

WYROK
z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Podstawową Nr 258 im. gen. Jakuba Jasińskiego, ul. B. Brechta 8, 03-472 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Szkołę Podstawową Nr 258 im. gen. Jakuba Jasińskiego, ul. B. Brechta 8, 03-472 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Szkoły Podstawowej Nr 258 im. gen. Jakuba Jasińskiego, ul. B. Brechta 8, 03-472 Warszawa** na rzecz **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków** kwotę **11 498 zł 52 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz dojazdu na posiedzenie.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

KIO 142/15 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Szkołę Podstawową nr 258 im. gen. Jakuba Jasińskiego w Warszawie (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] na *Sukcesywną dostawę artykułów żywnościowych dla stołówki szkolnej przy Szkole Podstawowej nr 258* wykonawca **Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.** (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu odwołującego z postępowania,
 2. unieważnieniu postępowania,
- zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia rzetelnego

- badania i oceny ofert,
2. art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności,
 3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
 2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
 3. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- a nadto o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że ani w ogłoszeniu, ani

zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia (dalej „SIWZ”)

art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy do ewentualnego wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że z pierwszego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 09.01.2015 r. wynika, że zamawiający nie widział powodów do wykluczenia odwołującego i dopiero po informacji o zaniechaniu czynności, do których zamawiający był zobowiązany, zamawiający dokonał ponownie czynności oceny ofert, odrzucając ofertę pierwotnie wybranego wykonawcy oraz unieważnił postępowania w zakresie zadania 1.

Zdaniem odwołującego, w związku z niepodaniem art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy ewentualnego wykluczenia w ogłoszeniu i SIWZ zamawiający nie może następnie

KIO 142/15 3

powoływać się na wskazaną podstawę przy czynności wykluczenia wykonawcy, ponieważ jest to zmiana warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że w realizowanej umowie z 2014 roku nie było uchybień, o których mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

O ile odwołujący przyznał, że miały miejsce incydentalne sytuacje, w których zamówienie zostało w śladowej części zrealizowane w późniejszym niż wskazany terminie, to jednak stanął na stanowisku, że należy uwzględnić towarzyszące temu opóźnieniu okoliczności, jak również fakt, że nigdy opóźnienie w dostawie nie dotyczyło produktów niezbędnych dla zamawiającego, ponieważ – wskazał odwołujący – nie zdarzyło się, aby zamawiający skorzystał z zapisu w umowie o zakupie interwencyjnym u innego dostawcy.

Odwołujący wskazał, że sytuacje przywołane przez zamawiającego dotyczą nieregularnych zakupów słodczy (czarna porzeczką w czekoladzie, orzechy laskowe w czekoladzie, czy też wycofane z oferty producenta herbatniki maślane), które nie są w żądanej gramaturze towarem popularnym, więcej nawet – przedmiotowi zamówienia odpowiadał tylko jeden produkt na rynku, a z racji swej małej popularności i niskiej rotacji są trudno dostępne, zaś ich zapasy na okres letni są wygaszane.

Podkreślił, że zamawiający żądał, aby dostarczone produkty posiadały w chwili dostawy termin przydatności nie mniejszy niż połowa okresu zadeklarowanego przez producenta, a pierwsze zamówienie na dany produkt miało miejsce np. w szóstym miesiącu trwania umowy i obejmowało ok. 50% zakontraktowanej ilości (a przecież dostawy miały być sukcesywne, tj. regularne i proporcjonalne do okresu trwania umowy).

Wyjaśnił, że łączne stany magazynowe zarówno u odwołującego, jak i wszystkich lokalnych dystrybutorów danego produktu nie pokrywały zapotrzebowania zamawiającego i faktycznie – przyznał odwołujący – zrealizowanie dostawy wymagało kilku dni na domówienie produktów u producenta, a w przypadku produktów czekoladowych, wycofywanych na okres letni z oferty, nawet wykupywania istniejących stanów od dystrybutorów z innych regionów Polski.

Podniósł, że o tych trudnościach zamawiający był na bieżąco informowany i realizacja zamówień z opóźnieniem odbywała się za jego wiedzą i zgodą. Stwierdził, że nie zdarzyło się, aby z powodu braku jednego asortymentu odkładana była w czasie realizacja całej dostawy.

Przyznał także, że zdarzyło się, iż dwa opakowania dostarczonych batonów musli miały przekroczony termin przydatności do spożycia, jednak ten ewidentny błąd magazyniera

odwołującego został dokładnie przeanalizowany i przyczynił się do podjęcia przez odwołującego działań eliminujących podobne zagrożenie w przyszłości, do reorganizacji pracy magazynu i zaostreżenia wewnętrznych procedur.

KIO 142/15 4

Odwołujący stanął na stanowisku, że przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu zamawiający winien go zapytać o podjęte kroki, by w przyszłości wykluczyć podobne perturbacje, czego nie uczynił.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego co do stosowania zamienników bez porozumienia z zamawiającym, podniósł, że niezadowolenie zamawiającego nie wynikało z rozbieżności między dostarczonym towarem a opisem przedmiotu zamówienia, ale raczej z rozbieżności marek dostarczonych produktów z oczekiwaniami zamawiającego (ówczesna specyfikacja nie wymagała wskazania marek oferowanych produktów).

Zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zażądał już wpisania marki zaofiarowanego produktu, co powinno znacznie ułatwić realizację zamówień.

Odwołujący uznał, że błędnie podjęta decyzja o wykluczeniu go z postępowania spowodowała, iż wszystkie pozostałe decyzje prowadzące do unieważnienia postępowania muszą być unieważnione, a czynności zamawiającego wykonane powtórnie z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Na podstawie wskazanej poniżej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 30 stycznia 2015 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2014 r. Nr 421328-2014.
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. *Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty, o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert i unieważnieniu postępowania z dnia 19 stycznia 2015 r. (dalej „Zawiadomienie”).*
4. Formularz oferty złożony przez wykonawcę Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Podstawową Nr 258 im. gen. Jakuba Jasińskiego w Warszawie na dostawę artykułów żywnościowych dla stołówki szkolnej (postępowanie oznaczone jako SP-258/4/192/2013), w wyniku którego w dniu 7 stycznia 2014 r. zawarto umowę Nr 5/2014.
5. Załączniki do *Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie* w tym w szczególności:
 - 5.1. ww. umowa Nr 5/2014 (poz. 4).

KIO 142/15 5

-
- 5.2. Pismo z dnia 11 września 2014 r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego – brak oznaczenia (poz. 18),
 - 5.3. Pismo z dnia 12 września 2014 r. skierowane przez odwołującego do zamawiającego – brak oznaczenia, stanowiące odpowiedź na pismo z dnia 11 września 2014 r. (poz. 19)
 6. *Zarządzenie Nr 3/2014 Zarządu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Almax-Dystrybucja” z siedzibą w Panieńszczyźnie z dnia 5 grudnia 2014 r. w sprawie wprowadzenia dodatkowych obowiązków służbowych.*
 7. Umowa zlecenie nr CT/UCP/2014/00012 z dnia 8 grudnia 2014 r.
 8. Umowa zlecenie nr CT/UCP/2014/00013 z dnia 11 grudnia 2014 r.
 9. Umowa o pracę z dnia 31 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy P.W. „Almax” J. P. a D. P. .
 10. Umowa o pracę z dnia 31 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy P.W. Almax J. P. a M. P.
 11. Umowa na świadczenie usług logistycznych z dnia 27 grudnia 2014 r. zawarta

- pomiędzy Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. a P.W. „Almax” J. P. .
12. List referencyjny z dnia 15 września 2014 r. wystawiony przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie dla Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.
 13. List referencyjny z dnia 24 września 2014 r. wystawiony przez Wyższą Szkołę Oficerską Sił Powietrznych dla Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.
 14. Poświadczenie z dnia 5 grudnia 2013 r. wystawione przez Szpital Specjalistyczny Ducha Świętego w Sandomierzu dla Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.
 15. Potwierdzenie należytego wykonania dostawy/umowy z dnia 20 stycznia 2012 r. wydane przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie dla Almax-Dystrybucja Sp. z o.o.

Zarzut wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy brak było ku temu przesłanek potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Rozdział II SIWZ), zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2014 r. Nr 421328-2014. zamawiający nie wskazał przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Natomiast w SIWZ zamawiający zawarł postanowienie o treści: „zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który nie wykonał, lub nienależycie wykonał wcześniejsze zamówienia” (Rozdział VII pkt 3.3.).

KIO 142/15 6

W SIWZ (Rozdział III) zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych (5) – przedmiotowe odwołanie dotyczy części 1 (jaja, oleje roślinne, produkty przemiału ziarna, produkty ogólnospożywcze, pieczywo i wyroby cukiernicze, produkty mleczarskie).

Zamawiający w Zawiadomieniu z dnia 19 stycznia 2015 r. podał:
„Oferta Wykonawcy: Almax-Dystrybucja Sp. z o.o., Panieńszczyzna, 21-002 Jastków, została odrzucona z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.)”.

W części „Uzasadnienie odrzucenia” pkt 2 (odnoszący się do odwołującego) podał:
„Z postępowania wykluczono Wykonawcę Almax-Dystrybucja Sp. z o.o. Panieńszczyzna, pkt. VII 3.3 SIWZ. Wykonawca realizując umowę dla S.P. nr 258 w ramach zamówienia publicznego nr 517802-2013 w roku 2014 realizował zamówienie nienależycie, co Zamawiający jest w stanie wykazać. Wielokrotnie część zamawianych towarów była dostarczana nieterminowo, bez jakichkolwiek uzgodnień stosowane były zamienniki. Dostarczane produkty w jednym asortymencie posiadały różne terminy przydatności do spożycia, niejednokrotnie na pograniczu terminu, lub wręcz przeterminowane”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi:
„Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”.

W świetle brzmienia art. 24 ust. 2a ustawy Pzp (użycie „lub”) przyjąć należy, że zamawiający wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie tego przepisu w sytuacji, gdy:

1. przewidział taką możliwość zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ,
2. przewidział taką możliwość wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu,
3. przewidział taką możliwość wyłącznie w SIWZ.

Przyjąć także należy, że zamawiający wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu jedynie w sytuacji, gdy w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w treści SIWZ przewidział podstawę wykluczenia wykonawcy, jaka wskazana została przez ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, o czym przesądza użycie sformułowania „zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy”, następującego po opisie tej konkretnej przesłanki wykluczenia.

Podnieść w dalszej kolejności należy, że wskazaną przez ustawodawcę przesłanką wykluczenia jest to, że wykonawca „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, (...), co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”.

Powyższe oznacza tyle, że tylko ta przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikację przesłanki ustawowej.

„Elementami” przesłanki ustawowej są:

- trzyletni okres wstecz przed wszczęciem danego postępowania, w którym doszło do naruszenia obowiązków zawodowych,
- zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (przykładowo niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia),
- zdolność zamawiającego do wykazania, za pomocą dowolnych środków dowodowych, poważnym naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę we wskazany okresie.

Tymczasem zamawiający, przewidując w Rozdziale VII pkt 3.3. SIWZ przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu nie wskazał takiej przesłanki, jaką wskazał ustawodawca, ale wykreował własną, co więcej – bardziej rygorystyczną w stosunku do przesłanki ustawowej, której rygoryzm przejawia się w pominięciu przez zamawiającego ograniczonego czasu (3 lata), w którym zamawiający może badać wystąpienie naruszenia zawodowego, a także w pominięciu sposobu tego naruszenia (w sposób zawiniony) i jego stopnia (poważnie).

Wobec powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający, wskazując w SIWZ odmienną od ustawowej przesłankę wykluczenia wykonawcy, nie miał

możliwości zastosować art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego w postępowaniu – nie przewidział bowiem takiej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że uzasadnienie wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawarte w Zawiadomieniu z dnia 19 stycznia 2015 r. wskazuje, że zamawiający zastosował wykreowaną przez siebie, a nie ustawową przesłankę wykluczenia, ponieważ w żadnej mierze nie odniósł się ani do sposobu, ani do stopnia naruszenia – tj. nie uzasadnił, co pozwoliło mu uznać, że naruszenie było przez odwołującego zawinione oraz nie uzasadnił, co pozwoliło mu sklasyfikować naruszenie przez odwołującego jego obowiązków zawodowych jako naruszenie w stopniu poważnym.

Podnieść dodatkowo należy, że zamawiający nie dał nawet odwołującemu szansy, na udowodnienie, że odwołujący podjął środki zapobiegawcze, które w przyszłości mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu przez odwołującego obowiązków zawodowych (art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zdanie ostatnie), zakładając hipotetycznie, że dopuścił się tego odwołujący. Jedyną zaś szkodą, poniesienie której zamawiający wskazał było dokonywanie przez zamawiającego zakupów interwencyjnych na kwotę ok. 18 tys. złotych (przy wartości łącznej umowy wynoszącej ponad 115 tys. złotych),

o których to odwołujący nawet nie wiedział, nie będąc także wzywany na podstawie wiążącej strony umowy Nr 5/2014 do dostawy „w ciągu jednej godziny” nowej partii towaru w ilości odpowiadającej ilości towaru reklamowanego (w przypadku zakwestionowania jakości towaru dostarczonego), co uzasadniałoby dokonanie zakupu interwencyjnego.

Przebieg rozprawy wskazywał także na żądanie przez zamawiającego dostawy towarów, które nie były ujęte w złożonej przez odwołującego ofercie (stanowiącej integralną część umowy Nr 5/2014) np. zamawiający domagał się dostarczenia soków z czarnej porzeczki, podczas gdy zgodnie z ofertą odwołujący zaoferował wprawdzie soki owocowe w różnych smakach, jednak same rodzaje smaków nie zostały wskazane (poz. 64 Formularza oferty). Zamawiający ignorował także fakt, że soki z czarnej porzeczki nie są wytwarzane przez producentów soków owocowych.

Zamawiający domagał się także przykładowo dostarczenia oleju rzepakowego, z pierwszego tłoczenia (poz. 2 Formularza oferty), ignorując fakt, że dostarczony przez odwołującego olej uniwersalny jest olejem rzepakowym z pierwszego tłoczenia

Takie zachowania zamawiającego musiałyby być uwzględnione przy ocenie zawinienia przez odwołującego nałożonych umową Nr 5/2014 obowiązków.

KIO 142/15 9

Reasumując, zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego (skład orzekający Izby na marginesie wskazuje, że zamawiający błędnie wskazał podstawę odrzucenia oferty odwołującego, tj. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która może mieć zastosowania w tzw. postępowaniach dwuetapowych; podstawą odrzucenia oferty w następstwie wykluczenia jest art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest tzw. postępowaniem podprogowym, w którym wykonawcy mogą składać odwołania wobec zamkniętego katalogu czynności (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), wśród których brak jest czynności przeprowadzenia przez zamawiającego rzetelnego badania i oceny ofert, wobec czego skład orzekający taki zarzut odwołania pozostawił bez rozpoznania.

Ze względu na podprogowy charakter przedmiotowego zamówienia odwołującemu nie przysługiwało także prawo wniesienia odwołania wobec jakiegokolwiek zaniechania zamawiającego – jak wskazano powyżej wykonawcy mogą składać odwołania wobec zamkniętego katalogu czynności (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp) i wyłącznie wobec czynności, a nie zaniechań zamawiającego, stąd skład orzekający Izby pozostawił także bez rozpoznania zarzut zaniechania uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Jednak ze względu na potwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, w konsekwencji koniecznym stało się – w celu ochrony interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, czemu złożone odwołanie ma służyć – nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 1, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, co skład orzekający Izby nakazał w sentencji orzeczenia, uwzględniając odwołanie.

KIO 142/15 10

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a i b 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).

Przewodniczący:

KIO 142/15 11