

Sygn. akt: KIO 2259/16

WYROK
z dnia 9 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ITM Poland S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **11 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Gdańska 147 85-915 Bydgoszcz,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ITM Poland S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ITM Poland S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie bezpośredniej ochrony osób i mienia w kompleksach wojskowych będących na zaopatrzeniu 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 209-378901 w dniu 28 października 2016 r.

W dniu 24 listopada 2016 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp i powiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., IPSP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., ISP Security Partner Sp. z o.o. Sp.k., Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp.k., ITM Poland S.A. (dalej „Konsorcjum Impel”), jako wykonawcę, który złożył ofertę.

Konsorcjum Impel wniosło odwołanie wobec powyższej czynności unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 91 ust 1 Pzp, przez zaniechanie dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 3 oraz art. 146 ust. 6 Pzp oraz art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez unieważnienie postępowania mimo braku podstaw prawnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego, nie ma przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp, gdyż nie ma podstaw do uznania, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oceniając okoliczności zastosowania tej przesłanki należy uwzględnić treść art. 146 Pzp, który określa przypadki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu żadna z przesłanek wymienionych w art. 146 Pzp nie miała miejsca. Na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po otwarciu ofert, uznając z góry, iż nie może dokonać oceny ofert na skutek rzekomego błędu w SIWZ, polegającego na dodaniu w dniu 10.11.2016r. w załączniku nr 15 do SIWZ (projekt umowy) postanowienia w § 15 ust. 2 pkt. 23 (dotyczącego naliczania kar umownych) o treści: „10% wartości brutto umowy, gdy Wykonawca wymieni 15% lub więcej składu osobowego zespołu pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia, a w stosunku do przedłożonego wykazu osób stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ i złożonego wraz z ofertą, w pierwszych dwóch miesiącach realizacji umowy”. W ocenie Zamawiającego za wadliwą należy również uznać czynność przedłużenia terminu składania ofert na dzień 16.11.2016r.

Odwołujący wskazał, że powoływane przez Zamawiającego okoliczności z oczywistych względów nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania na gruncie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 Pzp przewiduje prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli ten stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis odwołuje się wprost do przesłanek warunkujących unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe - w ocenie Odwołującego - przesłanki do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, określone w art. 146 ust. 1 i ust. 6 stanowią podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. „wadę postępowania” (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Odwołujący przyznał, że podnoszone przez Zamawiającego rzekome naruszenia przepisów nie mogą być aktualnie naprawione przez Zamawiającego na etapie postępowania - po upływie terminu składania ofert. Nie należą one jednak do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia

publicznego w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 Pzp), gdyż nie mają żadnego wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp).

Zdaniem Odwołującego, ustalenie w SIWZ określonych kar umownych i przesunięcie terminu składania ofert nie mogło nawet potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji w postępowaniu. Jeżeli w ocenie któregośkolwiek z wykonawców, ustalone kary umowne naruszały jego interes w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie, to był on uprawniony do złożenia odwołania na postanowienia SIWZ. Takie odwołanie nie zostało złożone, co potwierdza, że wykonawcy nie stwierdzili, aby opis warunków udziału w postępowaniu, czy też opis przedmiotu zamówienia naruszał przepisy ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 grudnia 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której potrzywał stanowisko, jak w decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 24 listopada 2016 r. Zamawiający w trakcie badania ofert powziął informację, że przygotował i przeprowadził postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonując zmiany SIWZ w dniu 10 listopada 2016 r. polegającej na dodaniu w załączniku 15 do SIWZ (projekt umowy) §15 ust. 2 pkt 23 dotyczącego naliczania kar umownych, o treści: „10% wartości brutto umowy, gdy Wykonawca wymieni 15% lub więcej składu osobowego zespołu pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia, w stosunku do przedłożonego wykazu osób stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ i złożonego wraz z ofertą, w pierwszych dwóch miesiącach realizacji umowy”. Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 16 listopada 2016 r.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał tej zmiany, aby zapobiec nieuczciwym praktykom wykonawców, polegającym na załączaniu do ofert „fikcyjnych” wykazów osób wskazanych do realizacji zamówienia, zawierających dane osób, które nie są zainteresowane realizacją zamówienia, celem wzięcia udziału w postępowaniu oraz dokonania ich późniejszej zmiany w oparciu o pracowników dotychczasowego wykonawcy. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że takie praktyki mogą prowadzić do sytuacji, gdy na dzień podpisania umowy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie dysponował właściwą ilością osób, albowiem dotychczasowy wykonawca będzie wyrażał wolę kontynuowania zatrudnienia osób, którymi posługiwał się przy realizacji zamówienia i osoby te nie będą chętne do świadczenia pracy na rzecz nowego podmiotu.

Zamawiający wskazał, że nabywana usługa ma na celu ochronę kompleksów wojskowych, na terenie których składowana jest broń, amunicja, materiały niebezpieczne czy sprzęt o strategicznym znaczeniu dla obronności i bezpieczeństwa państwa. Zamawiający nie może zatem sobie pozwolić na jakąkolwiek przerwę w realizacji tej usługi. Dokonana zmiana SIWZ może jednak w sposób niezamierzony przez Zamawiającego wpływać na

pozycję wykonawców w niniejszym postępowaniu, stawiając dotychczasowego wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej.

Usługi będące przedmiotem zamówienia są świadczone w oddalonych od siebie miejscowościach, istotne znaczenie ma w tej sytuacji pozyskiwanie pracowników lokalnych do wykonywania usługi. Wykonawca składa w ofercie w ramach wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu „wykaz osób” przeznaczonych do realizacji zamówienia. W przypadku wybrania jego oferty skład osobowy wskazanych pracowników zmienia się ze względu na zatrudnienie osób z rynku lokalnego. Pracownicy nie są zazwyczaj transferowani pomiędzy miastami, gdyż podwyższa to koszty realizacji usługi. Dokonana zmiana SIWZ utrudnia wykonawcom pozyskanie pracowników dotychczasowego wykonawcy usługi, który może być zainteresowany dalszym zatrudnieniem tych samych osób. Powyższe może naruszać zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp oraz może budzić uzasadnioną wątpliwość naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.

Wobec powyższego, Zamawiający miał obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia naruszający art. 29 ust. 2 Pzp, uniemożliwia potencjalnym wykonawcom równy dostęp do zamówienia oraz jednakową możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia, co skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie – opinię prawną z dnia 21 listopada 2016 r. w sprawie pisma wykonawcy CITY SECURITY S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 listopada 2016 r., potwierdzającą stanowisko Zamawiającego co do zasadności unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a w konsekwencji w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej - oferta Odwołującego złożona w postępowaniu podlegałaby ocenie, co nie wyklucza możliwości uznania jej za najkorzystniejszą.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców w ofercie, w ramach wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia.

W § 4 ust. 6 projektu umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przekazania mu przed rozpoczęciem realizacji umowy wykazu wszystkich pracowników ochrony przewidzianych do realizacji usługi wraz z podaniem numeru legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz legitymacji osoby dopuszczonej do posiadania broni oraz numeru, klauzuli i daty ważności poświadczenia bezpieczeństwa (upoważnienia), numeru zaświadczenia i daty przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, załączając potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie tych dokumentów.

W dniu 10 listopada 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez dodanie w załączniku nr 15 do SIWZ (projekt umowy) postanowienia w § 15 ust. 2 pkt. 23 (dotyczącego naliczania kar umownych) o treści: „10% wartości brutto umowy, gdy Wykonawca wymieni 15% lub więcej składu osobowego zespołu pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia, a w stosunku do przedłożonego wykazu osób stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ i złożonego wraz z ofertą, w pierwszych dwóch miesiącach realizacji umowy”. W związku z dokonaną zmianą SIWZ Zamawiający przedłużył termin składania ofert na dzień 16.11.2016 r.

W powyższym terminie składania ofert wpłynęła do Zamawiającego jedna oferta, złożona przez Konsorcjum Impel, tj. dotychczasowego wykonawcę usługi na rzecz Zamawiającego.

W dniu 18 listopada 2016 r. wykonawca CITY SECURITY S.A. z siedzibą w Warszawie złożył do Zamawiającego pismo, w którym zasygnalizował Zamawiającemu, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek dokonanej przez Zamawiającego w dniu 10 listopada 2016 r. zmiany treści SIWZ, która faworyzuje dotychczasowego wykonawcę usługi tożsamej z przedmiotem prowadzonego postępowania.

Powyższe pismo spowodowało, że Zamawiający dokonał analizy wprowadzonej zmiany treści SIWZ w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia, tj. usług bezpośredniej ochrony osób i mienia w kompleksach wojskowych, oraz stwierdził, że faktycznie usługi te są świadczone w oddalonych od siebie miejscowościach, zatem istotne znaczenie ma w tej sytuacji pozyskiwanie przez wykonawcę pracowników do wykonywania usługi na rynku lokalnym. Zamawiający, wprowadzając postanowienie w sprawie kary umownej z tytułu wymiany personelu przeznaczanego do świadczenia usług, chciał zapobiec nieuczciwym praktykom wykonawców polegającym na załączaniu do ofert „fikcyjnych” wykazów osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, które służą jedynie wykazaniu spełniania

warunków udziału w postępowaniu, a które następnie są zmieniane na etapie realizacji zamówienia, w oparciu o pracowników dotychczasowego wykonawcy realizującego te usługi. Wykonawca, który nie świadczy tych usług na danym terenie, w przypadku zawarcia umowy z Zamawiającym, może nie dysponować właściwą ilością osób z danego rynku lokalnego, gdyż dotychczasowy wykonawca będzie kontynuował zatrudnienia osób, którymi posługiwał się przy realizacji dotychczasowego zamówienia. Dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ wymaga dodatkowo pozyskania pracowników dotychczasowego wykonawcy już na etapie składania oferty, co mogłoby uchronić wykonawcę przed obciążeniem karą umowną na etapie realizacji zamówienia wówczas, gdy przystępując do realizacji umowy będzie on zmuszony do zmiany składu zespołu pracowników (w stosunku do listy osób załączonej do oferty).

Wprowadzając w dniu 10 listopada 2016 r., wskazane powyżej dodatkowe postanowienie, Zamawiający de facto zaprzeczył wynikającemu z § 4 ust. 6 projektu umowy zobowiązaniu wykonawcy do złożenia wykazu osób przewidzianych do realizacji usługi przed rozpoczęciem realizacji umowy. Wprowadzona zmiana faktycznie zobowiązuje wykonawcę do wskazania docelowych pracowników już na etapie składania oferty, gdyż w przypadku zmiany składu osobowego wykonawca będzie narażony na zapłatę kary umownej. Cechą charakterystyczną usług ochrony jest to, że skład osobowy wskazanych w ofercie pracowników (w ramach warunków udziału w postępowaniu) zwykle zmienia się na etapie realizacji umowy, ze względu na zatrudnienie osób z rynku lokalnego, gdyż pracownicy nie są transferowani pomiędzy różnymi miejscami świadczenia usług ochrony, gdyż znacznie podwyższa to koszty tych usług.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 146 ust. 1 Pzp wskazuje przypadki skutkujące nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z ustępem 6 tego artykułu, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że umowa w sprawie zamówienia może podlegać unieważnieniu w sytuacji naruszenia w prowadzonym postępowaniu przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało lub choćby mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców, poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowienia w załączniku nr 15 w § 15 ust. 2 pkt. 23, naruszył przepisy art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zaistniała zatem przesłanka do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 146 ust. 6 Pzp.

Nie budzi wątpliwości fakt, że wprowadzony przez Zamawiającego w dniu 10 listopada 2016 r. zapis o karze umownej stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę usług ochrony na rzecz Zamawiającego, gdyż na etapie składania oferty tylko on dysponuje pracownikami runku lokalnego, tj. w szczególności pracownikami, którzy obecnie świadczą usługę na kompleksach Zamawiającego, a co za tym idzie nie musi dokonywać ich wymiany. Żaden inny wykonawca nie mógł zatem przystąpić do przetargu, oferując konkurencyjne ceny, gdyż transferowanie pomiędzy miastami pracowników posiadających odpowiednie do wymagań Zamawiającego kwalifikacje oraz legitymacje osoby dopuszczonej do posiadania broni jest nieopłacalne.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż na obecnym etapie postępowania nie można stwierdzić, jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Przepis art. 146 ust. 6 Pzp wskazuje - jako przesłankę do unieważnienia umowy - zarówno naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, jak też takie, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Na etapie - przed dokonaniem oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej - nie można mówić o naruszeniu, które miało wpływ na wynik postępowania, lecz można mówić o naruszeniu, które może mieć wpływ na wynik postępowania (hipotetyczny). Skoro zatem postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do treści SIWZ w dniu 10 listopada 2016 r. stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, który aktualnie wykonuje daną usługę, to niewątpliwie należy stwierdzić, że taka zmiana treści SIWZ stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które może mieć wpływ na ewentualny przyszły wynik postępowania, gdyż skutkuje ono ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Wszyscy wykonawcy, poza tym, który aktualnie świadczy usługę, nie mogą złożyć oferty na takich samych warunkach jak wykonawca, który aktualnie świadczy tożsame usługi na rzecz Zamawiającego, gdyż narażają się na poniesienie kary umownej w wysokości 10 % wartości brutto umowy przy zmianie części personelu przeznaczonego do realizacji usługi.

Nie można wykluczyć zatem faktu, że złożenie w przedmiotowym postępowaniu tylko jednej oferty, dodatkowo - przez wykonawcę, który obecnie świadczy na rzecz Zamawiającego tożsamą usługę, jest konsekwencją dyskryminującego wobec innych potencjalnych wykonawców postanowienia SIWZ wprowadzonego w dniu 10 listopada 2016

r. Naruszenie w ten sposób zasady uczciwej konkurencji przy formułowaniu SIWZ mogło prowadzić do istotnego ograniczenia kręgu wykonawców, tj. do jednego tylko wykonawcy, który złożył ofertę, co niewątpliwie mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Fakt, że w tej sytuacji Zamawiający nie dokonał oceny oferty złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu pozostaje bez znaczenia wobec zaistnienia przesłanki do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazując, że powoływane przez Zamawiającego okoliczności z oczywistych względów nie stanowią podstawy do unieważnienia postępowania na gruncie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp, nie wykazał żadnych argumentów na poparcie tego twierdzenia. Ponadto, Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że podnoszone przez Zamawiającego naruszenia przepisów nie mogą być aktualnie naprawione (po upływie terminu składania ofert). Również podniesiony przez Odwołującego fakt, że wobec zmiany treści SIWZ w omawianym zakresie, nie zostało wniesione odwołanie, nie ma znaczenia przy ocenie, czy faktycznie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności nie przesądza o braku ich naruszenia.

Izba podzieliła zatem stanowisko Zamawiającego, że ustalenie w SIWZ kary umownej za zmianę składu zespołu pracowników w okresie dwóch pierwszych miesięcy realizacji umowy mogło istotnie wpłynąć na zaburzenie zasady konkurencji w postępowaniu. Nieprawidłowy i naruszający art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiał potencjalnym wykonawcom równy dostęp do zamówienia oraz jednakową możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia, stawiając wyraźnie dotychczasowego wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej, co w konsekwencji skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp. Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia tych przepisów na skutek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. W okolicznościach przesądzających o wadzie postępowania, która jest niemożliwa do usunięcia po upływie terminu składania ofert, Zamawiający nie był zobowiązany do dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż postępowanie podlegało unieważnieniu. Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisu art. 91 ust 1 Pzp, przez zaniechanie dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, ze względu na brak kognicji Izby w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....