

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX”, ul. Orłowska 3/7, 03-571 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14A/3, 00-466 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX”, ul. Orłowska 3/7, 03-571 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont przystosowawczy pomieszczeń Budynku Socjalnego z aulą dla potrzeb utworzenia Centrum Szkoleniowego Lekarzy”, Pn-142/14/EK.

Wartość zamówienia jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”, „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 26.09.2014 r., pozycja 320684.

Wykonawca L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX” z siedzibą w Warszawie - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu unieważnienia czynności z dnia 02.12.2014 r. wezwania do uzupełnienia oferty odwołującego, tj. dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, w sytuacji, gdy czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia należy uznać za niezgodną z przepisami ustawy Pzp i nie może wywołać zamierzonych skutków prawnych, ponieważ została dokonana po formalnym zakończeniu postępowania w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, tj. po przekazaniu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX” do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX”, w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany był do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 4) art. 24 ust. 4 przez uznanie oferty wykonawcy L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX” za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie w całości odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD A. Z. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 02.12.2014 r. wezwania do uzupełnienia oferty wykonawcy L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX” w zakresie dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wymaganą przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie;
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności dokonania badania i oceny ofert;
- 5) nakazanie zamawiającemu wezwania do uzupełnienia oferty wykonawcy L. S. Zakład Remontowo-Budowlany „RENOMAX” w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wymaganą przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie;
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert ważnych.

Odwołujący stwierdził, że spełnił przesłanki formalne związane z wniesieniem odwołania - termin wniesienia odwołania, przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i uiszczenie wpisu od odwołania.

Uzasadnienie odwołania.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów, powodującego wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą, w sytuacji, gdy w przypadku wezwania do uzupełnienia dokumentów i ich prawidłowej oceny oferta odwołującego zostałaaby uznana za prawidłową i otrzymałaby największą liczbę punktów spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący doznał uszczerbku w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co uzasadnia wniesienie środka ochrony prawnej.

W dniu 08.01.2015 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego pismo informujące na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o wyborze oferty wykonawcy ZAB-BUD A. Z., jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający *odrzucił ofertę* odwołującego wskazując następujące uzasadnienie prawne i faktyczne:

„Uzasadnienie prawne: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - zamawiający z postępowania

o udzielenie zamówienia wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne: W rozdz. IX pkt 3 lit. b siwz, zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia: "w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy zamawiający wymaga wykazania prawidłowej realizacji zaprojektowania i wykonania dwóch robót budowlanych w czynnych obiektach użyteczności publicznej, w tym jedna na kwotę minimum 2.000.000,00 zł brutto, a druga na min. 2.500.000,00 zł brutto".

Ponadto, na pytanie związane z powyższym warunkiem zadane do siwz: "czy oferent może wykazać się min. 2 niezależnymi projektami dla obiektów użyteczności publicznej i 2 niezależnymi od tych projektów, realizacjami wykonania robót budowlanych (...)", zamawiający udzielił w dniu 09.10.2014 r. odpowiedzi, z której jednoznacznie wynika, że nie dopuszcza proponowanego w pytaniu sposobu spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca "RENOMAX", złożył wraz z ofertą dwa wykazy, z których wynika, że wykonał dwie inwestycje budowlane oraz dwie inne nie związane z wykazanymi inwestycjami budowlanymi, usługi w zakresie projektowania.

W dniu 02.12.2014 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę L. S. Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX" do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie wymaganym przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu tj. dwóch inwestycji o wartościach jak w postawionym warunku wykonanych w systemie "zaprojektuj i wybuduj."

W dniu 05.12.2014 r. Wykonawca "RENOMAX" przedłożył dokumenty i oświadczenia, które w dalszym ciągu nie potwierdzały spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Ponadto w piśmie z dnia 05.12.2014 r. wykonawca "RENOMAX" sam przyznał, że dokumenty uzupełnia z ostrożności prawnej w obawie przed utratą wadium.

W dniu 16 grudnia 2014 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 uPzp, w związku ze złożonym w dniu 05.12.2014 r. Wykazem wykonanych zamówień (zał. nr 7 do siwz), wezwał wykonawcę "RENOMAX" do udzielenie wyjaśnień: „ - czy inwestycje wskazane w pozycjach 1 i 2 "Wykazu wykonanych zamówień" zostały wykonane w systemie "zaprojektuj i wykonaj"?

W dniu 19.12.2014 r. "RENOMAX" wyjaśnił, że: "w mojej opinii wskazane w wykazie załączonym do oferty roboty budowlane spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia" - tym samym wykonawca uchylił się od udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie.

Dodatkowo w dniu 19 grudnia 2014 r. "RENOMAX", załączył nowe dokumenty wraz z oświadczeniami podmiotów trzecich, złożonymi w trybie art. 26 ust 2b.

W wyniku dokonania analizy wszystkich złożonych dokumentów i wyjaśnień, zamawiający uznał, że w wyznaczonym do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń terminie tj. w dniu 05.12.2014 r. Wykonawca L. S. Zakład Remontowo-Budowlany "RENOMAX", złożył dokumenty i oświadczenia, które nie potwierdzają spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dokumenty i oświadczenia podmiotu trzeciego złożone w dniu 19 grudnia 2014 r., nie mogą być brane pod uwagę - jako złożone po upływie wyznaczonego na 05.12.2014 r. terminu uzupełnienia dokumentów.

Ponadto, zamawiający informuje, że nie zgadza się z opinią, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z dnia 2 grudnia br. - było niezgodne z przepisami i powinno zostać poprzedzone unieważnieniem postępowania. Dniem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dzień, w którym wybór najkorzystniejszej oferty staje się prawomocny. Zamawiający zatem nie miał obowiązku unieważniać poprzedniej nieprawomocnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej do czasu rozstrzygnięcia przez KIO odwołania wniesionego w dniu 26 listopada 2014 r."

W ocenie odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, przez niewłaściwe ich zastosowanie oraz zaniechanie ich zastosowania. W związku z tym odwołujący stwierdził, co następuje.

I. Zamawiający pismem z dnia 02.12.2014 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Powyższe wezwanie zostało dokonane po formalnym zakończeniu postępowania, które nastąpiło w dniu 21.11.2014 r. Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp *przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego rozumie się postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.*

Z powyższego przepisu wynika, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego kończy się z chwilą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, w toku którego zamawiający jest zobowiązany do dokonywania szeregu czynności wynikających z przeprowadzonego badania ofert. Taką czynnością jest również obowiązek ustawowy wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można jednak zgodzić się z zamawiającym, że dokonanie wezwania do uzupełnienia oferty skierowane do

wykonawcy po zakończeniu postępowania nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Dokonanie czynności w postępowaniu po jego formalnym zakończeniu możliwe jest jedynie w przypadku unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pomimo, że czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie została uregulowana w ustawie Pzp, jednakże tak jak każda czynność w postępowaniu powinna zostać podjęta zgodnie z zasadami jego prowadzenia, a zwłaszcza z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi zasadami zamawiający powinien zawiadomić wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto zwrócił uwagę, że ze sformalizowanego charakteru postępowania w sprawie zamówienia publicznego wynika, iż czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania nie można domniemywać na podstawie innych czynności, w tym przypadku czynności wezwania do uzupełnienia oferty. Istotne znaczenie ma również systematyka ustawy Pzp, zgodnie z którą czynność wezwania do uzupełnienia oferty została uregulowana w Dziale II Postępowanie o udzielenie zamówienia. Tym samym czynność ta może być dokonana jedynie w postępowaniu o udzielenia zamówienia, a nie poza nim.

II. Odwołujący nie zgodził się z zamawiającym, że dniem zakończenia postępowania jest dzień, w którym wybór najkorzystniejszej oferty staje się prawomocny. Powyższe stwierdzenie świadczy o błędnej wykładni art. 2 ust. 7a ustawy Pzp. Z tego przepisu wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się *w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego*, a zatem postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji zastosowania błędnej wykładni zamawiający uznał, że nie miał obowiązku unieważniać decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej do czasu rozstrzygnięcia przez KIO poprzedniego odwołania, wniesionego w dniu 26 listopada 2014 r. Przyjęcie interpretacji zaproponowanej przez zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, w której dla większości wykonawców, którzy złożyli oferty, postępowanie w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia zostałoby formalnie zakończone, natomiast dla „Renomax” Zakład Remontowo-Budowlany postępowanie to jeszcze by trwało. W tym stanie rzeczy czynności podjęte przez zamawiającego stanowią naruszenie wspomnianej zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. O tym fakcie odwołujący informował zamawiającego pismem z dnia 04.12.2014 r. W wykonaniu nieprawidłowego wezwania zamawiającego, mając jedynie na względzie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i realną możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego, odwołujący złożył wykaz zawierający roboty budowlane wskazane w ofercie oraz jedną wcześniej nie wskazaną dodatkową robotę budowlaną. Odwołujący zgodził się z tezą, potwierdzoną w wyroku z dnia 29 września 2008 r. Krajowej

Izby Odwoławczej (*sygn. akt KIO 1974/12*), że unieważnienie wadliwej czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty - może być zweryfikowany przez zamawiającego w każdym czasie, aż do zawarcia umowy. Jednakże unieważnienie wadliwej czynności podjętej w postępowaniu nie może zostać dokonane poza postępowaniem. Konieczne jest dokonanie „powrotu do postępowania” poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W realiach przedmiotowej sprawy prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogłoby nastąpić dopiero po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 15 grudnia 2014 r.

III. Zamawiający na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2014 r. (*sygn. akt KIO 2484/14*) uchylił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i pismem z dnia 16.12.2014 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W wyniku analizy otrzymanych wyjaśnień oraz dodatkowych dokumentów i oświadczeń podmiotów trzecich złożonych w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zamawiający uznał, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z pominięciem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i powinno skutkować unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zaznaczył, że nie miał prawnych możliwości wniesienia odwołania na bezprawną czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dokonaną po formalnym zakończeniu postępowania, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący pismem z dnia 04.12.2014 r., działając na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp poinformował zamawiającego o niezgodnej z przepisami czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń.

IV. W świetle przedstawionych w pkt I - IV odwołania argumentów odwołujący stwierdził, że wybór oferty wykonawcy ZAB-BUD złożonej w zamówieniu, przy jednoczesnym zastosowaniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp wobec odwołującego i związanym z tym nie wybraniem oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, narusza przepis art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację, odwołujący stwierdził, że wniesione odwołanie jest uzasadnione oraz konieczne i wniósł o jego uwzględnienie w całości zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesionej w dniu 22 stycznia 2015 r.,

uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł w dniu 23 stycznia 2015 r. sprzeciw wobec czynności zamawiającego - uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z. z siedzibą w Warszawie, że wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 Pzp). W dalszej części uzasadnienia wykonawca zwany jest „przystępującym”.

Izba rozpoznała odwołanie na skutek sprzeciwu wniesionego przez przystępującego wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 4 Pzp).

Odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), Izba oddaliła odwołanie, uznając, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, jest nieodzowną przesłanką uwzględnienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą - ust. 4 tego artykułu - z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia - opisanych w zakresie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w rozdziale IX pkt 3 lit. b SIWZ: *(w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, zamawiający wymaga wykazania prawidłowej realizacji*

zaprojektowania i wykonania dwóch robót budowlanych w czynnych obiektach użyteczności publicznej, w tym jedna na kwotę minimum 2.000.000,00 zł brutto, a druga na min. 2.500.000,00 zł brutto).

Potwierdzenie wskazanego wymagania - na pytanie dotyczące treści SIWZ: *czy oferent może wykazać się min. 2 niezależnymi projektami dla obiektów użyteczności publicznej i 2 niezależnymi od tych projektów, realizacjami wykonania robót budowlanych (...)* - zamawiający przedstawił w odpowiedzi z 09.10.2014 r., z której jednoznacznie wynika, że zamawiający nie dopuszcza proponowanego w pytaniu sposobu spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu.

Z treści odwołania wynika, że w istocie odwołanie dotyczy czynności zamawiającego z 02.12.2014 r., tj. wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, jako wezwania dokonanego po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 21.11.2014 r. był - zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp - zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego.

Drugim uzasadnianym zarzutem odwołania było zaniechanie ponownego wezwania odwołującego na tej samej podstawie - art. 26 ust. 3 Pzp - do złożenia oświadczeń lub dokumentów w takim samym celu i w takim samym zakresie, w toku czynności podjętych na skutek wyroku Izby z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2484/14.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień, dokonane przez zamawiającego w dniu 16 grudnia 2014 r., na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp oraz ocena złożonych przez odwołującego wyjaśnień, a także złożonych nowych oświadczeń i dokumentów uzyskanych na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, skutkujące wykluczeniem z postępowania - w ocenie odwołującego - stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia zarzutu dotyczącego czynności zamawiającego będących następstwem nie wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. *prawidłowej realizacji zaprojektowania i wykonania dwóch robót budowlanych w czynnych obiektach użyteczności publicznej, w tym jedna na kwotę minimum 2.000.000,00 zł brutto, a druga na min. 2.500.000,00 zł brutto.*

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie zostało wykazane w ofercie, również na wezwania zamawiającego z 02.12.2014 r. i z 16.12.2014 r., na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Fakt nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jw. w terminach wyznaczonych przez zamawiającego nie był sporny, przyznanie wyniku z treści odwołania i wyjaśnień złożonych na rozprawie.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do daty zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego - w dniu 21.11.2014 r.

Przepis art. 2 pkt 7a Pzp stanowi tzw. słowniczek pojęć ustawowych, którego celem jest przedstawienie zdefiniowania pojęć stosowanych w ustawie.

Zgodnie z treścią przepisu - art. 2. *Ilekróć w ustawie jest mowa o: (...) 7a - postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.*

Z przepisu wynika definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście celu prowadzonego postępowania, którym finalnie jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zakończeniem postępowania jest więc taki wybór oferty, którego skutkiem jest zawarcie umowy.

Nie ma wątpliwości, że w sytuacji wyboru oferty przystępującego z jednoczesnym odrzuceniem oferty odwołującego (21.11.2014 r.) i następnie wniesienia odwołania od czynności odrzucenia oferty (26.11.2014 r.) - nie można było zawrzeć umowy na wykonanie zamówienia z wykonawcą po dacie wyboru jego oferty w dniu 21.11.2014 r.

Zatem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało zakończone w dniu 21.11.2014 r., nie było również postępowaniem zakończonym w dniu 02.12.2014 r.

Odrzucenie oferty odwołującego (21.11.2014 r.) zostało spowodowane uznaniem przez zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie harmonogramu (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp).

W wyroku z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2484/14, Izba uznała, że brak określenia w harmonogramie terminów realizacji etapów prac nie mógł stanowić podstawy odrzucenia oferty. Ewentualność nie uwzględnienia w wycenie prac wszystkich dyspozycji, które zawiera program funkcjonalno-użytkowy i zaniżenie wartości kilku pozycji wyceny, nie decyduje również o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Ewentualny błąd w obliczeniu ceny, stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty.

Postępowanie odwoławcze zakończone wyrokiem Izby dotyczyło wyłącznie zakresu przedmiotowego oferty odwołującego. Nie było przedmiotem rozpoznania i oceny Izby wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający powtarzając badanie i ocenę oferty odwołującego na skutek wyroku Izby, zobowiązany był do czynności wyłącznie wynikającej z treści wyroku.

Pismem z dnia 16.12.2014 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia (wypełnienia) załączonego do oferty „Harmonogramu realizacji inwestycji”, którego treść, obok ceny oferty, stanowiła podstawę unieważnienia czynności odrzucenia oferty.

Dokonując czynności nienakazanej w wyroku - zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień: *czy inwestycje wskazane w pozycjach 1 i 2 „Wykazu wykonanych zamówień” zostały wykonane w systemie „zaprojektuj i wykonaj”?* Wezwanie dotyczyło oświadczeń i dokumentów, z których nie wynikało wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożonych w dniu 05.12.2014 r., na wezwanie zamawiającego z dnia 02.12.2014 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Udzielając wyjaśnień o treści: *w mojej opinii wskazane w wykazie załączonym do oferty roboty budowlane spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia* (19.12.2014 r.), odwołujący nie udzielił wyjaśnień z zakresie żądanym w wezwaniu.

Badanie i ocena oferty odwołującego, na podstawie oświadczeń i dokumentów oraz wyjaśnień złożonych na wezwania zamawiającego w trybie określonym w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (oferta, uzupełnienie z 05.12.2014 r., brak wyjaśnień w piśmie z 19.12.2014 r. w żądanym zakresie), zostały zakończone wykluczeniem odwołującego z postępowania (08.01.2015 r.). Samodzielne uzupełnienie oświadczeń i dokumentów z wykorzystaniem zasobów innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, nie stanowiło przedmiotu oceny zamawiającego (złożenie po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp).

Izba uznała, że wezwanie z 02.12.2014 r. nie było czynnością zamawiającego podjętą po zakończonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 7a Pzp. Zamawiający uzyskując informację o niewłaściwej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanej w toku czynności poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej (21.11.2014 r.), podjął stosowne czynności akceptowane w orzecznictwie Izby. W jednym z wyroków - z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2424/12, Izba orzekła:

Zamawiający, zobowiązany do prowadzenia postępowania według ustawowych zasad, z obowiązkiem wybrania oferty obiektywnie uznanej w świetle wymagań i kryteriów ceny ofert opisanych w SIWZ za najkorzystniejszą, jest uprawniony i zobowiązany do powtórzenia czynności podlegających weryfikacji, również z własnej inicjatywy, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (przykładowe wyroki Izby: KIO 692/12 z 24 kwietnia 2012 r., KIO 2535/11 z 8 grudnia 2011 r., KIO 2685/10 i 2686/10 z 28 grudnia 2010 r.).

Izba podziela stanowisko, że czynności w postępowaniu powinny być podejmowane w określonej kolejności, jednakże wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia w celu eliminacji błędnej oceny podmiotowej wykonawcy - nie narusza wskazanego przepisu w sposób skutkujący uwzględnieniem odwołania.

Na wezwanie z 02.12.2014 r. odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci *prawidłowej realizacji zaprojektowania i wykonania dwóch robót budowlanych w czynnych obiektach użyteczności publicznej, w tym jedna na kwotę minimum 2.000.000,00 zł brutto, a druga na min. 2.500.000,00 zł brutto. (projekty dla obiektów użyteczności publicznej wraz z wykonaniem robót budowlanych)* - 05.12.2014 r.

Odwołujący nie potwierdził też spełniania opisanych warunków udzielając wymijających wyjaśnień (19.12.2014 r.).

Ze względu na jednokrotność wezwań na podstawie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w tym samym zakresie, zamawiający wyczerpał możliwości prawne żądania od odwołującego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Samodzielne uzupełnianie oświadczeń i dokumentów w dniu 19.12.2014 r., po upływie terminu wyznaczonego dla tej czynności przez zamawiającego - nie może stanowić podstawy przywrócenia terminu do dalszego powtórzenia czynności badania i oceny oferty. Nowe oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego wskazują datę ich wystawienia 19.10.2014 r. Można więc wnioskować, że mogły być już w dyspozycji odwołującego w okresie właściwym dla złożenia oferty i dla uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Nakazanie unieważnienia oraz wykonania żądanych w odwołaniu czynności, na skutek uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, stanowiłoby naruszenie

zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego samego rodzaju oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie tych samych wymagań (art. 26 ust. 3 Pzp) oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Izba uznając, że nie zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu skutkujące jego uwzględnieniem, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: