

Sygn. akt: KIO 2906/23

WYROK
z dnia 13 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez wykonawcę **K. S., prowadzącego w Międzybrodziu Bialskim działalność gospodarczą pod nazwą K. S., Firma Wielobranżowa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Porąbka z siedzibą w Porąbce**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. S., prowadzącego w Międzybrodziu Bialskim działalność gospodarczą pod nazwą K. S., Firma Wielobranżowa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. S., prowadzącego w Międzybrodziu Bialskim działalność gospodarczą pod nazwą K. S., Firma Wielobranżowa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **K. S., prowadzącego w Międzybrodziu Bialskim działalność gospodarczą pod nazwą K. S., Firma Wielobranżowa** rzecz **Gminy Porąbka z siedzibą w Porąbce** kwotę **3.990 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy dziewięćset dziewięćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2906/23

Uzasadnienie

Gmina Porąbka z siedzibą w Porąbce, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa systemu kanalizacji sanitarnej w miejscowości Czaniec i Porąbka - Gmina Porąbka, w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 czerwca 2023 r., nr 2023/BZP 00274324.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **K. S., prowadzący w Międzybrodziu Bialskim działalność gospodarczą pod nazwą K. S., Firma Wielobranżowa**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16, art. 17 oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wobec przyjęcia, że w postępowaniu zaszła okoliczność pozwalająca na ponowienie czynności polegającej na uzupełnieniu informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców z dnia 15 września 2023 r. w zakresie odrzuconej oferty odwołującego, w sytuacji gdy:

1) z treści uzasadnienia postępowania nie wynika:

a) aby zamawiający wskazał, na jakiej podstawie prawnej dopuszczalne jest powtórzenie czynności w zakresie odrzucenia oferty konkretnego wykonawcy oraz przekazania informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców dnia 15 września 2023 r. w zakresie odrzuconej oferty nr 4,

b) aby zamawiający unieważnił poprzednią czynność o wyborze oferty najkorzystniejszej kierowanej do wykonawców z dnia 15 września 2023 r., przekazał informację o czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ofert odrzuconych oraz dokonał ponownej oceny i badania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności o powtórzeniu czynności w postępowaniu dotyczących odrzucenia oferty nr 4 z dnia 26 września 2023 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 15 września 2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum firm: Firma Budowlana Wulkan P. P. i Zakład Instalacyjny T. S., nie przyznając

zamówienia odwołującemu jednocześnie informując o odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił wtedy jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, jako złożoną przez wykonawcę, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał ponadto, że nie złożył w przepisany termin odwołania na czynność odrzucenia swej oferty z 15 września 2023 r.

Kolejno odwołujący wskazał, że zamawiający przekazał w dniu 26 września 2023 r. informacje o powtórzeniu czynności w postępowaniu dotyczących odrzucenia jego oferty. Wynikało z niej, że na podstawie art. 16, art. 17 oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający zrewidował swoje czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące podstaw prawnych uzasadniających odrzucenia jego oferty zawarte w treści „Informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców” w dniu 15.09.2023 r. oraz podjął decyzję o powtórzeniu czynności w zakresie odrzucenia oferty odwołującego z powodu konieczności rozszerzenia zarzutów uzasadniających decyzję zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu nie tylko na podstawie przesłanek wynikających art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp szczegółowo opisanych w treści „Informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców”, ale także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że przewidział w treści SWZ nr ZP.271.1.14.2023, wśród podmiotowych przesłanek wykluczenia wykonawców z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także przesłankę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający niezwłocznie równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący podniósł, że zamawiający wykonał swój obowiązek przekazując Informację o wyborze oferty z dnia 15 września 2023 r. Następnie jednak zamawiający dopuścił się czynności zrewidowania poprzedniej czynności i dokonał powtórzenia czynności w zakresie odrzucenia jego oferty. Zdaniem odwołującego zamawiający sam wiedział, że nie ma podstaw prawnych pozwalających na dokonanie skutecznie takiej czynności. W tym celu zamawiający próbując uprawdopodobnić swoje postępowania przywołał jedno orzeczenie – wyrok z dnia 24 lipca 2019 r. KIO 1312/19. Odwołujący wskazał, że przywołane orzeczenie dotyczy unieważnienia aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwe działanie aplikacji. Odwołujący uważał, że tym samym trudno doszukiwać się tutaj podobieństwa do niniejszego stanu faktycznego.

Zdaniem odwołującego, zamawiającemu uszło uwadze, że dokonując powtórzenia czynności w postępowaniu dotyczącej jego oferty, powinien unieważnić uprzednią czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert, a dopiero następnie ponowić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z informacją dla wykonawców, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem podstawy faktycznej i prawnej.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp i jako taką niedopuszczalną czynność odwołujący zaskarżał ją w całości i wnosił o jej unieważnienie. Według odwołującego dokonana przez zamawiającego czynność powtórzenia czynności w zakresie odrzucenia jego oferty z powodu rozszerzenia zarzutów uzasadniających decyzję zamawiającego została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

- 1) *wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,*

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa systemu kanalizacji sanitarnej w miejscowości Czaniec i Porąbka - Gmina Porąbka, w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

(por. oferta odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 15 września 2023 r., zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty KONSORCJUM FIRM: Firma Budowlana WULKAN P. P. oraz Zakład Instalacyjny KAZMAR T. S. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał m.in., że odwołujący nie potwierdził spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej: jedną robotę budowlaną (jedno zamówienie zrealizowane na podstawie jednej umowy) odpowiadającą swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. robotę obejmującą budowę sieci kanalizacji sanitarnej o długości budowanej sieci nie mniejszej niż 2000 mb (łącznie wymagana minimalna długość kanalizacji w ramach jednego zadania), oraz jedną robotę budowlaną (jedno zamówienie zrealizowane na podstawie jednej umowy) polegającą na budowie pompowni ścieków o wartości robót w tym zakresie nie niższej niż 200.000 złotych brutto...”.

(por. ww. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że 26 września 2023 r. zamawiający przekazał wykonawcom, w tym odwołującemu „informację o powtórzeniu czynności w postępowaniu dotyczących odrzucenia oferty nr 4”, to jest oferty odwołującego.

W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Działając na podstawie art. 16, art. 17 oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) – zwanej dalej ustawą, Wójt Gminy Porąbka, jako Zamawiający informuje, że zrewidował swoje czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące podstaw prawnych uzasadniających odrzucenie oferty nr 4 złożonej przez Firmę Wielobranżową K. S. z siedzibą 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6; zawarte w treści „Informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców” w dniu 15.09.2023r. (skutecznie dostarczonej w dniu 18.09.2023 r.) oraz podjął decyzję o powtórzeniu czynności w zakresie odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy z powodu konieczności rozszerzenia zarzutów uzasadniających decyzję Zamawiającego.

Mianowicie, po ponownej weryfikacji podstaw odrzucenia oferty nr 4 Zamawiający uznał, że oferta podlega odrzuceniu nie tylko na podstawie przesłanek wynikających art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp szczegółowo opisanych w treści „Informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców”, ale także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp – „...Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania...”.

Zamawiający w treści SWZ nr ZP.271.1.14.2023, wśród podmiotowych przesłanek wykluczenia wykonawców z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umieścił także przesłankę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”.

W związku z faktem, że zasadniczą przesłanką odrzucenia oferty wykonawcy wskazaną w „Informacji o wyborze oferty kierowanej do wykonawców” był fakt uznania przez Zamawiającego, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z powodu powołania się w prowadzonym postępowaniu na doświadczenie będące w ocenie Zamawiającego jedynie „fikcją” zawartą w przedłożonych mu przez wykonawcę w postępowaniu poświadczeniach zawierających nieprawdę, służących jedynie do stworzenia pomiędzy powiązаныmi między sobą podmiotami gospodarczymi dokumentów, w celu stworzenia pozorów spełnienia przez wykonawcę warunków udziału opisanych w treści SWZ i w efekcie końcowym - do przyznania wykonawcy realizacji zamówienia publicznego; Zamawiający zobowiązany jest także do odrzucenia oferty nr 4 właśnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Wykonawca bowiem celowo wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w trakcie prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu zarówno jako oferta wykonawcy niespełniającego warunki udziału w postępowaniu,

ale także jako oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z jednolitą i utrwaloną linią orzecniczą, przyjmuje się iż, do czasu zawarcia umowy Zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, czy też powtarzać czynności. Zamawiający jest uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. (vide: wyrok z dnia 24 lipca 2019 r., KIO 1312/19).

Dlatego właśnie Zamawiający dokonał powtórzenia samej czynności odrzucenia oferty nr 4 (poprzez rozszerzenie zarzutów stanowiących podstawy odrzucenia oferty), co pozostaje bez wpływu na dokonany w dniu 15.09.2023r. wybór oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę nr 2 złożoną przez Konsorcjum firm: Firmę Budowlaną WULKAN P. P. z siedzibą 34-100 Wadowice Jaroszwice 1, występującą w roli Lidera Konsorcjum; oraz Partnera Zakład Instalacyjny KAZMAR T. S. 34-120 Roczyzny, ul. Szkolna 37.

Odwwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż stwierdzone naruszenia ustawy Pzp nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku zamawiającego, odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia dowołania, o której mowa w art. 505 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Dostrzeżenia wymagało, że przywołany przepis art. 505 ustawy Pzp należy wyklądać z poszanowaniem stosownych przepisów prawa unijnego, które ww. przepis implementuje do prawa krajowego. Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (tzw. dyrektywy odwoławczej), Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Z kolei, jak wynika z art. 2a ust. 2 dyrektywy odwoławczej:

Zawarcie umowy w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia objętego zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE nie może nastąpić przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, jeśli korzystano z faksu lub środków elektronicznych, lub – jeśli korzystano z innych środków komunikacji – przed upływem albo okresu co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia.

Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni.

Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania

Wbrew stanowisku zamawiającego, odwołującego na moment wniesienia odwołania, nie można było uznać za oferenta ostatecznie wykluczonego w rozumieniu art. 2 ust. 2 dyrektywy odwoławczej. W sytuacji, gdy zamawiający zdecydował się na informowanie odwołującego o przyczynach wykluczenia go i odrzucenia jego oferty dopiero w piśmie z dnia 26 września 2023 r., a wykonawca wniósł w ustawowym terminie odwołanie wobec od przyczyn wykluczenia / odrzucenia zakomunikowanych mu dopiero w tym piśmie, to wykonawcy wnoszącego odwołanie wobec takiej czynności nie można uznać za oferenta ostatecznie wykluczonego.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych,

może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów'.

Skoro o spornych motywach wykluczenia zamawiający poinformował odwołującego dopiero w dniu 26 września 2023 r., to odwołujący wnosząc odwołanie wobec takiej czynności wykluczenia, nie mógł zostać uznany za wykonawcę ostatecznie wykluczonego w rozumieniu art. 2a ust. 2 dyrektywy.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało także, że w przepisie tym jest także mowa o interesie w uzyskaniu zamówienia istniejącym w przeszłości. Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia, a więc miał interes w jego uzyskaniu. Odwołujący mógł także ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, gdyż w razie utrzymania czynności zamawiającego z dnia 26 września 2023 r. będzie podlegał wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówień na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Celem odwołującego było zaś wyeliminowanie z obrotu prawnego czynności zamawiającego z dnia 26 września 2023 r. rodzącej wobec niego tak niekorzystne skutki. Wobec powyższego Izba uznała, że przesłanki do wniesienia odwołania z art. 505 Pzp zostały zatem spełnione i rozpoznała odwołanie merytorycznie.

Izba stwierdziła, że zamawiający w dniu 15 września 2023 r. wybrał ofertę najkorzystniejszą i odrzucił ofertę odwołującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu. Następnie zaś, w dniu 26 września 2023 r., nie unieważniając czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, postanowił o dodatkowym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W ocenie Izby zamawiający podejmując czynność z dnia 26 września 2023 r. zaskarżoną w odwołaniu naruszył art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że ustawa Pzp przewiduje w swych przepisach pewien uporządkowany ciąg czynności. Po otwarciu ofert, mają miejsce czynności z zakresu badania ofert. To na tym etapie zamawiający ustala czy wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania, a ich oferty podlegają odrzuceniu (art. 226 ustawy Pzp). Zakończeniem czynności z zakresu badania i oceny ofert jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 239 ustawy Pzp) lub czynność unieważnienia postępowania (art. 256-259 Pzp). Po zakończeniu tych ostatnich czynności zamawiający niezwłocznie, w myśl art. 253 Pzp wykonuje czynności informacyjne. Zgodnie z tym przepisem niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, które zamykają etap badania i oceny ofert zamawiający nie jest już uprawniony do dokonywania czynności z zakresu badania i oceny ofert, w tym m.in. czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Owszem, w orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że zamawiający z własnej inicjatywy ma prawo do zrewidowania swych czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi przywołał szeroko orzecznictwo Izby w tym zakresie, które skład orzekający w niniejszej sprawie podziela. Jednakże zamawiający nie dostrzegł, że z żadnego z przywołanych orzeczeń nie wynikało uprawnienie zamawiającego do dokonywania czynności z zakresu badania i oceny ofert, po wyborze oferty najkorzystniejszej, bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymagało, że jeżeli zamawiający dojdzie do przekonania, że należy zrewidować swoje dotychczasowe czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale refleksja ta nastąpi to po zakończeniu czynności badania i oceny ofert, a powtarzana czynność jest czynnością z zakresu badania i oceny ofert, to - aby powrócić do tego etapu - musi unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero zaś po takim unieważnieniu, znajdując się ponownie na etapie badania i oceny ofert, zamawiający może zrewidować swoje czynności.

Tymczasem w analizowanej sprawie zamawiający tego nie uczynił, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Pzp) i zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp) a także przepis art. 253 ustawy Pzp, gdyż informację o wszystkich motywach odrzucenia oferty odwołującego nie przesłał wykonawcom „niezwłocznie” po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jednakże, pomimo stwierdzenia przez Izbę, że zamawiający dopuścił się zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, brak było podstaw do uwzględnienia odwołania. Przypomnienia wymagało bowiem, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przez wynik postępowania w rozumieniu tego przepisu rozumie się wybór danej, konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. Jak wynikało zaś z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 września 2023 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum P. P., Firma Budowlana Wulkan i T. S., Zakład Instalacyjny KAZMAR, czego odwołujący nie kwestionował.

Stwierdzone przez Izbę naruszenia nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą i odrzucił ofertę odwołującego także z przyczyn wskazanych we wcześniejszym piśmie z dnia 15 września 2023 r. Odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie odwołania wobec przyczyn odrzucenia jego oferty zakomunikowanych w piśmie z dnia 15 września 2023 r. Wobec powyższego obecne naruszenia ustawy Pzp, jakich zamawiający dopuścił się podejmując zaskarżoną w odwołaniu czynność odrzucenia oferty odwołującego z dnia 26 września 2023 r., nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. Wobec powyższego odwołanie, pomimo stwierdzonych naruszeń ustawy Pzo, musiało zostać oddalone.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.*

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* Jak wskazano wcześniej, stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 390,00 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów i rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....