

Sygn. akt KIO/UZP 1279/08

WYROK

z dnia 28 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: **Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o. o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia 22 października 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)**

z kwoty wpisu uiszczanego przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 6 504 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** na rzecz **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o., Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu w dniu 15.10.2008r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. (dalej TUXBEL).

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej protest złożyła EKONOVA Sp. z o.o. (dalej Ekonoma), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, poprzez wybór oferty TUXBEL pomimo, że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, poprzez nie wykluczenie wykonawcy TUXBEL nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu - wymaganego doświadczenia

oraz wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności oceny ofert i ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu protestu spółka EKONOVA wskazała, że jedyna praca w przybliżeniu spełniająca wymogi SIWZ to wykazana w pozycji nr 2 – Budowa ekranów akustycznych na

DK 79 w Jaworznie. Roboty te nie zostały jeszcze zakończone, co oznacza, że takie zamówienie nie może zostać uznane za wykonane, a w konsekwencji wykazane jako spełniające warunek SIWZ. Nadto EKONOVA wskazała, że w wykazanych referencjach potwierdzeniu wykonania w poz. 1 – list referencyjny Skanska i w poz. 3 Polski Asfalt wykazana wartość robót i ich zakres nie odpowiada wymogom SIWZ.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez spółkę EKONOVA przystąpił TUXBEL, domagając się oddalenia protestu.

Podał, że w swojej ofercie wykazał się realizacją łącznie czterech zamówień o podobnej złożoności i o zbliżonym zakresie (zarówno w kontekście meritum i wartości zamówienia), z których dwa pierwsze zostały wykazane referencjami wystawionymi przez Skanska (budowa autostrady A1 odc. Rusocin – Nowe Marzy, sekcja I oraz budowa autostrady A1 odc. Rusocin – Nowe Marzy, sekcja II), czwarte zostało udokumentowane umową oraz protokołem odbioru. Trzecie zamówienie jest nadal realizowane, ale z uwagi na udokumentowanie trzech zakończonych projektów nie ma to, w ocenie TUXBEL, żadnego znaczenia.

Zamawiający protest uwzględnił i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że po ponownym przeanalizowaniu przedstawionych przez TUXBEL referencji doszedł do wniosku, że nie spełniają one zapisu pkt. 7.2.4. SIWZ. Podał, że referencje Skanska stwierdzają wykonanie projektów ekranów akustycznych oraz nadzór nad wykonaniem prac pod kątem projektowym, nie ma tam natomiast mowy o budowie ekranów akustycznych lub montażu barier sprężystych. Wskazał także, że doświadczenie potwierdzone protokołem końcowego odbioru w Wytwórni Mas Bitumicznych w Bielsku-Białej nie odpowiada zakresem ani ilością wymogom SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania TUXBEL zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przejawiające się niezasadnym unieważnieniem czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzuceniem oferty TUXBEL choć oferta tej spółki spełniała wszystkie kryteria przedstawione w SIWZ oraz zgodnie z kryteriami oceny była ofertą najkorzystniejszą,
2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy, przejawiające się zaniechaniem wyjaśnienia kwestii udokumentowania przez Odwołującego wykonania zamówień zbliżonych do wskazanego postanowieniami SIWZ,

3. art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 7 ustawy, przejawiające się przedwczesnym i bezpodstawnym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu kontynuowanie postępowania (uchylenia czynności unieważnienia postępowania),
5. przeprowadzenie dowodu z dokumentów - dwóch pism referencyjnych wystawionych odwołującemu przez Ekobel Schallschutz sp. z o.o.,
6. przeprowadzenie dowodu z przesłuchań świadków
- Macieja G., zam. Pl. Wielkopolski 1/67,61-746 Poznań,
- Marcina K., zam. os. Zygmunta Starego 15c/35, 60-688 Poznań,
na okoliczność, iż odwołująca się spółka posiada doświadczenie zgodne z treścią SIWZ,
7. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania w całości i zasądzenie z tego tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika w maksymalnej kwocie.

W zakresie swojego interesu prawnego TUXBEL podał, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która rozstrzygnięciem zamawiającego w dniu 15 października 2008 roku została uznana za najkorzystniejszą. Wskutek wniesienia przez EKONOVA sp. z o.o. protestu oraz jego uznania sytuacja odwołującego uległa diametralnej zmianie i w konsekwencji jest on zainteresowany modyfikacją stanowiska zamawiającego. Od decyzji w tej sprawie zależy to, czy wskazane zamówienie dojdzie do skutku, co ma bezpośredni wpływ na stan majątkowy spółki oraz zakres podjętych przez odwołującego zobowiązań.

W uzasadnieniu odwołania ponowił argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Dodatkowo przedstawił listy referencyjne wystawione przez spółkę Ekobel Schallschutz sp. z o.o. i Stal-Met Sp. z o.o. w zakresie odpowiadającym wymogom sformułowanym w spornym postanowieniu SIWZ.

Stwierdził również, że uczestnicy przetargu nie byli zobowiązani do wykazania się doświadczeniem w realizacji projektów, które zawierałyby dokładnie te same elementy co sporny projekt - a więc projektów identycznych czy tożsamy, a jedynie porównywalnych.

Stosownie do literalnej treści analizowanego postanowienia - chodziło o projekty takie, które są podobne na tyle, aby można było je porównywać.

Zdaniem odwołującego, referencje Skanska mogą być porównywane skalą i zakresem, a także kosztem przedsięwzięcia do projektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, ponieważ po pierwsze, oba projekty dotyczą w zasadzie identycznej infrastruktury służącej wyciszeniu okolic autostrady, po drugie, odwołujący nadzorował wykonywane prace, a więc bezpośrednio uczestniczył w procesie montażu elementów infrastruktury, po trzecie, oba przedsięwzięcia podjęte we współpracy ze SKANSKA - NDI są wartością zbliżone do wartości zamówienia, które zlecić miał zamawiający w niniejszym postępowaniu.

Podniósł także, że postanowienie SIWZ jest na tyle nieostre i niedokładne, że wyeliminowanie oferty odwołującego w sposób dokonany zaskarżonym rozstrzygnięciem, było nieuprawnione i arbitralne. W sytuacji, w której warunki SIWZ są nieostre, nie zawierają wymogów co do sposobu udowodnienia posiadanego doświadczenia, a dokumenty przedstawione przez oferenta *prima facie* kryteria te spełniają, zamawiający winien sytuację tę wyjaśnić - przepisy art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy stanowią wyraźnie, w jakich sytuacjach zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów udowadniających kwalifikacje podmiotowe oferenta, czy też dających rękojmię świadczeń odpowiedniej jakości.

Odwołujący wskazał, że dokumenty potwierdzające doświadczenie wykonawców w wykonaniu porównywalnego projektu mieściły się w katalogu wskazanym w art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy oraz w cytowanym przepisie rozporządzenia.

W ocenie odwołującego zamawiający miał – w sytuacji niejasnej – obowiązek wezwania oferenta do uzupełnienia braków lub ewentualnie do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający odrzucił jego ofertę oraz umorzył postępowanie o udzielenie zamówienia mimo faktu, iż protestujący - EKONOVA nie zgłosił takiego żądania oraz, iż odrzucenie oferty odwołującego było przedwczesne, jako że w chwili dokonywania czynności odrzucenia oferty nie upłynął jeszcze termin zaskarżenia rozstrzygnięcia odwołaniem.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty odwołującego oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 22 października 2008 r., tj. w dacie sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. sprzed daty 24 października 2008 r.).

Skład orzekający ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ potwierdzenie się zarzutów o niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego, umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, gdyby decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, a także o unieważnieniu przedmiotowego postępowania okazała się być bezpodstawna.

W ogłoszeniu o zamówieniu (BZP z dnia 12.09.2008r. poz. 216223) zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia: „Wykonawca musi wykazać, że zrealizował (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zadania o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego przetargu”.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zamawiający zażądał przedłożenia: „Informacji o doświadczeniu Wykonawcy (Doświadczenie zawodowe), na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.4. Informacja musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 7.2.4 SIWZ. Do informacji winny być załączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji roboty zostały wykonane należycie”.

W pkt 7.2.4 i 8.2.4.SIWZ zamawiający powtórzył powyższe wymagania.

W Formularzu 3.4. zamawiający podał treść oświadczenia, które złożyć mieli wykonawcy w następującym brzmieniu: „(...) oświadczamy, że reprezentowana przez nas firma zrealizowała (zakończyła) w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego

postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, następujące zadania rodzajowo i wartościowo* porównywalne z wymaganiami Zamawiającego”. Pod przywołanym oświadczeniem wykonawcy mieli wypełnić tabelę, której jedna z kolumn wymagała podania: „Wartości zadania wykonanego przez Wykonawcę”. Jednocześnie Formularz 3.4. nie zawierał objaśnienia symbolu „*” Na rozprawie zamawiający oświadczył, że „pominięto opis „*”, wpisany po słowie „wartościowo”, miało tam znaleźć się objaśnienie „niepotrzebne skreślić”, ponieważ wymogu co do wartości wykazywanych zamówień zamawiający nie wskazał. Zamawiający wyjaśnił także, że biorąc pod uwagę treść warunku wskazanego w pkt 7.2.4 SIWZ, (...) zamiarem zamawiającego w ogóle nie była ocena wykazywanych zamówień co do wartości i zamawiający wartości wykazywanych przez wykonawców nie brał pod uwagę”.

Z treści protestu spółki EKONOVA, a także przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu oraz odwołania spółki TUXBEL Lärmschutzsysteme wynika, że wykonawcy ci byli przekonani, że zamawiający postawił warunek co do wartościowej porównywalności zadań wykazywanych z przedmiotem niniejszego przetargu.

Świadczą o tym następujące fragmenty protestu (str. 3) „Protestujący stawia zarzut nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wcześniejszym wykonaniu zamówień o podobnej wartości i zakresie robót” oraz „Ponadto w wykazanych referencjach i potwierdzeniu wykonania (...) wykazana wartość robót i ich zakres nie odpowiada wymogom SIWZ”.

W treści pism odwołującego świadczy o tym następujący fragment: „Spółka TUXBEL Lärmschutzsysteme wykazała się realizacją łącznie czterech zamówień o podobnej złożoności i o zbliżonym zakresie (zarówno w kontekście meritum jak i wartości zamówienia (...))” (str. 3 przystąpienia). Taką samą treść odwołujący zawarł na stronie 5 odwołania.

Odwołujący w złożonym w ofercie wykazie wskazał trzy pozycje:

1. Budowa ekranów akustycznych w ramach budowy autostrady A - 1, odc. Rusocin - Nowe Marzy, sekcja I i II, zakończona w listopadzie 2007 r. o wartości 5 187 285,95 zł netto,
2. Budowa ekranów akustycznych wzdłuż Trasy Śródmiejskiej, ul. Nowolipowej oraz nad ul. Kolejową w Jaworznie w ramach przebudowy DK 79, której zakończenie przewidziano w marcu 2009 r. o wartości 6 337 487,67 zł netto,
3. Wykonanie posadowienia ścian zasieków z kształowników stalowych i płyt drogowych na terenie Wytwórni Mas Bitumicznych w Bielsku-Białej, zakończona w marcu 2008 r. o wartości 200 670,00 zł netto.

Na potwierdzeniem wskazanych pozycji odwołujący złożył:

1. List referencyjny Skanska – NDI Joint Venture, w którym wskazano, że odwołujący, jako partner konsorcjum, wykonał projekt ekranów akustycznych oraz nadzorował wykonanie prac pod kątem projektowym w ramach zadania o łącznej kwocie 927 644,30 euro
2. List referencyjny Skanska – NDI Joint Venture, w którym wskazano, że odwołujący, jako partner konsorcjum, wykonał projekt ekranów akustycznych oraz nadzorował wykonanie prac pod kątem projektowym w ramach zadania o łącznej kwocie 554 437,40 euro,
3. umowę zawartą pomiędzy Budimex Dromex S.A., a konsorcjum, którego członkiem był odwołujący na budowę ekranów akustycznych z terminem realizacji 15.03.2009r. o wartości 6 337 487,67 zł netto,
4. umowę zawartą pomiędzy spółką „Polski Asfalt”, a odwołującym na wykonanie ścian zasieków z kształtowników stalowych i płyt drogowych, protokół końcowego odbioru prac wskazującym termin zakończenia robót na 28.03.2008r., protokół nie zawiera żadnych zastrzeżeń.

W treści przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu na stronie 4 odwołujący potwierdził, że zamówienie realizowane na podstawie umowy z Budimex Dromex S.A. (poz. 2 wykazu) nie zostało jeszcze zakończone, zaś w treści odwołania na stronie 5, odnosząc się do tego samego zamówienia oświadczył, że projekt jest nadal realizowany, jednak w zakresie istotnym dla niniejszego postępowania został zakończony.

Wartość szacunkowa zamówienia, wskazana przez zamawiającego w pkt. 2 protokołu ZP-2 wynosi 9 510 000,00 zł.

I. skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W ocenie składu orzekającego Izby postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego był bardzo ogólny i nie odwoływał się do jakiegokolwiek wartości zamówienia.

Nie budzące wątpliwości wymogi zamawiającego, wynikające z treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, sprowadzały się do obowiązku wykazania 2 zadań – robót budowlanych. Zamawiający nie sprecyzował w żaden sposób, jaką treść należy przypisać sformułowaniu: „zadania o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego

przetargu”, wobec czego, w ocenie składu orzekającego Izby, warunkowi temu można przypisać jedynie szerokie znaczenie, które wynika z ogólnego, hasłowego określenia przedmiotu zamówienia, a którym w przedmiotowym postępowaniu jest: „projekt budowlany i dobudowa ekranów akustycznych, montaż barier sprężystych przy ekranach w ciągu autostrady A2 na odc. (...)”

Wobec ograniczenia warunku do obowiązku wykazania „roboty” oraz wskazania w Formularzu 3.4., że chodzi o zadania „rodzajowo porównywalne”, w ocenie składu orzekającego należy przyjąć, że wymóg zamawiającego ograniczony został do wykazania robót budowlanych rodzajowo porównywalnych do tych, które przewidziano do wykonania w niniejszym postępowaniu, tj. porównywalnych do dobudowy ekranów akustycznych oraz montażu barier sprężystych przy ekranach w ciągu autostrady. Jednocześnie oznacza to, że zamawiający nie dopuścił możliwości wykazywania doświadczenia zawodowego poprzez usługi polegające na pracach projektowych (projekt budowlany w niniejszym postępowaniu).

Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający nie może żądać od wykonawców uprzedniej realizacji zadań tożsamyh z tym, które jest przedmiotem prowadzonego postępowania – w takim przypadku zamawiający ograniczyłby zasadę uczciwej konkurencji – zasadnym jest przyjęcie, że wystarczającym dla wykazania doświadczenia w niniejszym postępowaniu było wskazania 2 robót budowlanych, polegających na dobudowie ekranów akustycznych lub montażu barier sprężystych przy ekranach w ciągu autostrady, ale także polegających na budowie, czy dobudowie innych konstrukcji służących wyciszeniu okolic autostrady, co słusznie wskazał odwołujący w treści protestu (str. 6).

Uwzględniając takie ogólne rozumienie warunku w niniejszym postępowaniu, w ocenie składu orzekającego Izby, żadna z pozycji wskazanych przez odwołującego w wykazie nie może być uznana jako spełniająca wymóg zamawiającego, ponieważ:

1. na pozycję wskazaną w pozycji 1 składają się, co wynika z treści listów referencyjnych, dwa zadania, które polegały na „wykonaniu projektu ekranów akustycznych oraz nadzorowaniu wykonywania prac pod kątem projektowym”, a zatem odwołujący wykazał wykonanie usług polegających na wykonaniu projektu i nadzorze prac; zasadnie podniósł zamawiający w toku rozprawy, że nadzór nad wykonaniem prac, jaki pełnił odwołujący nie może być uznany jako wykonanie samych prac,
2. roboty wskazane w pozycji 2 wykazu, według dokumentów załączonych do oferty, tj. umowy Nr 19/2S22 mają być prowadzone do 15.03.2009r., a zatem nie zostały jeszcze zakończone,

3. roboty wskazane w pozycji 3 wykazu nie są robotami, które można zakwalifikować jako infrastruktura służąca wyciszeniu autostrady – roboty zostały wykonane na terenie wewnętrznym strony umowy – spółki „Polski Asfalt”.

Fakt, że przedłożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzały postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zamawiającego nie mógł jednak prowadzić do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, ponieważ sytuacja taka, co do skutków, jest tożsama z sytuacją, w której wykonawca nie złożył żądanych dokumentów, a zatem winna prowadzić do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

W niniejszej sprawie zamawiający, rozstrzygając protest spółki Ekonova, wypowiedział się nie tylko co do zasadności zawartych tam zarzutów w zakresie oferty odwołującego, ale także wykonał czynność ponownego badania oferty odwołującego i podjął decyzję o jej odrzuceniu (na marginesie wskazać należy, że protestująca spółka Ekonova prawidłowo, jako podstawę ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z brakiem żądanego doświadczenia zawodowego, wskazała art. 24 ust. 1 pkt 10, podczas gdy zamawiający, rozpatrując doświadczenie odwołującego w efekcie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co pozostaje bez związku z podanym uzasadnieniem, odnoszącym się do braku doświadczenia zawodowego).

Czynność ta, co podnosił odwołujący, była przedwczesna i niezgodna z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy, ponieważ zamawiający nie uwzględnił żądania odwołującego zawartego w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez spółkę Ekonova (nie uwzględnił żądania przystąpienia do protestu, tj. oddalenia protestu).

Innymi słowy zamawiający winien wstrzymać się z czynnością wykluczenia odwołującego z postępowania do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez niego wniesionego.

W konsekwencji powtórzenia czynności badania oferty odwołującego i oparciu się na własnym rozstrzygnięciu co do zasadności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Nieuchronną konsekwencją sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje żadną niepodlegającą odrzuceniu ofertą jest unieważnienie postępowania, dlatego też rozstrzygnięcie kwestii zasadności odrzucenia ostatniej z ofert, jaką dysponuje zamawiający jest jednocześnie rozstrzygnięciem kwestii ważności prowadzonego postępowania. Z tego powodu można przyjąć, że rozpoznawanie łącznie tych dwóch kwestii jest nieodzowne i dotyczy wyłącznie dwóch podmiotów – zamawiającego i wykonawcy, który jako jedyny ma jeszcze szansę na

uzyskanie zamówienia (o ile KIO uznałaby, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę tego wykonawcy).

Jednak w niniejszym postępowaniu zamawiający, niezależnie od unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy wskazał, jako podstawę unieważnienia art. 93 ust.1 pkt 7 tj. unieważnił postępowanie z tego powodu, że „postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

W ocenie składu orzekającego Izby, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy uznać należy za nową czynność zamawiającego. Unieważnienie postępowania w tym przypadku pozostaje bez żadnego związku z oceną prawidłowości oferty odwołującego.

Co więcej, gdyby rozważyć omawianą kwestię na przykładzie innego postępowania, tj. gdyby rozważyć sytuację, w której KIO rozstrzygnęłaby odwołanie na niekorzyść odwołującego, co byłoby tożsame z utratą przez niego możliwości uzyskania zamówienia, jednocześnie jednak oznaczałoby możliwość uzyskania zamówienia przez następnego w kolejności (następnego za pierwotnie wybranym odwołującym) wykonawcę, wówczas dla tego ostatniego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy byłoby ewidentnie nową czynnością zamawiającego, która pozbawiałaby go możliwości uzyskania zamówienia i wobec której musiałby złożyć protest, aby móc ewentualnie podważyć niezasadność unieważnienia postępowania.

Konsekwencją przyjęcia przez skład orzekający Izby, że unieważnienie postępowania w rozstrzygnięciu protestu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy było w niniejszym postępowaniu nową czynnością zamawiającego, od której nie przysługuje prawo złożenia odwołania lecz odrębnie najpierw protestu, a następnie odwołanie, jest pozostawienie bez rozpoznania zarzutu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego wskazanego przepisu. Jak przyznał sam odwołujący w odwołaniu (str. 8 odwołania) i na rozprawie wniósł w tej sprawie oddzielny protest do zamawiającego, a następnie odwołanie.

Uwzględniając fakt, że decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania, wobec jej oprotestowania, nie można uznać za ostateczną, skład orzekający Izby uznał za celowe nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, aby zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*