.2017r.

Czynnością tą jest niewątpliwie uzewnętrznienie przez zamawiającego woli udzielenia zamówienia wykonawcy MMC C. s.c. po przeprowadzeniu z nim negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (o czym ma informować treść ogłoszenia *ex ante*).

Jeśli zaś chodzi o samo ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, które to ogłoszenie odwołujący mylnie uznaje za ogłoszenie o udzieleniu zamówienia to: Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy Pzp ogłoszenia, o których mowa w ustawie:

1) zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych,

2) publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej

W przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tzw. zamówień „unijnych”) zamawiający nie zamieszcza ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale ma obowiązek przekazywać ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji unii Europejskiej.

Zamawiający nie ma jednak wpływu ani na nazwę takiego ogłoszenia ani na nazwę rubryk formularza ogłoszenia, które musi w nim wypełnić.

Wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone są w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jednym ze wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych jest ogłoszenie pod nazwą ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, stanowiące załącznik nr 8 do tego rozporządzenia.

W przedmiotowym postępowaniu (ze względu na jego wartość) zamawiający zobowiązany był jednak do przekazywania ogłoszeń, o których mowa w ustawie Pzp Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 7 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje takie ogłoszenia zgodnie ze wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień (art. 11 ust.7)

Dyrektywa 2009/81/WE (dyrektywa „obronna”) przewiduje następujące wzory formularzy do wypełnienia:

- ogłoszenie o profilu nabywcy
- ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante
- wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa
- ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa
- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa
- ogłoszenie o podwykonawstwie.

W tym przypadku zamawiający również nie ma wpływu ani na nazwę takiego ogłoszenia ani na nazwę rubryk formularza, które w ogłoszeniu musi wypełnić.

Ogłoszeniem jakie zamawiający w ramach niniejszej procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki mógł wypełnić i przesłać do publikacji było ogłoszenie pod nazwą ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Sama już jednak nazwa tego ogłoszenia „ex ante” wskazuje że jest to ogłoszenie publikowane ex ante -

uprzednio, z punktu widzenia wcześniejszej sytuacji, a nie np. ex post - później, z późniejszej perspektywy.

Z samej już zatem nazwy ogłoszenia odwołujący mógł powziąć informacje, że jest to ogłoszenie informujące o czynności, która ma dopiero nastąpić - ogłoszenie informujące o zamiarze zawarcia umowy przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu ogłoszenie to nie zostało przesłane do publikacji tuż po przesłaniu wykonawcy MMC C. s.c. zaproszenia do negocjacji (05.01.2017 r), gdyż:

- 1. po „przejściu” wszystkich obowiązkowych pól sekcji I i II formularz narzucał do wypełnienia okno "liczba zamówień w sekcji V/Udzielenie zamówienia". Pozostawienie tego okna bez wypełnienia uniemożliwiało przejście do dalszych sekcji formularza. Wpisanie „0” - powodowało zaś ukazanie się komunikatu o błędzie.*
- 2. formularz ogłoszenia (sekcja V2.1) narzucał obowiązek podania daty zawarcia umowy/decyzji o udzieleniu koncesji, która to data w dniu 05.01.2017 r nie była znana.*

Bez wypełnienia tej sekcji, na której narzuconą nazwę zamawiający nie ma wpływu, nie można było „przejsć” do dalszych sekcji formularza.

Wpisanie zaś „daty przyszłej” powodowało ukazanie się komunikatu "data musi być wcześniejsza niż aktualna lub taka sama",

W związku z powyższym w dniu wszczęcia postępowania ogłoszenie ex ante (o zamiarze zawarcia umowy) nie zostało wypełnione i przesłane do publikacji.

Jednak po przeprowadzeniu negocjacji oraz zatwierdzeniu (w dniu 13.01.2017 r.) protokołu z negocjacji, który wskazywał iż strony uzgodniły wszystkie warunki realizacji przyszłej umowy i podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy MMC Consulting s.c, takie ogłoszenie mogło zostać wypełnione i przesłane, gdyż od tego dnia można było uznać że w dniu 13.01.2017r. podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia i że ta właśnie datę można umieścić w treści sekcji V.2.1) ogłoszenia ex ante.

W tym samym dniu (13.01.2017 r.) zostało przekazane do publikacji UPUE ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex antę.

W sekcji V.2.1) - jako datę zawarcia umowy (treść wymuszona przez formularz ogłoszenia) podana została data - 13.01.2017 r , która to data nie była faktycznie datą zawarcia umowy a jedynie datą podjęcia i zatwierdzenia decyzji o udzieleniu zamówienia.

Jednocześnie w sekcji VI.3 ogłoszenia - zamieszczona została stosowna informacja w brzmieniu: „W dniach 12-13.01.2017 r. negocjowano z wykonawcą MMC C. s.c. warunki realizacji zamówienia. Cenę za wykonanie zamówienia wynegocjowano na kwotę 6 102 297.88 PLN . W dniu 13.01.2017r. podjęto decyzje o udzieleniu zamówienia wykonawcy MMC C. s.c (a nie udzielono zamówienia wykonawcy ...).

Ogłoszenie to zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.02.2017 r.

Tym samym od dnia 18.02.2017 r. - tj. od momentu jego publikacji odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Samo zaś udzielenie zamówienia (czyli zawarcie umowy) nastąpiło faktycznie po upływie min. 10 dni od publikacji ogłoszenia tj. w dniu 31.01.2017r. celem zapewnienia zawartej umowie „ochrony” wynikającej z treści art. 146 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto co do podanego w ogłoszeniu ex antę uzasadnienia trybu procedury: W sekcji IV „Procedura” ogłoszenia ex antę podano jako uzasadnienie trybu udzielenia zamówienia -jedynie podstawę wynikającą z art. 67ust. 1 pkt 1 lit. a (a nie łącznie podstawę wynikającą z art. 67ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp) gdyż formularz ogłoszenia pozwalał na zaznaczenie tylko jednej "przesłanki - powodu" zastosowania trybu.

Obowiązek wynikający z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp tj. obowiązek przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia został w niniejszym postępowaniu również dopełniony.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przesłane U.P.U.E. w dniu 08.02.2017r. oraz opublikowane w Dz. Urz. u. E . w dniu 10.02.2017r. pod nr 2017/S 029-052915.”.

Pismem z dnia 27 lutego 2017 r. (złożonym na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego) odwołujący złożył „Replikę na odpowiedź zamawiającego” (dalej „Replika”).

Odwołujący wskazał, co następuje: „Na wstępie należy podkreślić, iż argumentacja Zamawiającego o braku technicznej możliwości wskazania innej daty (np. planowanej daty zawarcia umowy) jest całkowicie nietrafna, gdyż w bazach ogłoszeń, w tym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej publikowane są ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante bez wskazanej daty zawarcia umowy z wykonawcą, tj. z pominięciem wypełnienia sekcji V.2.1. ogłoszenia.

Ponadto, w ślad za argumentacją podniesioną już w treści samego odwołania, wskazać należy, iż informacje zawarte w ogłoszeniu nr 2017/S 012-018637opublikowanym w dniu 18.01.2017 r. w sposób jednoznaczny pozwalają na przyjęcie, iż zamawiający ogłoszeniem tym informuje o fakcie udzielenia zamówienia, a nie zaś dopiero o zamiarze jego udzielenia. Jak wskazał sam zamawiający, postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte już w dniu 5.01.2017 r. Zamawiający miał zatem dość czasu, aby opublikować takie ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, które mogłoby stanowić rzeczywistą podstawę powzięcia przez potencjalnych wykonawców informacji o prowadzonym postępowaniu i jego podstawach faktycznych i prawnych, a w konsekwencji

dawałoby możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej z odpowiednim wyprzedzeniem, które w sposób faktyczny zabezpieczałoby interesy wykonawców. Okoliczność, iż art. 66 ust 2 Pzp nie wskazuje konkretnego terminu na przesłanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, nie oznacza, iż dla skorzystania z uprawnień zamawiającego wynikających z Pzp związanych z publikacją takiego ogłoszenia, wystarcza przesłanie ogłoszenia dopiero po przeprowadzeniu całego postępowania. Zamawiający wyraźnie "wskazał, iż negocjacje z wykonawcą zostały przeprowadzone i zakończone uzgodnieniem postanowień umowy, zakończonych decyzją o udzieleniu zamówienia. Z całą pewnością nie można w takim stanie faktycznym mówić o fakcie publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy po wszczęciu postępowania. Nawet gdyby ogłoszenie to uznać za ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (co jest niemożliwe z uwagi na fakt podania daty 13.01.2017 r. jako daty zawarcia umowy), to zostałoby ono przesłane do publikacji już po przeprowadzeniu postępowania, a zatem nie mogłoby stanowić podstawy do skorzystania ze skróconych terminów na wniesienie odwołań przez wykonawców. Taki sposób interpretacji przepisu art. 66 ust. 2 Pzp przeczyłby istocie i celowi publikacji ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy.

Odwołujący wskazuje, iż działania Zamawiającego nie mogą prowadzić do ograniczania prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z taką sytuacją będziemy mieli natomiast do czynienia w niniejszym postępowaniu, jeśli argumentacja zamawiającego uznana byłaby za słuszną. Zamawiający w ogłoszeniu nr 2017/S 012-018637z dnia 18 stycznia 2017 r. wyraźnie zaznaczył, iż umowę w sprawie zamówienia publicznego zawarł już w dniu 13 stycznia 2017 r. Odwołujący miał zatem wszelkie prawo przyjąć, iż ma do czynienia faktycznie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, które nie zostało poprzedzone wcześniejszym ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy. Należy pamiętać, iż o charakterze dokumentu nie decyduje jego forma lub tytuł („ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante), ale treść dokumentu. W przedmiotowym stanie faktycznym treść ogłoszenia nr 2017/S 012-018637 z dnia 18 stycznia 2017 r. wyraźnie wskazuje na fakt udzielenia zamówienia w dniu 13 stycznia 2017 r. Jeżeli zatem z treści ogłoszenia wynika, że Zamawiający udzielił zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania niekonkurencyjnego, to należy je traktować nie inaczej, jak ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Działania Zamawiającego podejmowane po dniu 13 stycznia 2017 r. można jedynie poczytywać za próbę naprawienia ewentualnych błędów popełnionych przy wypełnianiu formularza ogłoszenia ex ante, podejmowaną w celu uniemożliwienia Odwołującemu obrony jego słusznym interesów (o czym świadczy m.in. brak odniesienia się do czynionych mu zarzutów w zakresie braku przesłanek do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki).

Co więcej, przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp, należy uwzględnić specjalny reżim, dotyczący postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzonych w trybach pozakonkurencyjnych, a w szczególności w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ustawodawca w myśl konstytucyjnego prawa do obrony, określił dłuższe terminy na wniesienie odwołania właśnie dla celów ograniczenia nadużycia uprawnień Zamawiającego. Dlatego w niniejszym postępowaniu podmioty zdolne do wykonania zamówienia, niesłusznie niedopuszczone do postępowania, mogły złożyć odwołanie w ustawowym, 30 dniowym terminie, przewidzianym w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, nie miały bowiem możliwości powzięcia informacji o fakcie prowadzenia postępowania przez zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem. Ogłoszenie z dnia 18 stycznia 2017 r. nr 2017/S 012-018637 absolutnie nie może bowiem zostać potraktowane jako ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, gdyż przeczy temu zarówno treść tego ogłoszenia, jak i moment przesłania go do publikacji.”

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że czynność wobec której odwołujący złożył odwołanie, tj. *„od niezgodnej z ustawą Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na zawarciu umowy z wykonawcą w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek do skorzystania z tego trybu”* (str. 2 odwołania), niezależnie od wniosków, jakie odwołujący wywiódł z ogłoszenia z dnia 18 stycznia 2017 r. o dobrowolnej przejrzystości ex ante, nie nastąpiła w dniu 13 stycznia 2017 r.

Na podstawie przesłanej przez zamawiającego kopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej przez zamawiającego *„za zgodność z oryginałem”* w tym przede wszystkim Umowy Nr 58/3RBLog/26/2017, a także ogłoszenia z dnia 10 lutego 2017 r. opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 029-052915 o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający zawarł umowę z przystępującym nie w dniu 13 stycznia 2017 r., ale w dniu 31 stycznia 2017 r. Była to umowa zawarta – jak wskazano w jej treści – *„Stosownie do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki (sprawa nr 8/2017), zadanie nr C/26/01) (...)”*

W konsekwencji zauważenia wymaga, że żądanie *„unieważnienia umowy zawartej z MMC C. w dniu 13 stycznia 2017 r.”* (str. 2 odwołania), zakładając nawet uwzględnienie odwołania, nie mogłoby zostać wykonane.

Przyjęcie przez odwołującego, że jest inaczej (tj. że umowę zawarto w dniu 13 stycznia 2017 r.), niezależnie od przyczyn, nie zmienia faktu, że umowa została zawarta 31 stycznia 2017 r.

Składając odwołanie, odwołujący zastosował przepis art. 182 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym *„Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (...) odwołanie wnosi się nie później niż w terminie: 1) (...) 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (...) w przypadku (...) zamówienia z wolnej ręki (...) – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem”*.

Jak wskazał: *„Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 30-dniowego ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r.”*.

Skład orzekający Izby ustalił jednak, że w tym przypadku należało zastosować przepis art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym *„Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”*.

Zastosowanie zacytowanego powyżej przepisu oznacza, że dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął (licząc od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy czyli ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, tj. od dnia 18 stycznia 2017 r.) w dniu 28 stycznia 2017 r.

Złożenie odwołania w dniu 14 lutego 2017 r. obliguje skład orzekający Izby do jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, tj. z tego względu, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Kwestia kluczową była ocena, czy – jak twierdził odwołujący – ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 było ogłoszeniem dotyczącym *„już udzielonego zamówienia”*, tj. stanowiło *„informację o udzieleniu zamówienia w dniu 13 stycznia 2017 r.”*, czy – jak twierdził zamawiający – było to ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 było ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy z następujących względów.

Po pierwsze, wypełniony przez zamawiającego formularz „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*” to „europejski odpowiednik” ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy

(art. 66 ust. 2 ustawy Pzp) i brak jest jakichkolwiek przesłanek, aby twierdzić, że zamawiający sięgając po ten formularz chciał w istocie zamieścić informacje, jakie wymaga ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Po drugie, sama nazwa formularza, tj. „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante” przesądza o charakterze informacji w nim zawartych – ex ante oznacza „z góry, przed wydarzeniem się czegoś”.

Po trzecie, zamawiający „jest zdany” na standardowy wzór formularza, w tym winien podać informacje zgodnie z nazwą poszczególnych sekcji i ich punktów, co oznacza, że wypełnić należało także sekcję V „*Udzielenie zamówienia/koncesji*” pkt 2.1. „*Data zawarcia umowy/decyzji o udzieleniu koncesji*”. Innymi słowy, treść formularza determinowana jest przez narzucany zamawiającemu wzór.

Skład orzekający Izby wskazuje, że złożone przez odwołującego na posiedzeniu ogłoszenia innych zamawiających (tego samego rodzaju, tj. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante), w których sekcja V.2.1. nie została wypełniona nie dowodzi możliwości wskazania daty późniejszej niż data przekazywania ogłoszenia do publikacji, a jedynie technicznej możliwości uchylenia się od podania żądanej informacji.

Po czwarte, wbrew twierdzeniom odwołującego, informacje zawarte w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 nie pozwalały „*w sposób jednoznaczny na przyjęcie, iż zamawiający ogłoszeniem tym informuje o fakcie udzielenia zamówienia*” (str. 2 Repliki), ponieważ, poza okolicznościami wskazanymi powyżej, uwzględnić należało także treść sekcji VI „*Informacje uzupełniające*”, gdzie zamawiający podał: „*W dniach 12-13.01.2017r. negocjowano z wykonawcą MMC C. s.c. warunki realizacji zamówienia. (...) podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy MMC C. s.c.*”.

Informacja ta wcale nie oznacza, że zamówienie zostało wskazanemu wykonawcy udzielone (nie została zawarta umowa), ale oznacza, że po stronie zamawiającego zapadła „dopiero” decyzja o udzieleniu zamówienia”, co koreluje z nazwą formularza i charakterem informacji w nim przekazywanych, a nadto – co podkreślał zamawiający – z ochroną umowy wynikającą z art. 146 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp (umowa nie podlega unieważnieniu, pomimo zastosowania zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, o ile zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z umową, a umowa została zawarta po upływie (...) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że w dniu 8 lutego 2017 r. zamawiający przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które w dniu 10 lutego 2017 r., tj. przed wniesieniem odwołania (co nastąpiło 14 lutego 2017 r.) zostało opublikowane pod numerem

2017/S 029-052915 – w sekcji VI.2) zamawiający podał, iż „Umowa z wykonawcą zawarta została w dniu 31.1.2017 r.”, wobec czego, tym bardziej nie można twierdzić, że informacje zawarte w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 pozwalały „w sposób jednoznaczny na przyjęcie, iż zamawiający ogłoszeniem tym informuje o fakcie udzielenia zamówienia”.

Twierdzenie odwołującego, iż „Działania Zamawiającego podejmowane po dniu 13 stycznia 2017 r. można jedynie pochylić za próbę naprawienia ewentualnych błędów popełnionych przy wypełnianiu formularza ogłoszenia ex ante, podejmowaną w celu uniemożliwienia Odwołującemu obrony jego słuszych interesów (o czym świadczy m.in. brak odniesienia się do czynionych mu zarzutów w zakresie braku przesłanek do skorzystania z trybu z wolnej ręki) były gołosłowne. Zauważyć także należy, że zamawiający odniósł się co do meritum sprawy, składając odpowiedź na odwołanie (niezależnie od pisma – *Informacja o wniesieniu odwołania po terminie*).

Skład orzekający Izby za trafne uznał także stanowisko zamawiającego co do tego, iż „ustawodawca nie zastrzegł dla czynności (...) przekazania do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy żadnego terminu liczonego od dnia wszczęcia postępowania”.

Nie podzielił zapatrywania odwołującego, iż podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia oznacza, iż postępowanie zostało przeprowadzone (zakończone).

Wcześniejsze przekazanie do publikacji (i publikacja) przez zamawiającego (wcześniejsze wobec czynności wszczęcia postępowania, co nastąpiło 5 stycznia 2017 r.) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie zmieniłoby samego terminu na wniesienie odwołania, wynoszącego w tym przypadku 10 dni.

Przypomnienia wymaga, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, nie podlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....