

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PGNiG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy DB Cargo Polska S.A. z siedzibą w Zabrzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

PGNiG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługę transportu kolejowego na bocznicach PGNiG TERMIKA S.A. od 1 czerwca 2017 r. do 31 maja 2021 r. (znak sprawy 16 MPPA100), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2016 r. pod nr 2016/S 143-259770.

W dniu 4 i 5 października 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej m.in. wykonawcy POL-MIEDŹ TRANS sp. z o.o. (dalej „Wykonawca PMT”).

W dniu 11 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono zaproszenie Wykonawcy PMT do udziału w aukcji elektronicznej, a także badanie i ocenę jego oferty, w tym w szczególności zaniechanie jej odrzucenia i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania, ewentualnie – zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów i/lub zaniechanie do złożenia wyjaśnień dokumentów i treści oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”):

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z pkt 3.1, 3.1.4, 3.2, 3.3, 4.1.7, 7.1 SIWZ oraz art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania, pomimo złożenia przez niego oferty nieodpowiadającej SIWZ oraz pomimo niespełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 3.1, 3.1.4 w zw. z 4.1.7 SIWZ, jako że m.in. w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Wykonawca PMT złożył wykaz zrealizowanych umów

wraz z referencjami, które nie potwierdzają, by legitymował się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, tj. dwoma umowami na obsługę bocznic kolejowej z roczną obsługą co najmniej 1,5 mln ton towaru w ramach jednej umowy,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 3.1, 3.1.4, 3.2, 3.3, 4.1.7 SIWZ oraz art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PMT, skoro treść tej oferty nie odpowiadała SIWZ oraz została złożona przez wykonawcę, który winien podlegać wykluczeniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy PMT, pomimo że podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania w zakresie poz. 2 wykazu wykonanych umów na obsługę bocznic kolejowej,
4. art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy PMT jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu na dzień złożenia oferty,
5. art. 91b ust. 1 Pzp w zw. z art. 12.3 SIWZ w zw. z pkt. 3.1, 3.1.4, 3.2, 3.3, 4.71 SIWZ przez zaproszenie Wykonawcy PMT do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo iż nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a oferta jego jest niezgodna z SIWZ,
6. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z pkt 2.5, 2.9 oraz 4.1.16 SIWZ oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez zaniechanie wezwania Wykonawcy PMT do złożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów oraz oświadczeń poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do składania oświadczenia woli w imieniu tego wykonawcy począwszy od str. 37 oferty do str. 45 oferty,
7. art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 4 Pzp, oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 36b ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b Pzp przez (1) zaniechanie wezwania Wykonawcy PMT do złożenia wyjaśnień w zakresie samodzielnego wykonywania zamówienia lub korzystania z podwykonawców, (2) zaniechanie wezwania Wykonawcy PMT do wyjaśnienia jaki jest status PMT Linie Kolejowe sp. z o.o. w Postępowaniu (czy jest jedynie podwykonawcą, czy też podmiotem udostępniającym potencjał w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu), (3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących PMT Linie Kolejowe sp. z o.o. w przypadku

przyjęcia, iż podmiot ten udostępni Wykonawcy PMT potencjał celem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie pkt 4.1.1 SIWZ,

8. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wyrażające się zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania i zaniechaniem odrzucenia jego oferty pomimo zaistnienia przesłanek do dokonania takich czynności, a także zaproszeniem go do udziału w aukcji elektronicznej,
9. z daleko idącej ostrożności – art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z pkt 3.1, 3.1.4, 3.2, 3.3, 4.1.7 SIWZ przez zaniechanie wezwania Wykonawcy PMT do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia opisanego m.in. w pkt 3.1.4 SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia zaproszenia oferentów do udziału w aukcji elektronicznej, w tym unieważnienia zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy PMT,
2. ponownego badania i oceny ofert, w tym w szczególności badania i oceny oferty złożonej przez Wykonawcę PMT,
3. wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania i odrzucenia jego oferty,  
ewentualnie (jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej):
4. wezwania Wykonawcy PMT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i/lub w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
5. wezwania Wykonawcy PMT do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
6. powtórzenia zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenia,
7. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami Pzp.

Do postępowania odwoławczego, pismami z dnia 13 i 14 października 2016 r., przystąpienia zgłosili:

1. Wykonawca PMT – po stronie Zamawiającego,
2. wykonawca DB Cargo Polska S.A. (dalej „Wykonawca DB”) – po stronie Odwołującego.

Izba – wobec spełniania przez Wykonawcę DB (dalej również „Przystępujący”) przesłanek, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp – dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu odwoławczym Wykonawcy PMT stwierdzając, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z przekroczeniem 3-dniowego terminu zawitego.

Na podstawie dokumentacji postępowania odwoławczego, dokumentacji Postępowania i treści pisma Wykonawcy PMT zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego skład orzekający ustalił, że przekazanie kopii odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego nastąpiło w dniu 12 października 2016 r. Co istotne, Wykonawca PMT potwierdził otrzymanie wspomnianej korespondencji w tej dacie. Wobec powyższego, mając jednocześnie na uwadze przepis art. 185 ust. 2 Pzp, przyjąć należało, że termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 15 października 2016 r. Zważywszy na fakt, że jest to termin zawity, nie ulega on przywróceniu, a uchybienie temu terminowi skutkuje wygaśnięciem prawa do dokonania czynności, dla której został ustanowiony.

Z dokumentacji postępowania odwoławczego wynika, że Wykonawca PMT, w dniu 13 października 2016 r., przesłał do Prezesa KIO skan zgłoszenia przystąpienia w korespondencji poczty elektronicznej, natomiast dopiero w dniu 20 października 2016 r. wspomniana korespondencja wpłynęła do Prezesa Izby w formie pisemnej.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Wykonawca PMT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego z datą 20 października 2016 r., a zatem uchybił terminowi, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp. Z przepisu tego wynika bowiem nie tylko, że termin na dokonanie omawianej czynności wynosi 3 dni, ale również, że w tym terminie musi nastąpić doręczenie Prezesowi KIO zgłoszenia przystąpienia w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (argument z art. 185 ust. 2 zd. drugie Pzp).

Powyższe wynika również z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.), zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną, za wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Reasumując, z powyższych względów Izba odmówiła Wykonawcy PMT statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 19 października 2016 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający, w pkt 1, oświadczył, że odwołanie uwzględnia, w pkt 2 – oświadczył o unieważnieniu czynności zaproszenia oferentów do udziału w aukcji

elektronicznej oraz poprzedzającej ją czynności oceny ofert, natomiast w pkt 3 – zobowiązał się do dokonania czynności wezwania Wykonawcy PMT do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a następnie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. W uzasadnieniu powyższego stanowiska Zamawiający stwierdził, że uznaje za zasadne zarzuty odwołania i – zgodnie z żądaniem Odwołującego – dokona czynności oznaczonych w pkt 3.

W powyższych okolicznościach Odwołujący – pismem z dnia 20 października 2016 r. – podtrzymał zarzuty zawarte w odwołaniu stwierdzając, że nie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na fakt, że – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione w całości. Zasygnalizował, że w okolicznościach sprawy nie jest wiadome, do którego zarzutu odnosi się czynność opisana w pkt 3 odpowiedzi na odwołania, a nadto, że nie zostały uwzględnione zarzuty z pkt 1-4, 6 i 8 powyżej. Podkreślił, że wnosił o wykluczenie Wykonawcy PMT z Postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu i podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik oraz, że w okolicznościach sprawy Zamawiający nie ma już możliwości powtórnego wezwania Wykonawcy PMT do uzupełnienia dokumentów, ani do ich wyjaśniania w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp. Zasygnalizował ponadto, że zarzut wymieniony w pkt 9 powyżej postawiony został z daleko idącej ostrożności procesowej.

Podobne stanowisko w kwestii odpowiedzi na odwołanie zajął również Wykonawca DB w piśmie procesowym z dnia 24 października 2016 r.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający, w uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie, złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Argumentował, że dokonał już czynności, o które wnosił Odwołujący.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, że zarzut z pkt 9 powyżej adresowany jest w istocie do Izby, a postawiony został na wypadek nieuwzględnienia zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania.

Przystępujący – podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie – oświadczył, że zadeklarowana przez Zamawiającego w pkt 3 odpowiedzi na odwołanie czynność nie da się pogodzić z zarzutami związanymi z żądaniem wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp.

Zreferowane powyżej stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego odnoszące się do stanu faktycznego sprawy wymagają uzupełnienia o stwierdzenie, że z dokumentów okazanych przez Zamawiającego na posiedzeniu wynika, iż Wykonawca PMT został wezwany, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w poz. 2 uzupełnionego wykazu zamówień, a przedstawioną do niego referencją oraz, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia statusu podmiotu PMT Linie Kolejowe sp. z o.o. w Postępowaniu.

Odnotowania wymaga ponadto, że Wykonawca PMT złożył wyjaśnienia dotyczące wzmiankowanych kwestii.

Przechodząc do *meritum* rozstrzygnięcia wymagało zagadnienie, czy wobec sformułowania zarzutów odwołania alternatywnie, uwzględnienie jednego z takich zarzutów, stanowi uwzględnienie odwołania w całości oraz – w konsekwencji – czy postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, z uwagi na brak przystępujących po stronie Zamawiającego.

Powyższe zagadnienie skład orzekający rozstrzygnął pozytywnie, za czym przemawiają niżej wskazane względy.

Tytułem wstępu zauważyć należy, że częstą praktyką odwołujących, uzasadnianą działaniem z daleko idącej ostrożności procesowej, jest konstruowanie zarzutów odwołania alternatywnie. Zwykle żądanie związane z pierwszym z zarzutów jest dalej idące od drugiego z żądań stanowiących alternatywę (uwzględnienie takiego zarzutu jest bardziej brzemiennie w skutkach od uwzględnienia zarzutu stanowiącego jego wariant), stąd odwołujący określają takie zarzuty mianem głównych, zasadniczych, podstawowych, itp. Ponadto, z obserwacji składu orzekającego wynika, że wariantowe formułowanie zarzutów dotyczy w szczególności kwestii związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bądź oceną oferowanego świadczenia w kontekście spełniania wymogów zamawiającego (zarzuty w przykładowej konfiguracji odnoszące się do tej samej okoliczności – zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z SIWZ, a na wypadek nieuwzględnienia takiego zarzutu – zaniechanie wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp).

Wychodząc z założenia, że omawiana praktyka ma na celu zminimalizowanie prawdopodobieństwa oddalenia odwołania równającego się z porażką w postępowaniu odwoławczym, można zauważyć, że jej źródłem jest *de facto* obawa przed

nadmiernie rygorystyczną interpretacją przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. *Ergo*, odnosząc się do podanego przykładu, zapobiegliwy odwołujący, licząc się z możliwością oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, formułuje w *petitum* odwołania zarzut alternatywny, dotyczący zaniechania wezwania konkurenta do wyjaśnienia treści oferty, co pozwala odwołującemu zachować szanse na uwzględnienie odwołania. Przykład, do którego na potrzeby prowadzonego wyводу odwołuje się skład orzekający, ujawnia również, że zarzuty wariantowe pozostają względem siebie najczęściej w alternatywie rozłącznej, tzn. nie ma możliwości, aby zostały jednocześnie uwzględnione przez zamawiającego lub Izbę i do takiej sytuacji referować będą dalsze rozważania.

Przechodząc do oceny omówionej powyżej praktyki w kontekście instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości skład orzekający doszedł do przekonania, że przy wariantowym sformułowaniu zarzutów dyspozycją przepisu art. 186 ust. 2 Pzp objęte są sytuacje, w których zamawiający uwzględnia jeden z nich. Trudno byłoby bowiem zaakceptować pogląd, że przyjęcie przez odwołującego określonej strategii procesowej faktycznie wyłączałoby skorzystanie przez zamawiającego z możliwości zakończenia postępowania odwoławczego bez wdawania się w spór co do istoty sprawy. Z przepisu art. 186 ust. 2 Pzp wynika wprawdzie *expressis verbis*, że uwzględnienie odwołania odnosić musi się do wszystkich przedstawionych w nim zarzutów, w następstwie czego zamawiający zobligowany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tym niemniej stosowanie w takim przypadku wykładni językowej prowadzi mogłoby do wniosków, których/ zaakceptować nie sposób.

Zdaniem składu orzekającego uwzględnienie odwołania w całości, z uwagi na jego doniosłość prawną, musi być czynnością racjonalną i przemyślaną. Instytucja ta nie służy wyłącznie uniknięciu poddania sporu ocenie Izby, nie jest również jej wyłącznym celem uczynienie zadość oczekiwaniom odwołującego. Uwzględniając odwołanie zamawiający w istocie przyznaje, że prowadząc postępowanie uchybił przepisom Pzp wskazanym w treści odwołania, a korzystając z omawianej instytucji zmierza do doprowadzenia procedury do stanu zgodności z prawem. W świetle powyższego wnioskować należy, że konsekwencją uwzględnienia zarzutów odwołania w całości nie jest chociażby konieczność wykonania wszystkich jego żądań. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, że odwołujący stawiają zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Pzp wyrażającego się zaniechaniem wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej, żądając nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności, a nawet zawarcia z nimi umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieuprawnione jest twierdzenie, że w świetle takich oczekiwań odwołującego uwzględnienie odwołania w całości powoduje



automatycznie konieczność przesądzenia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na jego korzyść. Mogą przecież istnieć okoliczności, których ujawnienie po uwzględnieniu odwołania spowoduje, że ostatecznie odwołujący zamówienia publicznego nie uzyska. Podkreślić należy, że nadrzędnym celem każdego zamawiającego powinno być prowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa, nie zaś bezrefleksyjne wykonywanie żądań odwołującego w następstwie uwzględnienia odwołania, które – w skrajnych przypadkach – mogą być przecież wprost sprzeczne z prawem.

Do powyższego dodać należy, że w sytuacji wariantowego sformułowania zarzutów odwołania jego uwzględnienie w całości odnosić należy faktycznie, jak wspomniano, wyłącznie do jednego z zarzutów alternatywnych. Zarzuty takie nie nadają się do jednoczesnego uwzględnienia, chociażby z uwagi na fakt, że związane z nimi żądania pozostają w sprzeczności. Odnosząc się ponownie do podanego wcześniej przykładu nie jest możliwe jednoczesne uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ oraz zarzutu zaniechania wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jako że skutkiem uznania zasadności pierwszego z nich byłoby odrzucenie oferty, a drugiego – wezwanie do wyjaśnienia jej treści. Oczywiście teoretycznie zamawiający mógłby uwzględnić obydwa zarzuty i najpierw wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień po to tylko, aby formalnie dopełnić obowiązku związanego z uwzględnieniem tego zarzutu, a następnie – nawet bez przeprowadzenia analizy wyjaśnień – odrzucić ofertę, tym niemniej działanie takie godziłoby we wspomnianą racjonalność czynności uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

W konsekwencji zamawiający, wobec sformułowanych wariantowo zarzutów, powinien dokonać ich analizy w kontekście konkretnego stanu faktycznego i zdecydować o uwzględnieniu jednego z nich. Przywołując po raz kolejny zadany przykład można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający dojdzie do wniosku, że odrzucenie oferty byłoby przedwczesne i należy w tym zakresie dokonać wyjaśnień jej treści lub dojść do wniosku, że postępowanie wyjaśniające jest *ad casum* niedopuszczalne, a ofertę należy odrzucić. W każdym z takich przypadków dochodzi, w ocenie składu orzekającego, do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości (zakładając, że są to jedyne zarzuty odwołania).

Omówiona powyżej praktyka wariantowego stawiania zarzutów zaistniała w przedmiotowej sprawie. W *petitum* odwołania sformułowano bowiem m.in. zarzuty zaniechania wykluczenia Wykonawcy PMT z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu i podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na jego wynik (zarzuty z pkt 1 i 3 powyżej), a jednocześnie – zarzut zaniechania wezwania

Wykonawcy PMT do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestii spełniania warunków udziału w Postępowaniu (zarzut z pkt 9 powyżej), z czym związane były odpowiednio żądania – wykluczenia Wykonawcy PMT z Postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionego wykazu mającego potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. W kontekście wzmiankowanych zarzutów nie sposób nie zauważyć, że pozostawały one względem siebie w alternatywie rozłącznej.

Skład orzekający nie uwzględnił przy tym argumentacji Odwołującego, jakoby dodatkowy zarzut, podniesiony z ostrożności procesowej, adresowany był wyłącznie do Izby. Z przepisu art. 180 ust. 1 Pzp wynika bowiem, że w drodze odwołania kwestionowane są działania lub zaniechania zamawiającego, a więc to on jest adresatem określonego zarzutu, natomiast rolą Izby jest ocena jego zasadności. Z kolei zarzuty adresowane do Izby są raczej domeną skargi na orzeczenie KIO służącej stronie lub uczestnikowi postępowania odwoławczego niezadowolonemu z wydanego przez Izbę rozstrzygnięcia.

Pogląd o wariantowym charakterze wzmiankowanych powyżej zarzutów odwołania wzmacnia dodatkowo okoliczność, że towarzyszyła im wewnętrznie sprzeczna argumentacja odwołania. Z jednej strony Odwołujący wskazywał na brak możliwości wyjaśnienia treści uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów podmiotowych (wykazu i referencji), z drugiej zaś przedstawił szereg, jego zdaniem, sprzeczności w ich treści, czemu towarzyszyło żądanie ewentualnego wezwania do ich wyjaśnienia. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że skład orzekający nie zgadza się z poglądem, jakoby zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 4 Pzp w odniesieniu do uprzednio uzupełnionych, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów. O ile uprawnione jest twierdzenie, że uzupełnienie określonego dokumentu, w warunkach precyzyjnego i niebudzącego wątpliwości wezwania do jego przedstawienia, może mieć miejsce jednokrotnie, o tyle wyjaśnienia dokumentów można co do zasady ponawiać. Co więcej, przepis art. 26 ust. 4 Pzp nie zawiera ograniczenia do dokumentów, które nie były uprzednio uzupełniane. W każdym przypadku, w którym treść dokumentu nasuwa wątpliwości zamawiający powinien dążyć do ich usunięcia, niezależnie od tego, że powstały one w następstwie uzupełnienia dokumentu z powodu jego wcześniejszego braku, czy wadliwości.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden istotny, zdaniem Izby, aspekt sprawy. Zarzuty, których uwzględnienia w pierwszej kolejności domagał się Odwołujący dotyczyły zaniechania wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Zamawiający dokonując takiej czynności nie może polegać wyłącznie na domysłach, przypuszczeniach, czy informacjach pochodzących od konkurentów wykonawcy,

zatem kwestia wykluczenia powinna zostać przez niego zbadana szczególnie wnikliwie. W razie zaistnienia podstawy do wyeliminowania wykonawcy z postępowania na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia swojej decyzji, a w przypadku poddania prawidłowości tej czynności ocenie Izby dokonywanej w postępowaniu odwoławczym – także przedstawienia dowodów potwierdzających trafność poczynionych ustaleń. Powyższe wskazania nabierają szczególnego znaczenia zwłaszcza w kontekście zarzutów związanych z najbardziej dotkliwą dla wykonawcy sankcją, jaką jest wykluczenie z postępowania, które przekreśla szanse na uzyskanie zamówienia. Co więcej, z uwagi na postawienie zarzutu podania nieprawdziwych informacji negatywne dla Wykonawcy PMT skutki mogą wykraczać poza przedmiotową sprawę, bowiem ewentualne potwierdzenie się tego zarzutu spowoduje nie tylko utratę szans na uzyskanie zamówienia w Postępowaniu, ale – w następstwie upowszechnienia tej informacji przez konkurencję (co również jest praktyką zaobserwowaną przez Izbę) – godzić będzie w dobre imię (renomę) przedsiębiorcy jako uczestnika rynku (nie tylko zamówień publicznych). W ocenie Izby przesądzenie tych kwestii nie jest *ad casum* możliwe bez dokonania przez Zamawiającego dodatkowych ustaleń odnośnie uzupełnionych dokumentów, chociażby ze względu na niejasności opisane szczegółowo w odwołaniu. Nie do zaakceptowania jest pogląd, że Zamawiający mógłby w takich okolicznościach po prostu wykluczyć Wykonawcę PMT z Postępowania, bowiem nie byłoby to w zgodzie z obowiązkiem prowadzenia Postępowania z należytą starannością.

Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie rzeczywiście nie uwzględnił przedstawionych w nim zarzutów w całości. Z pkt 2 pisma Zamawiającego wywnioskować można, że uwzględniony został zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy PMT (zarzuty z pkt 5 i 8 powyżej), czemu Zamawiający dał wyraz unieważniając zaproszenie do aukcji elektronicznej i ocenę ofert. Z kolei sporny pkt 3 odpowiedzi na odwołanie stanowił uwzględnienie zarzutu z pkt 7 oraz z pkt 9 powyżej, jako stanowiącego alternatywę dla zarzutów z pkt 1 i 3. Nawiasem mówiąc dokumentacja Postępowania wskazuje, że Zamawiający podjął czynności zmierzające do ustalenia okoliczności objętych zarzutem z pkt 7 i zarzutami wariantowymi (tj. zarzutami z pkt 1, 3 i 9). Z kolei złożone uzupełniająco na posiedzeniu oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości stanowi dla Zamawiającego zobowiązanie do podjęcia odpowiednich czynności w zakresie zarzutu nr 6. Co zaś dotyczy zarzutów nr 2 i 4 skład orzekający uznał, że także one nie mogły zostać uwzględnione jednocześnie z zarzutem nr 9, jako że stanowiły dalsze konsekwencje zarzutów nr 1 i 3. Całokształt przedstawionych okoliczności uprawnia wniosek o uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości będącego przesłanką do umorzenia postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 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) – Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i orzec o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....