

Sygn. akt: KIO 1804/13

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę Grontmij Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku przy udziale wykonawcy ARCADIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grontmij Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grontmij Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Grontmij Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Koncepcja ochrony przeciwpowodziowej Nowego Dworu Gdańskiego*”.

W dniu 26 lipca 2013 r. Odwołujący – Grontmij Polska spółka z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania oraz wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ARCADIS Sp. z o.o. w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie jego zastosowania,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie jego zastosowania, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) i 3) oraz art. 26 ust. 2a oraz 2b tej ustawy, oraz w związku z § 1 ust. 6 ppkt 2) *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*, poprzez niewłaściwą ich interpretację i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie; a także art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego nie zastosowanie, w szczególności w zakresie w jakim przepis ten wymaga by dokumenty składane na wezwanie do uzupełnienia potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ARCADIS, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
a w konsekwencji dokonania tej czynności:
- 3) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: ARCADIS oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał następujące argumenty:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 1) i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych - Zamawiający w Rozdziale VIII Tomu I (Instrukcja dla Wykonawców - IDW) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tym zakresie przedstawił Zamawiający swoje wymagania odpowiednio w sposób następujący:

1/ W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat realizował usługi polegające na, cyt. (zgodnie z pkt 2.1 Rozdziału VIII):

„1) udziale w co najmniej 2 projektach fazy studialnej lub koncepcyjnej, rozwiązań systemów ochrony przeciwpowodziowej, w zakresie wariantowej analizy hydraulicznej obiektów czynnej i biernej ochrony przeciwpowodziowej (modelowanie), na obszarach zagrożonych jednocześnie od morza i lądu, o wartości co najmniej 400 000 PLN brutto każdy,

2) co najmniej 2 projekty dotyczące określenia stref zalewowych z wykorzystaniem modeli hydrodynamicznych jednowymiarowych, dwuwymiarowych lub hybrydowych o wartości co najmniej 100 000 PLN brutto każdy,

3) co najmniej 2 projekty w zakresie Systemu Informacji Przestrzennej (GIS), o wartości zamówienia co najmniej 100 000 brutto każdy,

4) co najmniej 2 prace w zakresie pomiarów geodezyjnych, o wartości zamówienia, co najmniej 100 000 brutto każda,

5) co najmniej dwóch prac z zakresu Ramowej Dyrektywy Wodnej o wartości co najmniej 100 000 PLN brutto każda.

W celu wykazania spełnienia warunku należało, w załączniku nr 5 do IDW, podać następujące informacje:

- 1) przedmiot usługi i jej krótki opis,
- 2) nazwę zadania,
- 3) wartość usługi (brutto),
- 4) okres realizacji: zakończenie m-c, rok,
- 5) odbiorcę usługi".

W celu oceny spełnienia tego warunku wykonawcy mieli dostarczyć (zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2. IDW): „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 5 do IDW”.

2. W zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający określił, iż warunek ten Wykonawca spełni, jeżeli wykaże, że będzie dysponował, zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2.3 IDW): „1) oprogramowaniem, z którego wyniki będą zgodne z formatami stosowanymi w modelach projektu ISOK (tj. zgodne z wynikami oprogramowania MIKE); 2) oprogramowaniem GIS, którego wyniki będą zgodne z formatami stosowanymi w bazie GeoSmorp, (tj. zgodne z wynikami oprogramowania ArcGIS w wersji 10.1”, a potwierdzeniem spełniania tego warunku miał być, (Rozdział IX pkt 4 IDW): „4. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług lub robót budowlanych, w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania (według wzoru - załącznik nr 7 do IDW)”.

3. W zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający określił, iż warunek ten będzie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że będzie dysponował kluczowym zespołem osób przewidzianych do realizacji zamówienia, zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2.2): „1) kierownik projektu posiadający minimum 10 lat doświadczenia w zakresie prac przy projektach infrastrukturalnych w gospodarce wodnej (ze szczególnym uwzględnieniem ochrony przeciwpowodziowej), obejmujących m.in. elementy: obliczeń hydrologicznych, modelowania hydraulicznego, opracowania zasięgów stref zalewowych w środowisku GIS, koncepcji rozwiązań technicznych, wielokryterialnych analiz wariantów technicznych oraz doradztwa w zakresie wpływu przedsięwzięć na środowisko w kontekście wymagań Ramowej dyrektywy wodnej, a także posiadający co najmniej 5 lat doświadczenia w kierowaniu projektami, 2) główny ekspert w zakresie hydrotechniki, posiadający minimum 10 lat doświadczenia w zakresie sporządzania projektów dla obiektów hydrotechnicznych oraz obiektów gospodarki wodnej 3) główny ekspert w zakresie modelowania hydraulicznego, posiadający minimum 5 lat doświadczenia w zakresie modelowania hydraulicznego, w tym udział w co najmniej 2 pracach, w których wykonywał modelowanie na obszarach zagrożonych od morza i lądu, 4) główny ekspert w zakresie Systemów Informacji przestrzennej (GIS), posiadający minimum 5 lat doświadczenia w zakresie sporządzania produktów GIS, 5) specjalista w zakresie oceny oddziaływania inwestycji na środowisko, posiadający minimum 5 lat doświadczenia w tym zakresie.”. Zgodnie z zapisami IDW Rozdział VIII pkt 4 oraz Rozdział IX pkt 5: „4. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy

wykonywaniu zamówienia.” „5. W celu umożliwienia Zamawiającemu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b. ustawy Pzp, zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Wykonawca winien przedstawić dokumenty dotyczące w szczególności: 1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia". Bezspornym jest, iż w przedmiotowym postępowaniu ARCADIS przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym polegał w całości na podmiotach trzecich, i tak: -/ w zakresie wiedzy i doświadczenia - na zasobach ARCADIS NEDERLAND BV, Holandia (zobowiązanie podmiotu trzeciego - strona 37 oferty) -/ w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - na zasobach firm: GISPartner Sp. z o.o. - Wrocław (oprogramowane MIKE 11 HD 75 w wersji 2012) oraz ARCADIS NEDERLAND BV, Holandia (oprogramowanie Arc GIS wersja 10.1) - zobowiązania tych podmiotów odpowiednio na stronach 84 i 92 oferty. Natomiast w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ARCADIS polegał na - na zasobach własnych oraz osób trzecich, których zobowiązania znalazły się na stronach 66 i 79 oferty, Bezspornym jest również fakt, iż wszystkie te zobowiązania (za wyjątkiem zobowiązania znajdującego się na stronie 37 oferty - oryginał) zostały dołączone do oferty w formie potwierdzonych „za zgodność z oryginałem” kopii. W podobnej formie (potwierdzona „za zgodność z oryginałem” kopia) został dołączony do oferty dokument pełnomocnictwa dla osoby podpisującej tę ofertę. Natomiast dołączony do oferty (strona 7 oferty) wykaz wykonanych usług został złożony w sposób nie odpowiadający zapisom IDW, bowiem nie zawierał żadnych wymaganych informacji dotyczących wykonanych usług, które miały potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, a jedynie w kolumnie pn. „przedmiot usługi i jej krótki opis” zawarta była lakoniczna informacja.: *„Według załączonych referencji które spełniają warunki określone w SIWZ punkt VIII podpunkt 2.1”*. Z kolei znajdujące się na następnych stronach referencje były albo dołączone tylko w języku angielskim (strony: 12, 20 i 23 oferty), albo niektóre tłumaczenia na język polski nie były właściwie przyporządkowane. Powyższe uchybienia formalne zostały przez Zamawiającego zauważone, co w konsekwencji skutkowało skierowaniem do ARCADIS wezwania do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień (pismo Zamawiającego nr NZ/BKOP-370-16/2013/MJ/07 z dnia 24.06.2013 r.), w którym to Zamawiający wezwał ARCADIS do uzupełnienia oferty o następujące dokumenty: 1/ uzupełniony wykaz wykonanych usług (z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców) oraz załączenie dowodów

czy zostały one wykonane bądź są wykonywane należycie (Ad. 1 pisma Zamawiającego), 2/ oryginały zobowiązań dwóch osób oddających siebie samych do dyspozycji ARCADIS na okres realizacji zamówienia, kwestionując, że załączone do oferty kopie nie spełniają wymogu pisemności (Ad. 2 i Ad. 3 pisma Zamawiającego), 3/ oryginał lub notarialnie potwierdzona kopia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, kwestionując, że dołączona do oferty kopia nie spełnia wymogu pisemności (Ad. 4 pisma Zamawiającego), 4/ pisemne zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby w postaci oprogramowania ArcGIS wersja 10.1, kwestionując, iż do oferty nie dołączono dokumentu zobowiązania zawierającego wymaganą przez Zamawiającego treść (Ad. 5 pisma Zamawiającego). Ponadto Zamawiający wezwał ARCADIS do wyjaśnienia, w jakim zakresie dołączone do oferty referencje, dotyczące prac o szerokim zakresie opracowań spełniają warunek zakresowy i wartościowy postawiony w Rozdziale VIII SIWZ (dotyczyło to wymaganej wartości robót Systemu Informacji Przestrzennej GIS oraz wymaganej wartości pomiarów geodezyjnych), jak również tego w jakim zakresie referencje odnoszą się do Ramowej Dyrektywy Wodnej. W odpowiedzi na tak skierowane wezwanie ARCADIS (pismo ARCADIS nr ref. AW1/MA/WA- MTK/0113.00210/1366/2013 z dnia 27.06.2013 r.) uzupełnił swoją ofertę o: a/ uzupełniony wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie, datowany na dzień 27.06.2013 r.; b/ pisemne zobowiązania (oryginały) 2-ch osób,; c/ oryginał pełnomocnictwa dla Pana K..... K..... (osoby podpisującej ofertę) do samodzielnego występowania w imieniu Spółki, d/ oryginał zobowiązania ARCADIS NEDERLAND BV do udostępnienia oprogramowania ArcGIS, którego kopia znajdowała się na stronie 92 oferty, jednak bez jakiegokolwiek weryfikacji, zmiany bądź wyjaśnienia jego treści - zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Tym samym bezspornym jest, że oferta ARCADIS, po wypełnieniu przez Zamawiającego jego obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 (wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - oprogramowaniem ArcGIS) jest ciągle obciążona błędem w postaci umieszczenia w niej, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie jednego z warunków udziału w postępowaniu, zobowiązania o treści, która nie pozwala Zamawiającemu właściwie i realnie ocenić, czy wykonawca ten będzie dysponował tym zasobem. Uzupełniony dokument nie zawiera bowiem ani informacji na temat sposobu wykorzystania zasobów podmiotu użyczającego przez ARCADIS przy wykonywaniu zamówienia, ani nie określa charakteru stosunku, jaki będzie łączył ARCADIS z tym podmiotem. Oświadczenie to wręcz wprost wskazuje, że ARCADIS NEDERLAND BV nie będzie uczestniczyła w realizacji opracowania. Powinno to wywołać co najmniej wątpliwości Zamawiającego co do tego, czy Wykonawca ARCADIS rzeczywiście dysponuje zasobem określonym w przedmiotowym zobowiązaniu. Dodatkowo jeszcze wskazać trzeba, że

udostępnienie tychże zasobów, wg treści zobowiązania, jest uzależnione od wygrania przez ARCADIC „oferty” (zobowiązanie zawiera stwierdzenie warunkowe, tj.: „w przypadku wygrania przez tę firmę wyżej wymienionej oferty”) - jest to sformułowanie niejasne i warunkowe. Ponadto, ze zobowiązania w żaden sposób nie wynika, czy oddanie oprogramowania ArcGIS następuje na cały okres korzystania z tego zasobu przy realizacji zadania. Takie potwierdzenie jest wymagane literalną treścią art. 26 ust. 2b) Pzp. Wymagania Zamawiającego co do treści zobowiązań nie zostały zatem przez ARCADIS spełnione, pomimo wezwania do uzupełnienia w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, iż zgodnie z literą prawa oraz utrwalonym orzecznictwem (vide: wyrok KIO 1439/13 z dnia 1 lipca 2013 r., wyrok z KIO 434/11 z dnia 17 marca 2011 r., wyrok KIO/UZP 27/09 z dnia 27 stycznia 2009 r., i inne) Wykonawca, który był raz wezwany do uzupełnienia konkretnego dokumentu nie może skorzystać z ponownej możliwości jego uzupełniania, jedyną właściwą decyzją, jaką winien był podjąć Zamawiający było wykluczenie ARCADIS z postępowania na skutek nie udowodnienia przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Niejako z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje dodatkowo na fakt, iż wszystkie pozostałe zobowiązania podmiotów, na zasobach których ARCADIS polega, nie zawierają w swojej treści czterech elementów, które Zamawiający wymienił w pkt 5 Rozdziału IX IDW. Dołączone na stronie 37 oferty zobowiązanie ARCADIS NEDERLAND BV informuje jedynie o oddaniu do dyspozycji swoich zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, tj. do udzielania niezbędnych konsultacji w realizacji zamówienia odpowiednio do zakresu udostępnionych zasobów, bez określenia: zakresu udostępnianego zasobu, którego to zobowiązanie dotyczy, sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia oraz charakteru stosunku łączącego Wykonawcę z tym podmiotem. Z kolei znajdujące się na stronie 84 oferty zobowiązanie firmy GISPartner Sp. z o.o. do oddania ARCADIS oprogramowania MIKE 11 HD 75 w wersji 2012 nie zawiera informacji dotyczącej sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia oraz charakteru stosunku łączącego Wykonawcę z tym podmiotem. W odniesieniu do tych zobowiązań Zamawiający winien był wezwać ARCADIS do uzupełnienia dokumentów. Biorąc jednak pod uwagę bezsporność zastrzeżeń co do innych dokumentów mających rzekomo potwierdzać spełnianie przez ARCADIS warunków udziału w postępowaniu, skutkujących obowiązkiem wykluczenia tego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, należy zastosować zasadę, iż Zamawiający nie ma obowiązku skierowania do Wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta podlegać będzie odrzuceniu (art. 26 ust. 3 Pzp). Niezależnie od argumentacji dotyczącej treści zobowiązania jw., skutkującej obowiązkiem wykluczenia ARCADIS i odrzucenia jego oferty Odwołujący wskazuje na inne uchybienie Zamawiającego, dotyczące niewłaściwej oceny tego wykonawcy w zakresie spełniania przez niego wymaganego warunku

dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy doświadczenia ARCADIS przedłożył wykaz wykonanych usług (na załączniku nr 5 do IDW) oraz referencje potwierdzające ich wykonanie (w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu ARCADIS polegał w całości na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego ARCADIS NEDERLAND BV). Istotnym jest fakt, iż wypełniony wykaz usług oraz skompletowane dokumenty potwierdzające ich wykonanie ARCADIS przedłożył nie w ofercie, ale dopiero po wezwaniu do uzupełnienia tych dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień, skierowanym do tego Wykonawcy przez Zamawiającego. W wezwaniu tym Zamawiający słusznie zauważył, iż dołączony do oferty wykaz usług nie został prawidłowo wypełniony i nie zawierał: nazwy przedmiotu usługi i jej krótkiego opisu, nazwy zadania, wartości usługi (brutto), okresu realizacji: miesiąca i roku zakończenia usługi, nazwy odbiorcy usługi, czyli tych wszystkich informacji, które były wymagane zgodnie z pkt 2.1. Rozdziału VIII IDW. Ponadto Zamawiający stwierdził, że część dokumentów potwierdzających ich wykonanie została przedłożona tylko w języku angielskim, bez odpowiednich tłumaczeń na język polski. W konsekwencji Zamawiający wezwał tego Wykonawcę do przedłożenia: wykazu wykonanych usług oraz załączenia dowodów, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi na to wezwanie ARCADIS przedłożył wykaz wykonanych usług oraz referencje potwierdzające ich wykonanie. W pierwszej kolejności, w odniesieniu do złożonego na wezwanie do uzupełnienia oferty Wykazu wykonanych usług, Odwołujący wskazuje, że Wykaz ten nie potwierdza, że ARCADIS spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. na dzień 03 czerwca 2013 r. W szczególności sam wykaz datowany jest na dzień 27 czerwca 2013 r., to jest już po dacie składania ofert. W wykazie ani w piśmie przewodnim, dotyczącym uzupełnienia dokumentów, ARCADIS nie zawarł oświadczenia o tym, że spełniał warunek dotyczący posiadania odpowiedniego doświadczenia na dzień składania ofert, co jest wymagane zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp. Z przedkładanych wraz z Wykazem referencji wynika ponadto, że niektóre usługi są nadal wykonywane. Tym samym w ocenie Odwołującego nie można uznać, by ARCADIS wykazał się spełnianiem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jak również zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Już z tego powodu wykonawca ten winien był zostać wykluczony z postępowania. Z ostrożności, w drugiej kolejności Odwołujący wskazuje, iż w opinii Odwołującego dokumenty złożone wraz z Wykazem nie potwierdzają spełniania przez ARCADIS warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonej zapisami IDW z powodów następujących: a/ w odniesieniu do warunku określonego w pkt 2.1. ppkt 1) Rozdziału VIII IDW – dotyczących usług polegających na udziale w co najmniej 2 projektach fazy studialnej lub koncepcyjnej, rozwiązań systemów ochrony przeciwpowodziowej, w zakresie

wariantowej analizy hydraulicznej obiektów czynnej i biernej ochrony przeciwpowodziowej (modelowanie), na obszarach zagrożonych jednocześnie od morza i lądu, o wartości co najmniej 400 000 PLN brutto każdy, Odwołujący podnosi, iż żaden z załączonych dokumentów (dołączonych jako strony od nr 10 do nr 16 uzupełnień do oferty przesłanych w dniu 03 lipca 2013 r. do Zamawiającego) nie potwierdza należytego wykonania danej usługi, a jedynie potwierdza fakt uczestniczenia w danym projekcie. Zgodnie natomiast z utrwaloną linią orzeczniczą (vide: wyrok KIO/724/13 z dnia 18 kwietnia 2013 r.) dokument potwierdzający jedynie sam fakt wykonania dostaw bądź usług nie może być uznany za potwierdzający, iż zostały one wykonane w sposób należyty, tj. zgodny z umową. Takie stanowisko potwierdzono również w następujących wyrokach: Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r. VIII Ga 137/12: *„Dokument potwierdzający, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście musi zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należyście, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac.”*; wyrok z dnia 9 września 2011 r., KIO 1873/11 *„W przypadku poświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, nie wskazano informacji niezbędnych, które winny być wskazane w ich treści, zatem należy przyjąć, że winny one jedynie dawać świadectwo właściwemu wykonaniu”*; Wyrok z 27 maja 2011 r. KIO 1013/11 *„Dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należyście. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Tak więc, każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać użyte w nim słownictwo.”* Tym samym należy przyjąć, że dokumenty przedłożone przez ARCADIS nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego zgodnie z ppkt 1) cytowanego wyżej punktu IDW. Odwołujący w tym miejscu przypomina, iż w zakresie przedkładanego wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie ARCADIS był już raz wzywany do uzupełnienia dokumentów, tak więc w tym przypadku, podobnie jak w przypadku zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci oprogramowania ArcGIS, ten wykonawca nie może być ponownie wzywany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług (te same referencje dołączone wraz z tłumaczeniami na stronach od nr 10 do nr 16 uzupełnień znajdują się w ofercie tego Wykonawcy na stronach od nr 8 do nr 12). W konsekwencji tego faktu wykonawca ARCADIS winien być wykluczony

z postępowania, a następstwem tego winno być odrzucenie jego oferty. Obydwa projekty mające potwierdzać spełnianie tego warunku (pozycje nr 1 i 2 wykazu usług) są projektami niezakończonymi, będącymi w dniu składania ofert w fazie realizacji. Tymczasem Zamawiający wyraźnie w Rozdziale IX pkt 2 określił, iż Wykonawcy mają dostarczyć wykaz wykonanych dostaw lub usług, a nie wykonywanych usług (wykaz wykonywanych usług dopuszczony był jedynie dla świadczeń okresowych lub ciągłych, do których nie zalicza się żaden z wykazywanych projektów). Również z treści dołączonych do wykazu referencji wynika jednoznacznie, że przedmiotowe dwa projekty trwają nadal (planowane zakończenie każdego z nich wystawcy referencji określali na rok 2014): -/ w odniesieniu do referencji mającej rzekomo potwierdzać należyte wykonanie zadania wskazanego w poz. 1 wykazu usług odwołujący wskazuje, na wyraźne brzmienie (zgodnie z dołączonym przez ARCADIS tłumaczeniem referencji na język polski.: *„ARCADIS został zaangażowany jako lider projektu dla kilku obszarów (tak zwanych „pierścieni wałów” numer 6, 12, 13), ale także uczestniczy w modelowaniu i obliczaniu prawdopodobieństw i skutków powodzi również dla innych pierścieni wałów, między innymi 5, 10, 17)”* oraz: *„Prace są realizowane od stycznia 2008 i trwają nadal do 2014 roku”*. Brzmienie tekstu referencji nie tylko, że bezspornie wskazuje na fakt niezakończenia projektu, ale z dokumentu tego w żaden sposób nie wynika, że wykonany do dnia składania ofert zakres rzeczowy odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego. Ponadto treść referencji zawiera jedynie informację o kwocie zafakturowanych prac do maja 2013 r. , nie zawierając żadnej ich oceny. Zatem nie można uznać, iż ten dokument potwierdza należyte wykonanie przedmiotowej usługi; -/ w odniesieniu do referencji mającej rzekomo potwierdzać należyte wykonanie zadania wskazanego w poz. 2 wykazu usług, Odwołujący wskazuje tożsame zastrzeżenia: referencje potwierdzają fakt aktualnego wykonywania prac (od stycznia 2008 do roku 2014) oraz pokazują jedynie ogólną wartość zafakturowanych prac do dnia 28 maja 2013r i również nie zawierają żadnej oceny wykonanych prac do dnia wystawienia tej referencji. Ponadto, bezspornym jest, iż w wykazie osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia (na wzorcu - załączniku nr 6 do SIWZ) ARCADIS wskazał nazwiska 5-ciu osób, jednakże wykaz ten nie zawiera żadnych informacji dotyczących kwalifikacji zawodowych, wykształcenia oraz doświadczenia tych osób (a takie było wymaganie Zamawiającego). To właśnie na podstawie informacji zawartych w tym wykazie następować miała weryfikacja i ocena, czy dany kandydat spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. Tymczasem ARCADIS w kolumnie pn. *„Informacja na temat kwalifikacji zawodowych i wykształcenia”* wpisał adnotację, cyt.: *„zgodnie z załączonym CV”*, a w kolumnie pn.: *„Doświadczenie”*, zamiast podania konkretnych szczegółów odnoszących się do doświadczenia tej osoby (nazw projektów w ramach których pełnił odpowiadające wymaganiom funkcje oraz czasokresów ich trwania) wpisał tekst będący praktycznie powtórzeniem brzmienia warunku

określonego przez Zamawiającego w Rozdziale VIII pkt 2.2.IDW, zatem można przyjąć iż, złożył jedynie oświadczenie o posiadaniu przez te osoby wymaganego doświadczenia. Gdyby intencją Zamawiającego było weryfikowanie zdolności osób do wykonania przedmiotowego zamówienia, poprzez złożenie tylko takiego oświadczenia, to Zamawiający tak by opisał ten dokument w pkt 3 Rozdziału IX IDW. Tymczasem Zamawiający żądał dołączenia „*wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia*”. Odwołujący przyznaje co prawda, że takowe informacje mogłyby znaleźć się w życiorysach zawodowych (CV) stanowiących strony oferty od nr 61 do nr 82, ale jednakże życiorysy te zostały złożone albo w języku obcym (dwa życiorysy w języku angielskim) bez dołączenia stosownych tłumaczeń na język polski, albo z uwagi na brak przyporządkowania w życiorysach zawodowych przedkładanych w języku polskim (trzy życiorysy) poszczególnych projektów w osiach czasu, lub też podawanie dat rozpoczęcia i zakończenia projektów tylko poprzez podanie roku rozpoczęcia i zakończenia. Tym samym nie jest możliwe poprawne zweryfikowanie posiadanego przez te osoby doświadczenia, nie tylko w zakresie ilości lat doświadczenia, ale również w zakresie posiadania doświadczenia na wymaganych przez Zamawiającego rodzajach projektów. Tymczasem Zamawiający tylko z sobie znanych powodów uznał, że dołączone na stronach od nr 58 do nr 82 wykaz osób i życiorysy zawodowe potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez niego przywołanych wyżej punktów ustawy.

Bezspornym jest, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał ARCADIS do uzupełnienia oferty o następujące dokumenty: 1/ uzupełniony wykaz wykonanych usług (z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców) oraz załączenie dowodów czy zostały one wykonane bądź są wykonywane należycie (Ad. 1 pisma Zamawiającego), oryginały zobowiązań dwóch osób oddających siebie samych do dyspozycji ARCADIS na okres realizacji zamówienia, kwestionując, że załączone do oferty kopie nie spełniają wymogu pisemności (Ad. 2 i Ad. 3 pisma Zamawiającego), 3/ oryginał lub notarialnie potwierdzona kopia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, kwestionując, że dołączona do oferty kopia nie spełnia wymogu pisemności (Ad. 4 pisma Zamawiającego), 4/ pisemne zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby w postaci oprogramowania ArcGIS wersja 10.1, kwestionując, iż do oferty nie dołączono dokumentu zobowiązania zawierającego wymaganą przez Zamawiającego treść (Ad. 5 pisma Zamawiającego).

Zamawiający słusznie zauważył nieprawidłowości w złożonych wraz z ofertą ARCADIS dokumentach. Jednakże, po otrzymaniu przedmiotowych uzupełnień – niekompletnych - Zamawiający, z sobie tylko znanych przyczyn zmienił swoją ocenę co do prawidłowości

złożonych wraz z ofertą dokumentów, uznając iż: -/ po pierwsze: treść zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci oprogramowania ArcGIS złożone przez podmiot używający: ARCADIS NEDERLAND BV odpowiada wszystkim wymogom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; -/ po drugie: za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia można uznać projekty niezakończone, będące w trakcie realizacji, a dokumentami z kolei potwierdzającymi należyte wykonanie usług można uznać dokumenty potwierdzające jedynie sam fakt wykonywania danej usługi. W ocenie Odwołującego nie było podstaw, by Zamawiający w taki sposób zmienił stanowisko co do wystarczalności przedstawionych mu w uzupełnieniu dokumentów, w stosunku do zawartych w SWIZ wymagań. Po otrzymaniu takich niekompletnych i niezgodnych z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów jedyną właściwą decyzją Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy ARCADIS powinno być wykluczenie go z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Zamawiający jednak pomimo oczywistości posiadania oferty zawierającej takie formalne błędy uznał ją za odpowiadającą wszystkim wymaganiom określonym w SIWZ, a co za tym idzie poddał ją ocenie, w konsekwencji tego została ona wybrana za ofertę najkorzystniejszą. Jednocześnie jednak Zamawiający np. wykluczył np. z postępowania wykonawcę: Konsorcjum firm: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy / Biuro Projektów i Doradztwa Technicznego „Hydroprojekt w Gdańsku” na podstawie tego, że jako potwierdzenie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia wykazał ten Wykonawca dwa projekty dotyczące pomiarów geodezyjnych, które w dniu składania ofert nie były jeszcze zakończone, co potwierdzały dołączone przez tego Wykonawcę referencje. Zupełnie inaczej ocenił Zamawiający referencje, które przedstawił ARCADIS, uznając, iż brak informacji o zakresie prac wykonanych do dnia składania ofert (w sytuacji, gdy projekt jako całość nie jest jeszcze zakończony) nie jest przeszkodą do przyjęcia jedynie na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w wykazie wykonanych usług (pozycje nr 1 i 2 tego wykazu), że potwierdzają one należyte ich wykonanie. Fakt ten potwierdza bezspornie, iż w kwestii uznania, że projekty niezakończone mogą potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nierówno potraktował Wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, Odwołujący podał, że czynności Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której dokonany przez niego wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z pogwałceniem przywołanych wyżej przepisów ustawy, tym samym czynność udzielenia przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpi niezgodnie z przepisami ustawy.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie podkreślenia wymaga, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności, nie sposób było uznać zasadności wniosku złożonego przez Przystępującego o odrzucenie odwołania, na tej podstawie, że odwołanie zostało złożone z uchybieniem terminu, umotywowanego tym, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz że czynność, od której odwołuje się Odwołujący – nie istnieje.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, na którym Przystępujący opierał wniosek o odrzucenie odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie złożone po upływie terminu określonego w ustawie.

W analizowanej sprawie, Odwołujący – jako dysponent złożonego środka ochrony prawnej – podał, że odwołanie jest skierowane wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poprzedzającej ten wybór oceny oferty Arcadis Polska sp. z o.o. w Warszawie (zaniechania wykluczenia wykonawcy, w ramach tej oceny), którego to wyboru dokonano w dniu 16 lipca 2013 r. Nie sposób więc, wobec tak wyartykułowanej dyspozycji wykonawcy, przyjąć - wbrew treści odwołania - że dotyczy ono czynności ponowionej przez Zamawiającego. Nie sposób też zgodzić się z argumentem Przystępującego, że w tej sytuacji powołany przepis należałoby zastosować „przez analogię” do wyboru najkorzystniejszej oferty, który został unieważniony przez Zamawiającego – przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy należy traktować restrykcyjnie i jakkolwiek analogia musi być stosowana z wyjątkową rozważą. Potwierdził powyższe Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r. w spr XIX Ga 179/13.

Unieważnienie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności może odnosić skutek w sferze oceny wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy), względnie – stosownie do tego w jakim momencie w stosunku do unieważnienia kwestionowanej czynności, złożono odwołanie – wpływać na ocenę zaistnienia przesłanek materialnoprawnych (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2011 r. w spr. KIO 290/11), nie powoduje jednak, że odwołanie należy uznać za złożone z uchybieniem terminu.

Ustalono następnie, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na gruncie analizowanej sprawy, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca wybór najkorzystniejszej oferty oraz jej pozytywna ocena przez Zamawiającego zostały unieważnione. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt. Zamawiający bowiem w dniu 31 lipca 2013 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując wprawdzie na zamierzony zakres ponownego badania i oceny oferty Arcadis Polska sp. z o.o. w Warszawie: *„Zamawiający omyłkowo nie Wezwał do uzupełnienia oferty firmy Arcadis sp. z o.o., ul. Puławska 52, 02-670 Warszawa o tłumaczenia na język polski życiorysów osób wskazanych do realizacji zamówienia, a załączonych do oferty wyłącznie w języku angielskim. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Po dokonaniu wezwania do uzupełnienia oferty Zamawiający dokona ponownego badania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.”*. Nie oznacza to jednak, że pozostała w mocy częściowa niejako ocena oferty Arcadis Polska sp. z o.o. w tym zakresie, o którym Zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2013 r. nie wspomiał.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie winno zatem rozstrzygać o zarzutach żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, uwzględniając zarazem wszystkie okoliczności, także te które nastąpiły po wniesieniu odwołania, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu. W analizowanej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu czynności – wybór oferty Arcadis Polska spółki z o.o. w Warszawie oraz poprzedzająca ten wybór ocena oferty tego wykonawcy nie istniały - zostały przez Zamawiającego unieważnione. Podkreślenia wymaga, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru oraz oceny oferty Arcadis Polska spółki z o.o. w Warszawie.

Wraz z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty traci bowiem swój byt poprzedzająca ten wybór ocena złożonych ofert. Dokonana ponowna ocena ofert, nawet jeśli jest taka sama, nie jest tą samą oceną. Dostrzec trzeba, że wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych

ofert i dokumentów: to bezpośrednie następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez Zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stan postępowania niejako wrócił do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany nie tylko jego wynik, ale także ocena ofert i dokumentów poprzedzająca to rozstrzygnięcie. Nie ma przy tym znaczenia zasygnalizowana w piśmie unieważniającym wybór najkorzystniejszej oferty intencja Zamawiającego, wskazująca na to, że Zamawiający wezwie wykonawcę Arcadis Polska sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób. Na gruncie analizowanej sprawy, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty nie oznacza fragmentarycznego jedynie ponowienia oceny oferty, w wybranym przez Zamawiającego zakresie. Nie oznacza to w szczególności, że w ramach ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, po unieważnieniu czynności przez Zamawiającego, nastąpiło częściowe podtrzymanie wcześniejszej oceny oferty, a jedynie w określonym zakresie Zamawiający powtórzył badanie i ocenę ofert. Ponowny wybór jest następstwem ponownego badania i oceny ofert, którego rezultatu nie sposób przesądzać. W związku z tym należy uznać, że w pełnym zakresie Zamawiający powtórzył badanie i ocenę ofert a następnie dał wyraz tej oceny w informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Zamawiający jest bowiem uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Innymi słowy, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie

jakiegokolwiek wykonawcy. Zatem dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2013 r. w spr. KIO 1533/13, z dnia 10 października 2012 r. w spr. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, z dnia 22 lutego 2011 r. w spr. KIO 290/11, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11). Dążąc do tego celu, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego uchylania swoich czynności i ich ponawiania, a ograniczeniem w tym zakresie jest wcześniejsze rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, nakazujące określone czynności czy wskazujące na określony sposób oceny oferty. W pozostałym zakresie Zamawiający, zarówno z własnej inicjatywy jak i w następstwie analizy stawianych zarzutów, może i powinien dokonywać korekty podejmowanych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem takiej korekty może być unieważnienie wadliwych czynności, w tym unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponowienia oceny ofert i naprawienia wcześniej popełnionych błędów.

Na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Okoliczność następczego, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie może też być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Krajowa Izba Odwoławcza bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Czynności te podlegają zatem ocenie przez pryzmat ich wpływu na wynik postępowania.

W tym kontekście, zarzuty odwołania skierowane do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 lipca 2013 r. dotyczą czynności historycznej, wyeliminowanej z obrotu przez Zamawiającego, co czyni je bezprzedmiotowymi i pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przepis art. 192 ust. 2 ustawy.

Jakiegokolwiek rozstrzygnięcie w odniesieniu do czynności uchylonej przez Zamawiającego nie może mieć wpływu na wynik postępowania, skoro czynność ta została

zastąpiona kolejną oceną ofert, a wreszcie – ponowionym wyborem najkorzystniejszej oferty. Rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może bowiem wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania, który aktualnie wyraża się w ponowionym wyborze najkorzystniejszej oferty. Wszelkie zarzuty odnoszące się do oceny ofert w postępowaniu jedynie do tej czynności, jaka aktualnie istnieje w obrocie, to jest wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5 sierpnia 2013 r. oraz poprzedzającej ten wybór oceny ofert przez Zamawiającego.

Powyższemu nie stoi na przeszkodzie, akcentowana przez Odwołującego zasada koncentracji środków ochrony prawnej. Wydaje się, że przeciwnie – także ta zasada przemawia za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane, w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności Zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie „dla sztuki”, mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem. Pozostaje wreszcie pytanie, jakie znaczenie i skutek takiej oceny o zasadności zarzutów kierowanych wobec uchylonej czynności, miałoby rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli jednocześnie już funkcjonuje w postępowaniu ponowiona czynność Zamawiającego, zastępująca tę, o której rozstrzygnięto. Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280 ze zm.), orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Oznacza to zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie zatem od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. Należy zatem uznać, że także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że jakakolwiek ocena czynności i zaniechań Zamawiającego w danym postępowaniu winna odnosić się jedynie do tych czynności, jakie istnieją na moment wydania orzeczenia. W innym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, że w danym postępowaniu będą istniały równocześnie zdublowane czynności, z których żadnej nie sposób będzie przyznać prymatu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia zatem za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną

czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych dokumentów a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, wykonawca, nie dzieląc oceny dokonanej przez Zamawiającego może podnosić odpowiednie zarzuty, wobec istniejących czynności, to jest tych, które wyrażone zostały w ramach ponowionego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z tych względów brak było podstaw oceny zarzutów kierowanych wobec czynności nieistniejącej już, wyeliminowanej przez Zamawiającego z obrotu.

Z powyższych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

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

Skład orzekający: