Sygn. akt: KIO 946/15

Sygn. akt: KIO 947/15

WYROK
z dnia 25 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 21 maja 2015 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 8 maja 2015 r. przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku (sygn. akt KIO 946/15);

B. w dniu 8 maja 2015 r. przez wykonawcę ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą Zgorzelcu (sygn. akt KIO 947/15),

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Olszyna z siedzibą w Olszynie

orzeka:

A. sygn. akt KIO 946/15

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego (część II, III, IV zamówienia);

2. W pozostałej części odwołanie oddala.

---

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Olszyna z siedzibą w Olszynie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie dziesięć tysięcy zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku,

2) zasądza od Zamawiającego: Gminy Olszyna z siedzibą w Olszynie na rzecz wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku kwotę 10.000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

B. sygn. akt KIO 947/15

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego (część I, II, III zamówienia);

2. W pozostałej części odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Olszyna z siedzibą w Olszynie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą Zgorzelcu;

2) zasądza od Zamawiającego: Gminy Olszyna z siedzibą w Olszynie na rzecz wykonawcy ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą Zgorzelcu kwotę 10 000 zł

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Jeleniej Górze.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 946/15

Sygn. akt: KIO 947/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Olszyna z siedzibą w Olszynie Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Odbudowę *dróg gminnych: 1. Olszyna, ul. 1-go Maja/Skłodowskiej dz. Nr 1379/14, 1379/1, 5/4, 120/5, 124, 126 w km 0+000 do 1+676; 2. Olszyna, ul. Wolności dz. Nr 417 w km 0+000 do 0+080; 3. Krzewie Małe dz. Nr 124, 131, w km 0+000 do 0+225; 4. Biedrzychowice dz. Nr 548, 546 w km 0+000 do 0+130 …[powódź lipiec 2013 r.]".*

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

Odwołanie o sygn. akt: KIO 946/15

Wykonawca: M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku (zwany dalej: „Odwołującym *Budagro")* w dniu 8 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wykluczenia go z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty z dnia 4 maja 2015 r., która to została mu przekazana drogą mailową w dniu 4 maja 2015 r. (wykluczenie Odwołującego w części II, III i IV). Ponadto zarzucił Zamawiającego wykluczenie go z postępowania bez podania podstawy faktycznej i prawnej wbrew przepisom ustawy Pzp. Odwołujący Budagro jedynie domyślając się co było podstawą wykluczenia go z postępowania, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, 26 ust. 3, 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5, 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący Budagro wniósł m. in. o: unieważnienie czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego Budagro.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 947/15

Wykonawca ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą Zgorzelcu, (zwany dalej: „Odwołującym *ABM")* w dniu 8 maja 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność odrzucenia jego oferty z postępowania. z dnia 4 maja 2015 r., która to została mu przekazana drogą mailową w dniu 4 maja 2015 r. (odrzucenie oferty Odwołującego w części I, II, III). Ponadto zarzucił Zamawiającemu odrzucenie jego oferty z postępowania bez podania podstawy faktycznej i prawnej, wbrew przepisom ustawy Pzp. Odwołujący ABM jedynie domyślając się co było podstawą

odrzucenia jego oferty z postępowania, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5, 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący ABM wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców: ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu (część I), Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu (część II i III), J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane i Transport J. M. z siedzibą w Lubaniu – jako ofert najkorzystniejszych pomimo tego, że nie były one najkorzystniejsze w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy, obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz wykonawcy poprzez zasądzenie kwoty 10 000 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu poniesionego wpisu. Ponadto Odwołujący ABM wniósł m. in. o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ABM.

Pismem z dnia 15 maja 2015 r. Zamawiający odpowiedział na oba odwołania, nie zgadzając się z zarzutami, wnosząc o oddalenie obu odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania (dotyczącego obu odwołań) po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1. J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transport z siedzibą w Lubaniu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 947/15 po stronie Zamawiającego,
2. ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 947/15 po stronie Zamawiającego,
3. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 947/15 po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdziła skuteczności przystąpień ww. wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 947/15 po stronie Zamawiającego, z uwagi na uchybienie terminowi wskazanemu w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Odbudowa dróg gminnych: 1. Olszyna, ul. 1-go Maja/Skłodowskiej dz. Nr 1379/14, 1379/1, 5/4, 120/5, 124, 126 w km 0+000 do 1+676; 2. Olszyna, ul. Wolności dz. Nr 417 w km 0+000 do 0+080; 3. Krzewie Małe dz. Nr 124, 131, w km 0+000 do 0+225; 4. Biedrzychowice dz. Nr 548, 546 w km 0+000 do 0+130 …[powódź lipiec 2013 r.].*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział 2 „Opis przedmiotu zamówienia pkt 1 i 2, str. 2/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ")

zawierała, między innymi następujące postanowienia:
Rozdział 11 „Wymagania *dotyczące wadium":*
Pkt 1. Przystępując do niniejszego postępowania każdy wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości:
- Część I – 35 000,00 zł (słownie złotych: trzydzieści pięć tysięcy złotych),
- Część II – 29 000,00 zł (słownie złotych: dwadzieścia dziewięć tysięcy złotych),
- Część III – 23 000,00 zł (słownie złotych: dwadzieścia trzy tysiące złotych),
- Część IV – 22 000,00 zł (słownie złotych: dwadzieścia dwa tysiące złotych).

Pkt 3 Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert, t.j. do dnia 10 kwietnia 2015 r., godz. 9:00.

Pkt 4 Wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem na konto Zamawiającego z dopiskiem: Odbudowa dróg gminnych: 1. Olszyna, ul. (…); Część …….. (należy wpisać nazwę część na którą składa się ofertę).

Pkt 6 W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz – oryginału dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium należy złożyć przed upływem terminu składania ofert w siedzibie Zamawiającego: Urząd Miejski w Olszynie – pokój nr 5 (sekretariat) lub dołączył do oferty.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 10-11/.

Rozdział 16 „Opis *kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert":*
Pkt 1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie stosowane następujące kryterium:
- Cena oferty brutto (za całość zamówienia) – waga – max 90 pkt;
- Gwarancja – waga – max 10 pkt.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 15/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone przez następujących wykonawców:
Część I zamówienia:
- Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie,
- ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu,
- ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu,
- M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu.

Część II zamówienia:
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa ELETROBUD J. D. z siedzibą w Zgorzelcu oraz R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa RICARDO R. D. z siedzibą w Zgorzelcu,
- ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu,
- ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu,

- M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu.

Część III zamówienia:
- Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie,
- Przedsiębiorstwo Budowlane Strykowski Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sulikowie,
- R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa ROBERTO R. D. z siedzibą w Zgorzelcu,
- ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu,

- ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu,
- M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu.

Część IV zamówienia:
- R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Instalacyjny RICARDO R. D.,
- ELTOR Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Lubaniu,
- ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu,
- M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu.
- J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transport z siedzibą w Lubaniu.
/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 maja 2015 r./.

Wykonawca M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 kwietnia 2015 r. skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 20 kwietnia 2015 r. złożył m. in. aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego Budagro z dnia 20 kwietnia 2015 r./.

Ponadto Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2015 r. w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust.

1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu do złożenia wyjaśnienia wszystkich czynników mających wpływ na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten złożył stosowne wyjaśnienia wraz z kosztorysami.
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego ABM/.

Zamawiający pismem z dnia 4 maja 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (w poszczególnych częściach) oraz o wykluczeniu wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia oraz odrzucenia. Powyższą informację przekazał wykonawcom drogą mailową.
/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty oraz informacja o wykluczeniu wykonawców oraz odrzuceniu ofert z dnia 4 maja 2015 r./.

Na posiedzeniu i rozprawie, która odbyła się w dniu 21 maja 2015 r. zamawiający oświadczył, iż w dniu 4 maja 2015 r. przekazał wykonawcom informację o wykluczeniu i odrzuceniu ofert drogą pocztową i informacja ta została im doręczona w dniu 7 maja 2015 r. Nie był w stanie podać powodów braku wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego w rozstrzygnięciu z dnia 4 maja 2015 r.
/dokumentacja postępowania: Protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 21 maja 2015 r. /.

Od czynności Zamawiającego z dnia 4 maja 2015 r. (przekazanej wykonawcom drogą mailową w dniu 4 maja 2015 r.) następujący wykonawcy wnieśli odwołania:
- M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku (odwołanie o sygn. akt KIO 946/15),
- ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu (odwołanie o sygn. akt KIO 947/15).
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO” z siedzibą w Pieńsku oraz ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu z dnia 8 maja 2015 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt: KIO 946/15 oraz KIO 947/15

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące obu odwołań wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

W ocenie Izby odwołania zostały wniesione wobec czynności Zamawiającego z dnia 4 maja 2015 r. polegającej na wykluczeniu wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDAGRO" z siedzibą w Pieńsku oraz odrzuceniu oferty wykonawcy ABM Zgorzelec Sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu (informacji z dnia 4 maja 2015 r. nie posiadającej szczegółowego uzasadnienia wykluczenia oraz odrzucenia.

Izba wskazuje, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy – czy też odrzucenia jego oferty - warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na Zamawiającym.

Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(…) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to* że *nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W* świetle *związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów*

w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków *procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)".*

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskie 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 dowiaduje 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*”.

Ponadto nie można przyjąć argumentacji Zamawiającego, że informacja o wykluczeniu oraz odrzuceniu doręczona w dniu 7 maja 2015 r. ma znaczenie, gdyż wykonawcy mają prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej – odwołania – w całym przysługującym im ustawą Pzp terminie, co oznacza, że odwołanie od czynności

Zamawiającego z dnia 4 maja 2015 r. mogło być wniesione nawet w dniu 5 maja 2015 r. przed doręczeniem uzasadnienia w dniu 7 maja 2015 r.

Ponadto argumentacja dotycząca doręczenia uzasadnienia w dniu 7 maja 2015 r. również nie może być wzięta pod uwagę przez Krajową Izbę odwoławczą, gdyż wykonawcy wnoszący odwołanie od czynności z dnia 4 maja 2015 r. (przekazanej drogą mailową) nie wiedzieli jaka jest treść tego uzasadnienia, nie mieli w tym zakresie odpowiedniej pełnej wiedzy i świadomości jakie jest stanowisko Zamawiającego. Na powyższe wskazuje przede wszystkim treść wniesionych odwołań, jak również sposób wnoszenia tych odwołań. Wykonawcy konstruując zarzuty nie mieli świadomości, co do treści pisma, które zostało im doręczone w dniu 7 maja 2015 r. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego prowadziłoby do pozbawienia wykonawcy możliwości wniesienia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie od czynności, która miała miejsce w dniu 4 maja 2015 r.

Ponadto przyjmując uzasadnienie, które zostało doręczone wykonawcom w dniu 7 maja 2015 r. – wykonawca nie miałby możliwości bronienia swoich praw i interesów na rozprawie, nie mógłby de facto skorzystać z inicjatywy dowodowej, jak również bronić się przed argumentacją Zamawiającego oraz wobec składanych przez niego dowodów.

Ponadto Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców, gdyż złożone przez Odwołujących odwołania są podprogowymi środkami ochrony prawnej, zatem odwołania przysługują wyłącznie wobec czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp). Zatem w pozostałym zakresie odwołania oddalono.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji orzeczenia na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także uwzględniając koszty Odwołujących poniesione z tytułu wpisu od odwołań (sygn. akt KIO 946/15, KIO 947/15).

Wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa (złożony przez Odwołującego Budagro) nie został przez Izbę uwzględniony, gdyż Odwołujący Budagro składając wniosek o zasądzenie kosztów, nie złożył faktury VAT oraz innych rachunków w tym zakresie.

Należy zauważyć, że o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 pkt 2 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).

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej kosztami zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Zatem nie uwzględniono wniosku Odwołującego Budagro o zasądzenie kosztów postępowania, to jest wynagrodzenia pełnomocnika, na postawie samego tylko oświadczenia złożonego ustnie do protokołu, gdyż ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (t.j. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania) nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02), zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy.

Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (tekst jedn. DZ. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Skoro zatem takiego rachunku nie

złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego Budagro nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący:

……