Sygn. akt: KIO 518/20

WYROK

z dnia 4 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2020 r. przez wykonawcę Solaris

Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Lidzbark Warmiński,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Miejską Lidzbark Warmiński i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 518/20

Zamawiający - Gmina Miejska Lidzbark Warmiński [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dwóch autobusów elektrycznych do Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński w ramach Projektu pn.: „Rozwój mobilności i transportu publicznego Gminy Miejskiej Lidzbark Warmiński” (znak postępowania: GKI.271.3.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 22 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 015-030375.

W dniu 12 marca 2020 r. wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie - Osiedle [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że oferta oceniona przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w rankingu ofert jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą, bez poddania jej wcześniejszemu badaniu pod kątem przesłanek odrzucenia oraz weryfikacji podmiotowej wykonawcy MMI sp. z o.o. [dalej „MMI"], co skutkowało przyjęciem, iż cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i bezprawnym unieważnieniem postępowania;

2. art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie badania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia z postępowania oraz w dalszej kolejności, zaniechanie weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza w rankingu ofert.

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że późniejsze podniesienie tego zarzutu byłoby spóźnione Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MMI sp. z o.o. jako wadliwie zabezpieczonej wadium, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2. powtórzenia przez Zamawiającego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy MMI sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na wadliwe

wniesienie wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odnośnie zarzutu 1. Odwołujący wskazał, iż procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający najpierw dokonuje badania ofert pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty, a następnie ocenia je z zastosowaniem kryteriów oceny ofert. Natomiast weryfikacja podmiotowa (czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu) dokonywana jest wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji, ale nie została jeszcze wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Następnie Odwołujący wskazał na brzmienie rozdziału II pkt 5 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procesu badania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia wobec wszystkich wykonawców, a także zaniechał dokonania badania podmiotowego wobec wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji.

Odwołujący uzasadniał, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby pojęcie użyte w art. 24aa ustawy Pzp, tj. „oferta oceniona jako najkorzystniejsza" nie może być utożsamiane z pojęciem „najkorzystniejszej oferty", o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 391/18.

W konsekwencji do momentu zbadania ofert, Zamawiający nie był uprawniony do dokonania unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał bowiem do czynienia z ofertą najkorzystniejszą, lecz jedynie z ofertą ocenioną najkorzystniej. Wskazał, że w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy MMI sp. z o.o., bądź wykluczenia go z postępowania, kolejna w rankingu ofert jest oferta Odwołującego. Cena tejże oferty nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co powoduje, iż w przypadku wyeliminowania oferty MMI sp. z o.o. z postępowania, Zamawiający nie będzie uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniał, że postępowanie Zamawiającego można by uznać za prawidłowe, jedynie w sytuacji gdyby ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaka Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Jednakże cena oferty Odwołującego mieściła się w budżecie Zamawiającego, co obligowało Zamawiającego do kontynuowania procedury badania, czy wykonawca MMI sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym do kompleksowego badania i oceny ofert do końca. Dopiero wtedy Zamawiający miałby pewność, odnośnie tego czy wystąpi podstawa do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o unieważnienie przez Izbę czynności unieważnienia postępowania.

W zakresie zarzutu 2. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał zbadania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia z postępowania oraz dokonania weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w rankingu ofert. Przede wszystkim Zamawiający nie wezwał wykonawcy MMI sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskutek tego naruszenia, Odwołujący nie jest w stanie w sposób kompleksowy na obecnym etapie podważać tego, czy jego konkurent spełnia warunki udziału w postępowaniu czy nie, w szczególności w zakresie niezbędnego doświadczenia.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że w jego ocenie wykonawca MMI sp. z o.o. nie wykazał w sposób prawidłowy, iż dostępne mu będą zasoby podmiotu trzeciego

- KARSAN iC VE DIS TICARET ANONiM SIRKETI [dalej „KARSAN"] i winien podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp po uprzednim wezwaniu do przedłożenia dokumentów przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca MMI sp. z o.o. powołał się w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej na doświadczenie podmiotu trzeciego - KARSAN. Wykonawca MMI sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożył:

- Zobowiązanie podmiotu trzeciego KARSAN - podpisane elektronicznie przez A. M. A.;

- pełnomocnictwo od KARSAN dla A. M. A. podpisane elektronicznie przez K. K. oraz O. B.;

- JEDZ KARSAN - podpisany elektronicznie przez A. M. A. .

Dokumenty te winny zostać złożone w formie elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Żaden z podpisów elektronicznych na ww. dokumentach nie stanowi kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący wskazał na art. 3 pkt 12, pkt 15, pkt 20 oraz art. 28 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 257, str. 73) [dalej „eIDAS"].

Wskazał, że Turktrust Niteliki Elektronik Sertifika Hizmetleri, wydawca podpisów elektronicznych dla KARSAN, nie posiada statusu kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Listę kwalifikowanych dostawców w poszczególnych unijnych krajach można znaleźć pod adresem natomiast wydawca podpisu
elektronicznego dla KARSAN jest spółką turecką. KARSAN - jako podmiot udostępniający zasoby winien był zatem skorzystać z usług jednego z kwalifikowanych dostawców usług zaufania działającego na terenie UE.

Brak kwalifikowanego charakteru ww. podpisów potwierdzają również raporty z przeprowadzonej przez Zamawiającego walidacji (chociaż niekwalifikowanej). Zgodnie z raportami Zamawiającego, przy każdym z ww. dokumentów jako rodzaj uwierzytelnienia wskazano - nieokreślony. Z raportów przedstawionych przez Zamawiającego nie wynikało bowiem, aby certyfikaty towarzyszące podpisom miały charakter kwalifikowanych certyfikatów w rozumieniu Załącznika nr I do Rozporządzenia eIDAS tj. takich, z których wynika wskazanie - co najmniej w postaci pozwalającej na automatyczne przetwarzanie - że dany certyfikat został wydany jako kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego.

Odnośnie zarzutu 3. Odwołujący wskazał, iż z uwagi na brak przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury badania ofert podnoszenie zarzutów dotyczących zaniechań Zamawiającego dotyczących odrzucenia oferty MMI sp. z o.o. może zostać uznane na obecnym etapie za przedwczesne. Jednakże z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że podniesienie zarzutów w tym zakresie będzie na późniejszym

etapie postępowania spóźnione, Odwołujący wskazuje, co następuje.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty MMI sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp jako wadliwie zabezpieczonej wadium. Gdyby bowiem Zamawiający zbadał ofertę wykonawcy MMI sp. z o.o. - zauważyłby, iż wykonawca ten przedłożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej sprzecznej z literalnym wymogiem Zamawiającego. Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIX ust. 4 pkt 5 SIWZ.

Podkreślał, że SIWZ od momentu jej udostępnienia przez Zamawiającego jest wiążąca zarówno dla niego jak i dla wykonawców. Przy czym wykonawcy, przy użyciu ustawowych instrumentów, mogą wpływać na kształt dokumentacji postępowania, poprzez zaskarżenie jej treści czy wnioskowanie do zamawiającego o wyjaśnienie w trybie art. 38 ustawy Pzp. Jednakże z chwilą upływu terminu składania ofert, nie ma już możliwości zmiany treści SIWZ, którą są związane podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 3 września 2019 r., sygn. akt KIO 1604/19).

Z instrumentu takiego skorzystał Odwołujący wnioskując w trybie art. 38 ustawy Pzp o zmianę SIWZ w zakresie postanowienia zawartego w rozdziale XIX ust. 4 pkt 5 SIWZ. Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek wykonawcy, podtrzymał dotychczasowe brzmienie zapisu SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący złożył ofertę zabezpieczoną wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej wymagany przez Zamawiającego zapis dotyczący płatności na każde żądanie. Z kolei MMI sp. z o.o. złożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej od tego samego gwaranta co Odwołujący tj. Korporacji Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych Spółki Akcyjnej, z zapisem o treści: „Gwarant zobowiązuje się nieodwołanie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta".

Zamawiający nie odrzucił jednak oferty Odwołującego, mimo, że wadium zostało złożone wbrew literalnym wymogom SIWZ. Działanie takie stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może bowiem faworyzować jednych wykonawców kosztem innych. Zarówno Odwołujący jak i MMI sp. z o.o. są podmiotami profesjonalnie działającymi na rynku zamówień publicznych, wobec czego wymagana jest od nich należyta staranność, z uwzględnieniem obrotu profesjonalnego w jakim uczestniczą.

Odwołujący podkreślał, że na etapie badania i oceny ofert nie ma możliwości „zmiany reguł gry" zawartych w SIWZ, ponieważ takie działanie narusza zasady generalne Pzp. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do przyjęcia gwarancji wadialnej, o treści przedłożonej przez MMI sp. z o.o., skoro na etapie dokonywania wykładni treści SIWZ w sposób wyraźny możliwości takiej odmówił. Zamawiający nie odrzucając oferty MMI sp. z o.o. naruszył zatem zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, traktując w sposób mniej korzystny Odwołującego.

Na marginesie wskazał, że żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert, nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy przed Izbą wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 marca 2020 r. zawiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami

1 wyjaśnieniami, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy MMI oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 3 marca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu

2 czerwca 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem II pkt 5 SIWZ, postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz art. 39 - 46 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp. Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta zostanie wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wykona w stosunku do wszystkich ofert czynności wynikające z art. 87 oraz art. 89 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w stosunku do wstępnie wybranego Wykonawcy dokona analizy podmiotowej pod kątem zaistnienia podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ, kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: 1. Cena - 60 %, 2. okres gwarancji jakości - 40 %.

W dniu 02.03.2020 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert w postępowaniu, z której wynika, iż kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 4.575.600,00 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. 1. Solaris Bus & Coach S.A. - cena 4.059.123,00 PLN, okres gwarancji 60 miesięcy oraz 2. MMI sp. z o.o. - cena 4.836.360,00 PLN, okres gwarancji 84 miesiące.

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 13) wynika, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 lub art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

W dniu 03.03.2020 r. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę wynoszącą 4 575 600,00 zł brutto, z kolei cena brutto zawarta w najkorzystniejszej ofercie wynosiła 4 836 360 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że oferta oceniona przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w rankingu ofert jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą, bez poddania jej wcześniejszemu badaniu pod kątem przesłanek odrzucenia oraz weryfikacji podmiotowej wykonawcy MMI sp. z o.o., co skutkowało przyjęciem, iż cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i bezprawnym unieważnieniem postępowania. Jednocześnie za zasadny Izba uznała, związany z ww. zarzutem, zarzut naruszenia art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie badania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia z postępowania oraz w dalszej kolejności, zaniechanie weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza w rankingu ofert.

Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej", o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe zresztą potwierdza postanowienie zawarte w rozdziale II pkt 5 SIWZ. Niesporne było również to, że oferta Odwołującego „mieściła się" w budżecie Zamawiającego oraz że w świetle określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z powyższego przepisu wynika zatem, iż istota procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp sprowadza się w pierwszej kolejności do zbadania, czy w stosunku do oferty danego wykonawcy nie zachodzą podstawy odrzucenia, a następnie do dokonania oceny oferty w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Dopiero w stosunku do najwyżej ocenionej oferty, ale przed jej wyborem, zamawiający dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada wstępne oświadczenie, a następnie żąda złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Dokonując wykładni ww. przepisów ustawy Pzp stwierdzić należy, iż rację miał Odwołujący, który podnosił, że określenie użyte w art. 24aa ustawy Pzp, tj. „oferta oceniona jako najkorzystniejsza" nie może być utożsamiane z pojęciem „najkorzystniejszej oferty", o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje, że podziela i przyjmuje za własne stanowisko wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 391/18: »Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza" zdaniem Izby powinien być rozumiany jako oferta która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez Zamawiającego najwyżej. Natomiast aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej" Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (...). Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury a art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu.«

Wziąwszy pod rozwagę powyższą wykładnię przepisów prawa oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy przed Izbą, iż nie ma on pełnej wiedzy, czy oferty wykonawców złożone w niniejszym postępowaniu były badane pod kątem przesłanek odrzucenia, jak również że Zamawiający nie wezwał wykonawcy MMI, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp celem weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy (spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia) Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.

Podkreślić należy, iż rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena prawidłowości czynności albo zaniechań zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że Izba orzekając w okolicznościach danej sprawy, nie zastępuje zamawiającego w czynnościach. Skoro zatem Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompleksowy procedury badania i ofert w przedmiotowym postępowaniu, to winien czynności tej dokonać. Dopiero dokonanie czynności badania i oceny ofert w pełnym zakresie umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnienia postępowania.

Izba wskazuje, że powyższej oceny nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający, jak twierdził w toku rozprawy, zbadał kwestię prawidłowości podpisów elektronicznych na

dokumentach dotyczących podmiotu trzeciego KARSAN, z którego zasobów skorzystał wykonawca MMI, bowiem czynności dokonane przez Zamawiającego w ww. zakresie stanowiły tylko jeden z aspektów badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, którego nie przeprowadzono całościowo.

Podsumowując stwierdzić należy, że ewentualna ocena podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MMI oraz wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu możliwa będzie po dokonaniu przez Zamawiającego kompleksowej czynności badania i oceny ofert, której w niniejszej sprawie Zamawiający nie przeprowadził w sposób należyty.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: .....