Sygn. akt: KIO 842/11
Sygn. akt: KIO 844/11

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 maja 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę Infovide-Matrix S.A. w Warszawie;

B. w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę CA Consulting S.A. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- Asseco Poland S.A. w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11 po stronie zamawiającego;
- ComArch S.A. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 842/11 po stronie zamawiającego;
- Bull Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 844/11 po stronie zamawiającego;
- "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 844/11 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołania;

---

2. kosztami postępowania obciąża Infovide-Matrix S.A. w Warszawie i CA Consulting S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy zero groszy uiszczoną przez Infovide-Matrix S.A. w Warszawie i CA Consulting S.A. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 843/11
Sygn. akt: KIO 844/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa utrzymania oraz rozwoju Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa - Trezor.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5

stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 2 - 003031

11 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzonej czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 18 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 447/11, 449/11, 452/11) .
Wobec dokonanej oceny, odwołania z zachowaniem terminu oraz obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, wnieśli Infovide – Matrix S.A. w Warszawie oraz CA Consulting S.A. w Warszawie

Odwołanie wniesione przez Infovide-Matrix S.A. (sygn. akt KIO 842/11):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, dokonane z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
2. niezgodne z przepisami zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia wniosku, z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp;
3. niezgodne z przepisami nieprzyznanie odwołującemu punktów zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu;
4. naruszenie § 6 rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 2 Pzp, przez stwierdzenie, iż dokumenty potwierdzające możliwość polegania na zasobach innych podmiotów złożone przez odwołującego, nie mogą być składane w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w

---

postępowaniu;
2. dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie załączonych do wniosku;
4. przyznanie odwołującemu punktów zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu;
5. zaproszenie odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz ComArch S.A. w Krakowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o odrzuceniu lub o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez CA Consulting S.A. (sygn. akt KIO 844/11):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 Pzp - przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie dokonania przez zamawiającego unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego i przyznania oceny spełniania tych warunków przez odwołującemu zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11;
3. art. 7 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie dokonania przez zamawiającego powtórzenia czynności badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11;
4. art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp - przez zaniechanie wykonania czynności nakazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11;
5. art. 51 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 2 Pzp - przez zaniechanie wskazania odwołującego jako wykonawcy, który zostanie zaproszony do składania ofert;

6. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1a Pzp - oprzez zaniechanie poinformowania odwołującego o wynikach powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

---

1. dokonania bezprawnie zaniechanej czynności zgodnej z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu - wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11 i:
a) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego i przyznania oceny spełniania tych warunków przez odwołującego,
b) powtórzenia czynności badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego,
2. wskazania odwołującego jako wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. wskazania odwołującego jako wykonawcy, który zostanie zaproszony do złożenia oferty.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający - wobec stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Izby z 18 marca 2011r. - dokonując powtórnej oceny wniosków, powinien w zakresie oceny wniosku odwołującego zastosować przedmiotowy wyrok, unieważnić wykluczenie i dokonać ponownej oceny wniosku. Zaś w trakcie oceny wniosku - powinien albo uznać dołączone dokumenty za wystarczające, albo wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie dokonał powtórnej oceny wniosku odwołującego.

Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Bull Polska Sp. z o.o. w Warszawie, "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o odrzuceniu lub oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy: Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Oracle Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Techelon Sp. z o.o. w Warszawie, wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BusinessVision Sp. z o.o. w Warszawie oraz EXORIGO Sp. z o.o. w Warszawie, Nextech Sp. z o.o. w Warszawie, EsaProjekt Sp. z o.o. w Katowicach, CA Consulting S.A. w Warszawie, "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie, Bull Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ComArch S.A. w Krakowie, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Sygnity S.A. w Warszawie, DahliaMatic Sp. z o.o. w Warszawie,
Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i poinformował o jej wynikach 22 lutego 2011r.

Zamawiający uznał, że warunki udziału w postępowaniu spełniają: Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Oracle Polska Sp. zo.o. w Warszawie, Asseco Poland S.A., DahliaMatic Sp. z o.o., "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie.
Pozostali wykonawcy zostali wykluczeni przez zamawiającego z postępowania.
Wyrokiem z dnia 18 marca 2011r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania wniesione przez ComArch S.A., Bull Polska Sp. z o.o., Asseco Poland S.A. (sygn. akt odpowiednio KIO 447/11, 449/11, 452/11) – wykonawców wykluczonych z postępowania.
Odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A. zawierało m.in. zarzut uznania, że Infovide-Matrix S.A. złożył dokumenty w formie zgodnej z Pzp i rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w zakresie poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów wystawianych przez podmioty, z których zasobów korzysta, co narusza § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.
Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału

w postępowaniu i przyznania oceny spełniania tych warunków, powtórzenie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.
W uzasadnieniu Izba wskazała, m.in. że:
1. „ zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub siwz, ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów" (str.18 i 20 uzasadnienia dot. odwołań wniesionych przez Comarch S.A. i Bull Poland Sp. z o.o.);
2. „ustawodawca przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemną. Posiłkując się przepisem art. 14 Pzp zastosowanie znajdują w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c., do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść woli (...).W związku z złożenie oryginału oświadczenia powyższym, dokumentu zawierającego podpis osoby pod treścią oświadczenia, spełnia wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp."(str.25, odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A.). Tym samym Izba uznała, że zobowiązania podmiotów trzecich przedstawione przez Infovide – Matrix S.A. nie spełniają wymagań ustawy;
3. „gdy zamawiający skorzystał już z trybu uzupełniania dokumentów lub oświadczeń w stosunku do ww. wykonawcy w zakresie dotyczącym potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2.3 ogłoszenia, nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający zobowiązany jest

---

zatem dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Infovide Matrix S.A. na podstawie dokumentów, które do chwili obecnej zostały przez wykonawcę złożone" (str. 26 odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A.).
W postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników (przystępujących) brali udział wykonawcy: Asseco Poland S.A. , HP Polska Sp. z o.o., DahliaMatic Sp. z o.o. oraz Infovide – Matrix S.A., który zgłosił przystąpienie w sprawie o sygn. KIO 452/11 - odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A.
CA Consulting S.A. nie wniósł odwołania wobec czynności wykluczenia z postępowania, nie był też uczestnikiem postępowania odwoławczego (przystępującym).
Zamawiający powtórzył czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a o jej wynikach poinformował pismami z 11 kwietnia 2011 r. Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu: Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Oracle Polska Sp. z o.o. w Warszawie, DahliaMatic Sp. z o.o., "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie.
Dokonując wykluczenia Infovide – Matrix S.A. zamawiający wskazał, że zobowiązania podmiotów, na których potencjał wykonawca ten się powołał zostały złożone jedynie w formie kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co nie czyni zadość wymaganej art. 26 ust. 2 b Pzp formie pisemnej, a zastosowanie trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp jest już niedopuszczalne.
Zamawiający nie dokonał ponownej oceny wniosku złożonego przez CA Consulting S.A. i przesłał mu informacji o wynikach dokonanej oceny.
Przedstawionych ustaleń Izba dokonała wspólnie dla obu odwołań na podstawie pism znajdujących się w aktach postępowania oraz w aktach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 447/11, 449/11 i 452/11.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Infovide-Matrix S.A. (sygn. akt KIO 842/11):

Odwołanie podlega odrzuceniu, dotyczy bowiem czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.
W wyroku z 18 marca 2011 r. Izba - rozpoznając zarzuty wobec odwołującego podniesione przez Asseco Poland S.A. - stwierdziła, że zobowiązania podmiotów, na których zasoby powołał się odwołujący, nie zostały złożone w formie nakazanej przez art. 26 ust. 2b Pzp.
Izba zważyła również, że uzupełnienie przywołanych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne.

Konsekwencją przyjętych przez Izbę ustaleń i ocen było stwierdzenie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i dokonanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Czynność ta, aczkolwiek nie nakazana *expressis verbis* w sentencji orzeczenia z 18 marca 2011r., stanowi wykonanie wyroku Izby.
Wbrew twierdzeniom odwołującego, wyrok Izby unieważniający czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nakazujący jej powtórzenie, nie cofa sytuacji w postępowaniu do stanu istniejącego w dniu złożenia wniosków.
Przeciwnie, wyrok Izby dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego określonych granicami zarzutów odwołania i w tych granicach, z uwzględnieniem ocen zawartych w uzasadnieniu, podlega wykonaniu przez zamawiającego.
Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem wyrok Izby uwzględniający odwołanie, nie ma charakteru kasatoryjnego w odniesieniu do czynności lub zaniechań zamawiającego, innych, niż wskazane w odwołaniu. Pozostałe czynności, nie kwestionowane w postępowaniu odwoławczym, lub te których zgodność z przepisami ustawy została przez Izbę potwierdzona, kontynuują swój byt w postępowaniu. Zamawiający obowiązany jest do uwzględnienia wynikających z nich konsekwencji przy wykonywaniu czynności w postępowaniu nakazanych orzeczeniem Izby.
Zważyć trzeba ponadto, że zarówno zarzuty odwołującego, jak i powołana dla ich uzasadnienia argumentacja prawna, dotykają materii, co do której zostało wydane już rozstrzygnięcie w dniu 18 marca 2011 r. Odwołujący polemizuje bowiem z tezami zawartymi w uzasadnieniu, tak z oceną, że zobowiązania o których mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp winny mieć formę pisemną w rozumieniu art. 78 § 1 k.c., jak i z brakiem możliwości ponowienia wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem środkiem przewidzianym dla wzruszenia poczynionych przez Izbę ustaleń i ocen, wiążących dla zamawiającego, zgodnie z art. 198a ust. 1 Pzp, jest skarga do właściwego sądu okręgowego, który mógłby - po rozważeniu argumentacji odwołującego - zmienić wyrok Izby. Ponawiane w kolejnym odwołaniu zarzutów, które były już przedmiotem rozpoznania Izby jest niedopuszczalne.
Należy zwrócić uwagę, że już nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie - z uwzględnieniem instytucji przystąpień - przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania.
Zasada koncentracji środków ochrony prawnej jest również realizowana w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych w obecnym brzmieniu. Jej celem jest zapewnienie

sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, ma również na celu eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Rozpoznanie zarzutów podnoszonych przez odwołującego, które wobec upływu terminu na wniesienie skargi do sądu okręgowego, uzyskały status zbliżony do powagi rzeczy osądzonej i wiążą zamawiającego, prowadziłoby do ich powtórnego rozpoznania, co sprzeciwia się koncentracji środków ochrony prawnej.
Działanie odwołującego zmierzające do wzruszenia czynności zamawiającego nie zasługuje zatem na ochronę. Aktualny jest pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07 *niepubl),* zgodnie z którym, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością - zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.
Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności odwołującego (art. 355 § 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp) wobec zgłoszenia przez niego przystąpienia do

postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 452/11, byłoby dążenie do zachowania swoich praw w postępowaniu przez wniesienie skargi do sądu okręgowego, czego odwołujący zaniechał.
Ponowne rozpoznawanie zarzutów, co do których Izba orzekła już wcześniej, jest bowiem niedopuszczalne, co wynika wprost z przepisów ustawy, które odwołujący, jako podmiot profesjonalny, winien bezwzględnie znać.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp odrzuciła odwołanie.

Odwołanie wniesione przez CA Consulting S.A. (sygn. akt KIO 844/11).

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, zostało bowiem wniesione przez podmiot nieuprawniony.
Stwierdzić trzeba przede wszystkim, że zamawiający unieważnia, wykonuje lub powtarza czynności w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawców, którzy w dacie dokonywania przez zamawiającego czynności są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicja pojęcia wykonawca zawarta jest w art. 2 pkt 11 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie

zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.
W okolicznościach sporu, wobec prowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego oraz odwołania wniesionego w związku z czynnością oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ustalić należy przede wszystkim, czy odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia.
Odwołujący został wykluczony przez zamawiającego z postępowania przy dokonaniu po raz pierwszy czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wniósł odwołania od tej czynności. Zatem z dniem upływu terminu na wniesienia odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania odwołujący utracił status wykonawcy. W konsekwencji odwołujący nie może obecnie domagać się od zamawiającego, aby powtarzając czynność oceny wniosków nakazaną orzeczeniem Izby z 18 marca 2011 r. dokonał jej również wobec jego wniosku.
Utrata statusu wykonawcy przez podmiot, który nie wniósł odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania, ma charakter nieodwracalny.
Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy do kategorii zdarzeń prawnych. Przez złożenie wniosku nie nawiązuje się między wykonawcą a zamawiającym stosunek o charakterze obligacyjnym, tworzy się jednak specyficzna więź, którą można nazwać stosunkiem przedofertowym. Czynność wykluczenia prowadzi do zerwania relacji między wykonawcą a zamawiającym wynikającej ze złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, eliminacji wykonawcy z kręgu uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.
Ustawodawca nadał czynności wykluczenia charakter definitywny. Art. 24 ust. 4 Pzp nakazuje uznać ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą z mocy prawa. Podkreślić też trzeba, że terminy przewidziane przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity, co oznacza możliwość wzruszenia decyzji zamawiającego wyłącznie w terminie ustawowym pod rygorem utraty prawa. Bezskuteczny upływ terminu zawitego przewidzianego na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia powoduje utratę statusu wykonawcy. Nie ma już bowiem możliwości do kwestionowania czynności zamawiającego, nawet jeśli narusza ona przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z postępowaniu o udzielenie zamówienia uznać należy za niezłożony.
Odwołujący, który zaniechał wniesienia odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, utracił status wykonawcy, nie może więc domagać się od zamawiającego, aby powtórzył czynność oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.
Okoliczność, że inny wykonawca Bull Polska Sp. z o.o. który został wykluczony przez

zamawiającego, z analogicznych - jak twierdzi odwołujący przyczyn - wniósł odwołanie, którego zarzuty Izba uznała za potwierdzone, nie rodzi prawa odwołującego do żądania przywrócenia go do udziału w postępowaniu, ani tym bardziej nie zobowiązuje zamawiającego do ponownej oceny wniosku odwołującego.
Wskazać trzeba ponownie, że wyrok Izby unieważniający czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nakazujący jej ponowienie nie cofa sytuacji w postępowaniu do stanu istniejącego w dniu złożenia wniosków, tak w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym. Wyrok Izby dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego określonych granicami zarzutów odwołania i w tych granicach podlega wykonaniu przez zamawiającego, jednak wyłącznie w odniesieniu do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w dacie wydania orzeczenia. Pozostaje natomiast bez znaczenia dla podmiotów, które złożyły wniosek, ale skutkiem niezakwestionowanej przez nich czynności wykluczenia z postępowania, status wykonawców utraciły.
Wyrok Izby z 18 marca 2011 r. wywiera skutek wobec stron i uczestników postępowania odwoławczego, a wobec pozostałych podmiotów o tyle, o ile w dacie jego wydania są one jeszcze wykonawcami, którzy w dacie wydania wyroku ubiegają się o udzielenia zamówienia publicznego.
Odwołujący, który nie wniósł własnego odwołania, został definitywnie wykluczony z udziału w postępowaniu i nie może powoływać się na okoliczność, że inny wykonawca znajdujący się w analogicznej sytuacji wniósł odwołanie, które okazało się zasadne. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia składa środki ochrony prawnej w imieniu własnym, mając na względzie konieczność zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu, zatem za nieuprawnione należy uznać odnoszenie korzyści w postaci przywrócenia do udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy nie wnieśli odwołań wobec dokonanej wobec nich czynności wykluczenia.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców - dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący, który w zakreślonym terminie zaniedbał ochrony swoich praw w postępowaniu nie może obecnie domagać się od zamawiającego zaliczenia go w poczet wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działanie takie jest spóźnione.
Zważyć też należy, że przyjęcie poglądu prezentowanego przez odwołującego przeczyłoby zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Prowadziłoby bowiem do badania wniosku odwołującego, w sytuacji gdy zawity termin na podnoszenie zarzutów już upłynął oraz

ponawianie rozstrzygnięcia w kwestii prawnej, która była już uprzednio przedmiotem rozpoznania Izby.
Prezentowana wykładnia art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, jako przepisu odnoszącego się nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do powyższego nieuprawnionym została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).
Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.
Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09), w którym Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej (odwołanie).

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie z art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp odrzuciła odwołanie.

Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie orzekła w formie postanowienia, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp – stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..……