

Sygn. akt: KIO 1231/11

WYROK
z dnia 21 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2011 r. przez wykonawcę POLDIM Spółkę Akcyjną w Tarnowie, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle, POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego POLDIM Spółkę Akcyjną w Tarnowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez POLDIM Spółkę Akcyjną w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego POLDIM Spółki Akcyjnej w Tarnowie na rzecz Zamawiającego Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego dla Części I - obejmującej kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2010r., pod nr 2010/S 252-388207.

Odwołujący w dniu 1 czerwca 2011 r. otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr I oferty złożonej przez POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle, POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu, zaś w dniu 10 czerwca 2011r. wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle, POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu z postępowania oraz od wezwania Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprzez niewykluczenie przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych przez POLDIM Spółkę Akcyjną w odwołaniu z 6 kwietnia 2011 r., co w konsekwencji spowodowało dokonanie przez Zamawiającego ponownego wyboru – jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum, oraz
- naruszenie art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p. oraz art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez wezwanie Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych przez POLDIM Spółkę Akcyjną w odwołaniu z 6 kwietnia 2011 r., co w konsekwencji spowodowało

dokonanie przez Zamawiającego ponownego wyboru - jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- unieważnienie czynności wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A,
- unieważnienie czynności wezwania Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
- wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A,
- ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, a następnie wyboru jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów wskazanych przez POLDIM S.A. w odwołaniu z dnia 7 kwietnia 2011 r., Zamawiający nie wykluczył Konsorcjum z udziału w postępowaniu, wezwał Konsorcjum do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a następnie dokonał ponownego badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum.

Pismem z dnia 1 czerwca 2011 r., Zamawiający powiadomił o wyniku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Konsorcjum, podając iż *„w wyniku uwzględnienia odwołania wykonawcy POLDIM S.A., wniesionego wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz w związku z umorzeniem przez KIO postępowania odwoławczego, Zamawiający, realizując żądania Odwołującego, unieważnił czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty konsorcjum firm: POL-DRÓG Oleśnica S.A., POL-DRÓG Piła Sp. z o. o., ZABERD, oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę nr 4, złożoną przez konsorcjum [...], ponieważ [...] odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie oraz SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ kryterium wyboru. W trakcie powtórnego badania ofert, Zamawiający wziął pod uwagę nowe okoliczności wynikające z orzeczenia KIO/751 z dnia 28.04.2011 r., w równoległe prowadzonej sprawie, dotyczącej odwołania wniesionego przez konsorcjum (...).”*

Odwołujący argumentuje, że z treści przepisu art. 186 ust. 1 ustawy wynika, iż „(...) w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w

odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza może umorzyć postępowanie. Umorzenie następuje w drodze postanowienia, które może być wydane na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy. Warunkiem umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uznania odwołania w odpowiedzi jest, aby po stronie zamawiającego w wyznaczonym do tego terminie nie przystąpił żaden wykonawca. Jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza umorzy postępowanie na skutek uznania przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, to wówczas zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu."Odwołujący kwestionuje zgodność z przepisami ustawy zaniechania Zamawiającego w zakresie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych przez POLDIM Spółkę Akcyjną w odwołaniu z 6 kwietnia 2011 r., co w konsekwencji spowodowało dokonanie przez Zamawiającego ponownego wyboru -jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym przypadku Zamawiający nie zrealizował jednego z żądań powyższego odwołania POLDIM S.A., pomimo uwzględnienia w całości tego odwołania. Ponadto niedopuszczalnym było wzywianie Konsorcjum do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż takiego żądania POLDIM S.A. nie wyśtosował w swoim odwołaniu, które zostało przez Zamawiającego w całości uwzględnione. Odwołujący podał, że uzyskał informację o wezwaniu Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący argumentuje, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje bezwzględny obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, zaś założeniem przywołanego przepisu jest eliminacja z postępowania wykonawcy, który oświadczył nieprawdę w celu uzyskania zamówienia. Powoływanie się na nowe okoliczności wynikające z wyroku KIO 751/11 z dnia 28 kwietnia 2011 r. jest całkowicie bezpodstawne i nie może wywołać jakiegokolwiek skutku, już choćby z tego względu, iż nie jest jeszcze wykonalne, bowiem od powyższego wyroku została złożona skarga. Poza tym wynik postępowania o udzielenie zamówienia w każdej z części postępowania jest różny, co oznacza iż wynikiem postępowania w każdej z części jest odrębny wybór wykonawców. Jednak kluczowym argumentem jest to, iż Konsorcjum miało możliwość przystąpienia do postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 738/11

i zgłaszania stosownych wniosków, zarzutów oraz zaprezentować swoje stanowisko w tej sprawie. Taką możliwość przewiduje bowiem art. 185 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym namawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie (art. 185 ust. 2 p.z.p.). Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron (art. 185 ust. 3 p.z.p.).

W świetle powyższego należy stwierdzić, że skoro Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 738/11, to Zamawiający powinien bezwzględnie wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym przez POLDIM S.A., a więc powinien:

- unieważnić czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A.,
- wykluczyć z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A.,
- dokonać ponownego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Z powyższych żądań POLDIM S.A., Zamawiający zaniechał dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum.

Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 13/11 „*W przypadku niedokonania po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), wykonawcom przysługiwały będą środki ochrony prawnej względem tego typu czynności zamawiającego.*” W uzasadnieniu postanowienia Izba zaznaczyła, iż „*w odwołaniu*

[...] żądano nie tylko unieważnienia czynności wyboru oferty i powtórzenia czynności wyboru ofert, ale przede wszystkim odrzucenia oferty pierwotnie wybranej. W przypadku nie dokonania po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego czynności zgodnie z prawem z żądaniem zawartych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), wykonawcom przysługiwały będą środki ochrony prawnej względem tego typu czynności zamawiającego."Zgodnie z kolei z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 44/11 „Oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów nie odnosi się do sposobu, w jaki Zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Skoro Zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania w całości, to zobowiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p."W tej kwestii kluczowy jest przepis art. 185 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym „Odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 185 ust. 1 p.z.p. nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 p.z.p." Powyższy przepis ściśle koresponduje z kolei z art. 189 ust. 2 pkt 5 p.z.p., w myśl którego, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu."Jak słusznie wskazuje J. Pieróg „Przystąpienie do postępowania odwoławczego leży zarówno w interesie wykonawcy, jak i zamawiającego. Na czynności wykonane w wyniku uwzględnienia odwołania nie przysługują bowiem środki ochrony prawnej, o ile oczywiście są one wykonane zgodnie z odpowiednim orzeczeniem. Nie przystępując do postępowania odwoławczego, wykonawca traci więc możliwość wpływania na rozstrzygnięcie i ewentualne dalsze czynności w tym zakresie. Natomiast zamawiający w efekcie przystąpienia uzyskuje pewność, że prawidłowo wykonane czynności nie będą mogły być ponownie skutecznie zaskarżone". Odwołujący przywołał postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2357/10), w którym to postanowieniu zważano m. in „Na gruncie p.z.p. obowiązuje zasada koncentracji ochrony prawnej wyrażona w art. 185 ust. 6 ustawy. Zasada ta służy ograniczeniu terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej i stoi na straży efektywności i szybkości postępowania o zamówienie publiczne. Sprowadza się ona do tego, że niepodniesienie wszystkich zarzutów, co do danego działania lub zaniechania skutkuje utratą prawa ich powoływania na dalszym etapie postępowania, tym bardziej w kolejnym postępowaniu odwoławczym dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ".

W realiach niniejszej sprawy, oznacza to, iż nieprzystąpienie Konsorcjum do postępowania o sygn. akt KIO 738/11 oznacza, iż nie będzie ono mogło podnosić zarzutów w niniejszym

postępowaniu. W przeciwnym bowiem wypadku wypaczony zostałby cel i idea ustawy oraz wspomniana zasada koncentracji i ekonomiki postępowania.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Przyznał, że mimo uwzględnienia odwołania nie zastosował się do jednego z postawionych w nim żądań i że jest to następstwem wydanego w tym postępowaniu w odniesieniu do innej części zamówienia wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r. o sygn. KIO 751/11. Uznano, że zamawiający musi uwzględnić treść orzeczenia zapadłego w odniesieniu do innej części zamówienia, co do którego potwierdzenie warunku przez przystępującego było takie samo. Zasady zawarte w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych są zasadami nadrzędnymi rządzącymi postępowaniem o zamówienie publiczne co wynika z wyroków KIO w sprawach o sygn. KIO 34/11 oraz KIO 2685/10 i KIO 2686/10. Podał, że zamawiający chciał zapewnić wykonawcom możliwość kontroli postępowania poprzez wnoszenie odwołań. W przypadku wykluczenia konsorcjum tj. przystępującego zgodnie z żądaniem uznanego odwołania zamykałoby to drogę temu podmiotowi do wniesienia odwołania zgodnie z brzmieniem art. 189 ust. 2 pkt 5 i 6, a zdaniem zamawiającego nie ma podstaw do wykluczenia w świetle wcześniej wydanego wyroku. Zamawiający po przeprowadzeniu badania i oceny ofert nie znalazł podstawy wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, w prowadzonym postępowaniu dokonał w dniu 31 marca 2011 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia (utrzymanie dróg w rejonie Tarnów), złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu. Na powyższą czynność –zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy złożył w dniu 8 kwietnia 2011 r. odwołanie Odwołujący, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., pomimo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe uchybienia Zamawiającego POLDIM S.A. wniósł o:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A.,
- wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o.o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A.,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowanie odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Na podstawie z art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2011 r. uwzględnił zarzuty odwołania w całości, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 26 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 738/11 umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający uwzględniając odwołanie podał, iż *„Po przeanalizowaniu zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający stwierdził, że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w oparciu o oświadczenia i dokumenty złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą. Odwołujący w odwołaniu przedstawił nowe informacje i dowody, które nie były Zamawiającemu znane na etapie badania i oceny ofert. Z uwagi na fakt, że Przystępujący nie złożył żadnych dowodów na obalenie zarzutów Odwołującego, Zamawiający postanowił uwzględnić zarzuty przedstawione w odwołaniu”*.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem w spr. KIO 751/11 oddaliła odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia Podhalańskie Drogi sp. z o.o. w Nowym Targu oraz POLDIM SA w Tarnowie w zakresie części IV zamówienia, wskazując na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z części IV min. wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji W

uzasadnieniu orzeczenia wskazano – w odniesieniu do podstawy wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu: „Z takich samych powodów Izba nie podzieliła zarzutów i nie uwzględniła żądań dotyczących wykluczenia Konsorcjum ZaberD. Należy tu wskazać, iż Konsorcjum ZaberD zgodnie z siwz wykazało doświadczenie opisane w pkt w pkt 6.2.4 „Część 4 – Rejon Krajów”, ppkt 2) siwz w zakresie kwestionowanym w odwołaniu przedstawiając wykaz usług, w którym wykazano (karta 110 oferty) wykonanie dla GDDKiA Oddział Wrocław, usług w ramach zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie GDDKiA Wrocław, Rejon Lubień, utrzymanie nawierzchni, dróg oraz chodników, montaż i demontaż zasłon przeciwsnieżnych w sezonach 2007-2009 i 2009-2010. Izba oceniając materiał dowodowy sprawy uznała, iż zakres powyższych prac wystarczająco potwierdzają referencje przedstawiono na karcie 112 i 114 oferty Konsorcjum ZaberD, w których wskazano, iż wykonawca wykonał prawidłowo prace w zakresie zimowego utrzymania dróg w tym odśnieżanie ciągów dróg, chodników, przejść podziemnych i kładek, zapobieganie i likwidacja śliskości, montaż i demontaż osłon przeciwsnieżnych, transport soli, wykonanie i załadunek mieszanki oraz solanki, itp... Odwołujący ani popierający jego stanowisko zamawiający nie udowodnili, iż p. Bogusław D. wskazany jako Koordynator zimowego i letniego utrzymania dróg w rzeczywistości nie kierował pracami zimowego i letniego utrzymania dróg na terenie Oddziału Poznań GDDKiA w sezonach 2007/2008 oraz 2010/2011 – 4 sezony. W szczególności dowodów na powyższe nie stanowi pismo GDDKiA Oddział Poznań z dnia 18.02.2011 r., gdzie wyjaśniono, iż p. Bogusław D. był przedstawicielem ZaberD S.A. (dawniejszy Imex-Bis) do kontaktów z zamawiającym (Oddziałem) w sprawie prowadzenia letniego i zimowego utrzymania dróg krajowych w rejonie Nowy Tomyśl w sezonach 2007-2011 oraz umowa Nr 44/VI/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotycząca powyższych prac do reprezentowania i koordynacji robót związanych z wykonywaniem umowy z ramienia wykonawca przewidywała p. Jacka T. Należy przy tym zaznaczyć, iż zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu opisanych w w pkt 6.2.4 „Część 4 – Rejon Kraków”, ppkt 3) siwz wyraźnie rozróżnia pojęcie kierowania od koordynowania. Konsorcjum ZaberD w załączonym do oferty wykazie osób nie podało, iż p. D. był koordynatorem ww. prac, ale że je organizował i nimi kierował. Jak już wskazano uprzednio dla oceny powyższego nie ma znaczenia fakt braku w umowie nazwania i określenia takich funkcji. Trudno również zadowódk wykluczający kierowanie przez wyżej wymienionego pracami wykonywanymi przez wykonawcę uznać wskazanie przez zamawiającego, iż był on osobą upoważnioną do kontaktów z zamawiającym. (...) Reasumując, odnośnie ubiegania się Konsorcjum Eurovia i Konsorcjum ZaberD o udzielenie zamówienia w części IV Izba uznała, iż ww. wykonawcy nie podali fałszywych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia w tej części oraz prawidłowo wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu postawionych w siwz, a tym samym stwierdziła brakpodstaw w tym zakresie do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp w stosunku do tychwykonawców. Tym samym za zasadne uznano oddalenie odwołania i utrzymanie wyniku postępowaniaw kształcie niezmiennym.”

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia POL-DRÓG Oleśnica S.A. w Cieśle , POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. w Pile, Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. we Wrocławiu, odwołanie Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2011 r. oraz odpowiedź Zamawiającego na to odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia. Ustalono dalej, że nie została wypełniona żadnaz przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.Z urzędu rozważenia wymagało zagadnienie ewentualnego odrzucenia odwołania, jako dotyczącego czynności wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zostały przez zamawiającego w całości uwzględnione (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy przewiduje, że odrzuceniu podlega odwołanie, dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Analizując treść odwołania uznano, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu z przywołanej podstawy, a to z uwagi na podniesienie zarzutu niewykonania czynności zgodnie z żądaniami uprzednio złożonego i uwzględnionego odwołania, które to kwestie podlegają badaniu a także wobec podniesienia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez niewykluczenie przez Zamawiającego z postępowania wykonawców Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu

Drogowego ZABERD S.A., oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. poprzez wezwanie Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Złożone odwołanie dotyczy bowiem zaniechania wykluczenia wykonawców Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. oraz wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Uznano zatem, że odwołanie nie przysługiwałoby od czynności wykonanych zgodnie z żądaniami zawartymi w poprzednio złożonym odwołaniu, wśród których mieści się unieważnienie wyniku postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert. W myśl art. 185 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy.

Istotne w tej mierze sugestie, jakkolwiek dotyczące poprzedniego stanu prawnego (w odniesieniu do okresu, kiedy funkcjonował jeszcze protest jako środek ochrony prawnej) ale nie tracące na swej aktualności sformułowane zostały w postanowieniu Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 stycznia 2009 r. w spr. o sygn. 583/08: *„Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2008 r. jest błędne. Stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W doktrynie przeważa pogląd, iż odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp następuje wtedy, gdy Zamawiający podjął czynność, którą miał obowiązek wykonać zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a czynność ta była skonkretyzowana, np. nakazująca unieważnienie postępowania. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co nastąpiło w wyroku KIO z 10.07.2008 r., nie stanowiło wykonania skonkretyzowanej czynności, która ostatecznie mogłaby zakończyć postępowanie wywołane zamówieniem. Zamknięcie możliwości kontroli wyniku badania i oceny ofert, który jest następstwem czynności Zamawiającego, jest niezgodne z intencją przepisów ustawy Pzp. Gdyby przyjęć rozumowanie KIO, iż Zamawiający wykonał zalecenia składu orzekającego Izby, a mianowicie powtórzył czynność ponownego badania i oceny ofert, to poza kontrolą KIO, a następnie ewentualnie Sądu, byłby zawsze wynik tego ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w wyniku takiego powtórnego badania i oceny ofert, będąc poza kontrolą, mógłby wybierać wykonawcę nie spełniającego SIWZ, bądź odrzucać oferty takich wykonawców, którzy spełnialiby obowiązki wynikające z SIWZ, a przecież nie taki jest cel ustawy przepisów Pzp. Art. 1 ustawy Pzp stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania*

zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przepis ten nie wyłącza kontroli udzielania zamówień publicznych w wyniku powtórnego badania i oceny ofert. Mając na względzie treść powyższych rozważań, Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie Skarżącego należało rozpoznać merytorycznie.” Jak wynika z uzasadnienia nowelizacji do ustawy Prawo zamówień publicznych (*Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych) możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi instrument, który zastąpił protest (uwzględnienie w całości zarzutów w odwołaniu należy uznać za substytut obecnego uznania protestu), co czyni aktualnymi ogólne zasady odnoszące się do protestu również w odniesieniu do instytucji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Zakres przedmiotowego odwołania pozwalał uznać, iż odnosi się ono nie tylko do faktu ponowienia czynności zamawiającego (te bowiem czynności wykonano zgodnie z uwzględnionymi zarzutami odwołania) ale także do czynności nie objętych uwzględnieniem, jak wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, co skutkowało stwierdzeniem, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania i rozpatrzenia go merytorycznie.

Sporną w sprawie jest kwestia zakresu wykonania przez Zamawiającego ponownych czynności w ramach uwzględnionego uprzednio odwołania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający uwzględniając odwołanie obowiązany jest wykonać wszystkie żądania zawarte w odwołaniu, w taki sposób i w takim zakresie, jaki został wyartykułowany w odwołaniu, niezależnie od innych okoliczności, w tym czy znajdują one uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa, ustalonym stanie faktycznym czy zmienionych okolicznościach.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie powinno min. określać żądanie odwołującego w odniesieniu do kwestionowanej czynności. Analogicznie, przepis § 4 ust. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* Dz.U.10.48.280, stanowi natomiast, że odwołanie zawiera min. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

W myśl art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego - jeśli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, albo wykonawca, który przystąpił nie wniósł sprzeciwu co do

uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Krajowej Izbie Odwoławczej możliwości kontrolowania dyspozytywnych oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy też tego, czy zmierzają one do obejścia prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 203 § 4 ani art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliuguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

Przytoczone wyżej przepisy wyraźnie wskazują, że zakres wydanego orzeczenia przez Krajową Izbę, a także wykonania przez zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu są następstwem zakresu odwołania – podniesionych w nim zarzutów. Ponadto, w ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały skonstruowane w ten sposób, że kontrola decyzji zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje na żądanie zainteresowanego podmiotu wyrażone w odpowiedniej formie [odwołanie], uprawnionego do wnoszenia odwołania i wyposażonego w interes w uzyskaniu danego zamówienia, który zarazem poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zaś rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów. Zawarte w odwołaniu żądania są zatem sprzężone z postawionymi zarzutami, nie mogą pozostawać obok tych zarzutów czy być z nimi sprzeczne bądź im nieodpowiadające. Żądania sformułowane w odwołaniu należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi - wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający uwzględniając zarzuty poprzednio złożonego odwołania (wniesionego w dniu 8 kwietnia 2011 r.) winien był wykonać wyartykułowane w tym odwołaniu żądania zgodnie z ich literalnym brzmieniem, to jest: unieważnić czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., i wykluczyć z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o. o., Pol-Dróg Piła sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., dokonać ponownego badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu. Z powyższych żądań

POLDIM S.A., Zamawiający zaniechał dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że jakkolwiek zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu zamawiającego, to przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych a niejednokrotnie również prawa karnego. Sfera wydatkowania środków publicznych znajduje bowiem wyraz już w konstytucji (art. 216 ust. 1 stanowi, iż środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie) a następnie ustawie o finansach publicznych (art. 44 ust. 4 tej ustawy przewiduje, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej). Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wkluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, co do którego przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności.

Ponadto, jeśli żądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, takich jak unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert lub wniosków i wreszcie czynność będącą następstwem tego badania i oceny – jej reasumpcją, jak przykładowo odrzucenie ofert czy wykluczenie wykonawców z postępowania, to

uwzględnienie tak postawionego żądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności, że nie są decyzje to samodzielne, oderwane od pozostałych czynności postępowania, ale czynności będące wynikiem badania i oceny ofert. Jeśli zatem postawione żądanie obejmuje ponowne badanie i ocenę ofert, to żądanie to z istoty zawiera w sobie element nieznan i nieprzewidywalny co do skutku, w tym skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy czy wykluczenia z postępowania. Może się bowiem zdarzyć, że w trakcie ponownego badania i oceny ofert (względnie wniosków), pewne żądania zdezaktualizują się, nie będą wykonalne z powodów obiektywnych, czy też nie będą czyniły zadość interesowi odwołującego, a przez to nie będą służyć celowi publicznemu jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla wykonania zadania publicznego i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Równoczesne żądanie badania i oceny ofert oraz żądanie wyniku tej oceny w postaci odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy może w konkretnej sytuacji być żądaniem niemożliwym do jednoczesnego zrealizowania, zakłada bowiem przesądzenie wyniku żądanej oceny, co czyniłoby uwzględnienie takich żądań iluzorycznym i mogłoby doprowadzić do stanu niezgodnego z prawem, w tym dokonania czynności literalnie zgodnych z żądaniem, ale w sposób oczywisty sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i ustaleniami poczynionymi w toku ponownej oceny ofert lub wniosków. Czynność ponownego badania i oceny ofert dokonywana w kontekście podnoszonych w danej sytuacji zarzutów z istoty nie może obejmować wyniku tej oceny, skoro ten zależy od oceny dokumentów, i na etapie badania i oceny ofert nie jest i nie może być jeszcze znany i przesądzony. W tym kontekście, jednoczesne żądanie ponownego badania i oceny ofert oraz żądanie konkretnego wyniku tej oceny musi być rozpatrywane przez pryzmat charakteru tych czynności. Postawienie tego rodzaju żądań łącznie, w konkretnej sytuacji skutkować obiektywną lub prawną niewykonalnością żądania konkretnego wyniku oceny ofert lub nawet niedopuszczalnością jego wykonania. W tym kontekście, żądanie odnoszące się do wyniku badania i oceny ofert musi być traktowane z uwzględnieniem nieznanego i nieprzewidywanego jego wyniku, w przeciwnym bowiem wypadku przeczyłoby istocie i celowi równolegle postawionego wniosku odwołania (żądania) dotyczącego ponowienia czynności badania i oceny ofert. Uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznacza jeszcze nieograniczonego prawem i okolicznościami konkretnego stanu faktycznego obowiązku bezkrytycznego wykonania żądań w ich dosłownym kształcie, ale raczej skutkuje obowiązkiem oddania kierunku tych żądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie żądań odwołania, nie może zatem być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Żądania odwołania są

bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania (zasadniczo: Krajowej Izby Odwoławczej, albo zamawiającego – jeśli ten zdecyduje się uwzględnić zarzuty, po myśli art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy) ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu (danym odwołaniu) zarzutów – te bowiem wyrażają intencje odwołującego, dostrzeżone nieprawidłowości i zastrzeżenia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy wynika zatem, że żądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, stanowią ich reasumpcję; taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie żądaniami: nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

W kontekście podniesionych w odwołaniu, a uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów, przeanalizowania wymaga treść uprzednio złożonego przez Odwołującego odwołania: zakwestionowane czynności lub zaniechania zamawiającego, podniesione wobec nich zarzuty i będące ich następstwem żądania.

I tak, w odwołaniu z dnia 6 kwietnia 2011 r. Odwołujący zakwestionował zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia: art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica sp. z o.o., Pol-Dróg Piła sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., pomimo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o.o., Pol-Dróg Piła sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A., pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, żądając: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o.o., Pol- Dróg Piła sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego

Zaberd S.A.; wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm Pol-Dróg Oleśnica sp. z o.o., Pol-Dróg Piła sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A.; dokonania ponownego badania i oceny ofert; wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż Odwołujący załączył do wniesionego odwołania osiem dokumentów, stanowiących korespondencję z wystawcą referencji znajdujących się w ofercie Przystępującego dotyczącą kwestionowanego, z podnoszonym skutkiem wykluczenia z powodu nieprawdziwych informacji. To nowe okoliczności, które nie były znane Zamawiającemu w dniu dokonywania kwestionowanej w odwołaniu czynności i które musiały być poddane analizie w ramach ponownego badania i oceny ofert. Fakt ich złożenia przez Odwołującego przy odwołaniu również przemawia za uznaniem, że w takiej sytuacji odwołanie stawiało zarzuty i postulaty na przyszłość, dotyczące wzięcia pod uwagę okoliczności i dokumentów w nim ujawnionych, których uwzględnienie mogło się odbyć tylko poprzez analizę ich treści, a nie definitywne rozstrzygnięcie o wyniku tej oceny. Fakt złożenia dokumentów przez Odwołującego wraz z tym odwołaniem wskazuje, że podniesione zarzuty skierowane były przede wszystkim na nieustalenie przez Zamawiającego w sposób wystarczający stanu faktycznego związanego z wyborem najkorzystniejszej oferty a nie do a nie do samej tylko oceny dokumentów (zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy). Odwołujący złożonym odwołaniem – zarzutami w nim zawartymi i załączonymi dokumentami wymusił zatem, że uczynienie zadość temu odwołaniu możliwe było jedynie poprzez ponowną analizę oferty Przystępującego w kontekście złożonych przez dokumentów. Powyższe determinuje skutek w postaci uznania, iż żądania podniesione w odwołaniu, rozpatrywane przez pryzmat podniesionych w nim zarzutów oraz załączonych dokumentów, w pierwszym rzędzie odnosiły się do niewystarczającego zbadania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. a nie do finału tej oceny, stanowiącego wybór tego wykonawcy. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że pozyskanie przez zamawiającego nowych dokumentów dotyczących oferty wykonawcy ze źródeł innych, aniżeli oferta lub uzupełnienie dokumentów (przykładowo od innego wykonawcy), które mają wpływ na ocenę oferty, powinno każdorazowo skutkować umożliwieniem temu wykonawcy ostatecznego wypowiedzenia się w ich przedmiocie. To także wskazuje na kierunek złożonego uprzednio odwołania a także zakres wykonania przez Zamawiającego uwzględnionych zarzutów, które to wykonanie w tej części musiało przybrać formę odpowiedniego wezwania skierowanego do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład

Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. W tej mierze zatem, zarzuty aktualnie rozpatrywanego odwołania skierowane wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów oparte na tezie, że Zamawiający nie był uprawniony do jakichkolwiek innych czynności aniżeli te, które zawierają się w uwzględnionych żądaniach (a nie było w uprzednio złożonym odwołaniu żądania wezwania) nie uwzględniają okoliczności – po pierwsze – że z istoty ponownego badania i oceny ofert wynika możliwość wzywania wykonawców, po drugie zaś – że takie wezwanie niejako wymusił sam Odwołujący, składając nowe dokumenty, których uwzględnienie wymagało uzyskania stanowiska podmiotu zainteresowanego (wykonawcy, którego oferta była kwestionowaną).

Także Zamawiający w piśmie w przedmiocie uwzględnienia odwołania z 6 kwietnia 2011 r. pośrednio wskazał, że uprzednio dokonana ocena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. była przedwczesną i opartą na niepełnych informacjach (bez tych, które dostarczył Odwołujący w postępowaniu prowadzonym pod sygn. KIO 738/11). W tym zakresie uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego stanowi wyraz uwzględnienia żądania w przedmiocie ponownego badania i oceny oferty wykonawców, w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu z 6 kwietnia 2011r.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania z 6 kwietnia 2011 r. prawidłowo wykonał czynność badania i oceny ofert.

Analiza złożonych dokumentów, w tym dokumentów do których Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. w kontekście zarzutów odwołania znalazła odzwierciedlenie w wyniku tej oceny stanowiącej wybór oferty. Powyższe nie wykracza poza uwzględnione zarzuty, a przeciwnie – w kontekście zarzutów tego odwołania - czyni zadość temu uwzględnieniu.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie to, jak wskazano wyżej, było dopuszczalne, szczególnie że służyło wyjaśnieniu kwestii spornej podniesionej w tym odwołaniu (okoliczności, dotyczącej złożenia nieprawdziwych informacji), nadto było pochodną uwzględnienia wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących tych samych dokumentów Przystępującego dotyczących innej części zamówienia.

Dostrzec trzeba bowiem – wbrew stanowisku Przystępującego wyrażonemu na rozprawie – wydany w tym postępowaniu, ale w odniesieniu do innego zadania wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 751/11 nie wiąże Zamawiającego w odniesieniu do części zamówienia, której nie dotyczył ten wyrok. Nie wywołuje on zatem bezpośredniego skutku dla części, o której mowa w tym postępowaniu, nie ma bowiem swego rodzaju „rozszerzonej prawomocności” takiego wyroku na inne podmioty i zadania aniżeli te, których on dotyczył. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia takiej czynności z własnej inicjatywy, w ramach ponownego badania i oceny ofert, do którego to badania zobowiązał się uwzględniając wcześniejsze odwołanie.

Podkreślenia bowiem wymaga, iż zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Pogląd powyższy wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11. Podzielając wyrażony w tych orzeczeniach pogląd, przypomnienia wymaga, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeślidostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo. Przepis art. 93 ust. 1 oraz 1 a ustawy przewiduje podstawy unieważnienia

postępowania, zaś art. 146 ust. 1 i 6 wskazuje sytuacje, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zamawiający zatem obowiązany jest przedsięwziąć odpowiednie czynności, by sanować popełnione przez siebie błędy, w tym unieważnić własne czynności, podjąć nowe czynności, jeśli tylko będzie służyło to wyeliminowaniu niedoskonałości postępowania i realizacji zasad i celów postępowania, w tym przede wszystkim, zawarciu ważnej, nie podlegającej unieważnieniu umowy.

Dokonane w przedmiotowym postępowaniu wezwania było zatem dopuszczalne. Wynik tego wezwania Zamawiający winien był poddać ocenie, co też uczynił. Ocenę dokonaną przez Zamawiającego złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania dokumentów uznano także za prawidłową.

Nie uznano także za potwierdzony zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołania, iż Zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Podstawy wykluczenia wykonawcy przewidziane w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy wymienione zostały w sposób enumeratywny i nie mogą być traktowane rozszerzająco, w sposób dowolny lub pozostawione swobodnemu uznaniu zamawiającego, nawet jeśli takie żądanie może wynikać z uwzględnionych zarzutów odwołania. Dostrzegł to i podkreślił także Odwołujący w niniejszym postępowaniu. Przepis ten pozbawiony jest elementów nawiązujących do swobodnej oceny Zamawiającego i dyspozytywnych – zawiera normę bezwzględnie obligującą zamawiającego do wykluczenia wykonawcy w razie zaistnienia wyspecyfikowanych w nim okoliczności. Szczególną podstawą w tym zakresie jest okoliczność, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o istniejącej rzeczywistości, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Żądanie wykluczenia wykonawcy musi być zatem być rozpatrywane w kategorii zaistnienia przesłanki określonej w przepisach art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie tylko dyspozytywnej czynności uwzględnienia zarzutów odwołania. Uznano, że w analizowanej sprawie nie potwierdziło się, by Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Odwołujący w tym zakresie wskazywał na

złożenie przez ten podmiot nieprawdziwych informacji. Analiza dokumentów złożonych wraz z ofertą a następnie uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. wskazuje, że nie potwierdził się wniosek co do złożenia nieprawdziwych informacji. Ocena dokonana przez Zamawiającego w powyższym zakresie jest prawidłową. Upatrywanie złożenia nieprawdziwych informacji w niespełnieniu postawionego w postępowaniu warunku udziału nie zasługuje na aprobatę. Ze złożonych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. dokumentów nie wynika, by osoba wskazana jako Koordynator zimowego i letniego utrzymania dróg w rzeczywistości nie kierowała pracami zimowego i letniego utrzymania dróg na terenie Oddziału Poznań GDDKiA w sezonach 2007/2008 oraz 2010/2011 – 4 sezony, tym samym nie sposób przyjąć by w analizowanej sprawie, na podstawie wykazu wykonanych usług i złożonych przez ten podmiot dokumentów zachodziły podstawy do uznania, iż złożono w tym zakresie nieprawdziwe informacje. Ponowiona przez Zamawiającego – w ramach uwzględnionego odwołania - ocena nie potwierdza takiego wniosku.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewykluczenie przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu Konsorcjum firm: Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o. o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych przez POLDIM Spółkę Akcyjną w odwołaniu z 6 kwietnia 2011 r., co w konsekwencji spowodowało dokonanie przez Zamawiającego ponownego wyboru – jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum, a także zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wezwanie Konsorcjum pismem z dnia 19 maja 2011 r. przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych przez POLDIM Spółkę Akcyjną w odwołaniu z 6 kwietnia 2011 r.

Bez znaczenia pozostawała w tym zakresie okoliczność podniesiona w odwołaniu, że Przystępujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego w ramach którego Zamawiający uwzględnił zarzuty (w sprawie KIO 738/11) i nie złożył sprzeciwu: zakres wykonania

uwzględnionych zarzutów, legalność działań w postępowaniu mają charakter obiektywny, niezależny od przystąpienia bądź nie do postępowania odwoławczego. Fakt nieprzystąpienia do tamtego postępowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol-Dróg Oleśnica Sp. z o. o., Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. wywołuje jedynie ten skutek, że wykonawcy ci nie mogli prezentować w tamtym postępowaniu swego stanowiska i bronić swego interesu, przy czym ta niemożność ma charakter definitywny i nieprzywracalny. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Nie oznacza to jednak, że nieprzystąpienie do postępowania odwoławczego skutkuje automatycznie prawem Zamawiającego do wyeliminowania wykonawcy z postępowania, niezależnie od prawnej dopuszczalności takiej czynności.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: