

WYROK

z dnia 19 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Ewa Rzońca
Ewa Sikorska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011 r. przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Geodezyjno-Kartograficznych S.C. Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (2) Andrzej Geszke prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Geodezyjna - Andrzej Geszke”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (3) Jan Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Jan Abramczyk – Usługi Geodezyjno i Kartograficzne”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (4) Tomasz Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEOBUD – Geodezja, Nadzory Budowlane Tomasz Abramczyk”, ul. Leśmiana 17, 73-110 Stargard Szczeciński; (5) Marcin Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEODEX” Usługi Geodezyjne – Marcin Abramczyk”, os. Zachód B1/g27, 73-110 Stargard Szczeciński w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie, ul. Wały Chrobrego 4, 70-502 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **Jarosława Kunka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Geodezyjnych „GEOSERVICE” Jarosław Kunka z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim, 73-110 Stargard Szczeciński, ul. Śląska 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie, ul. Wały Chrobrego 4, 70-502 Szczecin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Geodezyjno-Kartograficznych S.C. Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (2) Andrzej Geszke prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Geodezyjna - Andrzej Geszke”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (3) Jan Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Jan Abramczyk – Usługi Geodezyjno i Kartograficzne”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (4) Tomasz Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEOBUD – Geodezja, Nadzory Budowlane Tomasz Abramczyk”, ul. Leśmiana 17, 73-110 Stargard Szczeciński; (5) Marcin Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEODEX” Usługi Geodezyjne – Marcin Abramczyk”, os. Zachód B1/g27, 73-110 Stargard Szczeciński tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie, ul. Wały Chrobrego 4, 70-502 Szczecin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Geodezyjno-Kartograficznych S.C. Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (2) Andrzej Geszke prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Geodezyjna - Andrzej Geszke”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (3) Jan Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Jan Abramczyk – Usługi Geodezyjno i Kartograficzne”, ul. Czarneckiego 28, 73-110 Stargard Szczeciński; (4) Tomasz Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEOBUD – Geodezja, Nadzory Budowlane Tomasz Abramczyk”,**

ul. Leśmiana 17, 73-110 Stargard Szczeciński; (5) Marcin Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEODEX” Usługi Geodezyjne – Marcin Abramczyk”, os. Zachód B1/g27, 73-110 Stargard Szczeciński kwotę **19 417 zł 62 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta siedemnaście złotych sześćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Agencja Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie usług geodezyjnych na nieruchomościach będących w zasobie Własności Rolnej Skarbu Państwa na terenie województwa zachodniopomorskiego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lutego 2011 r., nr 2011/S 22-035763.

W dniu 29 kwietnia 2011 r. (pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r.) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Geodezyjno-Kartograficznych S.C. Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim; (2) Andrzej Geszke prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Geodezyjna - Andrzej Geszke z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim; (3) Jan Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Jan Abramczyk – Usługi Geodezyjne i Kartograficzne” z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim; (4) Tomasz Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEOBUD – Geodezja, Nadzory Budowlane Tomasz Abramczyk” z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim; (5) Marcin Abramczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „GEODEX” Usługi Geodezyjne – Marcin Abramczyk” z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim, zwanych dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu z postępowania na zadanie A i B, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że Odwołujący posłużył się umowami o świadczenie usług geodezyjnych zawartymi w latach 2008-2010. Analiza wykonania ww. umów potwierdziła fakt zapłaty przez uczestnika konsorcjum, a mianowicie Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Geodezyjno-Kartograficznych S.C. Jan Abramczyk & inż. Andrzej Geszke z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim, kar umownych związanych z nieterminowym wykonaniem umowy. Tym samym uznając że przedstawione referencje stwierdzające należyte wykonanie tych umów nie odpowiadają prawdzie.

W dniu 9 maja 2011 r. (pismem z dnia 6 maja 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 6 maja 2011 r.) wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 3) na powtórzeniu oceny ofert, a w jej efekcie wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jarosława Kunka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Geodezyjnych „GEOSERVICE” Jarosław Kunka, z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim, zwanego dalej „wykonawcą „GEOSERVICE”,

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP - poprzez nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i tym samym bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- 3) art. 24 ust. 4) PZP - poprzez nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą,
- 4) art. 91 ust. 1 PZP - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz zaniechanie jego właściwego zastosowania, i tym samym wybór oferty wykonawcy „GEOSERVICE” najkorzystniejszej, i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego,
- 5) art. 61 § 1 zd. 2 Kodeksu cywilnego,

Jednocześnie wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcy „GEOSERVICE” jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) dokonania ponownej oceny i badania ofert, a jej efekcie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

jak również:

- 1) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 29 marca 2011 r. otrzymał informację o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej na realizację zadania w części B, jak również informację, iż umowa zostanie z nim zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli

zawiadomienie zostało przesłane faksem, albo w terminie 15 dni jeżeli zostało przesłane pisemnie. Tymczasem Zamawiający zamiast zawrzeć z nim umowę unieważnił czynność wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz dokonał ponownej czynności oceny ofert, wykluczył go z postępowania i dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę „GEOSERVICE” jako najkorzystniejszej. Nadto podniósł, iż zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty jest dla Zamawiającego zobowiązaniem do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą i stanowi oświadczenie woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Zamawiający nie może więc odstąpić od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania bądź też wybór ten nie zostanie uchylony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej albo Sądu Okręgowego wydającego wyrok w sprawie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Dlatego wykluczenie Odwołującego należy oceniać jako odwołanie przez Zamawiającego jego oświadczenia woli w sprawie (pierwotnego) wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro jednak na gruncie ustawy Pzp nie ma żadnego przepisu, który regulowałby zagadnienie odwołalności oświadczenia woli, oznacza to, że w pełni znajduje zastosowanie art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego, a tym samym Zamawiający nie miał prawa po złożeniu swojego oświadczenia o wyborze oferty Odwołujących odwoływać go.

Odnosnie zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji Odwołujący podniósł, iż nie złożył oferty zawierającej nieprawdziej informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Przedłożone przez niego dokumenty takich informacji nie zawierały. Z referencji wystawionych przez Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie Jednostka Gospodarcza Zasobu w Myśliborzu jednoznacznie wynika, iż usługi wskazane w ich treści zostały wykonane należyście. Referencje to oświadczenia wiedzy informujące o należyтым wykonaniu zamówienia, ustawodawca nie zdefiniował co należy rozumieć przez należyte wykonanie usług. Wobec tego decyzja w tym zakresie należy wyłącznie do podmiotu, na którego zlecenie dane usługi były lub są wykonywane. Tylko on jest bowiem w stanie stwierdzić, czy dane prace zostały wykonane należyście, czy też nie. W takiej sytuacji powzięcie przez Zamawiającego informacji, iż w trakcie realizacji usług wskazanych przez Odwołującego dochodziło do przekroczenia terminu realizacji poszczególnych zleceń, czego skutkiem było jednostronne obciążenie Odwołującego karami umownymi nie daje mu podstawy do twierdzenia, że usługi wskazane przez Odwołującego nie zostały wykonane należyście. Kary umowne zostały jednostronnie naliczone przez Zamawiającego, a nie stwierdzone wyrokiem sądowym, ugodą lub też przyznaniem tego roszczenia przez konsorcjantów Odwołującego. Jest to zatem jednostronne twierdzenie Zamawiającego. Konsorcjanci Odwołującego nigdy nie uznawali tego roszczenia i jest ono sporne pomiędzy Zamawiającym a konsorcjantami Odwołującego, a jednostronne twierdzenia

jednej ze stron stosunku prawnego co do tego, iż należne jest jej jakiś roszczenie nie oznaczają istnienia tego roszczenia. Kary umowne nie zostały naliczane, jak twierdzi Zamawiający za nienależyte wykonanie umowy, ale za przekroczenie terminu realizacji poszczególnych zleceń. Referencje są dokumentem wystawianym przez zamawiającego, a tym samym Odwołujący nie ma wpływu na jego treść. Wobec tego Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tego powodu, że podmiot dla którego były wykonywane usługi oświadczył, że zostały wykonane należycie.

W dniu 9 maja 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca GEOSERVICE otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 11 maja 2011 r. (pismem z dnia 10 maja 2011 r.) wykonawca GEOSERVICE przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 17 maja 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący w załączeniu do oferty – na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - złożył m.in. „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług (...)”, w którym wyspecyfikował „prace geodezyjne związane z podziałami działek, aktualizację ewidencji oraz wykonaniem dokumentacji” wykonane w latach 2008, 2009 i 2010 na rzecz

Agrncji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Szczecinie oraz referencje wystawione przez „Agencję Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa Oddział Terenowy w Szczecinie Jednostka Gospodarcza Zasobu w Myśliborzu” z dnia „7 lutego 2011 r.”, w których ich wystawca „zaświadcza, iż Pan Jan Abramczyk (...) oraz Pan Andrzej Feliks Geszke (...), świadczyli usługi geodezyjne na rzecz ANR JGZ Myślibórz na terenie województwa zachodniopomorskiego, powiat myśliborski i powiat pyrzycki w latach 2008, 2009, 2010. Zlecone prace były wykonane należycie”.

Zamawiający pismem z dnia 29 marca 2011 r. powiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej oferty dla zadania częściowego B obejmującego teren powiatu stargardzkiego (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie), jednocześnie wskazując iż zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego na zadanie częściowe B w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane faksem, albo w terminie 15 dni jeżeli zostało przesłane pisemnie.

W dniu 1 kwietnia 2011 r. wykonawca GEOSERVICE, pismem z tej samej daty, poinformował Odwołującego „o zamiarze wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej od dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty (...)”, jednocześnie wnosząc „o dokonanie sprawdzenia i weryfikacje posiadanych przez ANR OT w Szczecinie dokumentów księgowych dotyczących rozliczania prac zlecanych przez ANR dla ZUGK Abramczyk&Geszke na terenie powiatów myśliborskiego i pyrzyckiego w latach 2008-2010 (...)”.

W dniu 7 kwietnia 2011 r. wykonawca GEOSERVICE, pismem z tej samej daty, poinformował Zamawiającego o odstąpieniu od wniesienia odwołania „z uwagi na upływający termin odwoławczy”, jednocześnie wnosząc o przeanalizowanie sytuacji formalno-prawnej dotyczącej kwestionowanego przez niego wyboru.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) o unieważnieniu czynności dotyczącej wyboru oferty na zadanie częściowe A i B, wskazując iż wykonawca którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Nadto dodał, iż podpisanie umowy z wykonawcą, którego oferta pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą skutkowałoby możliwością unieważnienia tej umowy z uwagi na zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. (pismem tej samej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż został on wykluczony z postępowania na zadanie częściowe A i B na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący celem wykazania spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu posłużyło się umowami

o świadczenie usług geodezyjnych zawartymi w latach 2008-2010 z Zamawiającym, analiza wykonania których potwierdziła fakt zapłaty przez uczestnika konsorcjum Odwołującego kar umownych związanych z nieterminowym wykonaniem umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający – zgodnie z przepisami ustawy Pzp - zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i niezwłocznego przekazania po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej informacji o wyborze oferty wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczenie składane przez Zamawiającego wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą jest oświadczeniem woli składanym innej osobie (konkretnemu wykonawcy, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą), które wywołuje skutki prawne dopiero od momentu dojścia do adresata w sposób określony w art. 61 k.c. Oświadczenie to uznane jest za złożone z chwilą, gdy doszło do danej osoby w taki sposób, że mogła się ona zapoznać z jego treścią. W niniejszym stanie faktycznym oświadczenie Zamawiającego o dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej bezspornie dotarło do niego w dniu 29 marca 2011 r. i od tego właśnie dnia wywołuje skutki prawne. Tak więc podmiot, który złożył oświadczenie woli w sposób określony w art. 61 k.c. jest tym oświadczeniem związany i nie może go w zasadzie jednostronnie cofnąć. Odwołanie takiego oświadczenia, stanowi bowiem inne oświadczenie, przez które składający pierwotne oświadczenie pozbawia skuteczności prawnej swój poprzedni komunikat, przy czym złożenie takiego oświadczenia możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy oświadczenie odwołujące dotarło do adresata najpóźniej równocześnie z oświadczeniem odwoływanym jednak w taki sposób, by mógł on zapoznać się z jego treścią. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej powoduje więc konieczność zawarcia umowy z wykonawcą, którego ofertę uznano za ofertę najkorzystniejszą, o ile Zamawiający, który takie oświadczenie złożył nie uchyli się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli, które zostało złożone innej osobie (Odwołującemu), pod wpływem błędu lub groźby, a więc na skutek wystąpienia wady złożonego oświadczenia woli. Powtórzenie czynności byłoby więc możliwe w przypadku uchybienia wymogom oświadczenia woli, wystąpienia wady takiej czynności prawnej (złożonego oświadczenia), a także stwierdzenia, iż dokonana czynność jest bezwzględnie nieważna w świetle określonych przepisów prawa (k.c. – czynności prawne). Tak więc w sytuacji prawidłowo wybranej oferty najkorzystniejszej Zamawiający, poza sytuacjami wynikającymi z przepisów k.c., nie ma możliwości uchylenia się od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, chyba że zachodzą okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o przedmiotowe zamówienie. Natomiast takiej okoliczności (zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania), w tym konkretnym postępowaniu, Zamawiający nie wykazał.

Z niniejszego stanu faktycznego także nie wynika, iż Zamawiający działał pod wpływem błędu, a w takim przypadku niewątpliwie mógłby uchylić się od skutków dokonanej czynności prawnej, gdyż w istocie to Zamawiający, jego jednostka organizacyjna, wystawiał konsorcjantowi Odwołującego referencje potwierdzające należyte wykonanie realizowanych na jego rzecz umów, informując jednocześnie o tym fakcie (nieterminowego wykonania niektórych obowiązków umownych) jednostkę nadrzędną. Posiadał więc wiedzę na temat realizacji obowiązków wynikających z powołanych wyżej umów oraz fakcie potwierdzenia ich należytego wykonania. Nadto zawierał z konsorcjantami Odwołującego, których referencje obecnie kwestionuje, umowy w wyniku przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (umowa Nr SO/Sz/0160/III/2/F/26/2008/2009 z dnia 1 kwietnia 2009 r.; umowa Nr SO/Sz/0160/III/3/F/36/2010 z dnia 26 kwietnia 2010 r.), które były podpisywane już po upływie obecnie kwestionowanych przez Zamawiającego terminów realizacji poszczególnych obowiązków umownych, nie tylko, że nie kwestionując jednocześnie należytego wykonania tych prac, a wręcz fakt ten potwierdzając. Tym samym nie można obecnie uznać, iż Zamawiający działał pod wpływem błędu.

Nadto należy podnieść, iż nie wniesiono środków ochrony prawnej, w wyniku rozstrzygnięcia których istniałoby uzasadnienie do powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Istotnie wykonawca GEOSERVICE poinformował Odwołującego „o zamiarze wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej od dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty (...)”, a następnie – w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania - poinformował Zamawiającego o odstąpieniu od wniesienia odwołania „z uwagi na upływający termin odwoławczy”, jednocześnie wnosząc o przeanalizowanie sytuacji formalno-prawnej dotyczącej kwestionowanego przez niego wyboru, jednakże stosownego odwołania faktycznie nie wniósł. Niewątpliwym jest, iż w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych wykonawca ma możliwość przekazania Zamawiającemu, w terminach przewidzianych na odwołanie, informacji o niezgodnej z ustawą jego czynności podjętej w toku postępowaniu lub zaniechaniu przez niego takiej czynności, na którą nie przysługuje odwołanie z jednoczesnym żądaniem skorygowania uchybienia, a Zamawiający zobowiązany jest do takiej informacji się ustosunkować. Natomiast ustawa nie przewiduje składania tego rodzaju informacji w postępowaniach o wartości powyżej tzw. progów unijnych, gdyż w tych postępowaniach przysługują środki ochrony prawnej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie ograniczając tej możliwości tylko do określonych czynności. Tak więc wykonawca GEOSERVICE, kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej mógł w określonych terminach wnieść odwołanie, czego jednak mimo „zapowiedzi wniesienia

odwołania” nie uczynił. Złożenie informacji, a więc zastosowanie instytucji zarezerwowanej dla postępowań podprogowych, w postępowaniu o zamówienie o wartości powyżej tzw. progów unijnych nie może stanowić surogatu wniesienia odwołania. Zarówno kwestionowanie czynności, jak i zaniechania określonych czynności przez Zamawiającego, może bowiem nastąpić w sposób wskazany w ustawie (poprzez wniesienie środków ochrony prawnej). „Upływający termin odwoławczy” nie stanowi i nie może stanowić uzasadnienia dla takiej sytuacji, tj. zastąpienia środka ochrony prawnej złożeniem informacji o uchybieniach z wnioskiem o ich uwzględnienie.

Tym samym stwierdzić należy iż w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała sytuacja (wady czynności prawnej, unieważnienie postępowania, powtórzenie czynności na skutek wniesionych środków ochrony prawnej), która uzasadniała by unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pewność obrotu gospodarczego, a przede wszystkim możliwość podejmowania przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako ofertę najkorzystniejszą określonych działań w związku z realizacją zamówienia nieuprawnionymi czyni takie działania Zamawiającego, które prowadziłyby do uchylenia się od skutków prawnych złożonego przez Zamawiającego oświadczenia woli mimo braku podstaw prawnych ich wzruszenia.

Odnosnie zarzutu złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji stwierdzić należy, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Tak więc dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości. Niewątpliwym jest, iż Odwołujący w załączeniu do oferty złożył referencje wystawione przez „Agencję Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa Oddział Terenowy w Szczecinie Jednostka Gospodarcza Zasobu w Myśliborzu” z dnia „7 lutego 2011 r.”, w których ich wystawca „zaświadcza, iż Pan Jan Abramczyk (...) oraz Pan Andrzej Feliks Geszke (...)”, a więc obecny współkonsorcjant Odwołującego, „świadczył usługi geodezyjne na rzecz ANR JGZ Myślibórz na terenie województwa zachodniopomorskiego, powiat myśliborski i powiat pyrzycki w latach 2008, 2009, 2010. Zlecone prace były wykonane należycie”. Przedmiotowe referencje – jak już wyżej podkreślono – zostały wystawione *de facto* przez obecnego Zamawiającego i potwierdzały, iż prace realizowane przez konsorcjanta Odwołującego zostały wykonane należycie. Tak więc Odwołujący nie miał żadnych podstaw do ich podważania, zwłaszcza, że to sam Zamawiający ocenił wykonanie zobowiązania jako zrealizowanego należycie, wystawiając wykonawcy stosowne referencje. Jak słusznie podniósł Odwołujący, to Zamawiający był wystawcą referencji, konsorcjant

Odwołującego nie miał więc wpływu na ich treść. Obecne twierdzenia Zamawiającego jakoby jego pracownik wystawiający kwestionowane referencje nie znał znaczenia sformułowania „należyte wykonanie” nie zasługują na uwzględnienie. To pracodawca odpowiada bowiem za działania swojego pracownika. Tymczasem Zamawiający w sposób konsekwentny potwierdzał fakt należytego wykonania zleconych konsorcjantowi Odwołującego prac zarówno poprzez wystawianie referencji potwierdzających fakt ich należytego wykonania, jak również poprzez zawieranie z tym właśnie wykonawcą kolejnych umów o zamówienie publiczne. We wcześniej wystawionych referencjach z dnia „15 marca 2010 r.” również wskazał, że ich wystawca „Pan Jan Abramczyk (...) oraz Pan Andrzej Feliks Geszke (...), świadczyli usługi geodezyjne na rzecz ANR JGZ Myślibórz na terenie województwa zachodniopomorskiego, powiat myśliborski i powiat pyrzycki w latach 2008/2009. Agencja nie wnosi zastrzeżeń co do jakości i terminowości świadczonych usług. Zlecone prace były wykonane rzetelnie, fachowo i cechowała je wysoka jakość. Wartość wykonywanych prac wynosiła w roku 2008 – 301 706,00 zł brutto, w roku 2009 – 356 240,00 zł brutto”. W referencjach tych także w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazał na brak zastrzeżeń m.in. co do terminowości wykonanych prac. Oznacza to więc, iż okoliczność nieterminowego wykonania niektórych elementów (dotyczących określonych obowiązków umownych – poszczególnych działek, w danych obrębach geodezyjnych) zleconych prac nie była przez Zamawiającego utożsamiana z nienależytym wykonaniem całego przedmiotu zamówienia. Przeciwnie odróżniał on fakt zgodności i prawidłowości wykonanych prac od „przekroczenia terminu”, zamieszczając w protokołach odbioru prac i wystawianych fakturach stosowne uwagi, dotyczące prawidłowości wykonanych prac („zakres pracy zgodny ze zleceniem (...)), gdzie w odniesieniu do niektórych części realizowanych prac zamieszczał także informacje „Uwagi: prace wykonane (...) przekroczeniem terminu wykonania”, naliczając wykonawcy kary w oparciu o § 6 ust. 1 pkt 1.1. umowy, zgodnie z treścią którego wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku zwłoki w wykonaniu usług objętych zleceniem – w wysokości 1% wynagrodzenia należnego za wykonanie usług objętych zleceniem za każdy dzień zwłoki w stosunku do dnia wykonania określonego w zleceniu. Należy bowiem podkreślić, iż dla poszczególnych zadań realizowanych w ramach przedmiotowych umów terminy ich wykonania były różnie określone. Niemniej jednak powołanym postanowieniem umowy kara umowna została zastrzeżona wyłącznie w sytuacji naruszenia przez wykonawcę poszczególnych obowiązków umownych, a nie nienależytego wykonania umowy jako całości. Jeżeli zatem wadliwe wykonanie poszczególnych obowiązków umownych nie stanowiło nienależytego wykonania umowy to należałoby przyjąć, że nazwa „kara umowna” w rozumieniu umowy była w istocie karą finansową, która stanowi instytucję będącą następstwem swobodnego wyboru stron, a nie kodeksową karą umowną w rozumieniu art.483 § 1 i art.484 § 1 kodeksu cywilnego. Fakt ten potwierdza treść protokołów odbioru, faktur, a przede wszystkim referencji. Gdyby bowiem Zamawiający

nieterminowe wykonanie niektórych prac (niektórych obowiązków wynikających z zawartych umów) utożsamiał z nienależytym wykonaniem całej umowy nie wystawiał by referencji o takiej właśnie treści, potwierdzającej ich należyte i terminowe wykonanie. Kary umowne bardzo często zastrzegane są bowiem na wypadek naruszenia poszczególnych obowiązków same w sobie nie prowadzą do uznania nienależytego wykonania prac. A ponadto kary te zostały jednostronnie naliczone i potrącone, przy czym roszczenie to obecnie jest sporne pomiędzy stronami. Tymczasem skutkiem odpowiedzialności kontraktowej, ponoszonej na zasadzie art.471 k.c., w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania warunkującym możliwość dochodzenia odszkodowania jest powstanie szkody. Nie może ona (szkoda) więc stanowić samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro bowiem Zamawiający wskazywał na okoliczność nienależytego wykonania zobowiązania, a ta jest już objęta dyspozycją art.24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, który nie był podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Reasumując należy stwierdzić, że brak jest podstaw do stwierdzenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż Odwołujący podał nieprawdziwe informacje.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....