Sygn. akt: KIO 1278/17 KIO 1279/17

WYROK

z dnia 10 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie **10 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **23 czerwca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:
A. S. sp. z o.o. z siedzibą w K., Z. U. G. „S.-M." sp. z o.o. z siedzibą w M. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1278/17)
B. S. sp. z o.o. z siedzibą w K. (sygn. akt KIO 1279/17)
w postępowaniu pn. *Zabudowa kabli elektrycznych od rozdzielni głównej 6 kV do szybu i w szybie B., rozbudowa kanałów kablowych od rozdzielni głównej 6 kV do szybu B. oraz modernizacja pól kablowych w rozdzielni głównej 6 kV dla Oddziału S. S.A. K. „C."* (nr postępowania K. …)
prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w B.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1278/17.

2. Odrzuca odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1279/17.

3. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 1278/17** obciąża **zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w B.** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego S. sp. z o.o. z siedzibą w K., Z. U. G. „S.-M." sp. z o.o. z siedzibą w M. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w B.** na rzecz **odwołującego S. sp. z o.o. z siedzibą w K., Z. U. G. „S.-M." sp. z o.o. z siedzibą w M. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od

odwołania oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 1279/17** obciąża **odwołującego S. sp. z o.o. z siedzibą w K.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego S. sp. z o.o. z siedzibą w K.** 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

{KIO 1278/17, KIO 1279/17}

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w B. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Zabudowa kabli elektrycznych od rozdzielni głównej 6 kV do szybu i w szybie B., rozbudowa kanałów kablowych od rozdzielni głównej 6 kV do szybu B. oraz modernizacja pól kablowych w rozdzielni głównej 6 kV dla Oddziału S. S.A. K. „C."* (nr postępowania K. …).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 czerwca 2017 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 64319-2017.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 czerwca 2017 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną S. sp. z o.o. z siedzibą w K. o wykluczeniu Spółki z postępowania

{KIO 1278/17}

5 czerwca 2017 r. Odwołujący – S.L sp. z o.o. z siedzibą w K. {dalej również: „S."} oraz „S.-M." sp. z o.o. z siedzibą w M. {dalej również: „S.-m."} wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum S.} – wniósł w kwalifikowanej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 92 ust: 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 – polegające na niepoinformowaniu Odwołującego o powodach odrzucenia pozostałych ofert, które zostały odrzucone, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości postępowania i zasady jawności postępowania.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 1 – polegające na zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki

pisarskiej, ew. art. 87 ust. 2 pkt 3, polegające na zaniechaniu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

4. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – polegające na nieuprawnionym unieważnieniu postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownej oceny ofert.
4. Poinformowania Odwołującego o ocenie pozostałych ofert zgodnie z art. 92 ust. 1 pzp, wraz z podaniem uzasadnienia odrzucenia ofert pozostałych wykonawców w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa tych wykonawców.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący działając jako konsorcjum spółek S. oraz S.-m. złożył w powyższym postępowaniu ofertę, która jest najkorzystniejsza spośród złożonych ofert.

19 czerwca 2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o następującej treści: *Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu wyklucza z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę pod nazwą: S. Sp. z o.o. z siedzibą w K. przy ul.(…) , na podstawie art. 24 ust 1 pkt 18) ustawy Pzp, który stanowi,* że *z postępowania wyklucza się Wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, biorąc pod uwagę okoliczności, które miały miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej dające podstawy do wnioskowania,* że *wykonawca*

którego ofertę wybrano podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisów, o których mowa powyżej. Oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił w pierwszej kolejności, że ponieważ ofertę złożył jako Konsorcjum S., czynność wykluczenia odnosząca się tylko do spółki S. jest nieprawidłowa i narusza art. 24 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 1 pkt 11 ustawy pzp. Jednocześnie Odwołujący wywiódł z faktu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, że wykluczenie spółki S. stanowi równocześnie wykluczenie z postępowania Konsorcjum S.

Odwołujący zarzucił ponadto, że czynność ta narusza zasadę przejrzystości

określoną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp zamawiający informuje o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym kierunkiem interpretacji powołanych przepisów uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego. Taki sposób konstruowania uzasadnienia umożliwia wykonawcy odniesienie się do przyczyn wykluczenia lub odrzucenia przy wnoszeniu odwołania. Wykonawcy nie mogą domyślać się bowiem podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości. *Przepis art. 92 ust 1 pkt 2 p.z.p., stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca, po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze* środków *ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji KIO dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie KIO mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym* (z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 144/17, KIO 147/17). Odwołujący dodał, że analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w szeregu swoich orzeczeń, np. w wyrokach z: 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 351/17), 19 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 866/14) czy 2 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1346/16).

Odwołujący podkreślił również, że rozszerzanie podstaw faktycznych czynności zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego nie może zostać uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą. *Jak wskazuje się w orzecznictwie, z uwagi na fakt,* że *odwołujący nie może po wniesieniu odwołania rozszerzać zarzutów ponad to, co przedstawiono*

w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron procesu byłoby umożliwienie zamawiającemu rozszerzenie podstaw faktycznych czynności wykluczenia ponad te, które przedstawiono w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Powyższe oznaczałoby również, że *naruszone jest prawo odwołującego do skorzystania ze* środków *ochrony prawnej w terminach ustawowych, skoro wykonawca nie mógłby się nigdy odwołać od rzeczywistych przyczyn rozstrzygnięcia wykluczenia zakomunikowanych dopiero*

na rozprawie (z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 163/17).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ograniczył się do wskazania przepisów stanowiących podstawę prawną wykluczenia i odrzucenia oferty oraz zacytowania treści tych przepisów, a dodatkowo powołał się na bliżej nieokreślone okoliczności, rzekomo dające podstawy do wnioskowania, że S. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie tych przepisów. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych okoliczności faktycznych, które jego zdaniem przemawiają za wypełnieniem dyspozycji wszystkich przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp. Zamawiający nie wskazał nawet, czy zarzuca Wykonawcy bezprawne wpływanie lub próbę bezprawnego wpływania na czynności Zamawiającego, czy też pozyskania informacji poufnych. Nie wskazał, na czym miałoby polegać zarzucane wpływanie na czynności Zamawiającego lub próby pozyskania informacji poufnych. W informacji otrzymanej od Zamawiającego brak jakiegokolwiek uzasadnienia, że działania zarzucane Wykonawcy były bezprawne. Nie wiadomo również, jakie informacje miał próbować pozyskać Wykonawca, czy były one poufne i czy mogły one dać przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Co więcej Odwołujący zarzucił, że z treści zawiadomienia wynika, że podjęta decyzja nie jest oparta o konkretne okoliczności, które Zamawiający może udowodnić, skoro wskazano na bliżej niesprecyzowane okoliczności, które „dają podstawy do wnioskowania", że Wykonawca podlega wykluczeniu. Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie podjąć rzetelnej polemiki z Zamawiającym, skoro ten nie wskazał, z jakich faktów wywiódł wniosek, że Wykonawca podlega wykluczeniu, i jak przebiegał proces wnioskowania Zamawiającego, wnioski Zamawiającego są bowiem nieweryfikowalne.

Odwołujący zarzucił ponadto, że decyzja o wykluczeniu jest niezrozumiała z uwagi na etap, na jakim znajduje się postępowanie. Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym żaden i wykonawców, którzy złożyli oferty, nie ma statusu wykonawcy, którego ofertę wybrano. Mimo to w zawiadomieniu o wykluczeniu Zamawiający powołuje się na fakty, które miały miejsce po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że na podstawie tak ogólnikowego

zawiadomienia otrzymanego od Zamawiającego nie może domyślać się, jaka jest podstawa faktyczna decyzji o wykluczeniu, i nie może podjąć skutecznej obrony, gdyż nie zawiera ono żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, a już przez sam brak takiego uzasadnienia czynność wykluczenia jest wadliwa i powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest związany podstawą faktyczną decyzji, której dotyczy złożone odwołanie, i nie może powołać okoliczności faktycznych dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeżeli zamawiający uzna przedstawione dowody za wystarczające, wykonawca nie podlega wykluczeniu. Przepisy powyższe regulują tzw. procedurę samooczyszczenia (z ang. self-cleaning), która zobowiązuje zamawiającego przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy do umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują rzetelność wykonawcy. *Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.* (…) Jeżeli Zamawiający uważa, że Odwołujący jako Konsorcjum S. lub spółka S. samodzielnie podlega wykluczeniu z postępowania, powinien dać temu wyraźnie wyraz w korespondencji kierowanej do Odwołującego. W szczególności Zamawiający powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 9 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 163/17).

Odwołujący zarzucił, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu nie poinformowano

go, że w ocenie Zamawiającego podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp ustawy PZP, a Zamawiający od razu wykluczył Odwołującego z postępowania. Tym samym uniemożliwił Odwołującemu skorzystanie z instytucji samooczyszczania.

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji nie było podstaw do zastosowania przepisów art. 24 ust. 4 lub art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp i odrzucenia oferty.

{KIO 1279/17}

Ponadto 5 czerwca 2017 r. S. sp. z o.o. z siedzibą w K. działając samodzielnie złożył odwołanie analogicznej treści jak odwołanie wniesione przez Konsorcjum S.

Zdaniem Odwołującego S. ponieważ zaskarżona czynność Zamawiającego dotyczy indywidualnie spółki S., a nie Konsorcjum S., jest uprawniony do wniesienia odwołania samodzielnie jako „inny podmiot" z art. 179 ust 1 pzp, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

{KIO 1278/17, KIO 1279/17}

Do Prezesa Izby nie wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego w żadnej z rozpatrywanych spraw.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak stwierdzenia podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymali swoje stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący Konsorcjum S. legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wykluczenia Odwołującego z postępowania, naraża to Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Natomiast takiej legitymacji nie ma S. działający samodzielnie, gdyż samodzielnie nie ma statusu wykonawcy, który złożył ofertę w tym postępowaniu. Ewentualne wadliwości zawiadomienia nie nadają mu statusu innego podmiotu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 pzp, skoro skutecznie mógł wnieść odwołanie jako wykonawca wskazany w tym przepisie, czyli w tym przypadku Konsorcjum S..

Zauważyć należy, że uzasadnienie istnienia legitymacji z art. 179 ust. 1 pzp po

stronie spółki S. działającej samodzielnie zawarte w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1279/17 stoi w sprzeczności ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1278/17, gdzie wywiedziono, że wykluczenie z postępowania S. należy poczytywać za wykluczenie Konsorcjum S..

{KIO 1279/17}

Izba stwierdziła na rozprawie, że odwołanie wniesione przez S. podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Ponieważ S. nie jest wykonawcą działającym samodzielnie, gdyż ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego złożyło Konsorcjum S., wyłącznie ono ma status wykonawcy uprawnionego do wniesienia odwołania od czynności podjętych przez Zamawiającego.

{KIO 1278/17}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie uzasadnienia wykluczenia, które Zamawiający podał Odwołującemu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że Odwołanie podlegają uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności

zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Ponadto art. 9 ust. 1 pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Art. 8 ust. 1 pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w ogóle nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu spółki S., ograniczając się *de facto* do przytoczenia treści art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp. Uzasadnienie nie konkretyzuje żadnej okoliczności, która dotyczyłaby bezprawnego wpływania lub próby wpływania przez tego Wykonawcę na czynności Zamawiającego czy próby pozyskania informacji poufnych, które dawałyby przewagę w tym postępowaniu. Tymczasem to na Zamawiającym, który dokonał czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia, ciążył wynikający z art. 6 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 14 pzp) obowiązek wykazania wystąpienia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej wykluczenia, polegający na podaniu adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. W konsekwencji powoduje to brak możliwości wywiedzenia przez Zamawiającego z art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp skutków prawnych względem Odwołującego.

Zamawiający przystąpił do ustnego formułowania takiego uzasadnienia dopiero na rozprawie ustami swojego pełnomocnika, co jest niedopuszczalne z uwagi na przepisy ustawy pzp.

Po pierwsze, zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ w tej sprawie odwołanie dotyczy wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego, oczywistym jest, że w takim przypadku zarzuty odwołania obiektywnie nie mogą wykroczyć poza czynność Zamawiającego w zakresie wyznaczonym przez podane uzasadnienie prawne i faktyczne. Z tego względu w rozpatrywanej sprawie poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby znajdują się inne – niż podane Odwołującemu w zawiadomieniu z 19 czerwca 2016 r. – okoliczności uzasadniające wykluczenie go z postępowania. W konsekwencji złożone na rozprawie

dowody dla wykazania istnienia tych okoliczności podlegają pominięciu jako bez znaczenia dla rozpatrywanej sprawy.

Abstrahując nawet od tego, że formułowanie na rozprawie uzasadnienia wykluczenia jest w oczywisty sposób niezgodne z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, Zamawiający odstępując

również od przygotowania odpowiedzi na odwołanie (co samo w sobie jest dopuszczalne), *de facto* przekreślił możliwość rozważenia przez Odwołującego skorzystania na przykład z instytucji cofnięcia wniesionego odwołania, gdyby uznał racje Zamawiającego za przekonujące.

Po drugie – taka sytuacja nie może być uznana za prawidłową, gdyż z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że to zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania (czy o odrzuceniu oferty) wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy termin ten zacznie ewentualnie dopiero biec, gdy Zamawiający – w wyniku powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego – dojdzie do takich lub innych wniosków przemawiających za odrzuceniem jego oferty i poinformuje Odwołującego pisemnie o powodach prawnych i faktycznych podjętej przez siebie decyzji, rzutującej na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd wyrażony na tle uprzednio obowiązującego art. 92 ust. 1 pkt 3 w wyroku Izby z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1658/11), że określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec Odwołującego czynności pozbawił go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), z 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy z 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ponadto stanowisko takie znalazło również aprobatę w orzecznictwie sądów

okręgowych (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w W. z 7 grudnia 2011 r. (sygn. akt V Ca 2248/11).

Pozostałe zarzuty odwołania dotyczące procedury samooczyszczenia należało uznać za przedwczesne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 18 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

{KIO 1279/17}

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 przywołanego rozporządzenia – obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: ……