

Sygn. akt KIO/31/11

WYROK
z dnia 20 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2011 r. przez **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową Nr 3918, ul. Wojska Polskiego 71, 63-200 Jarocin**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Secure Solutions (Polska) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i G4S Manned Security (Polska) Spółka Akcyjna, z adresem lidera konsorcjum: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 3918, ul. Wojska Polskiego 71, 63-200 Jarocin**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Jednostka Wojskowa nr 3918 w Jarocinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę fizyczną w kompleksie wojskowym nr 2321 w miejscowości Jarocin.

W dniu 23 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku badania i oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy STEKOP S.A. W dniu 24 grudnia 2010 r. Zamawiający sprostował oczywiste omyłki pisarskie popełnione w zawiadomieniu z dnia 23 grudnia 2010 r. w zakresie informacji podanych w pkt 1 pisma.

W dniu 29 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Security Sp. z o.o. i G4S Security Services S.A. Ww. działanie było skutkiem uznania przez Zamawiającego, że STEKOP S.A. nie dotrzymała określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dwudniowego terminu na zwrócenie się z wnioskiem o wydanie pozwolenia radiowego, a tym samym uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 7 stycznia 2011 r. STEKOP S.A. zwana dalej Odwołującym wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- uznania, że Odwołujący nie wypełnił w terminie nałożonych na niego obowiązków i uchyła się od zawarcia umowy,
- zatrzymania wadium,
- czynienia ze swego prawa użytku w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego przez uznanie, że działanie w błędzie wykonawcy daje Zamawiającemu prawo do uznania, że uchyła on się od zawarcia umowy, a w konsekwencji, zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 94 ust. 3, art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 grudnia 2010 r. polegającej na uznaniu, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy, dokonaniu wyboru następnej oferty oraz zatrzymaniu wadium,
- uznanie, że Odwołujący terminowo wypełnił ciążące na nim obowiązki, a tym samym brak jest przeszkód do zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z ostrożności procesowej, w razie uznania, że Odwołujący przekroczył termin złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i nie zachodzą okoliczności uzasadniające przyjęcie, że Zamawiający w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa oraz zasadami współżycia społecznego dąży do wykluczenia Odwołującego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium z uwagi na fakt, że zachowanie Odwołującego nie wypełnia dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje faktu, że Zamawiający przesłał do Odwołującego faks z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 23 grudnia 2010 r. o godz. 15:34. Wskazał jednocześnie, że zgodnie z przyjętym regulaminem pracy w STEKOP S.A., pracownicy administracyjni pracują w godz. 7:30-15:30, a co za tym idzie, o godz. 15:34 w biurze firmy nie było już żadnej osoby, która mogła by odebrać faks i zapoznać się z jego treścią. Odwołujący zwrócił uwagę na dyspozycję art. 61 kodeksu cywilnego, z którego wywiódł, że za moment złożenia oświadczenia drugiej stronie należy uznać chwilę, w której oświadczenie woli dotarło do adresata w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią, przy czym nieistotny jest fakt, czy takie zapoznanie z treścią oświadczenia woli faktycznie nastąpiło. Zwrócił również uwagę na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z których wynika, że godziny urzędowania Zamawiającego to poniedziałek-piątek godz. 7:00-15:00, stąd Odwołujący miał prawo przypuszczać, że po godzinie 15:00 nie uzyska od Zamawiającego żadnej informacji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien rozpatrywać kwestię doręczenia oświadczenia woli indywidualnie. Podkreślił, że dzień 24 grudnia 2010 r. tj. Wigilia Bożego Narodzenia był zgodnie z zarządzeniem Prezesa Zarządu spółki dniem wolnym od pracy w firmie STEKOP S.A., podobnie jak w wielu innym firmach, np. z powodu konieczności oddania dnia wolnego za dzień świąteczny 25 grudnia 2010 r. przypadający w sobotę.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za słusznością stanowiska Odwołującego jest, w jego ocenie, fakt, że w dniu 24 grudnia 2010 r. Zamawiający przekazał sprostowanie

informacji z dnia 23 grudnia 2010 r., zatem dzień 24 grudnia 2010 r. może zostać uznany za dzień doręczenia pełnej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jak wskazał Odwołujący, to na Zamawiającym ciąży obowiązek dowodzenia, w którym momencie oświadczenie woli doszło do adresata. Zauważył, że Zamawiający przesyłając informację o wynikach oceny ofert w dniu 23 grudnia 2010 r. zwrócił się z prośbą o potwierdzenie przez Odwołującego otrzymania ww. informacji. Potwierdzenie to Odwołujący przesłał w dniu 27 grudnia 2010 r. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, termin na złożenie wniosku do Urzędu Komunikacji Elektronicznej upływał w dniu 29 grudnia 2010 r. Podkreślił, że przekazał Zamawiającemu swoje stanowisko w tej sprawie oraz wymagane dokumenty w dniu 28 grudnia 2010 r., zatem dopełnił ciężących na nim obowiązków.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, aby Zamawiający mógł skorzystać z możliwości wyboru innego wykonawcy musi wykazać, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Uchylanie to działanie celowe, kierunkowe, a więc niezbędne jest wykazanie, że Odwołujący miał zamiar bezpośredni tzn. wiedział, że nie wypełnia swoich obowiązków i chciał doprowadzić do nie wypełnienia tych obowiązków. Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można przypisać takiego działania Odwołującemu. Zauważył, że Zamawiający nie podjął kroków w celu wyjaśnienia czy informacja dotarła do adresata, a w dniu 27 grudnia 2010 r., gdy uzyskał od wykonawcy potwierdzenie otrzymania informacji z dnia 23 grudnia 2010 r., nie wskazał na rozbieżności w tym zakresie.

W opinii Odwołującego, okoliczności sprawy wskazują, że Zamawiający nie ma woli zawarcia umowy, a jego działanie stoi w sprzeczności z art. 5 kodeksu cywilnego.

Jednocześnie Odwołujący przyjął, że nawet gdyby działanie Odwołującego było nieprawidłowe, to należałoby uznać, że działał on w błędzie, stąd brak jest podstaw do uznania, że wykonawca umyślnie uchyla się od zawarcia umowy. Odwołujący wywiódł też, że nawet nie dostarczenie żądanych dokumentów w żaden sposób nie uniemożliwia zawarcia umowy - Odwołujący informował Zamawiającego, że jest zainteresowany zawarciem umowy, złożył wymagane dokumenty, a tym samym brak jest wypełnienia dyspozycji art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, jak wskazał Odwołujący, nie zostały wypełnione przesłanki z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp uzasadniające zatrzymanie wadium. Oświadczył, że wypełnił nałożone na niego obowiązki i jest gotów do podpisania umowy.

W dniu 10 stycznia 2011 r. Zamawiający wystosował odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uznał za niepodważalny termin dostarczenia Odwołującemu informacji

o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. dzień 23 grudnia 2010 r. Wskazał, że informacja ta została w ww. dniu odebrana przez urządzenie faksowe Odwołującego, a ponadto zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego i w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, sprostowanie z dnia 24 grudnia 2010 r. nie powodowało istotnych zmian w treści informacji i nie stanowiło uzupełnienia zawiadomienia, ponieważ w zawiadomieniu znalazły się wszystkie wskazane przez ustawodawcę elementy. Tym samym, w opinii Zamawiającego, od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej rozpoczął się bieg dwudniowego terminu na zwrócenie się wykonawcy z formalnym wnioskiem o wydanie pozwolenia radiowego oraz pisemne poinformowanie Zamawiającego o dacie i prawidłowości złożenia ww. wniosku. Termin ten upłynął w dniu 27 grudnia 2010 r. Zamawiający stwierdził również, że Odwołujący mógł złożyć wniosek do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 27 grudnia 2010 r. – o konieczności dokonania tej czynności miał pełną wiedzę i mógł się do niej przygotować. Dodatkowo, w ocenie Zamawiającego, fakt, że siedziba Odwołującego i Urzędu Komunikacji Elektronicznej znajduje w tej samej miejscowości, dowodzi, że Odwołujący nie dochował należytej staranności przy dokonywaniu ww. czynności.

Zamawiający uznał, że indywidualny czas pracy w firmie Odwołującego nie uzasadnia przedłużenia wyznaczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu na uzupełnienie dokumentacji - Zamawiający nie może dostosowywać swoich działań do godzin pracy poszczególnych wykonawców.

Zamawiający wskazał też na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym skuteczne doręczanie zawiadomień o wynikach postępowania po godzinach pracy drogą faksową wyczerpuje hipotezę „możliwości” zapoznania się z treścią zawiadomienia, a tym samym przesądza o biegu terminów wskazanych w specyfikacji.

W dniu 10 stycznia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G4S Security Sp. z o.o. i G4S Manned Security (Polska) S.A. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2010 r. pod pozycją 2010/S 230-352000.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 778 688,52 PLN, co stanowi równowartość 202 836,29 euro.

W pkt V ppkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pozwolenia radiowego wydanego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wraz z Warunkami wykorzystania częstotliwości na teren Jarocina i okolic. W przypadku braku pozwolenia radiowego wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty umowę zawartą w tym zakresie z operatorem uprawnionym do świadczenia usług telekomunikacyjnych posiadającym stosowne pozwolenie radiowe albo oświadczenie informujące, że w przypadku wygrania przetargu w terminie 2 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty zwróci się z formalnym wnioskiem (wraz z wymaganymi załącznikami) o wydanie pozwolenia radiowego na używanie urządzeń radiowych w radiokomunikacji ruchomej lądowej na terenie miasta i gminy Jarocin do Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że niedopełnienie obowiązku zwrócenia się w terminie 2 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty z ww. wnioskiem oraz pisemnego poinformowania Zamawiającego o dacie i prawidłowości złożenia stosownego wniosku na wydanie pozwolenia radiowego potwierzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej skutkować będzie odstąpieniem przez Zamawiającego od podpisania umowy z wybranym wykonawcą oraz wyborem spośród pozostałych ofert oferty najkorzystniejszej, chyba że w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu lub upływie terminu związania ofertą – w takiej sytuacji postępowanie zostanie unieważnione.

W dniu 23 grudnia 2010 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą faksową informację o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 grudnia 2010 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu informację, że termin zwrócenia się z formalnym wnioskiem na wydanie pozwolenia radiowego oraz pisemne poinformowanie Zamawiającego upływa w dniu 29 grudnia 2010 r. i Odwołujący dochowa tego terminu. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wpłynęła do jego siedziby faksem w dniu 23 grudnia 2010 r. o godzinie 15:34 tj. po godzinach pracy pracowników administracyjnych. Wskazał, że dzień 24 grudnia 2010 r. był w firmie Odwołującego dniem wolnym od pracy na podstawie Zarządzenia nr 9/2009 Prezesa Zarządu Spółki. Odwołujący wywiódł ponadto, że nawet gdyby przyjąć jako moment otrzymania przez niego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dzień 24 grudnia 2010 r., termin na zwrócenie się z wnioskiem i poinformowanie Zamawiającego upływa w dniu 28 grudnia 2010 r.

W dniu 28 grudnia 2010 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu potwierdzenie złożenia wniosku o wydanie pozwolenia radiowego.

W dniu 29 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Security Sp. z o.o. i G4S Security Services S.A.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, skuteczność wniesionego środka ochrony prawnej uwarunkowana jest wykazaniem łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- uszczerbku w interesie w uzyskaniu zamówienia,
- poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez wnoszącego środek ochrony prawnej,
- naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
- związku przyczynowego pomiędzy szkodą a naruszeniem ustawy Pzp przez zamawiającego.

Dalsze ograniczenie wnoszenia środków ochrony prawnej zostało dokonane w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że odwołanie można wnieść wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wobec powyższego, nie każde naruszenie ustawy umożliwia skuteczne zaskarżenie działań zamawiającego – ustawodawca w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp określił, że zaskarżeniu w trybie odwołania przez wykonawcę podlegają wyłącznie czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, który określa postępowanie o udzielenie zamówienia jako postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Istotne z punktu widzenia rozpoznawania przedmiotowej sprawy jest określenie przez ustawodawcę początkowego i końcowego momentu postępowania. Niewątpliwie, postępowanie rozpoczyna się, w zależności od wybranego trybu, publicznym ogłoszeniem, bądź przekazaniem zaproszenia. Jako koniec postępowania ustawa określa wybór oferty najkorzystniejszej, przy czym w przypadku wniesienia przez wykonawców odwołań na czynność badania i oceny ofert, należy brać pod uwagę wybór oferty najkorzystniejszej dokonany po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej ustawodawca sprecyzował w Rozdziale 4 ustawy Pzp jednoznacznie określając podstawy i sposób postępowania zamawiającego. Jednocześnie, z procedurą wyboru oferty najkorzystniejszej związany jest szereg innych przepisów ustawy Pzp, jak np.:

- art. 7 ustawy Pzp statuujący podstawowe zasady postępowania tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- art. 26 ustawy Pzp określający obowiązek Zamawiającego do stawiania wykonawcom wymogu złożenia określonych oświadczeń i dokumentów oraz sposób ich uzupełniania,
- art. 46 ustawy Pzp precyzujący sytuacje, w których zamawiający zobowiązany jest do zwrotu wniesionego przez wykonawców wadium, podstawy zatrzymania wadium przez zamawiającego oraz formułujący uprawnienie zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, jeżeli jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania,
- art. 179 – 198g ustawy Pzp określające środki ochrony prawnej przysługujące wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i sposób ich rozpoznawania.

W tym miejscu należy wyraźnie wskazać, że wyborem, o którym mowa w art. 2 ust. 7a ustawy Pzp nie może być instytucja wyboru „następnej oferty z listy” przewidziana w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, znajdująca zastosowanie po zakończeniu postępowania o zamówienia publiczne. Na powyższe wskazuje już sama systematyka ustawy – możliwość wyboru oferty spośród pozostałych ofert została ujęta w przepisie określającym terminy, w jakich zamawiający może zawrzeć umowę z wykonawcą. Ponadto, ustawodawca jednoznacznie wskazuje, że czynność ta nie może być poprzedzona ponownym badaniem i oceną ofert. Przepis ten stanowi zatem swoisty wyjątek od zasady badania i oceny ofert przy zachowaniu zasad przewidzianych w ustawie oraz informowania wykonawców o wszelkich skutkach tych czynności. Tym samym, ustawodawca w tym przypadku wyeliminował wszelkie prawa i obowiązki zamawiającego związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, w tym te, o których mowa w Rozdziale 4 ustawy Pzp. Ustawodawca nie

nałożył zatem na zamawiającego dokonującego przyjęcia oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku informowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wykonawcach wykluczonych, bądź tych, których oferty zostały odrzucone, jak również o terminie, po upływie którego umowa może być zawarta.

Na wyraźne odróżnienie wyboru oferty najkorzystniejszej od wyboru, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje również treść ust. 1 art. 91 ustawy Pzp, który jednoznacznie określa podstawę dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Instytucja wyboru z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie została oparta na ustanowionych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert.

Dodatkowo, ustawa nie daje wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia uprawnienia do składania odwołań na wybór oferty, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp – wszelkie zastrzeżenia do sposobu oceny ofert przez zamawiającego powinny być rozpoznawane na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej poprzedzonej badaniem i oceną ofert. Wszystkie informacje związane z ww. działaniami zamawiającego nabierają statusu informacji wiążącej od chwili, gdy upływa termin na wniesienie odwołania. Okoliczność polegająca na uchylaniu się od zawarcia umowy nie ma wpływu na dalszy tok postępowania, bowiem w takiej sytuacji zamawiający może skorzystać z uprawnienia do zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, co nie powoduje nowych, nie znanych dotąd okoliczności mogących stanowić podstawę do zaskarżenia w trybie odwołania.

Wobec powyższego, do trybu wyboru oferty określonego w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania uprawnienie zamawiającego do żądania od wybranego wykonawcy ponownego wniesienia wadium, bowiem uprawnienie to statuuje się wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania.

Do wyboru oferty nie poprzedzonego badaniem i oceną ofert nie znajduje zastosowania również klauzula *standstill* oznaczająca minimalny okres zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i której celem jest zapewnienie wykonawcom prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej (art. 94 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, wybór oferty, w którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi przyjęcie oferty przez zamawiającego, jest oświadczeniem woli zamawiającego o zamiarze zawarcia umowy z danym wykonawcą w wyniku wcześniej dokonanej oceny.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że wybór oferty dokonany przez zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi czynność podejmowaną przez zamawiającego po zakończeniu postępowania, która zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie może być kwestionowana w drodze odwołania. Czynność ta może stać się podstawą zaskarżenia przez wykonawcę na drodze cywilnoprawnej.

Stwierdzając powyższe Izba nie rozpoznawała merytorycznie podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy, a co za tym idzie, także zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium, bowiem czynność ta stanowi konsekwencję czynności dokonanej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem. Jednocześnie, Izba nie uwzględniła pozostałych kosztów wykazanych w ww. rachunku z uwagi na fakt, iż zgodnie z § 17 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1337) w związku z § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, powinny one zostać wykazane osobnym rachunkiem. Izba nie uwzględniła również wniosku o zasądzenie kosztów złożonego przez Przystępującego, bowiem stosownie do treści § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, za wyjątkiem sytuacji, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, które w niniejszej sprawie nie zaistniały.

Przewodniczący:

.....