

Sygn. akt: KIO 1798/14

POSTANOWIENIE
z dnia 18 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna PROWADZISZ

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, w Warszawie, w dniach 15 i 18 września 2014 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Zmawiającego Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, Urząd Miejski w Zabrzu przy ulicy Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) Hydroinstalmet Sp. z o.o. w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o., na rzecz Zmawiającego Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, Urząd Miejski w Zabrzu przy ulicy Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Zabrze – Prezydent Miasta prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: *Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - Etap I i II*". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 5 kwietnia 2014 roku pod pozycją 2014/S 068-115961.

1 września 2012 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o.

Odwołujący, w związku z otrzymaniem w dniu 21 sierpnia 2014 roku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego uznania za ofertę najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Construction sp. z o.o. oraz DROGOMEX sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum) oraz dokonania wyboru tejże oferty, a także wobec zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum ewentualnie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wykazu robót budowlanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), a w konsekwencji ewentualnie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą i wyboru jego oferty oraz czynności i zaniechań opisanych w odwołaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta nie była zabezpieczona wadium w sposób wymagany, Konsorcjum nie spełnia wszystkich warunków, udziału w postępowaniu, nie wykazało, że jest podmiotem rzetelnym, efektywnym, doświadczonym i posiadającym odpowiednie kwalifikacje, oferta Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny, jak również Konsorcjum oferuje odsprzedaż materiałów poniżej kosztów ich wytworzenia-
zarzut ten wiąże się z pozostałymi zarzutami odwołania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, w sytuacji, gdy złożone wraz z ofertą wadium nie zabezpieczało interesu Zamawiającego, gdyż

zostało wystawione przez gwaranta wyłącznie na zlecenie i potrzeby członka Konsorcjum, a nie Konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia),

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia prawidłowego wykazu robót budowlanych na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym rzetelności Konsorcjum, a w konsekwencji odmowy zbadania, czy istnieją przesłanki do wykluczenia Konsorcjum z postępowania,
- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia prawidłowego wykazu robót budowlanych na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym rzetelności Konsorcjum, a w konsekwencji odmowy zbadania, czy zaniechanie złożenia przez Konsorcjum wykazu wszystkich wykonanych robót nie stanowi celowego działania konsorcjum zmierzającego do podania nieprawdziwych informacji o zakresie nienależycie wykonanych robót, które ma wpływ na wynik postępowania,
- 5) art. 26 ust. 3 w zw. art. 22 ust. 5 ustawy, w związku z zaniechaniem wyegzekwowania od Konsorcjum informacji o wszystkich wykonanych robotach, co uniemożliwiło weryfikację, czy Konsorcjum spełnia kryteria, określone przez Zamawiającego w pkt. 5.2.2.A SIWZ,
- 6) art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy jej treść jest sprzeczna z SIWZ a cena została wyliczona w oparciu o błędne założenia,
- 7) art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w związku z ofertą sprzedaży materiałów za 0,00 złotych, bądź ewentualnie zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, a konsekwencji rozważenia wystąpienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Do postępowania zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o.

Izba ustaliła:

Postanowieniem w sprawie o sygn. akt KIO 1513/14, w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego pismem z dnia 31 lipca 2014 roku w całości zarzutów odwołania wniesionego przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący, w złożonym 25 lipca 2014 roku (sygn. akt KIO 1513/14) odwołaniu, wnosił o: 1) *uwzględnienie odwołania w całości*; 2) *nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej spółki pod firmą Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet sp. z o.o.*; 3) *nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania*; 4) *nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienia omyłek, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp w ofercie Odwołującego*; 5) *przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania*; 6) *obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego*.

Zamawiający złożył pismo z 8 września 2014 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Na posiedzeniu zawnioskował o odrzucenie odwołania

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył na posiedzeniu pismo z dnia 15 września 2014 roku *Pismo przystępującego* wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy w związku z art. 180 i art. 182 ustawy.

Odwołujący złożył an posiedzeniu pismo z dnia 17 września 2014 roku *Pismo Odwołującego*.

Izba ustaliła, że pierwotny wybór oferty nastąpił w dniu 11 lipca 2014 roku, której to czynności wykonawcy zostali zawiadomieni w dniu 15 lipca 2014 roku i od tej czynności

Zamawiającego wniesione zostały odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1513/14 oraz KIO 1515/14.

Uwzględniając dokumentację jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas posiedzenia, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od 15 lipca 2014 roku tj. od dnia upublicznienia przez Zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty (pismo z dnia 11 lipca 2014 roku). Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej - stawiania zarzutów Zamawiającemu. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z wykonawcami, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w rozpoznawanej sprawie zaniechał ochrony swoich interesów na wcześniejszym etapie postępowania, co wywołuje skutek niemożności merytorycznego rozpoznania odwołania, gdyż zarzuty w nim stawiane (1, 2, 4, 5, 6, 7) są spóźnione.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań (porównaj przykładowo: postanowienie z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13).

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku (sygn. akt V Ca 2142/12) *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skażenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 pzp). Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Wobec tego dopóki wybór oferty nie jest ostateczny istnieje możliwość wniesienia uzasadnionego odwołania przez konkurencyjnego wykonawcę. Jeżeli bowiem w ocenie skarżącego, Zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już przy pierwszym wyborze należało przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania Zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówczasie odwołania przez obecnego uczestnika postępowania odwoławczego. Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań Zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 roku sygn. akt V Ca 2142/12). Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to Odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę korzystniejszą, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy), a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Taki stan rzeczy potwierdziła ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-

Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy." (porównaj: KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12).

W ocenie Izby, istnienie interesu po stronie Odwołującego, aby po dokonaniu oceny ofert i przekazaniu jej wykonawcom ubiegającym się o zamówienie w dniu 15 lipca 2014 roku domagać się odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał Zamawiający jest niewątpliwy. Ponieważ jeżeli Zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 336/11, że: *ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu, co do istoty.*

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w

przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert.

Na posiedzeniu pełnomocnik Odwołującego podał, że informacje zawarte w złożonym odwołaniu dotyczą informacji zawartych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o., oraz że kwestionuje czynność niezbadania tej oferty w sposób należyty. Odwołujący podał również, że już wcześniej sygnalizował Zamawiającemu uchybienia w ofercie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. tj. przed „pierwszym odwołaniem” (sygn. akt KIO 1513/14) wysłał pismo do Zamawiającego informujące o uchybieniach w ofercie innych niż będące podstawą odrzucenia tejże oferty. Tym samym Odwołujący potwierdził, że na etapie pierwotnie dokonanej oceny ofert przez Zamawiającego posiadał już informacje, które umożliwiały mu złożenie odwołania zawierającego inną argumentację, niż argumentacja wskazana w piśmie z 11 lipca 2014 roku zawierającym uzasadnieni czynności Zamawiającego a przesłanym w dniu 15 lipca 2014 roku.

Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że nową czynnością w postępowaniu, którą Odwołujący kwestionuje jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem wnioskami (żądaniami) w sprawie o sygn. akt KIO 1513/14 było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. z postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice (pełnomocnik) oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o (obecnego

Odwołującego), co w efekcie prowadziło do dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. a stanowi konsekwencję wykonania żądań określonych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1513/14, którego zarzuty Zamawiający uwzględnił w całości. W przypadku uwzględnienia stanowiska Odwołującego, w sytuacji faktycznej z jaką mamy w tej sprawie, mielibyśmy do czynienia ze stanem, w którym praktycznie niemożliwe byłoby dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na ciągłą, powtarzalną za każdym razem możliwość kwestionowania czynności dokonanej przez Zamawiającego wyboru oferty, co jest sprzeczne z założeniami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą tego orzeczenia znajdują odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych (KIO z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; KIO z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12; KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku sygn. akt V Ca 2056/07; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 kwietnia 2010 roku sygn. akt I Ca 230/10; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 roku sygn. akt V Ca 2142/12;).

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu na podstawie postanowienia KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1513/14. Zamawiający, w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania (sygn. akt KIO 1513/14) unieważnił czynność odrzucenia oferty, dokonał ponownego badania oferty ówczesnego Odwołującego, również w zakresie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący na posiedzeniu podał, że po dokonaniu czynności uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego (sygn. akt KIO 1513/14) uczestnik postępowania odwoławczego (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o.) złożył wyjaśnienia w zakresie referencji potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczących budowy obwodnicy miasta Janikowa. Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że uczestnik postępowania odwoławczego nie był wzywany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do składania wyjaśnień w zakresie referencji i nie złożył takiego oświadczenia, a do Zamawiającego wpłynęła jedynie informacja prawną (pismo, do złożenia którego uczestnik postępowania nie był wzywany). Wskazać należy, że nie ma w ustawie regulacji dotyczącej obowiązku badania przez Zamawiającego wszystkich wpływających do niego dokumentów, w tym dokumentów stanowiących jakąkolwiek informację złożoną bez wezwania Zamawiającego czy to do uzupełnienia czy to do wyjaśnienia dokumentów – inne stanowisko mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie mógłby w terminie zakończyć, bądź zakończyć procedur o udzielenie zamówienia z uwagi na wpływające pisma (porównaj: KIO z 4 stycznia 2012 roku sygn. akt 2731/11). Niemniej, uwzględniając obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością Zamawiający obowiązany jest do zbadania wszystkich informacji w jakich posiadanie wchodzi a mających znaczenie dla oceny oferty / ofert w postępowaniu. Tym samym w tej sprawie Zamawiający nie wzywał do składania żadnych wyjaśnień (art. 26 ust.4 ustawy) natomiast z uwagi na rzetelność czynności podejmowanych w postępowaniu nie może pomijać informacji w jakich posiadanie wchodzi a zawartych w przesłanym do niego piśmie zawierającym stanowisko co do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w zakresie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów tj. wykazu wykonanych zamówień a dokonał ponownie oceny złożonych w ofercie dokumentów dla potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, na co uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w złożonym na posiedzeniu piśmie. Nadmienić należy, że w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions Sp. z o.o. przy ulicy Staszica 25, 43-174 Łaziska Górne (pełnomocnik) oraz DROGOMEX Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1513/14) wskazano, że złożone dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zaznaczyć należy, że czynności Zamawiającego, których on dokonuje zgodnie z żądaniami wskutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania nie mogą być dokonywane w sposób, który byłby niezgodny z obowiązującymi

przepisami prawa. (porównaj: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 roku). Zamawiający kierując się obowiązującymi przepisami dokonuje ponownej oceny zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu (porównaj: KIO z 23 listopada 2012 sygn. akt KIO 2450/12) ale w granicach obowiązującego prawa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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).

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: