

Sygn. akt: KIO/UZP 578/08

POSTANOWIENIE
z dnia 25 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 25 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dro-Konsult Sp. z o.o., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Podkarpackie, 35-959 Rzeszów, ul. Grunwaldzka 15** protestu z dnia 3 czerwca 2008 r.,

przy udziale wykonawcy **Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., 62-500 Konin, ul. Marii Dąbrowskiej 8** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Dro-Konsult Sp. z o.o., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dro-Konsult Sp. z o.o., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dro - Konsult Sp. z o.o., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15.**

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

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługi: „Wykonanie ewidencji dróg wojewódzkich, obiektów drogowych, mostowych, tuneli, przepustów i promów położonych w ciągu tych dróg na terenie województwa podkarpackiego jako część składowa Podkarpackiego Systemu Informacji Przestrzennej (PSIP)” znak OR.III.3331-35/07, zostało wszczęte przez Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego, ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 35-048524 w dniu 20.02.2008 r.

W postępowaniu złożono 4 oferty, po wykluczeniu jednego wykonawcy z postępowania, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą złożyła firma Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. z, ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin zwana dalej: „Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o.” lub „Przystępującym”.

Powyższa czynność została oprotestowana, a następnie była przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba w orzeczeniu z dnia 06.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 378/08 stwierdziła, iż: „W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdził się drugi zarzut Odwołującego, że istotnie, z wybranej oferty nie wynika, iż Wykonawca ten przedstawił wykaz narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, odpowiadających żądaniu Zamawiającego zamieszczonym w § 3 pkt 3 SIWZ”. Jednocześnie, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie

czynności badania i oceny ofert. Ponadto, w ramach orzeczenia Izba, podniosła, iż: „Porównując inne oferty złożone w postępowaniu, Izba zwróciła uwagę, iż we wszystkich wykazach podano opisy wskazujące wyposażenie środków transportowych w systemy do rejestracji obrazu i pomiarów terenowych. Takiego opisu nie ma w ofercie wybranego wykonawcy, ani w załączniku nr 5, ani w pozostałych dokumentach załączonych do oferty. Zamawiający ma możliwość wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyposażenia wskazanego środka transportowego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp”. Izba wcześniej także odniosła się do pisma z dnia 05.05.2008 r., uznając, iż: „Powyższe pismo, w ocenie Izby, stanowi dokument prywatny, skierowany do osoby, która jest pełnomocnikiem Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedmiotowy dokument zawiera oświadczenie wiedzy osoby, która go sporządziła i został zakwestionowany przez stronę odwołującą w zakresie prawdziwości oświadczeń. Mając powyższe na uwadze, nie może stanowić wyłącznego dowodu na okoliczność wyposażenia samochodu osobowego w system do rejestracji obrazu i pomiarów terenowych. Zatem, wyjaśnienie wskazujące na uzupełnienie wykazu złożonego przez wybranego Wykonawcę, nie może, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, stanowić podstawy uznania, iż samochód osobowy VW T5 wykazany w wykazie, spełnia wymogi zawarte w § 3 pkt 3 SIWZ”.

W dniu 09.05.2008 r. Zamawiający faxem, jak napisał działając w trybie art. 26 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp” oraz wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.05.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 378/08 Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje Wykonawca (Załącznik Nr 5 do oferty), tj. Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. Jak stwierdził Zamawiający, z uzasadnienia Wyroku KIO wynika, że załączony do oferty wykaz narzędzi i urządzeń nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 3 pkt 3 SIWZ, a konkretnie iż samochody, o których mowa w pkt 4 wykazu posiadają system do rejestracji obrazu pomiarów terenowych. Jak wynika z uzasadnienia Wyroku KIO, system ten powinien uwzględniać również kamery, o których mowa w Rejestracji video (pkt 3, str.6 SIWZ). Podnosił także, iż pismo przekazane w dniu 05.05.2008 r. nie mogło stanowić dowodu potwierdzającego spełnienie przedmiotowego warunku, gdyż było skierowane do pełnomocnika Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, a ponadto osoba podpisująca pismo nie wykazała umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, iż oczekuje złożenia pisemnych wyjaśnień skierowanych do Zamawiającego w nieprzekraczalnym terminie do 15.05.2008 r.

W dniu 13.05.2008 r. faxem Zamawiający otrzymał stosowne wyjaśnienia od Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. Wskazał w nich, iż wykazane przez w pkt 4 zestawienia, tzn. wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje Wykonawca (Zał. Nr 5 do oferty) - samochody, wyposażone są w system do rejestracji obrazu i pomiarów terenowych oraz miernik odpowiedniego kilometraża. Składnikami takiego systemu są:

- 2 kamery cyfrowe o rozdzielczości 1280x1024
- 2 kamery cyfrowe o rozdzielczości 1280x960
- 1 kamera analogowa do bieżącej weryfikacji pomiaru
- system do zapisu i magazynowania obrazów video/foto
- urządzenie do pomiaru długości umożliwiające wykonanie zdjęć na konkretnym kilometrażu np. co 5 m
- układ do pomiaru współrzędnych osi drogi oparty na technologii GPS, wyposażony w system inercyjny niezbędny do pomiaru w sytuacjach zaniku sygnału satelitarnego (np. gęste poszycie drzew, górzysty teren).

System zamocowania kamer pozwala na swobodne ich ustawienie, co pozwala na dowolne wybranie obszaru filmowania np. kamera przednia, tylna, boczna-prawa, boczna-lewa.

W dniu 16.05.2008 r. (27.05.2008 r. pocztą otrzymał niniejsze pismo Protestujący) Zamawiający pismem z dnia 15.05.2008 r. poinformował, że zgodnie z wyrokiem z dnia 6.05.2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt KIO/UZP 378/08 zwany dalej: „*wyrokiem KIO*” powtórzył czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu znak OR.III.3331-35/07 i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta firmy Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o.

W dniu 03.06.2008 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) pismem z dnia 02.06.2008 r. uczestnik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „DRO-KONSULT” Sp. z o.o., ul. Pomorska 17a, 03-103 Warszawa zwany dalej: „*Protestującym*” lub „*Odwołującym*” na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art. 180 Pzp, wniósł protest na rozstrzygnięcie przetargu nieograniczonego z dnia 15.05.2008 r. poprzez wybór oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający możliwość zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie i wezwanie Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje w/w wykonawca podczas, gdy złożenie owych wyjaśnień jest zmianą treści oferty i co za tym idzie jest niedopuszczalne,

3) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o., a tym samym błędne przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez w/w odpowiada treści SIWZ.

Wskazując powyższe zarzuty wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. jako oferty podlegającej odrzuceniu;

2) ponowne dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;

3) ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 04.06.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 06.06.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączy się: „Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o.” w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu, jako bezzasadnego. Wskazując na interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego Przystępujący powołał się na fakt, iż oferta jego firmy została uznana za najkorzystniejszą, zaś wnioski protestu zmierzają do odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności załączonego do oferty wykazu narzędzi i urządzeń z wymogami Zamawiającego określonymi w § 3 pkt 3 SIWZ, Przystępujący stwierdził, iż był on przedmiotem analizy w wyroku KIO. Zdaniem Przystępującego, w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia, KIO zajęła jednoznaczne stanowisko, że: "Zamawiający ma możliwość wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyposażenia wskazanego środka transportowego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp". KIO tym samym oceniła, że złożone wyjaśnienia na temat tego czy samochody, o których mowa w pkt 4 wykazu narzędzi i urządzeń posiadają system do rejestracji obrazu pomiarów terenowych, nie stanowią zmiany treści oferty.

Przystępujący uznają, iż działanie Zamawiającego z dnia 09.05.2008 r., w trybie art. 26 ust. 4 Pzp za uzasadnione, a jego pismo z dnia 13.05.2008 r., wyjaśniające Zamawiającemu, że wykazane przez w pkt 4 powyższego zestawienia samochody wyposażone są w system do rejestracji obrazu i pomiarów terenowych oraz miernik odpowiedniego kilometraża za zgodne z prawem i nie budzące wątpliwości. W piśmie tym opisał także szczegółowe składniki tego systemu.

Ponadto, Przystępujący stwierdził, iż nieuzasadnione jest powoływanie się przez Protestującego, w celu uzasadnienia wniosków protestu, na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.04.2007 r. (UZP/ZO/0-440/07), który dotyczył interpretacji art. 26 ust. 3 Pzp, czyli kwestii żądania uzupełnienia złożonych dokumentów, a nie kwestii składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Za chybione jest również powoływanie się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 01.12.2006 r. (UZP/ZO/0-2857/06), który dotyczył dostaw sprzętu komputerowego (a nie usług) i interpretacji art. 87 ust. 1 PZP, a nie art. 26 ust. 4 Pzp. Za decydujące uznaje ocenę prawną dokonana w wyroku KIO, ponieważ Izba orzekła w kwestii dotyczącej niniejszego postępowania i konkretnego zarzutu Protestującego w niniejszej sprawie.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 09.06.2008 r. faxem, poprzez jego odrzucenie w trybie art. 181 ust. 6 w związku z art. 180 ust. 7 Pzp, gdyż wykonawca nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Uzasadniając, iż zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit a Pzp, Zamawiający jest związany ostatecznym rozstrzygnięciem uprzedniego protestu. Zgodnie z wyrokiem KIO Zamawiający zobowiązany został do zwrócenia się do wykonawcy Lehmann+ Partner Polska Sp. z o.o., w trakcie ponownego badania i oceny ofert, o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Czynność ta została dokonana z zachowaniem warunków tego przepisu, czego Protestujący nie kwestionuje. Jedynym zarzutem Protestującego jest sam fakt skorzystania z nakazanego wyrokiem trybu wyjaśniania złożonego dokumentu.

W dniu 13.06.2008 r. (pocztą) Odwołujący na odrzucenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania podniesione w proteście oraz uznając odrzucenie na podstawie art. 181 ust. 6 w związku z art. 180 ust. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jako niedopuszczalny. Zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie protestu Odwołującego bowiem Odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem, tj. wyrokiem KIO, podczas gdy powyższe rozstrzygnięcie dotyczyło dokonania ponownej oceny badania i oceny ofert w postępowaniu pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez przesądzenia o wyniku tej powtórnej oceny, przedmiotem zaś zarzutów podniesionych przez Odwołującego w proteście z dnia 02.06.2008 r. był wynik tej oceny polegający na nie odrzuceniu oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. i jej wybór jako najkorzystniejszej, a zatem inna czynność aniżeli dokonana w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 7 ust.1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający możliwość zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, poprzez wezwanie Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje w/w wykonawca podczas, gdy złożenie owych wyjaśnień jest zmianą treści oferty i co za tym idzie jest niedopuszczalne;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie i wezwanie Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje ww. wykonawca podczas, gdy złożenie owych wyjaśnień jest zmianą treści oferty i co za tym idzie jest niedopuszczalne:

4) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o. o., a tym samym błędne przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez w/w odpowiada treści SIWZ;

Wnosząc o:

- 1) uwzględnienie przedmiotowego odwołania,
- 2) dopuszczenie dowodu z załączonych do niniejszego pisma dokumentów na okoliczności w nich ujawnione wskazane w uzasadnieniu;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia protestu;
- 4) nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o. o., jako oferty podlegającej odrzuceniu;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o. o.;
- 6) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu;
- 7) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 8) obciążenie Zamawiającego kosztami związanymi z wniesieniem niniejszego odwołania i reprezentowania Odwołującego przez pełnomocnika według spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Po pierwsze, Odwołujący stwierdził, iż czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia protestu została oparta na błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Wskazuje, iż bezspornym pozostaje, iż na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp Zamawiający, w szczególności odrzuca protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust 6 Pzp. Natomiast na podstawie art. 181 ust. 6 Pzp, w szczególności wykonawca wnoszący protest nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym

rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Według ugruntowanego poglądu reprezentowanego w doktrynie, jak podnosi Odwołujący, okoliczności, w których protest jest ostatecznie rozstrzygnięty, określa art. 182 ust. 2 Pzp. W świetle niego przyjmuje się, że w przypadku wniesienia odwołania protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przy czym chodzi tutaj o postanowienie o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp, lub postanowienie o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 1 Pzp. W takim przypadku oprotestowane czynności zamawiającego pozostają w mocy.

W przypadku oddalenia odwołania wykonawcy przez KIO, utrzymuje się rozstrzygnięcie przyjęte przez zamawiającego. Uwzględniając odwołanie, KIO może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić. Nie zawsze jest zatem tak, że wyrok przesądza o rozstrzygnięciu "merytorycznym", nie nakazuje bowiem zamawiającemu np. dokonania wyboru konkretnego wykonawcy lub odrzucenia konkretnej oferty. Wobec tego przyjąć należy, że w takim przypadku środki ochrony prawnej przysługują na czynności dokonane przez zamawiającego po wydaniu wyroku przez KIO, jeżeli kolejny protest nie dotyczy tych samych okoliczności, co protest ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem zespołu arbitrów (art. 181 ust. 7 Pzp).

(tak: Komentarz do art. 181 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.06.164.1163), [w:] D. Rogoń, Komentarz do przepisów Prawa zamówień publicznych, zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.06.79.551).

Powołując się na powyższe stwierdza, iż Odwołujący był uprawniony do wniesienia protestu zważywszy na fakt, iż wyrok KIO nie przesądzał o wyniku postępowania, a jedynie nakazywał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, zaś Odwołujący w proteście z dnia 02.06.2008 r. zakwestionował czynności Zamawiającego dokonane po w/w wyroku przy powtórnej ocenie ofert, tj.: fakt zwrócenia się do wykonawcy Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w trybie określonym w art. 26 ust. 4 Pzp, podczas, gdy w zaistniałym stanie faktycznym złożenie owych wyjaśnień jest zmianą treści oferty i co za tym idzie jest niedopuszczalne, nieodrzućenie oferty Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. i w konsekwencji wybór oferty w/w, wykonawcy jako najkorzystniejszej. Poważy pogląd potwierdza stanowiskiem reprezentowanym w orzecznictwie – wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29.11. 2006 r.: „nieuzasadniony jest zarzut, iż zgodnie z przepisem art. 181 ust. 6 p.z.p. Odwołujący nic może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności

wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Jeżeli teza ostatecznego rozstrzygnięcia protestu tyczyła dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez przesądzania o wyniku tej powtórnej oceny. Przedmiotem zaś niniejszego postępowania jest wynik tej ponownej oceny polegający na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, a zatem inna czynność aniżeli dokonana w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu." (wyrok ZA z dnia 29.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2822/06).

Po drugie, Odwołujący stwierdza, iż błędna i nie polegająca na prawdzie pozostaje również argumentacja Zamawiającego przedstawiona w piśmie informującym o odrzuceniu protestu, w zgodzie z rozstrzygnięciem KIO: „Zamawiający zobowiązany został do zwrócenia się do wykonawcy Lehmann + Partner Polska Sp. z o. o. w trakcie ponownego badania i oceny ofert, o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp”.

Zgodnie z tezą (rozstrzygnięciem) powyższego wyroku KIO, jak uważa Odwołujący, Zamawiający został zobowiązany jedynie do „powtórzenia czynności badania i oceny ofert”. W rozstrzygnięciu nie znalazło się nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności w postaci zwrócenia się do wykonawcy Przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Co prawda, jak zauważa dalej, w uzasadnieniu powyższego wyroku KIO, zdaniem Odwołującego błędnie zawarła sugestię, iż Zamawiający ma możliwość (co oznacza, że może a nie jest zobowiązany) wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyposażenia wskazanego środka transportowego, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jakkolwiek nie było to rozstrzygnięcie a jedynie fragment uzasadnienia, a ponadto była to sugestia, a nie nakazanie podjęcia takiej czynności przez Zamawiającego.

Z powyższą, sugestią KIO zawartą w uzasadnieniu wyroku Odwołujący się nie zgadzał, jakkolwiek mając na uwadze, iż zawarta została ona jedynie w uzasadnieniu, zaś sam wyrok uwzględniał odwołanie Odwołującego tym samym, oczywistym pozostawało, iż brak było podstaw prawnych do kwestionowania powyższego wyroku w drodze skargi do Sądu. Bezspornym bowiem pozostaje, iż na podstawie art. 194 Pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu, zaś w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 1 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią, inaczej. Tym samym bezspornym i oczywistym pozostaje, iż podobnie jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak i skargę do Sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się od rozstrzygnięcia, a nie od jego uzasadnienia zważywszy na fakt, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie uwzględniało odwołanie.

Pozostałym zakresie Odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 13.06.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikowi postępowania protestacyjnego (Przystępującemu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 24.06.2008 r. (data wpływu pisma do Prezesa UZP) przystąpił Lehmann + Partner Polska Sp. z o.o. podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do protestu.

Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie i po wysłuchaniu stron na posiedzeniu, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że została wypełniona przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 Pzp.

Zgodnie z powyższymi przepisami Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący się powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu (pkt 5), odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust.3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (pkt 6).

W przedmiotowej sprawie miało miejsce ostateczne rozstrzygnięcie protestu w rozumieniu art. 182 ust.2 pkt 3 lit. a Pzp, tj. z dniem wydania wyroku Izby, tzn. w tym wypadku wyrok KIO z dnia 06.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/378/08. Powyższe orzeczenie nie było przedmiotem skargi do sądu okręgowego w trybie art. 194 ust.1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowisko Odwołującego przedstawionego w odwołaniu, jak i na posiedzeniu, iż brak było podstaw do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu protestacyjno-odwoławczym art.180 ust.7 w związku z art. 181 ust. 6 Pzp. Zdaniem Izby, istniały przesłanki do odrzucenie protestu Odwołującego, a Odwołujący zgodnie z treścią art. 181 ust.6 Pzp, nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem. Stanowisko Odwołującego, iż wobec nie przesądzenia o wyniku powtórnej oceny w powołanym powyżej wyroku KIO oraz faktu, iż powyższe rozstrzygnięcie dotyczyło dokonania ponownej oceny badania i oceny ofert, przedmiotem zaś zarzutów podniesionych przez Odwołującego w proteście z dnia 02.06.2008 r. był wynik tej oceny polegający na nie odrzuceniu oferty Przystępującego i jej wybór jako najkorzystniejszej, a zatem inna czynność aniżeli dokonana w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, powołane przepisy nie mają zastosowania, jest błędna.

W wyroku KIO z dnia 06.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/378/08, Izba uwzględniła rzeczywiście odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jednocześnie nie przesądzając o wyniku tej powtórnej oceny. Jednakże, przedmiotem niniejszego postępowania protestacyjno-odwoławczego jest wynik powtórnej oceny, czyli de facto nie wykluczenie Przystępującego i wybór jego oferty, co stanowi konsekwencje wyroku KIO z dnia 06.05.2008 r., a dokładnie zastosowania art. 26 ust.4 Pzp.

Izba, wyjaśniając swoje stanowisko w przedmiotowym stanie faktycznym, odniesie się do określonych twierdzeń zawartych w odwołaniu.

Odwołujący podnosi, iż: „zgodnie z tezą (rozstrzygnięciem) (.....) wyroku KIO, Zamawiający został zobowiązany jedynie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert". Ponadto, stwierdza, iż: „w uzasadnieniu (...) wyroku KIO błędnie zawarła sugestię, iż Zamawiający ma możliwość (co oznacza, że może, a nie jest zobowiązany) wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyposażenia wskazanego środka transportowego, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jakkolwiek nie było to rozstrzygnięcie a jedynie fragment uzasadnienia”. Dodatkowo, zauważa, iż: „(sugestia, z którą) w uzasadnieniu wyroku Odwołujący się nie zgadzał, jakkolwiek mając na uwadze, iż zawarta została ona jedynie w uzasadnieniu, zaś sam wyrok uwzględniał odwołanie Odwołującego tym samym, oczywistym pozostawało, iż brak było podstaw prawnych do kwestionowania powyższego wyroku w drodze skargi do Sądu. Bezspornym bowiem pozostaje, iż na podstawie art. 194 Pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu, zaś w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 1 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią, inaczej. Tym samym bezspornym i oczywistym pozostaje, iż podobnie jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak i skargę do Sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się od rozstrzygnięcia, a nie od jego uzasadnienia, zważywszy na fakt, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie uwzględniało odwołanie”.

Niniejsze stwierdzenia są błędne, gdyż orzeczenia KIO należy rozpatrywać jako całość (wraz z uzasadnieniem), a nie tylko w odniesieniu do samego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza może orzec o uwzględnieniu bądź oddaleniu odwołania, a na podstawie art. 191 ust. 2 Pzp może uwzględniając odwołanie:

- 1) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego;
- 2) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego;
- 3) unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 187 poz. 1326) zwanego dalej: „rozporządzeniem” elementami obligatoryjnymi odwołania są m. in. zarzuty - § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia i żądania, co do rozstrzygnięcia odwołania - § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia. Natomiast orzeczenie Izby w myśl § 28 ust. 1 rozporządzenia zawiera :

- 1) nazwę orzeczenia;
- 2) miejsce i datę jego wydania;
- 3) oznaczenie składu orzekającego, stron oraz uczestników postępowania odwoławczego;
- 4) rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego się albo odwołujących się oraz o kosztach postępowania odwoławczego;
- 5) uzasadnienie;
- 6) pouczenie o możliwości wniesienia skargi na orzeczenie;
- 7) podpisy wszystkich członków składu orzekającego.

Natomiast zgodnie z § 28 ust. 2 rozporządzenia orzeczenie co do istoty sprawy zapada w formie wyroku i może być wydane po przeprowadzeniu rozprawy. Orzeczenie o odrzuceniu odwołania i o umorzeniu postępowania wobec cofnięcia odwołania zapada w formie postanowienia.

Punkty 1 – 4 § 28 ust. 1 rozporządzenia stanowią tak zwaną sentencję orzeczenia, a pkt 4 dodatkowo wyróżniany jest w doktrynie jako tenor orzeczenia, czyli najistotniejszy element rozstrzygnięcia przesądzający o wyniku postępowania.

Jak wynika z wskazanego wyżej enumeratywnego wyliczenia elementów orzeczenia w sentencji wyroku - Izba nie rozstrzyga o zarzutach stron, ale o ich żądaniach.

Uwzględniając odwołanie zatem sentencja będzie przykładowo brzmieć „uwzględnia odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert”, czy „uwzględnia odwołania i unieważnia czynność unieważnienia postępowania” czy też po prostu „unieważnia postępowanie”, gdy w myśl art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp dopatrzyła się z urzędu zaistnienia przesłanek unieważnienia z art. 93 ust. 1 Pzp.

Nie ma natomiast prawnej możliwości zawarcia w sentencji orzeczenia sformułowania typu: „uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego, a oddała w zakresie zarzutu dotyczącego i nakazuje (...)”. O zasadności zarzutów wypowiada się bowiem Izba w uzasadnieniu wyroku zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, na podstawie którego Izba wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, w tym faktów, które uznała za udowodnione – czyli potwierdzonych w postępowaniu odwoławczym zarzutów np. zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, mimo tego, że oferta ta jest sprzeczna

z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dowody, na których się oparła i przyczyny, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej oraz wskazuje podstawę prawną wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Izba pragnie zauważyć, iż Odwołujący w swoim odwołaniu w sposób precyzyjny rozdzielił w odwołaniu zarzuty i wnioski, a zatem sam również dostrzegał różnicę pomiędzy zarzutami i wnioskami, jednakże podkreśla, iż zgodnie z treścią art. 191 ust. 1 i 2 Pzp nie ma możliwości wydania orzeczenia innej treści niż wynikająca z przepisów Pzp. Stanowisko, iż podobnie jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak i skargę do Sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się tylko od rozstrzygnięcia, a nie od jego uzasadnienia zważywszy na poczynione powyżej wyjaśnienia, nie jest słuszne. Ponadto, na posiedzeniu sam Odwołujący stwierdził, iż elementem zaskarżenia w procedurze cywilnej są także motywy uzasadnienia, które z samej nazwy wskazują, że nie stanowią elementu składowego sentencji.

W przedmiotowym stanie faktycznym, tak jak sam stwierdził Odwołujący wyrok KIO z dnia 06.05.2008 r. nie przesądzał o wyniku ponownej oceny ofert, jednocześnie z treści uzasadnienia wynika jednoznacznie, iż ówczesny stan faktyczny pozostawiał wątpliwości, które należy także rozpatrywać w kontekście dokumentu prywatnego, o którym jest mowa w wyroku KIO: „Przedmiotowy dokument zawiera oświadczenie wiedzy osoby, która go sporządziła i został zakwestionowany przez stronę odwołującą w zakresie prawdziwości oświadczeń. Mając powyższe na uwadze, nie może stanowić wyłącznego dowodu na okoliczność wyposażenia samochodu osobowego w system do rejestracji obrazu i pomiarów terenowych. Zatem, wyjaśnienie wskazujące na uzupełnienie wykazu złożonego przez wybranego Wykonawcę, nie może, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, stanowić podstawy uznania, iż samochód osobowy VW T5 wykazany w wykazie, spełnia wymogi zawarte w § 3 pkt 3 SIWZ”.

Powyższe wątpliwości wymagały wyjaśnień, które mogły być uzyskane tylko w ramach ponownego badania i oceny złożonych ofert. Niniejsze, w żaden sposób nie pozostaje w sprzeczności z stwierdzeniem z wyroku z dnia 06.05.2008 r., iż: „W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdził się drugi zarzut Odwołującego, że istotnie, z wybranej oferty nie wynika, iż Wykonawca ten przedstawił wykaz narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, odpowiadających żądaniu Zamawiającego zamieszczonym w § 3 pkt 3 SIWZ”.

Jeżeli Odwołujący uważał, iż zapis w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 06.05.2008 r., iż: „Zamawiający ma możliwość wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyposażenia wskazanego środka transportowego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp” narusza jego interes prawny mógł w trybie § 33 ust. 1 rozporządzenia wskazanego powyżej zwrócić się o jego

sprostowanie, tak aby móc wywodzić określone skutki prawne w postaci skargi do sądu okręgowego.

W tym miejscu, Izba dodatkowo stwierdza, iż zastosowanie art. 26 ust.4 Pzp w razie zaistnienia wątpliwości co do złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów ma charakter obligatoryjny, gdyż: „Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów”. Obowiązek taki kreuje komentowany przepis. Obowiązek aktualizuje się w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawiają się wątpliwości dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy (ewentualnie braków formalnych). „(.....) Odnosząc (.....) do wyjaśniania oświadczeń i dokumentów należy stwierdzić, iż dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 26 ust.4 i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomym niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę, to nie wolno mu wykluczać tego wykonawcy z postępowania”.(G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s.200-201). Inny przedstawiciel doktryny z kolei: „(..). w trybie art. 26 ust.4. W oparciu bowiem o ten przepis zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących niejasnych bądź wątpliwych oświadczeń (dokumentów) potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych. Ma to ułatwić ocenę sytuacji. Gdy wykonawca uchyli się od wyjaśnień, zamawiający ocenia przedłożone mu oświadczenia i dokumenty w takim stanie, w jakim one się znajdują. Brak podstaw prawnych do wykluczenia wykonawcy z postępowania za sam fakt zaniechania wyjaśnień.” (R. Szostak: „Komentarz do nowelizacji Prawo Zamówień Publicznych”, Wydawnictwo Publicus , W-wa 2007, str.29).

Wykonując więc wyrok KIO z dnia 06.05.2008 r., Zamawiający działał nie tylko zgodnie z jego uzasadnieniem, które wraz z rozstrzygnięciem podlegało zaskarżeniu, ale również w zgodzie z istotą art. 26 ust. 4 Pzp, który wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionego, tak w odwołaniu, jak i na posiedzeniu ma charakter obligatoryjny w razie zaistnienia wątpliwości, co bezspornie miało miejsce.

Dodatkowo, należy zauważyć, iż Odwołujący nie zaskarżył zaniechania czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym i odrzucenia jego oferty, podstawa prawna podana w odwołaniu jest błędna (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp). Właściwym przepisem w wypadku zaskarżenia zaniechania czynności, do której zadaniem Odwołującego Zamawiający był zobowiązany wyrokiem KIO z dnia 06.05.2008 r. jest art. 24 ust.2 pkt. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Powyższe, stanowi dodatkową przesłankę do odrzucenia odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 2 Pzp, jako odwołania nie poprzedzonego protestem.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*