

# ODPIS

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 maja 2009 roku

**Sąd Okręgowy w Szczecinie** Wydział VIII Gospodarczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący      SSO Krzysztof Górski (spr.)  
Sędziowie            SSO Piotr Salamaj  
                            SSO Agnieszka Górską  
                            aplikant sądowy Andrzej Muzyka  
Protokolant

po rozpoznaniu w dniu 28 maja 2009 roku, w Szczecinie

na rozprawie

sprawy ze skargi „Impel Cleaning” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością  
we Wrocławiu oraz Hospital Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością  
we Wrocławiu

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień  
Publicznych z dnia 26 marca 2009 roku sygnatura akt KIO/UZP 322/09  
przy udziale zamawiającego Specjalistycznego Samodzielnego Publicznego  
Zakładu Opieki Zdrowotnej nad Dzieckiem i Młodzieżą w Szczecinie

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu  
uchylić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia  
publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi  
kompleksowego utrzymania czystości i prawidłowego stanu sanitarnego w  
obiektach SSP ZOZ nad Dzieckiem i Młodzieżą przy ul. Św. Wojciecha 7 w  
Szczecinie prowadzone na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w  
Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod pozycją  
2008/S 249-332292 oraz powtórzyć ponowną ocenę ofert;

II. oddala skargę w pozostałym zakresie;

III. zmienia zawarte w pkt 2.2) zaskarżonego wyroku rozstrzygnięcie o  
kosztach postępowania odwoławczego w ten sposób, że kosztami  
postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą obciąża zamawiającego i  
zasądza tytułem kosztów postępowania od zamawiającego  
Specjalistycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej  
nad Dzieckiem i Młodzieżą w Szczecinie na rzecz skarżących „Impel  
Cleaning” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz  
Hospital Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu  
kwotę 8.191 zł (ośmiu tysięcy stu dziewięćdziesięciu jeden złotych);

IV. zasądza od zamawiającego Specjalistycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej nad Dzieckiem i Młodzieżą w Szczecinie na rzecz skarżących „Impel Cleaning” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Hospital Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3.900 zł (trzech tysięcy dziewięćset złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

SSO Piotr Salamaj   SSO Krzysztof Górski   SSO Agnieszka Górka

oryginał właściwe podpisy  
2a godność

\\ i   **Sekretarz Sądowy**

”1   /

- < St. Sekretarz Sądowy

*a Mackiewtct*

Sygn. akt: VIII Ga 111/09

## UZASADNIENIE

Specjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej nad Dzieckiem i Młodzieżą w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi kompleksowego utrzymania czystości i prawidłowego stanu sanitarnego w obiektach SSP ZOZ nad Dzieckiem i Młodzieżą przy ul. Św. Wojciecha 7 w Szczecinie. Postępowanie to zostało rozpoczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod pozycją 2008/S 249-332292. W postępowaniu przetargowym oferty złożyły Konsorcjum w składzie „Impel Cleaning” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Hospital Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu reprezentowane przez spółkę „Impel Cleaning”, a także Konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz „Dozorbud-Serwis” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy. Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”, o czym poinformował wszystkich wykonawców pismem z dnia 13 lutego 2009 roku.

W dniu 23 lutego 2009 r. wykonawcy Konsorcjum „Impel Cleaning” i „Hospital Serwis” złożyli protest na czynność wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”. Protestujący zarzucając naruszenie przedmiotową czynnością przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych domagali się uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”, wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy, ponadto odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 wskazanej ustawy i dokonanie ponownej oceny ofert spośród ofert ważnych. Protestujący zarzucili, że treść

oferty wybranego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera błąd w ustaleniu ceny, a nadto wykonawca ten nie wniósł wymaganego wadium

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 5 marca 2009 r., w którym uchylił czynność wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”, dokonał ponownej oceny ofert oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto zamawiający stwierdził, że w związku z powyższym rozstrzygnięciem brak jest podstaw do rozpatrzenia żądań określonych w pkt 2 i 3, a dotyczących wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia zamawiający stwierdził, że analiza zapisów SIWZ wskazuje, że sposób przygotowania specyfikacji dotyczący rodzaju zamawianych usług budzi wątpliwości co do zakresu referencji, którymi powinien wykazać się wykonawca, w związku z czym zamawiający unieważnił postępowanie i nie rozpatrywał żądań określonych w pkt 2 i 3 protestu.

W dniu 13 marca 2009 roku wykonawcy Konsorcjum „Impel Cleaning” i „Hospital Serwis” złożyli za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia protestu.

Wyrokiem z dnia 26 marca 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie i obciążyła odwołujących kosztami postępowania w wysokości 4574 zł.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż w postępowaniu wywołanym wniesionym odwołaniem potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na pominięcie w „Programie wykonania usługi” harmonogramu koszenia traw i akrylowania podłogi. Za niedopuszczalne i bezskuteczne Izba uznała uzupełnienie wskazanego braku na podstawie 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Konsekwencją tego, jest zdaniem Krajowej Izby odwoławczej również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy, natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust 3 tej ustawy Izba pozostawiła bez rozpoznania z uwagi na brak podtrzymania przez odwołujących tego zarzutu w odwołaniu.

Pozostałe zarzuty odwołujących, zdaniem Izby, nie potwierdziły się.

Błąd co do ceny oferty stanowił - w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - oczywistą omyłkę rachunkową, którą zamawiający winien był poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

Niezasadny był zdaniem Izby również zarzut zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy ze względu na brak spełnienia warunku wymaganego doświadczenia. W ocenie Izby bezpodstawne jest twierdzenie odwołujących, że „praca podobna” do przedmiotu zaufania to taka, która obejmuje wszystkie opisane elementy przedmiotu zamówienia, gdyż zamawiający nie zdefiniował w SIWZ sformułowania „usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”, w związku z czym brak ten nie może negatywnie wpływać na status wykonawcy i prowadzić do jego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej także zarzut zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy ze względu na niewniesienie wadium. Zdaniem Izby fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przywołał jednego z przypadków utraty wadium nie może oznaczać, że zamawiający zrezygnował z prawa do zwrotu wadium. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, zawiera gwarancję zapłaty z tytułu wadium określonej w niej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji zgodnie z warunkami przystąpienia do przetargu. W ocenie Izby treść tej gwarancji zabezpiecza wystarczająco interesy zamawiającego również w przypadku, który kwestionowali odwołujący. Izba wskazała nadto, iż bez znaczenia

pozostaje fakt, że w treści gwarancji brak jest sformułowania identycznego jak w przepisie 46 ust. 4a i 5 prawa zamówień publicznych; „Zamawiający zatrzymuje wadium”, ponieważ z gwarancji w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że określony w niej podmiot gwarantuje zamawiającemu zapłatę kwoty 87489 zł w przypadku wystąpienia okoliczności enumeratywnie w niej wskazanych przy jednoczesnej utracie prawa konsorcjum do zwrotu tej kwoty wadium.

Izba wskazała, że wobec braku podstaw do wykluczenia wykonawcy niezasadny jest również zarzut zaniechania odrzucenia ofert złożonej przez wykonawcę na podstawie art. 24 ust 4 prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że pomimo stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż przedmiotowe postępowanie zostało przez zamawiającego unieważnione w rozstrzygnięciu protestu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby odwoławczej, unieważnienie - jak każda inna czynność zamawiającego w toku tego postępowania - podlegała kontroli ze strony wykonawców, którzy mogli wnieść środki ochrony prawnej, tj. protest, a następnie - w przypadku podtrzymania decyzji przez zamawiającego - odwołanie. Odwołujący złożyli odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w terminie, jednak - zdaniem Izby - czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu przetargu winna zostać najpierw oprotestowana. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ze względu na to, iż odwołujący nie złożyli odrębnego protestu na czynność unieważnienia postępowania, odwołanie w części dotyczącej zarzutu niezasadnego unieważnienia tego postępowania nie zostało poprzedzone protestem, co według Izby oznacza, że czynność ta, bezpośrednio po upływie terminu do składania protestów (17.03.2009), stała się niepodważalna i ostateczna. W ocenie Izby powoduje to, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu - w tym odwołujący, wobec prawomocnego zakończenia postępowania nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia. Izba stwierdziła, że okoliczność ta przesądza, że jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie mają żadnego wpływu na wynik tego postępowania, co powoduje z kolei, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy wyrok zaskarżyli wykonawcy Konsorcjum „Impel Cleaning” i „Hospital Serwis” zarzucając mu naruszenie przepisów;

- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie podstawy prawnej unieważnienia postępowania,
- art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów,
- art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wydanie wyroku bez rozpoznania istoty sprawy,
- art. 191 ust. 1 pkt 1a w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 180 ust. 1 i art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione uznanie, że naruszenie przez zamawiającego przepisów tej ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania,
- art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wnieśli o;

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie złożonego odwołania,

- 2) nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
  - 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis” na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  - 4) dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty skarżących,
  - 5) przyznanie skarżącym kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą,
  - 6) zasądzenie na rzecz skarżących kosztów postępowania według norm przepisanych.
- Zdaniem skarżących ocena Krajowej Izby Odwoławczej, według której unieważnienie

postępowania i brak oprostowania tej czynności powodują iż brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, jest błędna.

Skarżący podnieśli, iż zamawiający, mimo stwierdzenia, że uwzględni protest i dokonuje ponownej oceny ofert faktycznie nie odniósł się w żaden sposób do zarzutów i żądań zawartych w proteście i w konsekwencji, deklaracja zamawiającego, iż uwzględni protest jest niezgodna z rzeczywistością. W ich ocenie, działania zamawiającego podjęte przy rozstrzygnięciu protestu są pozorne. Skarżący stwierdzili, iż skoro zamawiający dokonał czynności ponownej oceny ofert wbrew żądaniom protestu i wywiódł z niej skutki całkowicie sprzeczne z żądaniem protestu, to w istocie protest oddalił. Skarżący zarzucili, iż zamawiający, podając jako przyczynę unieważnienia postępowania wątpliwości co do zakresu referencji, którymi powinien wykazać się wykonawca nie wyjaśnił na czym te wątpliwości polegały i jaki wpływ miały te uchybienia na wynik postępowania, zaznaczył przy tym, że do czasu wniesienia protestu żaden podmiot nie zgłaszał zarzutów co do poprawności SIWZ. Skarżący stwierdzili nadto, iż wobec braku prawidłowego uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu doszło do naruszenia przepisu art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poszerzenie zamkniętego katalogu podstaw unieważnienia postępowania. W ich ocenie postępowanie przetargowe prowadzone było prawidłowo i nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, w związku z czym zamawiający - uwzględniając protest - winien był wykluczyć wybranego wykonawcę, dokonać ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich, a czynność unieważnienia - jako pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych - powinna zostać uchylona.

W ocenie skarżących nie ulega wątpliwości, że unieważnienie postępowania przez zamawiającego nastąpiło w rezultacie wniesionego przez nich protestu i nie stanowi odrębnej czynności, która winna być zaskarżana w drodze kolejnego protestu. Czynność rozstrzygnięcia protestu stanowi zaś - według skarżących - szczególną czynność zamawiającego, która może być zaskarżana przez wykonawcę wyłącznie w drodze kolejnego środka ochrony prawnej w postaci odwołania, o czym przesądza treść art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją powyższego jest - w ocenie skarżących - brak podstaw do uznania, że czynność unieważnienia stała się niepodważalna i ostateczna, a postępowanie przetargowe zakończone. Skarżący podkreślili, iż zamawiający nie miał wątpliwości co do poprawności przeprowadzonej procedury na etapie wyboru oferty Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”, a dopiero po wniesieniu protestu - kiedy okazało się, że oferta ta winna zostać odrzucona, a wybrany wykonawca wykluczony - zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, czym - w ocenie skarżących - naruszył zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wedle stanowiska skarżących Krajowa Izba Odwoławcza w istocie zaniechała merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a wyrażone przez nią stanowisko w zakresie interesu prawnego jest wewnętrznie sprzeczne. Uznając jeden z zarzutów skarżącego za zasadny Krajowa Izba Odwoławcza, winna była - ich zdaniem - uwzględnić odwołanie, unieważnić czynność wyboru i nakazać zamawiającemu ponowną ocenę ofert. Skarżący wywodzili dalej, że unieważnienie protestu wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, nie było samodzielną decyzją zamawiającego, a rozstrzygnięciem protestu i nie stało się czynnością

niezaskarżoną, dopóki trwało postępowanie odwoławcze, w którym kwestionowali w całości rozstrzygnięcie protestu.

Skarżący zarzucili nadto, że wyrok KIO oparty jest na całkowitej dowolności w ocenie przedstawionych dowodów i nie wskazuje na przesłanki, jakimi kierowała się Izba uwzględniając jedne dowody, a innym odmawiając wiary. Skarżący podnieśli, iż brak w wyroku przytoczenia podstaw prawnych i motywów podjęcia rozstrzygnięcia.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od skarżących kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Zamawiający zaprzeczył, aby czynności przy rozstrzygnięciu protestu były pozorne. Podniósł, iż powtarzając czynności w wyniku wniesienia protestu przeanalizował wyszczególnione w rozdziale I. 1 i 2 SIWZ usługi i prace wchodzące w zakres usługi wykonawcy i dokumenty żądane od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 4, str. 9 SIWZ. W wyniku tej analizy uznał, że czynności wchodzące w zakres usług zostały opisane bardzo szczegółowo, a zapisy SIWZ mogły sugerować, że tak opisanemu zakresowi miały odpowiadać referencje przedkładane przez wykonawców na wykazanie spełnienia warunków określonych w pkt 3 ppkt 4 SIWZ. Zamawiający stwierdził, że taka interpretacja spowodowała, że żaden z wykonawców nie złożył odpowiednich referencji potwierdzających wykonanie wszystkich wymaganych przez zamawiającego zadań, w związku z czym zaszła konieczność precyzyjnego określenia przez zamawiającego czynności, które powinny być potwierdzone referencjami, gdyż jest niedopuszczalne pozostawienie tej kwestii w sferze domysłów wykonawcy.

Zamawiający podniósł, że czynności dokonane po wpłynięciu protestu wykazały, że przy pozostawieniu dotychczasowych zapisów SIWZ nie byłby w stanie dokonać obiektywnej oceny ofert, w związku z czym konieczne stało się sporządzenie nowej specyfikacji, co zapobiegło naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 prawa zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego postępowanie obciążone było wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, co uzasadniało jego unieważnienie.

Niezasadnie zdaniem zamawiającego skarżący zarzucili rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej dowolność w ocenie przedstawionych dowodów. Zamawiający stwierdził, że zaskarżony wyrok zapadł po dokładnej analizie zebranego materiału dowodowego protokołu postępowania wraz z załącznikami, stanowiskami i oświadczeniami stron zaprezentowanymi w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odpowiedzi na odwołanie, a także w toku rozprawy. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła w sposób czytelny motywy, którymi kierowała się przy wydaniu orzeczenia. Wskazując, że wymóg oprotestowania czynności unieważnienia postępowania nie został zachowany i wobec tego brak podstaw do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.

#### **Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:**

Skarga okazała się zasadna i doprowadziła do zmiany zaskarżonego orzeczenia z następujących przyczyn.

Przed przystąpieniem do zasadniczych rozważań przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 194 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu.

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 ustawy - prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 194 ust. 2 cytowanej ustawy). W postępowaniu tym, w zakresie skarg dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia, wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171 poz. 1058) tj. po dniu 24 października 2008 r. - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - Sąd nie może orzekać w przedmiocie zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 198 ust. 4 wskazanej ustawy).

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w ocenie Sadu Okręgowego skarżący bezzasadnie zarzucają orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej uchybienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych, a wyrażające się w przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów. Przypisując orzeczeniu brak logiki w interpretowaniu przedstawionych dowodów skarżący nie wskazują, które dowody zostały przez Krajową Izbę błędnie ocenione i jakie okoliczności uzasadniały ustalenia odmienne. Należy zauważyć, iż stan faktyczny sprawy oparty był w głównej mierze na dokumentacji postępowania, a wiarygodność poszczególnych dokumentów nie była w toku postępowania kwestionowana. W tym zakresie Sąd przyjmuje za własne ustalenia poczynione w zaskarżonym orzeczeniu KIO bez potrzeby ich ponownego przytaczania.

Zasadne natomiast okazały się dalsze zarzuty skarżących.

Dla potrzeb rozstrzygnięcia o zasadności skargi w pierwszym rzędzie należy określić przedmiot protestu (tj. tego, co stanowiło podstawę żądania protestującego) oraz zakres odpowiadającego mu rozstrzygnięcia zamawiającego, co ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie.

Jak wynika bowiem z uzasadnienia zaskarżonego wyroku przyczyną, przez którą Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła odwołań protestujących (obecnie skarżących) było stwierdzenie, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania nie została oprotestowana i w efekcie stała się ostateczna.

Zatem zasadnicze znaczenie dla oceny skargi posiada kwestia, czy unieważnienie postępowania przez zamawiającego mieściło się w granicach czynności polegającej na rozstrzygnięciu protestu, czy też stanowiło odrębną (dalszą) czynność zamawiającego, wymagającą (dla jej wzruszenia), złożenia przez wykonawcę kolejnego protestu.

Ocenę tej kwestii należy poprzedzić uwagą, że w świetle przepisów PZP rozpoznając merytorycznie protest zamawiający obowiązany jest ustosunkować się do zarzutów oraz żądań w nim zawartych. Jeżeli stwierdzi ich zasadność winien powtórzyć czynność dokonaną z naruszeniem przepisów ustawy (prawa zamówień publicznych) albo dokonać czynności bezpodstawnie zaniechanej. W przypadku natomiast, kiedy zdaniem zamawiającego zarzuty są bezzasadne - protest powinien oddalić.

Uwzględnienie protestu oznacza zatem, że zamawiający uznaje merytoryczną zasadność protestu - zarówno zarzutów, jak i żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie przez zamawiającego oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej (por. np. Waldemar Łysakowski [w:] *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego*, Wydawnictwo Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r., s.393).

Jeżeli podstawę protestu stanowiło kilka czynności (bądź zaniechań) zamawiającego protest może zostać częściowo uwzględniony, a częściowo oddalony. W takim wypadku protestującemu służy odwołanie od rozstrzygnięcia w części oddalającej protest. Zauważyć przy tym trzeba, że za oddalenie protestu uznaje się również brak rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie (art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

Dodać należy, że rozstrzygnięcie protestu stanowi określony akt woli (oświadczenie woli) zamawiającego. Jako taki, akt ten podlega wykładni zgodnie z regulami określonymi w art. 65 k.c., (oczywiście przy uwzględnieniu wynikającego z przepisów PZP proceduralnego sformalizowania znaczenia poszczególnych oświadczeń zamawiającego).

W tym kontekście zaś podkreślić należy, że zgodnie z ogólnymi regułami wykładni oświadczeń woli, merytoryczna treść czynności zamawiającego dotyczącej rozstrzygnięcia protestu nie może być oceniana jedynie wedle tytułu pisma zamawiającego. Istotą rozstrzygnięcia jest bowiem sposób odniesienia się do żądania zgłoszonego w proteście.

Nie jest również w ocenie Sądu istotne to, czy rozstrzygnięcie protestu zawiera oświadczenia zgodne z modelem przyjętym przez ustawodawcę (a zatem, czy w świetle przepisów PZP przyjęte przez zamawiającego rozstrzygnięcie jest prawidłowe, czy też oświadczenie złożone w rozstrzygnięciu powinno stanowić odrębną - chronologicznie następną - czynność proceduralną). Istotne dla oceny, czy oświadczenie zamawiającego było złożone w rozstrzygnięciu protestu, są okoliczności świadczące o powiązaniu funkcjonalnym oświadczenia z wniesionym protestem. Jeśli zatem konkretne oświadczenie stanowi w kontekście okoliczności postępowania odpowiedź (reakcję) zamawiającego na protest mającą stanowić (w intencji zamawiającego) rozstrzygnięcie protestu (wywiązanie się z ustawowego obowiązku rozstrzygnięcia protestu), to niezależnie od poprawności proceduralnoprawnej tego rozstrzygnięcia, aktowi temu należy przypisać znaczenie zgodne z wolą zamawiającego, co kierunkuje też dalszy tok postępowania.

Kwestia ta posiada istotne znaczenie prawne, co uświadamiają realia niniejszej sprawy. Kwalifikacja aktu zamawiającego jako rozstrzygnięcia protestu lub też czynności odrębnej podlegającej oprotestowaniu, implikuje bowiem tryb zaskarżenia tej czynności.

Nie jest więc zasadne, w ocenie Sądu rozpoznającego niniejszą sprawę, dokonywanie późniejszej oceny prawnej czynności zamawiającego ze względu na jej znaczenie prawne w świetle przepisów PZP i na tej podstawie kwalifikowanie poszczególnych elementów oświadczenia zamawiającego bądź to jako mieszczących się w granicach rozstrzygnięcia protestu, bądź też takich, które powinny stanowić odrębną czynność i w zależności od wyników tej kwalifikacji - oddzielanie poszczególnych oświadczeń zamawiającego na takie, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem do KIO (są prawidłową proceduralnie reakcją zamawiającego na treść protestu) i takie, które (jako nie mieszczące się w prawnych granicach rozstrzygnięcia protestu) powinny być dla dopuszczalności odwołania dodatkowo oprotestowane przez wykonawcę. W konkretnych sytuacjach faktycznych przypisanie odrębnego znaczenia prawnego poszczególnym fragmentom stanowiącej logiczną całość czynności zamawiającego może budzić bowiem wątpliwości prawne (rozstrzygane zależnie od zapatrywań prawnych organu rozpoznającego środki prawne), co powodować może niepożądany systemowo brak stabilizacji sytuacji prawnej podmiotów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji przyjąć należy, że jeśli w świetle reguł wykładni oświadczeń woli ujmowanych w kontekście prawnym tworzonym przez reżim proceduralny PZP przypisać należy konkretnemu oświadczeniu zamawiającego znaczenie (wolę) rozstrzygnięcia protestu (odniesienia się do zarzutów protestującego), to w świetle art. 184 ust. 1 PZP (niezależnie od oceny poprawności proceduralnoprawnej tego rozstrzygnięcia i np. zawarcia w tym akcie oświadczeń, które nie powinny się w nim znaleźć) nie sposób uzależniać prawa wykonawcy do poddania kontroli prawidłowości tego rozstrzygnięcia od ponownego wniesienia protestu.

Odnosząc powyższe uwagi do materiału procesowego w niniejszej sprawie stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie unieważnienie postępowania było zawarte w jednym z punktów oświadczenia określonego przez zamawiającego jako „rozstrzygnięcie protestu (uwzględnienie protestu)”. Punkt ten został zawarty po preambule zawierającej opis protestu oraz oświadczenie, że protest został uwzględniony i „rozstrzygnięty jak poniżej”. Zatem już z treści literalnej oświadczenia zamawiającego wynika, że unieważnienie postępowania stanowić miało logiczne następstwo (efekt) uwzględnienia protestu a oświadczenie o unieważnieniu stanowiło element rozstrzygnięcia protestu. W konkluzji tej utwierdza fakt, że

po oświadczeniu o unieważnieniu postępowania oświadczone o zaniechaniu rozpatrzenia żądań zawartych w pkt. 2 i 3. protestu. Zatem logicznie przyjąć należy, że wedle zamawiającego unieważnienie postępowania stanowiło rozstrzygnięcie zgodne z żądaniami zawartymi w punkcie 1 i 4 protestu. Z treści wskazanego pisma wynika więc, iż w wyniku decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający zaniechał rozpoznawania pozostałych żądań protestującego, co wyraźnie wskazuje, że umorzenie postępowania miało zakończyć postępowanie wywołane złożonym protestem.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia, które zgodnie z przepisem art. 181 ust. 3 PZP jest obligatoryjną częścią rozstrzygnięcia protestu, wskazuje w niniejszej sprawie na to, że właśnie unieważnienie postępowania było według zamawiającego rozstrzygnięciem protestu złożonego przez skarżących. Uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu bowiem w swojej treści sprowadza się wyłącznie do wskazania przyczyny unieważnienia protestu. Nie poruszono w uzasadnieniu jakichkolwiek innych kwestii decydujących o uwzględnieniu protestu.

Wreszcie dodać należy, że redakcja całości dokumentu (zawarcie najpierw w części zawierającej rozstrzygnięcia protestu, następnie po uzasadnieniu, przedstawienie pouczenia o odwołaniu, jako środka służącym do zaskarżenia rozstrzygnięcia), także jednoznacznie wskazują na to, że intencją zamawiającego było rozstrzygnięcie protestu przez unieważnienie postępowania.

Jeśli tak, to niezależnie od kwestii poprawności prawnej przyjęcia takiej sekwencji czynności, przyjąć należy, że także od rozstrzygnięcia w zakresie unieważnienia postępowania przysługiwało wykonawcom odwołanie (a nie protest, jak to przyjęto w zaskarżonym orzeczeniu KIO).

Wniosków tych nie może zmienić powoływanie się przez zamawiającego w toku rozprawy odwoławczej na treść protokołu posiedzenia komisji przetargowej. Słusznie bowiem wskazują skarżący, że rozstrzygnięcie protestu jest uzewnętrznieniem woli zamawiającego wiążącym ten podmiot i determinującym dalszy tok postępowania przetargowego. Zatem bez znaczenia dla wykładni i kwalifikacji oświadczenia zamawiającego jako rozstrzygnięcia przetargu pozostają inne niż rozstrzygnięcie protestu dokumenty obrazujące pracę komisji przetargowej.

Unieważnienie przez zamawiającego przetargu w niniejszej sprawie należy zatem ocenić jako decyzję wydaną w wyniku jego rozpoznania i rozstrzygnięcia, zaskarżalną w drodze odwołania, bez potrzeby uprzedniego oprotestowania.

Dodać też w tym miejscu należy, że jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na to, iż nie zostało w całości lub w części poprzedzone protestem, to w takim zakresie nie powinna odwołania oddalać, ale - zgodnie z regulacją art. 187 ust. 4 pkt 2 prawa zamówień publicznych - odrzucić. Skarżący w odwołaniu w sposób jednoznaczny wyraził wolę zaskarżenia również rozstrzygnięcia unieważniającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli więc KIO uznawała, iż odwołanie w tym zakresie nie przysługuje, to powinna odrzucić odwołanie w tej części na podstawie powołanego przepisu.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała zatem wadliwej wykładni przepisów art. 180 ust 1 i 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji skutkowało błędnym przyjęciem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone.

Jak wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia powyższe, wadliwe ustalenie stanowiło przyczynę oddalenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą mimo, że w uzasadnieniu swojego orzeczenia jeden zarzutów odwołujących się Izba uznała za zasadny. Niewątpliwie uchybienie to miało istotny wpływ na wynik postępowania uniemożliwiając wykonawcom uzyskanie zamówienia publicznego.

W konkluzji dotychczasowych rozważań przyjąć należy, że skarżącym przysługiwało odwołanie także w tej części rozstrzygnięcia zamawiającego, która dotyczyła unieważnienia postępowania jako rozstrzygnięcia protestu, co z kolei powoduje konieczność ponownego dokonania oceny merytorycznej argumentów zawartych w proteście i odwołaniu przez Sąd (art. 198 PZP)

Wnosząc protest na czynności zamawiającego dokonane w toku badania i oceny ofert skarżący domagali się uchylenia czynności wyboru, wykluczenia wybranego wykonawcy, odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej z ofert ważnych. Opisanym wyżej pismem z dnia 5 marca 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców, że protest został uwzględniony i rozstrzygnięty w ten sposób, że zamawiający uchylił czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”, dokonał ponownej oceny ofert, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stwierdził, że z uwagi na podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania brak było podstaw do rozpatrzenia pozostałych żądań.

Mimo oznaczenia pisma rozstrzygającego protest jako „uwzględnienie protestu”, zamawiający uczynił zadość jedynie dwóm (spośród czterech) żądaniom protestujących, tj. uchyleniu czynności wyboru i ponownej oceny ofert. Już zatem porównanie żądań protestu oraz zakresu odpowiadającego mu rozstrzygnięcia zamawiającego prowadzi do wniosku, że część żądań protestujących nie została uwzględniona (co jest równoznaczne z ich oddaleniem). Otworzyło to protestującym drogę do wniesienia odwołania niezależnie od opisaney wyżej kwestii rozstrzygnięcia protestu przez unieważnienie postępowania, o co w proteście nie wnoszono.

W doktrynie wskazuje się, że postępowanie wywołane złożeniem protestu stanowi pewnego rodzaju postępowanie reklamacyjne, w którym zamawiającemu umożliwia się naprawienie dostrzeżonych uchybień bez potrzeby angażowania podmiotów zewnętrznych (organów i sądów). Nie oznacza to jednak dowolności zamawiającego w zakresie wydawanego rozstrzygnięcia, gdyż rozpoznając protest pozostaje on związany żdaniami zawartymi w tym środku ochrony prawnej (tak Waldemar Łysakowski *ibidem*, por. także J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. elektr. LEX 2007, komentarz do art. 183, teza 2 oraz art. 191 teza 4).

Z przywołanym poglądem należy się zgodzić, zastrzegając jedynie, że związanie żdaniami protestu dotyczy sposobu załatwienia protestu (np. zmiany warunków SIWZ), nie oznacza natomiast, że powtarzając lub podejmując oprotestowaną czynność (której uprzednio zaniechał) zamawiający ma obowiązek ich wykonania wyłącznie w taki sposób, jakiego oczekuje od niego protestujący (np. dokonania wyboru oferty protestującego podczas, gdy ofertę korzystniejszą przedstawił inny podmiot). W każdym jednak razie rozpoznając protest zamawiający nie może wykroczyć poza granice wyrażanych w nim żądań przez wydanie rozstrzygnięcia pozostającego poza zakresem oprotestowanym (np. zmienić przy tej okazji nie objęte protestem, niewłaściwie ustalone warunki udziału wykonawców w postępowaniu - tak Waldemar Łysakowski *ibidem*).

W niniejszym postępowaniu zamawiający rozpoznając protest nie był zatem władny podjąć decyzji o unieważnieniu postępowania. Żądanie takie nie stanowiło przedmiotu wniesionego protestu, w proteście nie przedstawiono również argumentacji wskazującej na zaistnienie przesłanek do unieważnienia postępowania, stąd też zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 na tym etapie postępowania nie było zasadne. Zamawiający, w przypadku uznania na tym etapie przetargu, że postępowanie obarczone jest wadą obowiązany był wstrzymać się z podjęciem decyzji o umorzeniu postępowania do czasu, gdy oprotestowana czynność stanie się ostateczna (w wyniku rozpoznania odwołania lub upływu terminu do jego wniesienia), względnie powinien dokonać odrębnej czynności polegającej na unieważnieniu postępowania. Nie mógł natomiast w ramach rozstrzygnięcia protestu (w rozpoznawanym przypadku - w toku ponownej oceny ofert) podjąć decyzji, która wykraczała poza jego granice.

Zarzut naruszenia przywołanego przepisu okazał się zatem uzasadniony, jednakże jego sformułowanie na etapie postępowania skargowego mogło przybrać jedynie postać błędnego uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że postępowanie zostało ostatecznie unieważnione, nie zaś przyjęcia nieprawidłowej podstawy unieważnienia postępowania.

Za przedstawionym wyżej stanowiskiem przemawia również dyspozycja art. 183 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, której - co wymaga podkreślenia - również uchybił zamawiający. Zgodnie z tym przepisem w sytuacji, gdy przynajmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione - a jak już wspomniano w niniejszej sprawie nie zostały uwzględnione dwa żądania protestującego, określone w pkt 2 i 3 protestu - powtórzenie przez niego czynności może nastąpić dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Dopóki zatem protest nie zostanie ostatecznie rozstrzygnięty, dopóty powtórzenie oprotestowanej czynności nie może nastąpić. Przedmiotowa zależność (odniesienie do sytuacji, w której choćby jedno z żądań nie zostało uwzględnione) potwierdza, że zarówno rozpoznanie protestu jak i czynności podjęte w wykonaniu jego rozstrzygnięcia pozostawać muszą w zakresie zgłoszonych przez protestującego żądań.

Na marginesie zauważyć można, że konsekwencją niezastosowania powyższej regulacji jest również naruszenie przewidzianego w art. 185 ust. 6 prawa zamówień publicznych wymogu niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o powtórzeniu lub dokonaniu oprotestowanych czynności. Przez określenie „niezwłocznie” nie należy jednak rozumieć zawiadomienia jednocześnie z rozstrzygnięciem protestu - jak to uczynił zamawiający. W takiej bowiem sytuacji ustanowienie wskazanego obowiązku byłoby bezprzedmiotowe.

W konkluzji należy stwierdzić, iż zamawiający rozstrzygnął protest w sposób nieprawidłowy, tj. niezgodny z wymienionymi przepisami prawa.

Decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania, której - jak słusznie podnieśli skarżący - nie wyjaśnia dostatecznie treść lakonicznego uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, nie była również zasadna z innych przyczyn.

Zaznaczyć w tym miejscu trzeba, że treść pisma z dnia 5 marca 2009 r. informująca o rozstrzygnięciu i uwzględnieniu protestu nie pozwala na stwierdzenie jakie były przyczyny uchylecia czynności wyboru Konsorcjum spółek DGP Dozorbud Grupa Polska oraz „Dozorbud-Serwis”. Mając na uwadze, że zamawiający w treści tego pisma deklarował uwzględnienie protestu wydaje się, że uchylił wybór oferty wskazanego wykonawcy uznając przynajmniej jeden z zarzutów protestującego za zasadny. W każdym razie podstawą tego rozstrzygnięcia nie były wątpliwości zamawiającego odnośnie sformułowań SIWZ, skoro te - jak wynika jednoznacznie z treści uzasadnienia tego pisma - stanowiły jedynie przyczynę decyzji określonej w punkcie 3) „Rozstrzygnięcia protestu” tj. unieważnienia postępowania.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu nie wskazuje jednak - co słusznie podnieśli skarżący - jakie wątpliwości co do zakresu referencji określonych w SIWZ miał zamawiający oraz dlaczego skutkowały one koniecznością umorzenia postępowania, co uniemożliwiło ocenę zasadności tej czynności w ramach kontroli odwoławczej.

Nie stanowią również przekonującego uzasadnienia dla takiego rozstrzygnięcia, twierdzenia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na skargę. W piśmie tym zamawiający wskazał, iż po analizie treści SIWZ uznał, że czynności wchodzące w zakres wykazu wymaganych przez niego usług (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) opisane zostały bardzo szczegółowo. Jego zdaniem mogła przy tym powstać sugestia, że tak opisanemu zakresowi miały odpowiadać preferencje przedkładane przez wykonawców na wykazanie spełnienia warunków określonych w pkt 3 ppkt 4 SIWZ wskazującego, iż w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia do oferty należy dołączyć wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o

udzielenia zamówienia, odpowiadających rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż taka interpretacja zapisów SIWZ spowodowała, że żaden z wykonawców nie złożył odpowiednich referencji potwierdzających wykonanie wszystkich wymaganych przez zamawiającego zadań, w związku z czym zaszła konieczność doprecyzowania zapisów i sporządzenie nowej specyfikacji.

Otóż stwierdzić należy, że w sytuacji, kiedy zapisy SIWZ miały sugerować, że stawiane warunki są wyższe od rzeczywiście oczekiwanych przez zamawiającego, złożenie przez wykonawców dokumentów odpowiadających tej sugestii nie może być traktowane jako uchybienie (skoro złożyli dokumenty bardziej szczegółowe aniżeli wymagał). W przypadku natomiast, gdy - nie ulegając tej sugestii - żaden z wykonawców biorących udział w przetargu nie złożył wymaganych dokumentów, to wszystkie oferty winny zostać odrzucone, a postępowanie umorzone z uwagi na brak ofert ważnych. Postępowanie zamawiającego w istocie może rodzić więc wrażenie, że zmierzał on do zachowania udziału w postępowaniu wykonawcy, w odniesieniu do którego wybór oferty został uchylony, co czyniłoby trafnym podniesiony w postępowaniu odwoławczym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych.

Decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie była zatem w świetle materiału procesowego przedstawionego pod osąd Sądu zasadna.

Uchybienie to miało jednocześnie istotny wpływ na wynik postępowania. Polegało nie tylko na przekroczeniu granic postępowania protestacyjnego, ale także pozbawiało skarżącego szansy na dokonanie (ewentualne) wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy w wyniku wygranego przetargu. Tym samym trafnie zarzucili skarżący zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie przepisu art. 191 ust. 1a prawa zamówień publicznych.

W odniesieniu do zasadności poszczególnych zarzutów zawartych w proteście podzielić należy argumentację przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, bez potrzeby ponownego przytaczania zawartej tam argumentacji. W efekcie uznając za uzasadniony zarzut naruszenia normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na pominięcie w „Programie wykonania usługi” harmonogramu koszenia traw i akrylowania podłogi, orzec należało na podstawie art. 186 §1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 PZP o zmianie zaskarżonego rozstrzygnięcia. Na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 PZP należało rozstrzygnąć o obowiązkach zamawiającego w zakresie zakwestionowanej w odwołaniu czynności.

\\,O

Rozstrzygnięcie całkowicie zgodnie z wnioskiem skarżących nie było jednak możliwe z następujących przyczyn. Należy zauważyć, że sposób rozstrzygnięcia skargi determinują przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, w której brak regulacji upoważniającej Sąd do nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty oraz wyboru oferty skarżącego (por. 198 ust 2 PZP oraz 191 ust. 1 i 2 PZP). Przeciwno uwzględnieniu takiego żądania przemawia natomiast treść zakazu określonego w art. 191 ust. 5 prawa zamówień publicznych.

Z przedstawionych przyczyn uwzględniając skargę należało na podstawie art. 198 §2 prawa zamówień publicznych w zw. z art. 386 §1 k.p.c. zmienić zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej i nakazać zamawiającemu uchylenie (unieważnienie) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonać ponownej oceny ofert. W jej wyniku, jeżeli stwierdzi, że oferta określonego wykonawcy jest nieważna (nie spełnia wymogów formalnych) winien ją odrzucić i ewentualnie wykluczyć z udziału w postępowaniu, a w przypadku, gdyby miało dotyczyć to obu oferentów - umorzyć postępowanie.

Konsekwencją rozstrzygnięcia zawartego w pkt I była konieczność modyfikacji orzeczenia o kosztach postępowania przed KIO (pkt II sentencji). Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, kosztami postępowania został obciążony zamawiający. Koszty ustalono stosownie do treści orzeczenia KIO (4574 zł) oraz przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, Dz. U. Nr 128, poz. 886) kształtujących wysokość wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w postępowaniu przed tym organem (łącznie 3617 zł).

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 198 ust. 5 prawa zamówień publicznych w punkcie III sentencji. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. W związku z tym, iż skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego jej wniesieniem należało obciążyć skarżącego. Na koszty te składała się równowartość opłaty od skargi w wysokości 3000 zł, którą skarżącym jako współuczestnikom materialnym należało tym samym zwrócić, oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone (wobec braku regulacji dotyczącej wysokości wynagrodzenia w postępowaniu ze skargi) przy odpowiednim zastosowaniu §10 ust. 1 pkt. 4 w zw. z §2 ust. 1 i j 12 ust. 1 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Związku /kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowiony<sup>©</sup> Urzędu<sup>(Dz?U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.)</sup>.

t . \Na oryginalne właściwe podpisy

f<sup>1</sup>t -/A, H Za zgodność /

1 ,cf Sekretarz Sądowy

/ St. Sekretarz/SSą4owv

*Monna /Mackiewicz*