

Sygn. akt: KIO 2685/15

POSTANOWIENIE
z dnia 16 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 grudnia 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015 r. przez **Odwołującego – A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „ANWIT” A. S., ul. Żółkiewskiego 23/2, 04-305 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – 1) I. M. prowadzący działalność pod firmą ASINUS I. M., Al. Solidarności 129/131 lok. 40, 00-898 Warszawa, 2) USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuć odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciążyć **Odwołującego – A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „ANWIT” A. S., ul. Żółkiewskiego 23/2, 04-305 Warszawa** – i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2685/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie archeologicznych badań wykopaliskowych na stanowisku archeologicznym Rychnowo V, kolidującym z planowaną do budowy drogą ekspresową S7 odcinek Miłomłyn-Olsztynek, pododcinek Rychnowo-Olsztynek wraz z opracowaniem wyników badań ” (znak sprawy: O/OL.D-3.2413.28.2015.I-2).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2015 r, pod nr 2015/S 167-305182.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ANWIT” A. S., ul. Żółkiewskiego 23/2, 04-305 Warszawa, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w oparciu o udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego.
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy ze względu na to, że jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 02 grudnia 2015 r.
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 02 grudnia 2015 r. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z dnia 02

grudnia 2015 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1-3 Pzp oraz 89 ust. 1 ppkt 2 Pzp.

- 4) powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert,
- 5) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w dniu 06 listopada 2015 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty wraz z informacją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego podano, że z uzupełnionego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykonania zamówienia nadal nie wynika, w jaki sposób podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. jaki zakres zamówienia będzie wykonywał. W ocenie Zamawiającego zobowiązanie nie potwierdza, że wykonawca realnie dysponuje zasobami podmiotu trzeciego i będzie mógł się nimi posługiwać przy realizacji zamówienia. W konkluzji Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem, zatem podlegam wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że następnie w dniu 02 grudnia 2015 r. otrzymał kolejną informację o unieważnieniu pierwszego wyboru i powtórzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W piśmie tym Zamawiający poza wcześniej wskazanymi argumentami w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia wskazał kolejne - w jego ocenie uzasadniające wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i dodatkowo odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treści SIWZ i zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie powyżej opisane czynności Zamawiającego w sposób rażąco naruszają zarówno obowiązujące przepisy prawa jak i interes Odwołującego.

Odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Odwołujący podniósł, że z treści dokumentów, które załączył do oferty - w tym również z treści samego zobowiązania jednoznacznie wynika, iż realnie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego na potrzeby wykonania zamówienia, a tym samym udowodnił posiadanie wiedzy i doświadczenia do należytego wykonania zamówienia. W treści uzupełnionego zobowiązania wskazano bowiem, że sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący:

1. Udostępnienie doświadczenia w spełnieniu wymaganego warunku określonego w SIWZ: wykonanie, co najmniej 1 usługi polegającej na przeprowadzeniu ratowniczych archeologicznych badań wykopaliskowych wraz z opracowaniem ich wyników o powierzchni, co najmniej 1300 arów,
2. Dysponowanie wyszkoloną kadrą archeologiczną - kierownik prac terenowych na stan.

Rychnowo V odcinek 1 i 4,

3. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie opracowania wyników badań archeologicznych.

Zasoby podmiotu trzeciego będą udostępnione od dnia podpisania umowy z Zamawiającym do dnia jej zakończenia - etap terenowy i opracowanie wyników badań archeologicznych. Ponadto z treści zobowiązania jednoznacznie wynika, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia następuje poprzez udział podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, że celem, który przyświecał wprowadzeniu art 26 ust. 2b Pzp było zwiększenie konkurencyjności na gruncie zamówień publicznych, dopuszczając możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wykazać, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale mogą posłużyć się przy realizacji zamówienia i zasobami innych podmiotów. Warunkiem jednak możliwości powołania się na te zasoby jest realność dysponowania nimi. W kontekście powyższego Odwołujący stwierdził, że rzeczywiste dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego wykazano w treści zobowiązania. Tym samym zarzut Zamawiającego, iż nie wykazano, jaki zakres zamówienia będzie podmiot trzeci wykonywał jest chybiony. Odwołujący wskazał także, że stosunek prawny pomiędzy Odwołującym, a podmiotem trzecim - umowa o podwykonawstwo i jego udział w wykonaniu zamówienia gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów wiedzy i doświadczenia.

Odnośnie uznania przez Zamawiającego, że zobowiązanie jest wystawione z datą późniejszą niż data składania ofert, zaś z treści zobowiązania powinno wynikać, że spełniam warunki udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert, Odwołujący argumentował, że bezspornym jest fakt, iż wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu najpóźniej w dniu składania ofert. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sytuacji przesłanka do twierdzenia przeciwnego tu nie zaszła. Owszem drugie zobowiązanie złożone w wyniku uzupełnienia jest opatrzone datą na dzień uzupełnienia, a nie na dzień składania ofert, jednakże ofertę należy czytać, jako całość oświadczeń złożonych przez Wykonawcę. Zamawiający żądając zobowiązania z datą na dzień składania ofert tym samym sankcjonowałby fikcję prawną, iż taki dokument istniał w tamtym dniu. Z treści uzupełnionego zobowiązania jasno i czytelnie wynika, do którego postępowania swoje zasoby podmiot trzeci uzupełnia, w jaki sposób i na jaki czas, Trudno też interpretować uzupełnione zobowiązanie w oderwaniu od pierwotnego złożonego, wraz z ofertą. Zobowiązanie istniało, bowiem już na dzień składania ofert. Na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniu podlegała jego szczegółowa treść. Gdyby uznać argumenty Zamawiającego za trafione, należałoby usankcjonować okoliczność, iż w obrocie prawnym istnieją dwa dokumenty opatrzone tą samą datą o innej treści.

Odnośnie uznania ceny oferty za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazał m.in., że znamionym wydaje się tu fakt, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Zamawiający uznał za przekonywujące przy pierwszej czynności oceny ofert, dopiero po wniesieniu odwołania przez innego wykonawcę, wydały się one Zamawiającemu niewystarczające.

Odnosnie stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, Odwołujący wskazał m.in., że wycenił rekultywację terenu. Argumentowano także, że odrzucenie oferty przez Zamawiającego w przypadku kalkulacji ceny w oparciu o ustalenie faktycznego zakresu prac po wizji terenu jest „karą” dla wykonawcy, który chciał rzetelnie podejść do swojej oferty. Trudno uznać, że wskazane w wyjaśnieniach uzasadnienie dotyczące zahumusowania obszaru prac determinuje, iż czynność ta nie jest objęta ofertą Odwołującego. Oznacza jedynie to, że w kalkulacji ceny nie odegrała ona znaczenia.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że przekazanie potencjału w przedmiotowym postępowaniu ma charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia, a ponadto, że udowodnił Zamawiającemu spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w oparciu o udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego, jak również w sprawie „rażąco niskiej ceny” oraz domniemanej sprzeczności oferty ze SIWZ.

W dniu 11 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię wniesionego odwołania.

W dniu 14 grudnia 2015 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – 1) I. M. prowadzący działalność pod firmą ASINUS I. M., Al. Solidarności 129/131 lok. 40, 00-898 Warszawa, 2) USUI Sp. z o.o., ul. Lotnicza 79, 05-090 Raszyn.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania z następujących powodów:

- 1) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący w związku z uprawomocnieniem się pierwszej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 6 listopada 2015 r., na skutek zwrotu pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 16 listopada 2015 r. przestał być uczestnikiem postępowania. Potwierdzeniem powyższego jest informacja z KIO z dnia 30 listopada 2015 r., którą Przystępujący załączył do pisma.

- 2) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na to, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący, co do części podnoszonych zarzutów podnosi

tożsame argumenty i okoliczności, jak podniesione w odwołaniu wniesionym w dniu 16 listopada 2015 r.,, które zostało zwrócone do Odwołującego.

- 3) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Przystępującego.

Wskazano, że Przystępujący w dniu 16 listopada 2015 r. wniósł odwołanie, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego. Obecny Odwołujący nie przystąpił do tego odwołania. Potwierdzeniem powyższego jest postanowienie KIO z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2514/15. Argumentowano, że Odwołujący podnosząc w drugiej części swojego odwołania (w pierwszej części odwołania podnosi bowiem okoliczności, które powinny być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp) okoliczności, w zakresie których Zamawiający wykonuje je zgodnie z uwzględnionym w całości odwołaniem, czyni to nieskutecznie, z uwagi na wystąpienie powodów odrzucenia odwołania.

- 4) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W odpowiedzi z dnia 16 grudnia 2015 r., Zamawiający wniósł o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że czynności z dnia 2 grudnia 2015 r. wykonał na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania ozn. sygn. akt KIO 2514/15.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Podmiotem nieuprawnionym jest m.in. taki podmiot, któremu nie przysługują środki ochrony prawnej od czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp (*„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”*).

W orzecznictwie, m.in. w postanowieniu z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt IX Ga 39/12,

Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał: „*Powyższy przepis (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) określa zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia.*”

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 Pzp, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W okolicznościach sporu należało przede wszystkim ustalić, czy odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu przez złożenie oferty i w toku postępowania utracił ostatecznie i nieodwracalnie status wykonawcy, np. przez wykluczenie z udziału w postępowaniu, czy odrzucenie jego oferty, nie jest wykonawcą, o którym stanowi przepis art. 2 pkt 11 Pzp, jest więc podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Pogląd, że niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania (odpowiednio - przez skuteczne odrzucenie oferty), znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniach Izby z dnia 18 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1176/09 oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 842/11 i KIO 844/11, w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej (odwołanie) - postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1500/13. Dalsze przykładowe orzecznictwo Izby w tym zakresie, to postanowienia: z 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2288/13; z 8 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2926.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący został skutecznie i w sposób nieodwracalny wykluczony z postępowania w dniu 6 listopada 2015 r. Jak wynika z akt sprawy w dniu 6 listopada 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jednocześnie poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący nie zaskarżył w sposób skuteczny powyższej decyzji Zamawiającego. Odwołujący, co prawda, wniósł w dniu 13 listopada 2015 r. odwołanie od ww. czynności Zamawiającego z dnia 6 listopada 2015 r., które zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2486/15, stawiając Zamawiającemu zarzut tożsamy, jak w pkt 1 obecnie wniesionego

odwołania, jednak odwołanie z dnia 13 listopada 2015 r. zostało – z powodu nieuiszczenia wpisu – zwrócone postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2015 r.

Skoro Odwołujący zrezygnował z podjęcia obrony względem decyzji Zamawiającego, to tym samym czynność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania stała się względem Odwołującego ostateczna i wiążąca. W konsekwencji, jako wykonawca wykluczony skutecznie już w dniu 6 listopada 2015 r., Odwołujący nie jest na obecnym etapie postępowania podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Sytuacji Odwołującego nie zmienia także rozstrzygnięcie zapadłe w sprawie ozn. sygn. akt KIO 2514/15. Nie można w ogóle uznać, by wynik ww. sprawy tworzył dla Odwołującego jakieś korzystne skutki, w szczególności, by przywracał Odwołującego do postępowania po wykluczeniu na podstawie czynności Zamawiającego z dnia 6 listopada 2015 r.

Odwołanie zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2514/15 zostało wniesione przeciwko ofercie Odwołującego. Jak wynika z treści odwołania w sprawie KIO 2514/15 zostało ono wniesione niejako w związku z wniesieniem odwołania ozn. sygn. akt KIO 2486/15. Odwołanie w sprawie KIO 2514/15 zostało wniesione przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza (oferta Przystępującego). Wykonawca ten wniósł odwołanie w celu obrony przed ewentualnie niekorzystnym rozstrzygnięciem, jakie mogłoby zapaść wskutek rozpoznania odwołania zarejestrowanego pod sygn. akt KIO 2486/15. W tym też celu wykonawca, w ramach odwołania ozn. sygn. akt KIO 2514/15, podnosił, że Zamawiający powinien nie tylko wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ale także odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przedmiotowe odwołanie nie miało na celu obrony oferty Odwołującego i przywrócenia go do postępowania, przeciwnie nakierowane było na poszerzenie podstaw wyeliminowania Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego w sprawie ozn. sygn. akt KIO 2514/15. Nie podjął żadnych działań w celu obrony swojej oferty (pomijając już nawet fakt, że Odwołujący, nie uiszczając wpisu od własnego odwołania, zrezygnował z kwestionowania czynności Zamawiającego z dnia 6 listopada 2015 r.). Jednocześnie, w sprawie KIO 2514/15, Zamawiający w dniu 24 listopada 2015 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Zamawiający zapowiedział, że dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykona czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego (Przystępującego w niniejszej sprawie). Postanowieniem z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2514/15, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp. Na mocy tego przepisu Zamawiający zobowiązany był wykonać czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu ozn. sygn. akt KIO 2514/15. Znalazło to

odzwierciedlenie w czynności Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2015 r.

W konsekwencji powyższego, dalsze czynności Zamawiającego względem Odwołującego nie polegały na ponownym merytorycznym badaniu oferty Odwołującego, a jedynie na zadośćuczynieniu żądaniom odwołującego ze sprawy KIO 2514/15 (obecnego Przystępującego) – a więc polegały niejako na wskazaniu dodatkowych powodów i podstaw wyeliminowania Odwołującego z postępowania (obok wcześniejszego wykluczenia także dodatkowo odrzucenie oferty). Podstawy te zostały wskazane w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r., gdzie Zamawiający powtórzył treść rozstrzygnięcia zawartego w piśmie z dnia 6 listopada 2015 r., a dodatkowo wskazał na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. To, że Odwołujący otrzymał to pismo nie oznacza jednocześnie, że w chwili czynności Zamawiającego był nadal podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, zamawiający zawiadamia o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców, którzy złożyli oferty (Odwołujący złożył ofertę, a więc zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający zobligowany był do przekazania informacji o rozstrzygnięciu postępowania, pomimo wcześniejszego wykluczenia Odwołującego z postępowania).

Niezależnie od konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, w niniejszej sprawie zaistniała oddzielna przesłanka odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym 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 (podkreślenie Izby). Czynność Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2015 r. stanowi realizację żądań zawartych w uwzględnionym w całości odwołaniu ozn. sygn. akt KIO 2514/15. Zamawiający z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania o sygn. akt KIO 2514/15 (czemu Odwołujący w ogóle nie przeciwdziałał, zajmując bierną postawę wobec tego postępowania i nie zgłaszając nawet przystąpienia w celu umożliwienia sobie podjęcia obrony własnej oferty) stosownie do art. 186 ust. 2 in fine Pzp, musiał dostosować się do żądań tego odwołania. Odwołujący (niezależnie, że nie przysługuje mu już przymiot podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania) nie może więc obecnie kwestionować ww. czynności. Żądaniom tym, które znalazły odzwierciedlenie w czynności Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2015 r., Odwołujący mógł się przeciwstawić jedynie na etapie postępowania toczącego się pod sygn. akt KIO 2514/15, w dodatku przy jednoczesnym kwestionowaniu, w ramach własnego odwołania, czynności wykluczenia go z postępowania – czego jednak w całości zaniechał.

W myśl art. 189 ust. 3 Pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 189 ust. 2 pkt

5 Pzp, w zw. z art. 189 ust. 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 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.2010.41.238).

Przewodniczący: