Sygn. akt: KIO 2391/11

POSTANOWIENIE

z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **14 listopada 2011 r.** bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 listopada 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm:
a) **UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2,**
2. UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C,
3. Grupa UTI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,
- reprezentowani przez: radcę prawnego Roberta Krynickiego ul. Wspólna 35 lok. 4, 00-519 Warszawa,
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Lublin, Plac Łokietka 1, 20-950 Lublin, adres do korespondencji: Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie ul. Wieniawska 14, 20- 071 Lublin,**

- przy udziale wykonawcy: **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) c/ Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, NIF A-28526275, adres do korespondencji ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm:
a) UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2,
b) UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C,
c) Grupa UTI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm:
a) UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, Str. Cernauti nr 27B, parter, pokój 1 i 2,
b) UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie, Sektor 2, ul. Cernauti nr 27C,
c) Grupa UTI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Lublinie.**

Przewodniczący: ……..……..……

Sygn. akt: KIO 2391/11

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zintegrowany System Miejskiego Transportu Publicznego - Zaprojektowanie i Budowa Systemu Zarządzania Ruchem w Lublinie," w ramach zadania pod nazwą „Zintegrowany System Miejskiego Transportu Publicznego w Lublinie" (Dz. Urz. UE 2010/S 62-100301 z 30 marca 2011 r.), w dniu 4 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie oraz Grupa UTI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanym „odwołującym" lub „konsorcjum UTI," w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 26 października 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) z siedzibą w Madrycie, dalej zwanym „Aeronaval."

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miastu Lublin naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie wykonania czynności nakazanych wyrokiem KIO z dnia 6 października 2011 r.;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Aeronaval, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3) art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Aeronoval z postępowania pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że nie otwarto wobec niego likwidacji, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aeronaval pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;
4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5) innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty Aeronaval jako oferty najkorzystniejszej,
2. wykonania czynności zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 października 2011 r., tj. powtórzenia oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem całej oferty Aeronaval,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Aeronaval na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w niniejszym piśmie, ewentualnie wykluczenie Aeronaval z postępowania, a następnie odrzucenie oferty przez niego złożonej;
4. wyboru oferty konsorcjum UTI jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w wyroku z dnia 6 października 2011 r. sygn. akt KIO 2050/11 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Aeronaval. Tym samym zamawiający był zobowiązany do dokonania szczegółowej oceny oferty Aeronaval, w szczególności co do zgodności treści całej oferty Aeronaval z treścią SIWZ. W wymienionym wyroku Izba przesądziła jedynie, iż okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia Aeronaval z postępowania były wadliwe, natomiast nie nakazała dokonania wyboru oferty Aeronaval - nakazała dokonanie oceny oferty ze wszystkimi wynikającymi z tej oceny konsekwencjami. Zdaniem odwołującego, wybór oferty Aeronayal wskazuje na niedokonanie przez zamawiającego oceny oferty Aeronaval, a tym samym na niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowi naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej -

dokonując ponownej oceny ofert, zamawiający jest zobowiązany oceniać całą ofertę pod względem zgodności z SIWZ, a nie tylko jej fragment. Ponowna ocena ofert dokonana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, według odwołującego, wskazuje, że zamawiający nie ocenił jej kompleksowo, a jedynie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu Aeronaval na pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej. Powyższe oznacza, w przekonaniu odwołującego, że mimo że oferta Aeronaval jest niezgodna z SIWZ - zamawiający wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej:
a) wyrok z dnia 18 marca 2011 r., Sygn. akt: KIO/467/11: „W niniejszym stanie faktycznym trakcie badania zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, stwierdzając w oferty Odwołującego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wątpliwości Odwołującego budzi okoliczność czy Zamawiający mógł, mimo wyroku w sprawie o sygn. akt KIO/122/11, czynności takiej dokonać. Zdaniem Izby Zamawiający na każdym etapie postępowania powziąwszy wątpliwości co do prawidłowości oferty danego wykonawcy,

w tym także na skutek pojawienia się nowych informacji, w tym pochodzących także od innych wykonawców, zobowiązany jest niezależnie od etapu postępowania dokonać ich sprawdzenia, a gdyby wątpliwości takie, na skutek dokonanego następnie badania oferty i wyjaśnienia jej treści, potwierdziły się, a taka sytuacja miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym, powinien takiego wykonawcę wykluczyć, tym samym odrzucając jego ofertę. Niedopuszczalnym byłoby, mimo istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a okoliczność tę potwierdził sam Odwołujący w toku rozprawy, sanować ten fakt, wykonując wyrok Izby, która w istocie orzekała wyłącznie w zakresie oceny oferty w ramach kwestionowanego kryterium, a więc jedynie w zakresie objętym wówczas zaskarżeniem,"
b) wyrok z dnia 30 sierpnia 2010 r. KIO 1766/10 „W ocenie składu orzekającego wyrok został wykonany zgodnie z jego treścią, a konkretnie pkt 2 sentencji wyroku. Nastąpiło bowiem poprawienie omyłki w ofercie odwołującego i oferta ta została poddana nakazanej ponownej ocenie. Oznacza to, że w wyniku wyroku Izby nastąpił w ramach postępowania o udzielenie zamówienia powrót do etapu oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, co jednocześnie oznacza, że pierwotny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, został unieważniony. Należy przy tym stwierdzić, że Izba rozpatrując sprawę w poprzednim postępowaniu uwzględniła zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty i w zakresie tego zarzutu uznała, że oferta nie podlega odrzuceniu. Tym samym nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania stało się równoznaczne z koniecznością unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz dokonaniem ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty z powodu braku podstaw do odrzucenia oferty. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty przywróconej do postępowania w przypadku, gdy w toku powtórzonych czynności zajdą nowe okoliczności odnoszące się do badanej oferty, w tym także do wykonawcy, który tę ofertę złożył, wskazujących na zaistnienie przesłanek do wykluczenia wykonawcy."

Dodatkowo odwołujący wskazywał, że zamawiający na każdym etapie postępowania ma obowiązek dokonywać czynności, które spowodują, iż wybór najkorzystniejszej oferty dokonany zostanie zgodnie z prawem. W konsekwencji zamawiający ma obowiązek powtórzenia czynności wykonanej wadliwie, bez względu na etap postępowania, co wynika z wyroku z dnia z dnia 28 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1529/11, „W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Nie sposób uznać, iż Zamawiający dokonując powtórnie czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu nie ma możliwości samodzielnego podejmowania czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego, oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W takim wypadku

Zamawiający dokonując powtórnie czynności, nawet wskutek uwzględnienia odwołania, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać

swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Izba w niniejszym składzie stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba nie podziela poglądu Odwołującego w tym zakresie, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. Zamawiający ma również prawo do powtórzenia czynności, wskutek uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w taki sposób, aby czynności te były zgodne z prawem. "

Zarzut niezgodności oferty złożonej przez wykonawcę: Aeronaval odwołujący opierał na następującej argumentacji.

1. Zamawiający w punkcie 3.10. Programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego załącznik do SIWZ i będącego jej integralną częścią, wskazał wymóg zawarcia w ofercie planu szkoleń dla pracowników zamawiającego: „W ofercie należy przedstawić plan szkoleń i propozycje certyfikacji dla ich uczestników." Plan szkoleń stanowi zatem część oferty wykonawcy. Brak w ofercie planu szkoleń powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

a) W ofercie Aeronaval brakuje wymaganego planu szkoleń. W tomie III oferty tego wykonawcy w pkt 7.10 „Szkolenie" (str. 158 tomu III) znajduje się jedynie informacja, iż: „Zostanie przygotowany plan szkoleń dla personelu odpowiedzialnego za obsługę systemu, który pozwoli na zarządzanie i działanie każdej jednostki. Ten plan będzie określać liczbę kursów do przeprowadzenia oraz zawartość kursów." Takie zapewnienie uznał odwołujący za niewystarczające wobec wymogu zamawiającego, aby jako część oferty przedstawić opracowany już i załączony do oferty plan szkoleń. Informacja podana przez wykonawcę Aeronaval wskazuje, że takiego planu nie przygotował, a co za tym idzie nie mógł załączyć go do oferty. Powyższe znajduje także potwierdzenie w dalszej części dokumentacji oferty. W

załączonym kosztorysie brak jest pozycji „szkolenia," oznacza to, że Aeronaval nie zaoferował zamawiającemu wykonania szkoleń, co zgodnie z SIWZ było wymagane, a zatem oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

b) Odwołujący zaznaczał, że podnoszone braki, powodujące niezgodność oferty z treścią SIWZ nie podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak planu szkoleń nie może być też uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Plan szkoleń stanowi bowiem wyraźnie określony element treści oferty, którego niedołączenie determinuje powstanie niepodlegającej sanowaniu niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji rodzi po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na trafność swoich twierdzeń przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 31.08.2010 r., sygn. KIO 1765/10; z dnia 26.03.2010 r., sygn. KIO/UZP 226/10; z dnia 29.07.2011 r., sygn. KIO 1514/11; z dnia 12.04.2010 r., sygn. KIO/ UZP 381/10.

d) Wykonawca ma obowiązek załączenia do oferty wszystkich oświadczeń i dokumentów wymaganych w SIWZ. Brak oświadczeń wymaganych przez zamawiającego i składających się na treść oferty winien skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W wyroku z dnia 16.06.2011 r., sygn. akt KIO 1170/11, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Potwierdziły się zarzuty Odwołującego, który zasadnie zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ Wykonawca wybrany i pozostali wykonawcy za wyjątkiem odwołującego nie dostarczyli dokumentów wymienionych w załączniku do SIWZ jakim jest dokumentacja budowlana. Oświadczenie na rozprawie Zamawiającego, że nie miał zamiaru wymagać na etapie składania ofert dokumentów wymienionych w załączniku do SIWZ, to jest

w projekcie budowlanym nie może odnieść skutku prawnego wobec jednoznacznego stwierdzenia w tym załączniku, że dokumenty te mają być złożone do oferty, co wielokrotnie zaznaczano w tym załączniku. Powoływanie się na nadużycie uprawnień przez projektanta sporządzającego projekt budowlany nie może zostać uwzględnione z powodu, iż załącznik projekt budowlany jest integralną częścią SIWZ i nawet gdyby uznać, że w samym SIWZ przewidziano tylko obowiązek złożenia wypełnionego formularza ofertowego wraz z harmonogramem rzeczowo - finansowym, stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 7 ustawy Pzp. "

2. Aeronaval złożył do oferty kosztorys, który zdaniem odwołującego, potwierdza że przedmiot oferty jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Z analizy kosztorysu Aeronaval wywiódł wnioski, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący przedstawił następującą listę niezgodności

---

kosztorysu Aeronaval z SIWZ:
a) ujęte zostały sygnalizatory żarówkowe, podczas gdy zamawiający wymaga LED; w kosztorysie występują również reflektory,
b) ujęte zostały ekrany z tworzywa sztucznego nieperforowane, podczas gdy zgodnie z funkcjonalno-użytkowym zamawiający wymagał ekranów metalowych programem perforowanych,
c) ujęte zostały znaki VMS nie spełniające postawionego przez zamawiającego wymogu: „swobodnie programowalna matryca graficzna LED w technologii RGB (możliwość wyświetlania treści w kolorze).” Ponadto podana liczba znaków nie odpowiada wymaganiom określonym w PFU,
d) występują pozycje typu konwertery RS232/485, RS485/FO oraz RS-485/TCP, co oznacza, że same znaki nie są wyposażone w porty TCP/IP, lecz w interfejsy o mniejszych możliwościach i trzeba zastosować dodatkowe urządzenia, żeby umożliwić komunikację z wykorzystaniem TCP/IP,
e) występują sterowniki bez odbiorników DCF lub GPS, ściemniaczy, paneli policyjnych, układów blokowania sygnalizatorów - co jest sprzeczne z wymaganiami PFU,
f) sterowniki (65 szt.) są w identycznej cenie, podczas gdy sygnalizacje znacznie się od siebie różnią,
g) ujęto sterowniki do sterowania scentralizowanego, podczas gdy w PFU wymagana jest realizacja sterowania zdecentralizowanego. W pozycji 6.14 kosztorysu ponownie występuje sformułowanie „system scentralizowany,"
h) opis w pozycji 4.6 kosztorysu - jednostka centralna obszaru wskazuje, że będzie realizowane sterowanie z selekcją planów, co jest niezgodne z PFU,
i) w pozycji 4.13 kosztorysu występują zegary do blokowania sygnalizatorów akustycznych w liczbie zgodnej z liczbą sygnalizatorów akustycznych. Jest to rozwiązanie niezgodne z PFU, w myśl którego sterowniki sygnalizacji powinny posiadać wbudowane takie układy. W praktyce trudno sobie wyobrazić przeprogramowanie godzin blokowania sygnalizatorów akustycznych w oparciu o zegary wykazane w kosztorysie (przeprogramowanie 150 urządzeń),
j) w pozycji 4.19 kosztorysu występuje 65 styczników - Aeronoval nie wskazał, czy styczniki te mają eliminować stany niebezpieczne dla ruchu. Jeżeli tak, i sterowniki mają być 2-procesorowe, to Aeronoval nie wskazał styczników dla „drugich” procesorów,
k) w kosztorysie nie występują wideodetektory, które są wymagane przez zamawiającego jako podstawowy środek detekcji pojazdów. Podkreślał, że szacunkowa liczba wideodetektorów dla realizacji wymagali PFU wynosi ponad 300 szt. Ponadto w kosztorysie nie ujęto także kosztów wykonania instalacji dla wideodetektorów.
l) w kosztorysie nie występują urządzenia do wizyjnej detekcji zdarzeń, wymagane w PFU.

Szacunkowa liczba wideodetektorów dla realizacji wymagań PFU wynosi ok. 80 szt. Ponadto w kosztorysie nie ujęto także kosztów wykonania instalacji dla tych urządzeń,
m) w kosztorysie nie występują urządzenia do rozpoznawania tablic rejestracyjnych dla

celu pomiaru czasów przejazdu na wskazanych arteriach, co jest wymagane w PFU. Szacunkowa liczba urządzeń dla realizacji tego celu wynosi ok. 60 szt. W kosztorysie nie ujęto także kosztów wykonania instalacji dla tych kamer,
n) w kosztorysie brakuje pozycji odnośnie symulacji sterowania istniejącego oraz docelowego, co jest wymagane przez PFU. Występuje jedynie pozycja „symulator," nie ma informacji, że oferowany symulator spełnia wymagania zgodnie z PFU - pakietu VISSIM + VISUM,
o) w kosztorysie brakuje pozycji „odbiornik do współpracy z pojazdami komunikacji zbiorowej oraz pojazdami uprzywilejowanymi," odbiorniki te zgodnie z PFU powinny być zamontowane w poszczególnych sterownikach sygnalizacji. W kosztorysie brak 65 szt. takich odbiorników,
p) w kosztorysie brak pozycji „szkolenia."

q) Uwagi do dokumentu: 1. „System zarządzania ruchem 1.1. Sterowniki, "z którego:
- nie wynika, czy napięcie 24V-25Vac dotyczy zasilania sterownika czy sygnalizatorów. Jeżeli dotyczy zasilania sygnalizatorów, to nie zostało wskazane w jaki sposób Aeronaval wyobraża sobie współpracę z istniejącymi sygnalizatorami 230Vac,
- nie wynika, co oznacza sformułowanie „w razie konieczności komorę tę można wypełnić warstwą włókna szklanego w celu zwiększenia izolacji"? Z zapisu tego odwołujący wywnioskował, że dostawca nie gwarantuje prawidłowej pracy w temperaturach występujących w Lublinie. Nie zostało wskazane także kto i kiedy ma wypełniać komorę w szafach,
- wykonawca nie wyjaśnił wyboru jakich funkcji można dokonać z panelu zewnętrznego,
- sterowniki wskazane przez Aeronaval spełniają nieznaną w Polsce specyfikację techniczną. Wykonawca powinien podać jakie przepisy/normy polskie i europejskie spełniają sterowniki oraz przedłożyć stosowne dokumenty dotyczące dopuszczenia na rynek polski,
- w wykazie nie wskazano w szczególności, że sterownik spełnia normę PN EN 50293, której wypełnienie jest obligatoryjne na rynku polskim. Z dokumentu przedłożonego przez Aeronaval nie wynika, że wykonawca wykonał badania i mógłby dostarczyć protokół z tych badań. Przytoczone przez Aeranaval dokumenty (normy) są dokumentami hiszpańskimi, a nie europejskimi,
- wykonawca nie doprecyzował, co oznacza sformułowanie „protokół łączności uważa się za otwarty,"
- w opisie sterownika wymieniono tylko jedną kartę mikrokomputera, nie wynika zatem, że

urządzenie jest dwuprocesorowe, jak tego wymagają polskie przepisy. Nie zostało także wskazane, jaka jednostka (układ nadzorujący), niezależna od komputera sterującego, weryfikuje prawidłowość jego pracy. Jest to również niezgodne z zapisami PFU ("Sterownik powinien być wyposażony w co najmniej dwa niezależne układy nadzorujące poprawność jego działania (...),"
- nie zostało wskazane w opisie czy liczba wejść nie jest ograniczona do 21. Zgodnie z PFU wymagane są 3 strefy detekcji na pas ruchu, a więc w znaczącej większości liczba stref przekroczy 21. Z opisu wynika, że sterownik jest sterownikiem fazowym. PFU stawia znacznie większe wymagania „inteligencji" sterownika.

r) Uwagi odnośnie dokumentu „1. System zarządzania ruchem 1.2 Centrale,"
- Aeronaval wskazał następujące parametry temperaturowe komputera przemysłowego: 0 - 40C. Zakres temperatur nie odpowiada nawet zakresowi parametrów urządzeń biurowych, a tym bardziej urządzeń przemysłowych.

s) Uwagi odnośnie dokumentu „3 Priorytet dla usług publicznych,"
- w opisie mówi się o zgłaszaniu żądań przez pojazdy transportu zbiorowego zbliżające się do skrzyżowań. Odwołujący wyraził wątpliwość co braku w kosztorysie pozycji „odbiorniki do współpracy z pojazdami uprzywilejowanymi."

t) Uwagi odnośnie dokumentu „4.2 Visioway."
- w opisie jest mowa o wideodetektorach. A więc wyraził wątpliwość odnośnie: punktu 10), 11) o braku w kosztorysie pozycji wideodetektory.

u) Uwagi odnośnie punktu „7.9 Gwarancja i serwis." Zarzucał, że przedstawione warunki gwarancji nie odpowiadają wymogom zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, powyższe braki w załączonych kosztorysach świadczą nie tylko o tym, że oferta Aeronaval jest niezgodna z treścią SIWZ ale również o tym, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wszystkie brakujące pozycje nie zostały bowiem uwzględnione w cenie oferty. W przypadku uwzględnienia przez Aeronaval brakujących pozycji w kosztorysach, cena oferty tego wykonawcy znacznie by wzrosła i byłaby wyższa niż cena zaoferowana przez konsorcjum UTI. W konsekwencji stwierdził, że konsorcjum UTI złożyło ofertę z najniższą ceną oraz najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, a przez zaniechanie odrzucenia oferty Aeronaval zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia ze strony wykonawcy: Aeronaval odwołujący opierał na następującej argumentacji.
1. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację. W myśl § 4 ust. 1 pkt 1 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument wystawiony w kraju, którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji.
2. Także w SIWZ zamawiający wskazał, że: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa: 6.9.1. Pkt 6.6.2., 6.6.3., 6.6.4. i 6.6.6. - składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający odpowiednio, że: 6.9.1.1. nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert." (pkt 6.9 SIWZ). W myśl pkt 6.10 SIWZ: „Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt: 6.10.1. pkt 6.9.1.1, 6.9.1.3, 6.9.2. - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. "
3. Odwołujący stwierdził, że w ofercie Aeronaval nie ma żadnego dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego, że wobec tego wykonawcy nie otwarto likwidacji. W szczególności nie dokonanie otwarcia likwidacji wobec Aeronaval nie wynika z odpisu z hiszpańskiego rejestru sądowego dotyczącego Aeronaval, ani z dokumentów załączonych do oferty Aeronaval na stronach od 326 do 358. Z oświadczenia znajdującego się na stronie 326 oferty Aeronaval wynika, że spółka ta: „nie wniosła o ogłoszenie upadłości, nie została uznana za niewypłacalną w żadnym postępowaniu, nie ogłoszono jej upadłości, nie podlega interwencji sądowej ani nie została pozbawiona zdolności do czynności prawnych zgodnie z ustawą o upadłości i nie upłynął okres pozbawienia zdolności do czynności prawnych ustalony w wyroku kwalifikującym upadłość." Z oświadczenia tego nie wynika zatem, że wobec Aeronaval nie otwarto likwidacji. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Aeronaval na postawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wykonawca ten nie może być wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, gdyż pomimo ich złożenia oferta wykonawcy Aeronaval podlega odrzuceniu. Podkreślał, że brak dokumentu potwierdzającego brak otwarcia likwidacji był

przyczyną wykluczenia innego wykonawcy - PEEK TRAFFIC, tym samym niewykluczenie z postępowania Aeronaval stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Ponadto odwołujący wskazał, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów

publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114, zm. Dz. U. Nr 249, poz. 2104). Regulacja ta podkreśla wagę, jaką ustawodawca przykłada do problematyki zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 listopada 2011 r. pismem złożonym dnia 7 listopada 2011 r. w kopii przesłanym stronom, do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wybrany wykonawca: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), który powołał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego (tj. oddaleniu odwołania), bowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, a ewentualne uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do jej odrzucenia. Przystępujący stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu, w szczególności z następujących przyczyn:
- zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie - bowiem odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia w dniu otrzymania zawiadomienia o wyborze (pierwotnym) oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2011 roku, kiedy to zamawiający wykluczył Aeronaval z postępowania podając jedną podstawę faktyczną i prawną wykluczenia;
- dotyczy ono czynności dokonanej zgodnie z treścią wyroku Izby o sygn. akt: KIO 2050/11, w którym to Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Aeronaval z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, przy czym sentencji tej nie można odczytywać w oderwaniu od uzasadnienia orzeczenia, z którego wynika, że powtórzona ocena dotyczyć ma oceny spełnienia warunku udziału dotyczącego potencjału kadrowego (Izba uznała, że Aeronoval wykazał spełnianie warunku).

Na marginesie przystępujący podnosił, że odwołujący zdaje sobie sprawę, iż termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie upłynął, bowiem po otrzymaniu informacji o wyborze (pierwotnym) oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2011 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym przedstawił zarzuty dotyczące zaniechania podania przez zamawiającego wszystkich podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Aeronoval i odrzucenia tej oferty, które to odwołanie nie zostało przez KIO rozpatrzone merytorycznie, z powodu nieuiszczenia wymaganego wpisu. Tym samym, podnosił, że wniesienie odwołania na tym etapie postępowania prowadzi do ominięcia uregulowanej w ustawie Pzp zasady

koncentracji środków ochrony prawnej.

Niezależnie od powyższego, uznał zarzuty merytoryczne podnoszone przez odwołującego za niezasadne, niemające oparcia w stanie faktycznym i prawnym.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA). Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W oparciu o dokumentację akt niniejszej sprawy oraz akta postępowań odwoławczych w sprawach: sygn. akt KIO 1705/11, sygn. akt KIO 2050/11, sygn. akt KIO 2065/11 oraz sygn. akt KIO 2066/11, KIO 2068/11, które to dowody Izba dopuściła z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania, ustalił co następuje.

Niniejsze odwołanie jest szóstym, wniesionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętym ogłoszeniem w dniu 30 marca 2011 r.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 9 wykonawców. Pismem z dnia 14 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty konsorcjum: UTI Traffic Management S.A. z siedzibą w Bukareszcie, UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie oraz Grupa UTI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tj. oferty odwołującego z ceną 24 397 685,91 zł.

Zamawiający wykluczył z postępowania i odrzucił ofertę wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), która była korzystniejsza w jedynym kryterium ceny – 24 001 980,09 zł.

W wyniku rozpatrzenia odwołania na czynność wykluczenia wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 października 2011 r. sygn. akt KIO 2050/11 (łączonym z sygn. akt KIO 2066/11) nakazała Gminie Miasto Lublin unieważnienie czynności wykluczenia Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do kwestionowanych czynności zamawiającego, Izba uznała, że zamawiający uzyskał od odwołującego, w formie i trybie prawem przewidzianym, dokumenty pozwalające na ustalenie, że „spełnia on warunki udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania ofert." Dalej, Izba stwierdziła, że „odwołujący w sposób wystarczający wykazał okoliczność, o której mowa w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy, tj. dysponowanie wskazanymi w uzupełnionym dnia 02.09.2011 r. wykazie osobami i tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu."

Uczestnikiem wymienionego postępowania odwoławczego na zasadzie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp był obecny odwołujący konsorcjum firm: UTI Traffic Management S.A., UTI Grup S.A. z siedzibą w Bukareszcie oraz Grupa UTI Polska sp. z o.o., wnoszący o utrzymanie czynności wykluczenia konkurenta z postępowania.

Niezależnie od przystąpienia odwołujący: konsorcjum: UTI Traffic Management S.A., UTI Grup S.A. oraz Grupa UTI Polska sp. z o.o., wniósł odrębne odwołanie z dnia 23 września 2011 r., opatrzone sygnaturą akt KIO 2065/11, gdzie podnosił następujące zarzuty.

W toku przedmiotowego postępowania naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 2 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 ustawy Pzp,tj.:

1) art. 92 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A., SAU (ACISA) i wykluczenia tego wykonawcy na podstawie innych okoliczności niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, na podstawie których Aeronaval powinno zostać wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wymienionych wykonawców, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3) art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Aeronoval z postępowania pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że nie otwarto wobec niego likwidacji; a konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Aeronaval pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;
4) inne przepisy wymienione w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikające.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty złożonej przez Aeronaval na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
2. uzupełnienie informacji o wykluczeniu Aeronaval z postępowania i odrzuceniu jego oferty o zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2065/11 odwołujący powoływał się na legitymację do złożenia odwołania, jako wykonawca, którego oferta została wybrana w niniejszym postępowaniu i posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy Pzp" (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP). Zaznaczał, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza a to oznacza, że posiada on interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę, iż terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi a jednocześnie zamawiający wykluczając Aeronaval z udziału w postępowaniu i odrzucając jego ofertę nie wskazał wszystkich

uchybień, które ta oferta posiada, to ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić odwołującemu wskazanie tych braków, ze względu na uchybienie terminowi zaskarżenia. Brak możliwości wskazania uchybień w ofercie Aeronaval na późniejszym etapie postępowania spowoduje powstanie szkody u odwołującego, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Innymi słowy, jedyną prawnie skuteczną możliwością zapobieżenia powstania szkody u odwołującego - jest wniesienie odwołania na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na potwierdzenie posiadania interesu uprawniającego go do wniesienia odwołania, odwołujący przytoczył następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje na konieczność odrzucania odwołań wykonawców pierwotnie wybranych z dalszych miejsc niż pierwsze (gdy oferty wykonawców z wcześniejszych miejsc pierwotnie był odrzucane), na czynność wyboru oferty „wykonawcy przywróconego do postępowania" - wskazujące na inne uchybienia oferty, niż w pierwotnej decyzji o odrzucenia takiej oferty:

a) „Wykonawcom jak najbardziej przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec wykonawców tańszych (korzystniejszych), których udział i pozostawanie w postępowaniu zagraża możliwości uzyskania zamówienia, a wobec których zaniechano wykluczenia czy odrzucenia ofert z uwzględnieniem wszelkich okoliczności, w oparciu o które zgodnie z przepisami ustawy czynności te powinny zostać dokonane. (...) W przypadku powzięcia informacji o zaniechaniu odrzucenia danej oferty czy wykluczenia wykonawcy ze względu na wszelkie okoliczności skutkujące podstawą do dokonania tego typu czynności, przy jednoczesnym dokonaniu wykluczenia czy odrzucenia oferty na innej podstawie faktycznej czy prawnej, wykonawcy, którym pozostawienie (przywrócenie) danej oferty w postępowaniu będzie uniemożliwiało uzyskanie zamówienia, będą w pełni uprawnieni do wnoszenia protestów na tego typu zaniechanie zamawiającego. O powyższym przesądza brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi również o możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy związanym z możliwością uzyskania zamówienia. Tego typu możliwość jest w takim przypadku jak najbardziej realna i prawdopodobna - w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniającego czynność zamawiającego dokonaną w oparciu na wykazanej, ograniczonej podstawie, inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu ze względu na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz upływ terminów do ich wnoszenia, stracą możliwość późniejszego podnoszenia dodatkowych okoliczności skutkujących usunięciem danej oferty z postępowania czyli staną się niejako bezradni wobec dokonania wyboru takiej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu przywracającym ją do postępowania. Reasumując, wnoszenie protestów wobec niezgodnego z przepisami "zawężenia" podstawy wykluczenia czy odrzucenia, czy

---

też inaczej - na zaniechanie zamawiającego polegające na nieuwzględnieniu wszelkich okoliczności skutkujących odrzuceniem już odrzuconej z innych powodów oferty bądź analogicznie wykluczeniem wykonawcy, mieści się w pojęciu interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej, a w świetle powołanych zasad koncentracji środków ochrony prawnej jest jak najbardziej zrozumiale i konieczne. Jeżeli więc odwołujący chciał doprowadzić do ustosunkowania się przez zamawiającego do jego zarzutów, czy do orzekania Izby w tym przedmiocie, mógł i powinien wnieść protest oparty na aktualnie podnoszonych okolicznościach we właściwym do tego terminie. Izba podkreśla raz jeszcze: w przypadku zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Qartis Sp. z o.o. również z powodu niespełnienia przezeń warunków udziału w postępowaniu, odwołujący, który zmierzał do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, powinien oprotestować tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w którym o okoliczności tej się dowiedzieli, pod sankcją utraty możliwości podnoszenia tego typu zarzutów w dalszym biegu postępowania. Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.04.2006 r., sygn. akt V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje," - postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1670/09;

b) „Termin na podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD upłynął. Ewentualne powoływanie braku interesu prawnego we wcześniejszym kwestionowaniu przez odwołującego się oferty Konsorcjum ERBUD z powodu błędu w obliczeniu nie jest trafne. W okolicznościach sprawy odwołujący się dokonuje błędnej wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (vide: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP: 1670/09). Wskazać należy ponadto na funkcję reklamacyjno - sygnalizacyjną protestu. Funkcja reklamacyjna polega przede wszystkim na zabezpieczeniu sytuacji prawnej wykonawcy wnoszącego protest, zapewnieniu mu możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w danym postępowaniu o

udzielenie zamówienia. Natomiast funkcja sygnalizacyjna polega na wskazywaniu nieprawidłowości prowadzonego przez zamawiającego postępowania, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Funkcja sygnalizacyjna zapewnia prawidłowość i sprawność prowadzonej procedury na każdym etapie postępowania. Odwołujący się błędnie utożsamia swój interes prawny wyłącznie z funkcją reklamacyjną protestu. Wbrew twierdzeniu odwołującego się treść art. 191 ust. 1 a Pzp nie stoi w sprzeczności z podnoszeniem zarzutów przeciwko ofercie Konsorcjum ERBUD na wcześniejszych etapach postępowania. Przywołany przepis nakazuje uwzględnienie odwołania przez Izbę nie tylko stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania ale również w razie stwierdzenia naruszeń, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD na wcześniejszych etapach postępowania było zgodne z interesem prawnym odwołującego się. Postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego cechuje pewien formalizm. Formalizm ten ma na celu nie tylko zagwarantowanie wykonawcom zachowania zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Formalizm postępowania leży również w interesie zamawiającego, zobowiązanego do dokonywania wydatków w sposób planowy. Dopuszczenie możliwości skutecznego podnoszenia kolejnych nowych zarzutów wobec ofert konkurencyjnych opartych na faktach, które mogły być, przy zachowaniu należytej staranności, stwierdzone wcześniej, nie tylko stałoby w sprzeczności z zasadami art. 7 ust. 1 ustawy, ale też prowadziłoby do znacznej przewlekłości procedury. Uniemożliwiłoby to lub poważnie utrudniło realizację zasad wydatkowania środków publicznych i stałoby w sprzeczności z zasadą szybkości postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że odwołujący się uchybił terminowi na podnoszenie zarzutów wobec oferty Konsorcjum ERBUD. Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych mają charakter terminów zawitych, które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśniecie prawa" - postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 191/10;

c) „W przypadku zaniechania odrzucenia oferty przez zamawiającego pomimo istnienia obligatoryjnych podstaw do odrzucenia, wykonawcy zmierzający do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, obowiązani są do oprotestowania tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w którym o okoliczności się dowiedzieli, pod sankcją utraty możliwości ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Fakt powtarzania pewnych czynności przez zamawiającego jest tu bez znaczenia, ponieważ okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego odrzucenia oferty w niniejszym postępowaniu pozostają niezmienione, a informację o ich wystąpieniu można było uzyskać po dniu pierwszego wyboru oferty (postanowienie KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 490/09). Odwołujący, uzasadniając niekwestionowanie na wcześniejszym etapie postępowania okoliczności zaniechania odrzucenia oferty, wskazywał, że nie miał interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ jego oferta była wówczas wybrana, a Konsorcjum wykluczone z postępowania, zaś jego oferta odrzucona. Jego interes prawny nie doznał i nie mógł na tym etapie i w takich okolicznościach doznać jakiegokolwiek uszczerbku. Izba wskazuje, że w jej ocenie interpretacja powyższa jest niezasadna." – postanowienie KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 958/10;

d) analogicznie KIO orzekła w wyroku z dnia 18 października 2011 r. sygn. akt 2140/10, 2152/10.

Dalej odwołujący podnosił, że pomimo, iż zamawiający zasadnie dokonał wykluczenia Aeronaval z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż Aeronaval nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.3. SIWZ - (dysponowanie osobą/osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia: Kierownikiem Projektu i Architektem) oraz odrzucił ofertę złożoną przez tego wykonawcę na postawie art. 24 ust. 4

ustawy Pzp, to zaniechał wskazania na pozostałe braki oferty Aeronaval, które także stanowią podstawę odrzucenia tej oferty.

Jako niezgodność treści oferty z SIWZ, odwołujący konsorcjum: UTI Traffic Management S.A., UTI Grup S.A. oraz Grupa UTI Polska sp. z o.o., wówczas wskazywał:
1. Zamawiający w punkcie 3.10. Programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego

załącznik do SIWZ i będącego jej integralną częścią wyraźnie wymagał zawarcia w ofercie planu szkoleń dla pracowników zamawiającego: „W ofercie należy przedstawić plan szkoleń i propozycje certyfikacji dla ich uczestników." Plan szkoleń stanowi zatem część oferty wykonawcy. Brak w ofercie planu szkoleń powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. W ofercie Aeronaval brakuje wymaganego przez zamawiającego planu szkoleń. W tomie III oferty tego wykonawcy w pkt 7.10 „Szkolenie" (str. 158 tomu III) znajduje się jedynie informacja, iż: „Zostanie przygotowany plan szkoleń dla personelu odpowiedzialnego za obsługę systemu, który pozwoli na zarządzanie i działanie każdej jednostki. Ten plan będzie określać liczbę kursów do przeprowadzenia oraz zawartość kursów." Takie zapewnienie jest niewystarczające wobec wymogu zamawiającego, aby jako część oferty przedstawić opracowany już i załączony do oferty plan szkoleń.
3. Wskazane braki, powodujące niezgodność oferty z treścią SIWZ nie podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak planu szkoleń nie może być też uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Plan szkoleń stanowi bowiem wyraźnie określony element treści oferty, którego niedołączenie determinuje powstanie niepodlegającej sanowaniu niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji rodzi po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 2010.08.31, sygn. KIO 1765/10; wyrok KIO z dnia 2010.03.26, sygn. KIO/UZP 226/10; wyrok KIO z dnia 2011.07.29, sygn. KIO 1514/11 „Uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp podlegają wyłącznie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe, a zastosowanie tego trybu w odniesieniu do spełniania przez ofertę merytorycznych wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ nie jest dopuszczalne. Oferta podlega wyjaśnianiu w zakresie dotyczącym jej treści zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy, czy też poprawieniu zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 ustawy, natomiast treść oferty nie maże być w toku postępowania zmieniona ani uzupełniana z wykorzystaniem procedur określonych w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp," (tak też wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2010 r. - sygn. akt KIO/ UZP 381/10). "

Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do

których otwarto likwidację. W myśl § 4 ust. 1 pkt 1 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument wystawiony w kraju, którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji. Także w SIWZ zamawiający wskazał, że: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa: 6.9.1.Pkt 6.6.2., 6.6.3., 6.6.4. i 6.6.6. - składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: 6.9.1.1. nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert." (pkt 6.9 SIWZ). W myśl pkt 6.10 SIWZ: „Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w: 6.10.1. Pkt 6.9.1.1, 6.9.1.3, 6.9.2. - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. "W ofercie Aeronaval nie ma żadnego dokumentu lub oświadczenia potwierdzającego, że wobec tego wykonawcy nie otwarto likwidacji. W szczególności niedokonanie otwarcia likwidacji wobec Aeronaval nie wynika z odpisu z hiszpańskiego rejestru sądowego dotyczącego Aeronaval ani z dokumentów załączonych do oferty Aeronaval na stronach od 326 do 358. Z oświadczenia znajdującego się na stronie 326 oferty Aeronaval wynika, że spółka ta: „nie wniosła o ogłoszenie upadłości, nie została uznana za niewypłacalną w żadnym postępowaniu, nie ogłoszono jej upadłości, nie podlega interwencji sądowej ani nie została pozbawiona zdolności do czynności prawnych zgodnie z ustawą o upadłości i nie upłynął okres

pozbawienia zdolności do czynności prawnych ustalony w wyroku kwalifikującym upadłość. " Z oświadczenia tego nie wynika zatem, że wobec Aeronaval nie otwarto likwidacji. W związku z powyższym, odwołujący wskazywał, iż zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Aeronaval na postawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca ten nie może być wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, gdyż pomimo ich złożenia oferta wykonawcy Aeronaval podlega odrzuceniu.

Postanowieniem z dnia 13 października 2011 r. Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie KIO 2065/11 zostało zwrócone, albowiem, nie został od niego uiszczony wpis w wymaganej kwocie.

W wyniku wykonania wyroku Izby sygn. akt KIO 2050/11 z dnia 6 października 2011r., zamawiający unieważnił czynność wykluczenia Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie z udziału w przedmiotowym postępowaniu, powtórzył czynność oceny ofert, co potwierdza protokół postępowania, a w dniu 26 października 2011 r. powiadomił wykonawców o wynikach przetargu, w tym o wyborze oferty Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) do realizacji zamówienia - jako najkorzystniejszej.

Z uzasadnienia wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 2050/11 oraz z dokumentacji akt postępowania wynika, że oferta wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w Madrycie została poddana ponownej ocenie w takim samym kształcie i zawartości jaki przedstawiała w dniu dokonania pierwotnej oceny i wyboru oferty, tj. 14 września 2011 r., bez żadnych uzupełnień po tej dacie. Na nowe okoliczności również nie powoływał się odwołujący.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, zgodnie z sentencją niniejszego postanowienia, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu i omówione wyżej dowody, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 6 października 2011 r. sygn. akt KIO 2050/11. Zatem powyższe ustalenia stanowią podstawę do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba w wyroku z dnia 6 października 2011 r. sygn. akt KIO 2050/11 uwzględniła odwołanie i orzekła zgodnie z żądaniami wykonawcy Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), a poddając ocenie uzupełnione dokumenty dla wykazania jego zdolności do realizacji zamówienia, uznała je za odpowiednie. Zatem czynności zamawiającego: unieważnienia wyboru oferty odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), jako oferującej wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą ceną niż odwołujący, zostały wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby i znajdowały umocowanie w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyżej przytaczana reguła znajduje wzmocnienie w treści art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Bezsprzecznie odwołujący posiadał status uczestnika postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2050/11. Ponadto uznawał, że zachodzą jeszcze inne podstawy do wykluczenia wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) i odrzucenia jego

oferty niż podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 14 września 2011 r., z tych względów nie poprzestał na zgłoszeniu przystąpienia w zakresie zarzutów zamawiającego rozpoznanych w sprawie sygn. akt KIO 2050/11, a wniósł własne odwołanie z przytoczeniem dalszych zarzutów podnoszonych także obecnie, które były już wówczas znane, jak wynika z przytoczonej wyżej treści odwołania sygn. akt KIO 2065/11. Odwołanie takie czyniłoby zadość warunkom skuteczności jego wniesienia, podanym w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ilekroć bowiem ustawa Pzp, mówi o

wyniku postępowania, należy przez to rozumieć ostateczny wybór oferty wykonawcy, z którym zostaje zawarta umowa o realizację zamówienia, a nie oceny ofert, które z różnych względów podlegają wzruszeniu i unieważnieniu, jak ówczesny wybór oferty odwołującego.

Pogląd taki podzielał sam odwołujący, przekonując wówczas, „że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza a to oznacza, że posiada on interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę, iż terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi, a jednocześnie zamawiający wykluczając Aeronaval z udziału w postępowaniu i odrzucając jego ofertę nie wskazał wszystkich uchybień, które ta oferta posiada, to ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić odwołującemu wskazanie tych braków, ze względu na uchybienie terminowi zaskarżenia. Brak możliwości wskazania uchybień w ofercie Aeronaval na późniejszym etapie postępowania spowoduje powstanie szkody u odwołującego, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Innymi słowy jedyną prawnie skuteczną możliwością zapobieżenia powstania szkody u odwołującego - jest wniesienie odwołania na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

Z uwagi na fakt, jak była mowa wyżej, że odwołanie to zostało zwrócone z powodu nie wniesienia wpisu, odwołujący zmienił taktykę i w obecnie rozpatrywanym odwołaniu utrzymywał, że zamawiający uchybił przepisom ustawy Pzp, przez zaniechanie wykonania czynności ponownej oceny ofert zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 6 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2050/11), tj. zaniechał powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem całej oferty Aeronaval i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Aeronaval.

Zdaniem Izby, przeprowadzone na posiedzeniu postępowanie dowodowe w oparciu o kompletną dokumentację akt postępowania i akt poprzednich spraw odwoławczych, nie daje żadnych podstaw do stawiania takich zarzutów. Twierdzenia odwołującego, że zamawiający dokonał fragmentarycznej ponownej oceny oferty wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) w żaden sposób nie zostały dowiedzione w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 i 190 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest z oczywistych względów zobowiązany poddać badaniu i ocenie złożone oferty w całości, jednakże nie musi kierować się opiniami wykonawców co do braków w ofertach

konkurentów. Wynik czynności oceny ofert, każdorazowo jest suwerenną decyzją zamawiającego, którą wykonawca jest władny kontrolować (przynajmniej w odniesieniu do zakresu kognicji Krajowej Izby Odwoławczej), poprzez system środków ochrony prawnej. Jeżeli odwołujący chciał doprowadzić do ustosunkowania się zamawiającego do podnoszonych zarzutów, czy do orzekania Izby w tym przedmiocie, winien dochować terminów ustawowych na zaskarżenie czynności i zaniechań zamawiającego, które uznawał za wadliwe.

Izba nie zaprzecza ani prawom, ani obowiązkom zamawiającego do wzruszenia dokonanego wyboru oferty (co podkreślał odwołujący), jeżeli ujawni on okoliczności uzasadniające podjęcie takich działań przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Należy jednak dostrzegać różnice - gdyż zamawiający w swoich czynnościach jest ograniczony jedynie okresem związania ofertą, natomiast wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu wiążą zawite terminy ustawowe do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności i zaniechania zamawiającego naruszające prawo, ustalone w art. 182 ustawy Pzp.

Z tych względów odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jako dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, a biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutów odwołania wykonawcy Aeronaval, zamawiający wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tegoż wykonawcy w sprawie sygn. akt KIO 2050/11.

Zachodził zbieg podstaw prawnych do odrzucenia odwołania. Skoro Izba stwierdziła, iż odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wniesieniu odwołania przez wykonawcę: Aeronaval, w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2050/11, stanowi to więc dodatkową okoliczność obligującą obecnie Izbę do odrzucenia odwołania, w oparciu o postanowienia art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Wymieniony przepis nie dopuszcza możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, przez wykonawcę wezwanego zgodnie z ust. 1 art. 185 ustawy Pzp.

Poza tym, zdaniem Izby, zarzuty odwołującego, wobec oferty konkurencyjnej

wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) należało uznać za spóźnione w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powinnością zamawiającego jest bowiem dokonanie oceny ofert i wyboru oferty, przy uwzględnieniu wszystkich ustanowionych warunków. Natomiast dalszym następstwem, nałożonym przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jest jednoczesne zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty,
2) punktacji przyznanej ofertom (łącznej i w każdym kryterium),
3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
4) wykonawcach wykluczonych z postępowania.

Mając na uwadze, iż oferty zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, udostępnia się od chwili ich otwarcia, każdy z zainteresowanych wykonawców mógł powziąć wiadomość o brakach konkurencyjnych ofert z chwilą ich udostępnienia wraz z uzupełnieniami, a zaskarżyć odwołaniem pierwsze dokonane czynności czy zaniechania zamawiającego, które by tych okoliczności nie uwzględniały. W ocenie Izby, obowiązkiem zamawiającego było całościowe zbadanie złożonych ofert, czemu służył okres związania ofertą. Każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia nawet potencjalnie może być zagrożony, oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z wymienionych względów, niezależnie od tego, że oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 14 września 2011 r., a oferta Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), została wówczas odrzucona, to i tak odwołujący posiadał interes w skarżeniu ewentualnego zaniechania zamawiającego co do prawidłowej oceny konkurencyjnej oferty o ile uważał, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający w swoim piśmie z dnia 14 września 2011r. Ówczesny wybór oferty odwołującego, jak i czynność odrzucenia oferty konsorcjum Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA) - z najniższą ceną, nie miały charakteru ostatecznego, czyli takiego na który nie przysługuje żaden środek zaskarżenia. Jak pokazała praktyka, w wyniku powtórzenia czynności oceny, zgodnie z wyrokiem Izby, została wybrana oferta wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), która była korzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny. Nie inaczej interpretował odnośne przepisy ustawy sam odwołujący wnosząc odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2065/11, tyle że nieskutecznie.

Odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), a w następstwie tego zaniechania dokonania wyboru tej oferty do realizacji zamówienia. Zatem zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołaniem zostały objęte zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Aeronaval oraz zaniechanie wykonania czynności nakazanych wyrokiem Izby. Ponadto naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Wiadomość o podnoszonych jak wyżej zaniechaniach przez zamawiającego prawidłowego zbadania kwestionowanej oferty, odwołujący mógł zachowując należytą staranność, powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po wyborze, ogłoszonym przez

zamawiającego w dniu 14 września 2011 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytaczane w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówcześnie odwołania przez Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA).

Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy.”

W świetle powyższego, zdaniem Izby, istnienie interesu po stronie odwołującego, aby po dokonaniu oceny ofert w dniu 14 września 2011 r. domagać się odrzucenia oferty wykonawcy: Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał zamawiający, - skoro zdaniem odwołującego, zachodziły uzasadnione ku temu powody, jest niewątpliwy. Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało

przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania, przy tym rzutujące na wynik postępowania przetargowego rozumiany jako wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o realizację zamówienia. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z dnia 6 października 2011 r. w sprawie sygn. akt sygn. akt KIO 2050/11 oraz wykonana zgodnie z tym wyrokiem w dniu 26 października 2011 r. nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu poprzedniej oceny w dniu 14 września 2011 r.

Okoliczność, iż odwołujący wniósł takie odwołanie, które zostało zwrócone, pozostaje bez znaczenia w świetle postanowień art. 187 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków prawnych związanych z wniesieniem odwołania. Treść tego odwołania została przytoczona na dowód, iż odwołujący zdawał sobie sprawę z faktu, że nie zaskarżenie w terminie ustawowym zarzucanych nieprawidłowych czynności i zaniechań względem oceny oferty Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), spowoduje wygaśnięcie przysługującego prawa.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W przekonaniu Izby, po dniu 14 września 2011 r. nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z

rozstrzygnięciem odwołania - przytaczanym wyrokiem sygn. akt KIO 2050/11, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady tej samej treści oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec

konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia - w zasadzie o pierwszej ocenie ofert, wyłączając sytuację istotnego uzupełniania dokumentów. Wadliwość oferty Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, SAU (ACISA), którą starał się obecnie wykazać odwołujący, była możliwa do sformułowania na podstawie dokumentacji oferty, po dokonaniu pierwszego wyboru ofert, nawet gdyby zamawiający odrzucając ówcześnie ofertę tego wykonawcy, nie dostrzegł wszystkich okoliczności, które tą czynność uzasadniały.

Izba uznała, iż nie zachodzą żadne nowe okoliczności w sprawie, które upoważniałyby do wniesienia przedmiotowego odwołania.

W wyniku dokonanych ustaleń, Izba uznała również, że 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, uwzględniając podnoszone zarzuty, upłynął w dniu 24 września 2011 r. Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z wymienionych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione nie tylko na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, ale również z uchybieniem terminu, określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem kumulatywnie zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Przewodniczący: ……..