

**WYROK**  
z dnia 13 czerwca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Lecha 10, 41-800 Zabrze (pełnomocnik), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, A.S.A. Lubliniec Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kluczbork z siedzibą przy ulicy Katowickiej 1, 46-200 Kluczbork

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Lecha 10, 41-800 Zabrze (pełnomocnik), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, A.S.A. Lubliniec Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec i 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: A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Lecha 10, 41-800 Zabrze (pełnomocnik), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, A.S.A. Lubliniec Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Opolu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Kluczbork, 34-400 Nowy Targ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork*, o którym ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 4 kwietnia 2014 roku pod numerem 2014/S 067-115132.

4 czerwca 2014 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechania podjęcia czynności przez Zamawiającego tj. czynności unieważnienia postępowania; zaniechania dokonania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania; zaniechania otwarcia ofert; zaniechania przeprowadzenia nakazanego ustawą procesu badania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 93 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 ustawy przez dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż nie zaistniały do tego przesłanki określone w ustawie,
- art. 93 ust. 3 ustawy przez brak podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz podania niepełnego uzasadnienia prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- art. 86 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie otwarcia ofert oraz przeprowadzenia nakazanego ustawą procesu badania ofert i wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
- art. 7 ust. 1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności otwarcia ofert,

- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, oraz
- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną złożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy, Zamawiający dokonał bezprawnej czynności unieważnienia postępowania, gdyż brak było ku temu ustawowych przesłanek. Ponadto, Zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego i faktycznego swojej czynności, co skutkuje jej nieważnością. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego. W przypadku bowiem uznania czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, za nieważną, to Odwołujący może uzyskać dla siebie przedmiotowe zamówienie, gdyż jako jedyny złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Szkodą, jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę.

Odwołujący wskazał, że otrzymał informację o dokonaniu przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania w dniu 26 maja 2014 roku, przez umieszczenie informacji o wyłonieniu Wykonawcy na stronie internetowej Zamawiającego.

#### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork*” termin otwarcia ofert powinien nastąpić w dniu 26 maja 2014 roku o godz. 11:30. Zamawiający dnia 26 maja 2014 roku o godz. 11:25 na swojej stronie internetowej poinformował o dokonaniu unieważnienia ww. postępowania. Zgodnie z zamieszczonym przez Zamawiającego *Zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania* Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy zawiadomił, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy unieważnia postępowanie, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Więcej informacji nie zostało przez Zamawiającego podanych, w tym przede wszystkim nie podano pełnej podstawy prawnej podjętej decyzji ani uzasadnienia faktycznego unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania.

W związku z tak lakoniczną informacją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, jaka, w opinii Zamawiającego, wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący powołał się na stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wyrok KIO z dnia 27 października 2010 roku sygn. akt KIO 2228/10; KIO/UZP 2245/10: *„Obowiązkiem zamawiającego jest jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano unieważnienia postępowania. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek, okoliczności wskazanych przez zamawiającego, a także skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania”*; wyrok z dnia 5 marca 2012 roku o sygn. akt KIO 356/12: *„Aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, zamawiający musi wykazać w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia powodująca możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego”*; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2013 roku o sygn. akt KIO 1732/13: *znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie ogranicza się do dopełnienia formalnego wymagania wynikającego z art. 93 ust 3 P.z.p lecz przede wszystkim stanowi element konstytutywny podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania, w szczególności jeśli została ona podjęta z powołaniem się na art. 93 ust 1 pkt 7 P.z.p. W konsekwencji właściwe sformułowanie uzasadnienia przez zamawiającego ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykazał on zaistnienie podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia”*.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania* jako uzasadnienie prawne powołał jedynie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, Odwołujący stwierdził, powołując się na wyrok KIO z dnia 30 lipca 2013 roku o sygn. akt KIO 1732/13, że (...) *orzecznictwo i doktryna w znakomitej większości przyjmuje wykładnię celowościową art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zgodnie z którą Zamawiający przy unieważnieniu postępowania na podstawie tego przepisu uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 P.z.p. okoliczności, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 P.z.p. Jednakże art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p. nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania. gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 P.z.p.*” Odwołujący wskazał,

że podobne stanowisko KIO wyraziła w szeregu orzeczeń, z których przykładowo wymienił wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 roku o sygn. akt KIO 2660/11, w którym Izba stwierdziła, *„W aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust 1 p.z.p.. niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny”*.

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający powołując się jedynie na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy powołał niepełną podstawę prawną, gdyż w ogóle nie odniósł się do art. 146 ustawy i nie podał przyczyn stwierdzonej nieważności. Zatem Odwołujący nie był w stanie stwierdzić, która z wskazanych w tym artykule przesłanek rzeczywiście zaistniała. Z tym, że w opinii Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie można mówić o zaistnieniu którejkolwiek z przesłanek wskazanej w art. 146 ust. 1 ustawy, a innego uzasadnienia prawnego, wskazującego na zasadność podjętej czynności, Zamawiający nie podał. Ponadto, Zamawiający w ogóle nie przytoczył uzasadnienia faktycznego unieważnienia przez siebie przedmiotowego postępowania. Nie można bowiem w aktualnym stanie faktycznym za takowe uznać stwierdzenia, iż *„postępowanie obarczone jest niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodbiegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. Uznać należy, iż Zamawiający powtórzył jedynie zapis przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, nie sformułował natomiast żadnego uzasadnienia faktycznego, z którego Odwołujący mógłby wywodzić na jakiej podstawie przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione. W związku z powyższym wskazać należy, iż Zamawiający z uwagi na fakt nieuzasadnienia swojej czynności ani pod względem prawnym, ani pod względem faktycznym, naruszył tym samym przepisy obowiązującego prawa wskazane przez Odwołującego. Zamawiający przede wszystkim zaś nie podał konkretnych przepisów, a więc konkretnej przesłanki uzasadniającej podjęcie przez niego czynności unieważnienia postępowania. Ponadto, Zamawiający nie wskazał również żadnych faktów spełniających ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania, które uznał za podstawę takiego właśnie rozstrzygnięcia, a więc nie wskazał zasadności swojej decyzji. Tym samym więc czynność Zamawiającego powinna podlegać unieważnieniu.

Mając na względzie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o Zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Zamawiający przewidział termin otwarcia ofert na dzień 26 maja 2014 roku na godzinę 11:30. Do czynności tej jednak nie doszło, gdyż Zamawiający 26 maja 2014 roku o godz. 11:25 dokonał unieważnienia postępowania. Powyżej w sposób niebudzący

wątpliwości zostało jednak udowodnione, iż Zamawiający dokonał tej czynności z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa, zatem powinna ona zostać unieważniona. Mając na względzie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, stwierdzić należy, iż tym samym bezprawnie zaniechał on czynności otwarcia ofert oraz przeprowadzenia nakazanego ustawą procesu badania tych ofert i wyłonienia oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z podstawowym celem przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wyłonienie oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji zawarcie umowy z wyłonionym Wykonawcą. Dlatego też, czynność otwarcia ofert powinna być przez Zamawiającego dokonana w najbliższym możliwym terminie, a postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego skutecznie zakończone.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący powziął poważne wątpliwości czy działania Zamawiającego są w pełni zgodne z przywołanym powyżej przepisem ustawy. Zamawiający unieważnił postępowanie 5 minut przed określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia terminem otwarcia ofert, nie podając uzasadnienia prawnego ani faktycznego podjętej przez siebie decyzji. Oferty można było składać do dnia 26 maja 2014 roku do godz. 11:00, zatem stwierdzić należy, iż w terminie unieważnienia postępowania wszystkie oferty zostały już przez Wykonawców złożone a jedyną złożoną ofertą w postępowaniu była oferta złożona przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający widząc, iż prawdopodobne jest, że to Odwołujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie, dokonał unieważnienia postępowania, gdyż fakt ten, z niewiadomych Odwołującemu przyczyn, widocznie mu nie odpowiadał. Sam fakt nie podania przez Zamawiającego żadnego uzasadnienia faktycznego budzi bowiem uzasadnione wątpliwości Odwołującego. Decyzja taka powinna być bowiem przemyślana przez Zamawiającego i przede wszystkim poparta odpowiednim stanem prawnym i faktycznym. Natomiast tak istotne naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa może zostać odebrane jako naruszenie podstawowej zasady ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 czerwca 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył pismo z 11 czerwca 2014 roku (2 strony) wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz złożył dowód (dowód nr 1) wyciąg z billingu otrzymany od operatora sieci oraz zdjęcie telefonu. Zamawiający złożył do akt sprawy pismo z 5 czerwca 2014 roku zatytułowane „Uzupełnienie do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania”.

Odwołujący złożył na rozprawie do akt sprawy kserokopię pisma wraz z załączoną kserokopią gwarancji wadialnej oraz aneksu do tej gwarancji przekazaną do Zamawiającego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z 26 maja 2014 roku zatytułowanym *Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania* działając na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy zawiadomił, że *na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*



*prowowanego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork” ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Zgodnie z punktem XI SIWZ – Miejsce oraz termin składania oferty – Zamawiający podał, że *Oferty należy składać do dnia 26 maja 2014 roku do godziny 11.00 w (...) otwarcie złożonych w terminie ofert nastąpi w dniu 26 maja 2014 roku o godz. 11.30.*

Zamawiający w dniu 23 maja 2014 roku, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy wprowadził zmiany w SIWZ i zamieścił na stronie internetowej informację o zmianie załącznika nr 2 do SIWZ zamieszczając ten załącznik na stronie internetowej. Zamawiający nie podał żadnej informacji o zmianie terminu składania ofert w informacji zamieszczonej na stronie internetowej, jednocześnie przesłał ogłoszenie o zmianie ogłoszenia do publikatora gdzie zamieścił informację o zmianie terminu składania ofert. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało opublikowane 28 maja 2014 roku tj. po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie Izba wskazuje, że oddalenie odwołania nastąpiło z uwagi na brak wpływu wykazanych przez Odwołującego naruszeń na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Izba nie ma możliwości nakazania Zamawiającemu otwarcia ofert w innym niż wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszeniu o zamówieniu terminie. Zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy - *Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.* Ustawodawca jednoznacznie określił, że dzień składania ofert jest również dniem ich otwarcia oraz nie dopuścił żadnego odstępstwa od tej zasady, tym samym Izba nie może działać *contra legem* i nakazywać czynności, która jest sprzeczna z ustawą. Należy mieć w tym miejscu również na uwadze fakt, że przepisy ustawy w tym zakresie były zmieniane i modyfikowane, a uregulowanie art. 86 ust. 2 ustawy w obecnym brzmieniu miało służyć transparentności postępowania. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykorzystał uregulowania ustawowe w sposób sprzeczny z ideą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – postępowanie zostaje ogłoszone i przeprowadzone w celu udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu w postępowaniu - jednakże w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości wykazania Zamawiającemu naruszenia konkretnego przepisu ustawy. Zaznaczyć należy, że w obowiązującym prawie istnieje luka, która pozwala Zamawiającym, w okresie pomiędzy terminem składania ofert a terminem ich otwarcia, na podejmowanie czynności

w postępowaniu, które w zasadzie są niewzruszalne, ponieważ z uwagi na brak możliwości nakazania otwarcia ofert w innym terminie niż wskazany w dokumentacji postępowania, niewzruszalność zakorzeniona jest w braku wpływu na wynik postępowania. Ustawodawca zabezpieczył Zamawiających na czas pomiędzy terminem składania ofert a terminem ich otwarcia, bowiem zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy *Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę*, co oznacza, że w terminie pomiędzy składaniem a otwarciem ofert wykonawcy już nie mogą podejmować żadnych czynności dotyczących złożonych ofert. pozostawiając Zamawiającym swobodę w podejmowaniu czynności.

W zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego Izba uznała zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 ustawy przez brak podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz podania niepełnego uzasadnienia prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za zasadny. Zamawiający zobowiązany był do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji, którego to uzasadnienie nie było zawarte w piśmie opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego z dnia 26 maja 2014 roku. Zamawiający podał w uzasadnieniu podstawę prawną unieważnienia postępowania tj art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – wystarczającym uzasadnieniem prawnym jest podanie konkretnej przesłanki uzasadniającej tę czynność Zamawiającego (porównaj wyrok KIO z 5 listopada 2012 roku sygn. akt KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12). Uzasadnienie faktyczne, które zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest podać powinno zawierać wskazanie faktów spełniających ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania, które Zamawiający uznał za podstawę swojego działania. W *Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania* z dnia 26 maja 2014 roku Zamawiający nie zawarł żadnej informacji o podstawach faktycznych swojego działania. Zamawiający dopiero w piśmie z 5 czerwca 2014 roku *Uzupełnienie do zawiadomienia o unieważnieniu postępowania* wskazuje podstawy swojego działania, jednakże należy zaznaczyć, że na dzień złożenia odwołania te przyczyny nie były znane a czynność Zamawiającego dokonana po unieważnieniu postępowania polegająca na uzupełnieniu stanowiska Zamawiającego jest czynności nieznaną ustawie. Na dzień składania odwołania Odwołujący nie miał wiedzy na temat faktycznych przyczyn unieważnienia postępowania. Tym samym zarzut zgłoszony przez Odwołującego jest zasadny.

W związku z brakiem zamieszczenia przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego zarzut naruszenia art. 93 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 ustawy przez dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, pomimo faktu, iż nie zaistniały do tego przesłanki określone w ustawie jest przedwczesny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 86 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie otwarcia ofert oraz przeprowadzenia nakazanego ustawą procesu badania ofert i wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu jest zasadny. Zamawiający określił w SIWZ i w Ogłoszeniu o zamówieniu termin składania i otwarcia ofert. Należy mieć również na względzie fakt, że Zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert, nie dokonał zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w tym zakresie i nie opublikował takiej zmiany na swojej stronie internetowej w publikowanej w dniu 23 maja 2014 roku zmianie SIWZ. Wykonawca nie miał podstaw do przyjmowania, że ulegnie zmianie termin składania ofert i ich otwarcia skoro takiej informacji Zamawiający nie opublikował. Wskazać należy, że Odwołujący postąpił zgodnie z treścią SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu i w prawidłowym terminie dokonał złożenia oferty, mając prawo oczekiwać, że Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu dokona otwarcia ofert. Zgodnie z ustawą Zamawiający ma określony zakres możliwości porozumiewania się z Wykonawcami i taki też wskazał w SIWZ; zgodnie z punktem VII *Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami* w pierwszym zdaniu czytamy: *oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informację Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub e-mailem na adres [os@kluczborok.pl](mailto:os@kluczborok.pl)*. Tym samym Zamawiający mógł dokonać zmiany terminu składania i otwarcia ofert jedynie w sposób jaki sam określił oraz w sposób zgodny z ustawą (art. 12a oraz 38 ustawy) a nie dokonując telefonicznie powiadomienia wybiórczo wykonawców, o jak to wskazał na rozprawie, prawdopodobnym przesunięciu terminu składania ofert. Przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie dowody w postaci wyciągu z billingu sieci telefonicznej oraz zdjęcie telefonu z wyświetlonym numerem telefonu wskazują jedynie na brak elementarnej wiedzy po stronie Zamawiającego w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i potwierdzają naruszenie zasady prawa zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ustawy a odnoszącej się do pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie dowody te potwierdzają jedynie fakt tego, że Zamawiający kontaktuje się telefonicznie z wybranymi przez siebie wykonawcami, którzy potencjalnie mogą ubiegać się o zamówienie publiczne. W piśmie przedstawionym na rozprawie Zamawiający wskazał również, że telefonicznie powiadomił wykonawcę, który wniósł wadium w dniu 22 maja 2014 roku o zmianie terminu składania ofert tym samym został ten wykonawca pozbawiony możliwości złożenia oferty – nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, bowiem Zamawiający w sposób wiążący dla

Zamawiającego i wykonawców powiadamia wykonawców o podejmowanych czynnościach w sposób określony w ustawie (art. 27 ustawy) oraz wskazany w SIWZ. Słusznie wskazał na rozprawie Odwołujący, że wykonawcy związani postanowieniami ustawy oraz SIWZ nie mogą uzależniać decyzji złożenia oferty od telefonicznej informacji Zamawiającego. Wszyscy wykonawcy związani są ustawą i jeżeli Zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert w sposób przewidziany w ustawie to taki termin nie uległ zmianie. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców, bowiem uniemożliwił wykonawcy, który zgodnie z postanowieniami SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu złożył ofertę i miał prawo oczekiwać jej otwarcia.

Brak elementarnej wiedzy po stronie Zamawiającego w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaowocowała, z uwagi na uregulowania ustawowe (art. 86 ust. 2 ustawy) niewzruszalnym unieważnieniem postępowania, a tym samym pozbawił Odwołującego, z przyczyn zaistniałych po stronie Zamawiającego, możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, w realiach zaistniałej sprawy, uprawniony jest do dochodzenia odszkodowania na drodze postępowania sądowego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....