

WYROK
z dnia 7 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SILTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UNITRONEX Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WB Electronics Spółka Akcyjna w Ożarowie Mazowieckim., SRCTec, LLC z siedzibą w North Syracuse, USA, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SILTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UNITRONEX Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SILTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UNITRONEX Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

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

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę radarów rozpoznania pola walki.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 167-3-4774 z dnia 29.08.2015 r.

W dniu 24.06.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SILTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UNITRONEX Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem niewykonania żądań odwołania, którego zarzuty Zamawiający w całości uwzględnił oraz wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 186 ust. 2 zd. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym KIO 887/16,
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu - zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016 r.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia harmonogramu przewidywanych czynności z dnia 15 czerwca 2016r. (pismo nr Y/7069/16 w załączeniu) w zakresie pkt 3 i 4,
- 2) unieważnienie czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień (patrz pkt 1 powyżej) w zakresie dokumentu - zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r.,
- 3) zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

W interesie każdego Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. Niewątpliwie, Odwołujący może ponieść szkodę na skutek zaniechań oraz czynności podjętych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Odwołujące się Konsorcjum firm złożyło bowiem ważny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, potwierdzając spełnienie wszystkich warunków udziału oraz brak wystąpienia przesłanek do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Na skutek błędnych działań Zamawiającego, Odwołujący został niesłusznie wykluczony z postępowania, od której to czynności złożył odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, co zostało potwierdzone w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2016r., KIO 887/16. Jednak pomimo uwzględnienia odwołania w całości, Zamawiający na obecnym etapie postępowania podejmuje czynności (zgodnie z pkt. 3 i pkt. 4 pisma nr V/7069/16), które pozostają w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania w całości, w szczególności zaś wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie ulega również wątpliwości, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w kwestionowaniu czynności Zamawiającego podjętych po ogłoszeniu postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ stoją one na przeszkodzie w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Tym samym, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysków zakładanych w przypadku udzielenia mu zamówienia publicznego.

Odnosząc się do terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący pragnie wskazać, iż zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, złożył on odwołanie w terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o zamiarze Zamawiającego (pismo V/7069/16 z dn. 15 czerwca 2016 r.) oraz wezwania do złożenia wyjaśnień (pismo W7452/16 z dn. 23 czerwca 2016 r.). Ponieważ

informacja o ponownych czynnościach Zamawiającego została przesłana dnia 15 czerwca 2016r. a wezwanie 23 czerwca 2016 r., termin 10 - dniowy na złożenie odwołania został dochowany.

[...]

: Odnosząc się szczegółowo do podniesionych zarzutów, Odwołujący pragnie wskazać, co następuje. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący występuje jako Konsorcjum firm. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył dokumenty, mające wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Zamawiający zakwestionował złożone we wniosku oświadczenie złożone przed notariuszem, zaświadczające o niekaralności Pana W.V.S., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu członka Konsorcjum, tj. Unitronex Poland Sp. z o.o. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na które to wezwanie Odwołujący odpowiedział, uzupełniając właściwy dokument. Ponadto Odwołujący złożył dodatkowe pismo nr DRS/1126/2016 z dnia 24 kwietnia 2016 r. zawierające tłumaczenie przysięgłe

uzupełnionego dokumentu, które w procesie oceny wniosków nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego, (dowód: pismo nr DRS/1126/2016 z dnia 24 kwietnia 2016 r.) W dniu 16 maja 2016r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym również o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Na czynność wykluczenia z postępowania Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 13 le ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentu - zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r. i nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień i tłumaczenia przysięgłego dokumentu z dnia 27 kwietnia 2016r. W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosił o: - unieważnienie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, - dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności wniosku Odwołującego i wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art.

26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie dokumentu wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r. lub uwzględnienie wyjaśnień i tłumaczenia przysięgłego złożonych Zamawiającego w dniu 27

kwietnia 2016r., - zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu przedmiotowego postępowania. Ponadto Odwołujący podniósł dodatkowe zarzuty oraz wnioski dotyczące innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jednakże ostatecznie wycofał się z nich na dalszym etapie postępowania odwoławczego. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło trzech wykonawców, jednakże w dniu 2 czerwca 2016r. Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł na piśmie odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. W odpowiedzi, dwóch z przystępujących po stronie Zamawiającego wniosło sprzeciw wobec czynności uwzględnienia odwołania w całości. W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący cofnął zarzuty dotyczące pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym przystępujących, co spowodowało wycofanie z ich strony złożonych sprzeciwów. Jednocześnie, Zamawiający podtrzymał swoją czynność uwzględnienia odwołania w całości w zakresie pozostawionych przez Odwołującego zarzutów. Powyższy stan postępowania odwoławczego został szczegółowo opisany w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej o umorzeniu postępowania z dnia 8 czerwca 2016r., KIO 887/16 (str. 13-14 oraz 18 uzasadnienia postanowienia). Zamawiający tym samym uwzględnił odwołanie w całości, zgodnie z brzmieniem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, co potwierdziła Izba w uzasadnieniu postanowienia wskazując: „W konsekwencji,

Zamawiający, a ściślej jego czynność uwzględnienia odwołania w całości należy odnieść do zakresu odwołania podtrzymanego przez Odwołującego, tym bardziej, że oświadczenie takiej treści złożył na posiedzeniu sam Zamawiający”. W związku z powyższym, Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. W ocenie Odwołującego, ustalenie, że Zamawiający dokonał uwzględnienia odwołania w całości w rozumieniu art.

186 ust. 2 ustawy Pzp ma doniosłe znaczenie dla dalszego toku postępowania. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu, jeżeli Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania w całości, to jest zobowiązany do wykonania czynności wskazanych przez odwołującego w żądaniach zawartych w odwołaniu: „W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Tymczasem w dniu 15 czerwca 2016r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo, w którym poinformował go o unieważnieniu czynności informacji o wynikach oceny w postępowaniu i unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, jednocześnie wskazując, iż wezwie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dokumentu wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r. oraz ponowi czynność w postaci oceny dokumentów Odwołującego, (dowód: pismo nr V/7069/16 z dnia 15 czerwca 2016r.) W odpowiedzi na niniejsze pismo, Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż opisane wyżej

czynności pozostają w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania w całości oraz z brzmieniem postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2016r., KIO 887/16. Zamawiający jednakże nie podjął się czynności naprawczych w tym zakresie, podtrzymując swoją informację z pisma nr V/7069/16 (pkt 3 i pkt 4). (dowód: odpowiedź Zamawiającego nr V/7358/16 z dnia 22 czerwca 2016 r.) W dniu 23 czerwca 2016r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dokumentu - zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r. (dowód: wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 23 czerwca 2016r.) W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, jak również pozostaje w sprzeczności z czynnościami podjętymi w przedmiotowym postępowaniu dotyczącymi uwzględnienia odwołania w całości. Przede wszystkim, Zamawiający naruszył art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie wykonując wszystkich czynności wnioskowanych przez Odwołującego w poprzednim postępowaniu odwoławczym KIO 887/16. Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący żądał nie tylko unieważnienia czynności informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, ale również wskazał na najdalej idące żądanie, tj. zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu postępowania. Tymczasem w piśmie informującym (nr V/7069/16) z dnia 15 czerwca 2016r., Zamawiający w żaden sposób nie odnosi się do żądanej czynności zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania, pomimo uwzględnienia odwołania w całości. Tym samym, Zamawiający nie wykonał wszystkich żądań odwołania, pomimo takiego obowiązku wynikającego wprost z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie, Zamawiający w sposób nieprawidłowy wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dokumentu wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z dnia 29 stycznia 2016r. oraz ponowił czynność w postaci oceny dokumentów Odwołującego. W ocenie Odwołującego, wskazane wyżej czynności również stoją w sprzeczności z brzmieniem żądań podniesionych w odwołaniu oraz z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący w poprzednim odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu KIO 887/16 podniósł żądania dalej oraz mniej idące, przy czym nie wskazał, które z żądań są ewentualnymi. Żądaniem najdalej idącym było żądanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania i skorelowane z tym żądanie o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz unieważnienie informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a także zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu postępowania. Równolegle, Odwołujący

złożył żądanie o dokonanie ponownej oceny wniosku Odwołującego oraz wezwanie go do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Niewątpliwie dwa ostatnie żądania były daleko mniej idące, niż żądania wymienione powyżej. Przyjmując taką konstrukcję zarzutów, Zamawiający przy uwzględnieniu odwołania w całości winien był wykonać żądania najdalej idące, czyli przede wszystkim powinien był zakwalifikować Odwołującego do dalszego etapu postępowania. Dokonując tej czynności, jednocześnie zrealizowałby również żądania mniej idące, co wynika z uwzględnienia odwołania w całości potwierdzonego przez

Zamawiającego na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i ujętego w postanowieniu (syg. akt. KIO 887/16) Tymczasem, Zamawiający niejako wybrał sobie poszczególne czynności do zrealizowania spośród wszystkich żądań Odwołującego, przy czym, warto podkreślić, nie był do tego uprawniony ze względu na fakt, iż Odwołujący nie określił żadnego z podniesionych żądań jako ewentualnego. Skoro zatem Zamawiający na mocy art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp był zobowiązany do dokonania najdalej idącej czynności w postaci zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu przedmiotowego postępowania, bezcelowym jest wzywianie go na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Z powyższych powodów, należy uznać, że czynności wskazane w pkt 3 i 4 pisma Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2016r. pozostają w sprzeczności z czynnością uwzględnienia odwołania w całości oraz art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp. Odwołujący chciałby w tym zakresie wskazać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015r., KIO 675/15: „W świetle art. 186 ust. 2 i 3 ZamPublU, uwzględnienie zarzutu w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący.

Jeśli Zamawiający stwierdza zatem, że okoliczności sprawy opisane w zarzutach są jedynie w pewnym zakresie słuszne lecz nie uzasadniają wykonania żądań zawartych w odwołaniu, to nie może uwzględnić zarzutów odwołania w całości, gdyż nie jest w stanie spełnić żądań wynikających z odwołania. (...) W niniejszej sprawie Zamawiający, formalnie uwzględniając w całości zarzuty, w tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, przez zaniechanie odrzucenia oferty, de facto uznał, że wykonanie czynności odrzucenia oferty nie jest uzasadnione, gdyż wykonawca podlega wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, ewentualnie do wyjaśnienia treści oferty. Zdaniem Izby, uwzględnienie zarzutu w powyższym zakresie nie stanowi uwzględnienia odwołania w całości, w rozumieniu art. 186 ust. 2 i 3 ZamPublU. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający naruszył ww. przepis w wyniku złożenia oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, podczas gdy w rzeczywistości zarzuty te zostały jedynie uwzględnione w części, co skutkowało de facto niewykonaniem żądań zawartych w odwołaniach. Choć opisana tu praktyka jest często stosowana przez zamawiających, w ocenie Izby nie jest ona prawidłowa, ponieważ prowadzi do piętrzenia się odwołań składanych pomimo uprzedniego uwzględnienia w całości poprzednio złożonych

odwołań, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji prowadzi to uwikłania wykonawców w kolejne czynności podejmowane w postępowaniu oraz związane z tym ponoszenie dodatkowych kosztów, a to wszystko - do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia.” W przedmiotowym wyroku Izba przyznała rację wykonawcy, który odwoływał się od zaniechania przez Zamawiającego wykonania żądań odwołania uwzględnionego w całości i wskazała na nieprawidłowość praktyki zamawiających stosowanej w tym zakresie. Biorąc pod uwagę przedstawiony wyżej stan faktyczny oraz stan prawny, jak również stanowisko orzecznictwa w zakresie interpretacji przepisów art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przedmiotowe odwołanie jest uzasadnione.

[...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny i przedstawia się w sposób opisany w treści odwołania przytoczonej powyżej

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przedmiotem odwołania jest czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień na temat przedłożonego przezeń dokumentu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia oraz zaniechanie przez Zamawiającego pełnego wykonania żądań odwołania z dnia 25 maja 2016 r., którego zarzuty zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego (postępowanie umorzone postanowieniem Izby z dnia 8 czerwca 2016 r.) w zakresie żądania najdalej idącego – zaproszenia Odwołującego do składania ofert.

W odniesieniu do obu powyższych przypadków Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu ich na drodze środków ochrony prawnej i nie może w tym zakresie na drodze odwołania żadnej ochrony prawnej uzyskać.

Po pierwsze sama czynność wezwania do wyjaśnień, o których mowa w art. 23 ust. 4 ustawy, w żaden sposób nie narusza interesów wykonawcy w postępowaniu i nie grozi mu powstaniem szkody. Wykonawca może zarówno wyjaśnienia złożyć, jak też ich odmówić, uznając, że dokumenty przedstawione Zamawiającemu są jasne i potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. To nie brak wyjaśnień albo ich ewentualna „jakość” będzie podstawą ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przy pomocy złożonych dokumentów. Brak wyjaśnień nie będzie zwalniał Zamawiającego z ustalenia czy np. dane zaświadczenie z FBI w zestawieniu z oświadczeniem wykonawcy wystarczająco potwierdza brak podstaw do wykluczenia. Oczywiście złożenie wiarygodnych i rozwiewających wszelkie wątpliwości Zamawiającego wyjaśnień znacznie zwiększa szansę przekonania Zamawiającego i uzyskania decyzji w postępowaniu korzystnej dla wykonawcy, niemniej jednak jest jedynie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu czynnością pomocniczą, która nie znajduje żadnego formalnego odzwierciedlenia w przesłankach wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnośnie stanowiącego przedmiot odwołania naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykonania wszystkich żądań uwzględnionego uprzednio odwołania, Izba stwierdza, że wykonawcom nie przysługuje odwołanie oparte o naruszenie ww. przepisu w związku z brakiem interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów, które nie dotyczą materialnych obowiązków zamawiającego w postępowaniu. Norma ta nie stanowi jakiegokolwiek materialnoprawnej podstawy do nakazania czegokolwiek Zamawiającemu, a stwierdzanie jego naruszenia przez Zamawiającego byłoby jedynie zbędnym formalizmem sprowadzającym się do deklaratoryjnego potępienia zamawiających za nazbyt pochopne uwzględnianie zarzutów odwołań.

W Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.” interpretację powyższego przepisu omówiono w sposób następujący:

Nie wymaga dodatkowego omówienia notoryjny fakt, iż w wielu wypadkach zamawiający uwzględniają odwołania w sposób nieprzemyślany i błędny – np. w związku z brakiem czasu na weryfikację zarzutów, w obawie poniesienia kosztów postępowania odwoławczego, czy w związku z zaistnieniem szeregu innych, pozamerytorycznych okoliczności tego typu. Po czym uchylają się od wykonania czynności w sposób wskazany w żądaniach uwzględnionego odwołania.

Tymczasem, w związku z dosłownym brzmieniem przepisów wskazującym na obowiązek zamawiającego wykonania określonych czynności w postępowaniu, zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 (in fine) był często formułowany w odwołaniach wnoszonych przez wykonawców, a także stawał się podstawą prawną dla formułowanych w tym zakresie żądań. W przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a następnie wykonania przez zamawiającego czynności nowych lub powtórzonych niezgodnie z żądaniem odwołania, odwołujący żądali nakazania zamawiającemu wykonania żądań

odwołania uprzednio uwzględnionego w sposób wskazany w dyspozycji ww. przepisów tylko w oparciu o tę normę, nie powołując w tym zakresie żadnych dodatkowych zarzutów (dotyczących niezgodności czynności zamawiającego z innymi materialnymi normami Pzp odnoszącymi się do postępowania o udzielenie zamówienia).

Niejednokrotnie, w przypadku niezasadnego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, uwzględnienie żądań ponownego odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy, prowadziłyby do nakazywania egzekwowlalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Konieczne stało się więc odejście w orzecznictwie od samonarzucającej się w tym zakresie, literalnej wykładni ww. przepisów oraz taka ich wykładania i zastosowanie, które uwzględnią cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego.

I tak, w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 217/12), Izba wyraziła pogląd o niedopuszczalności zadośćuczynienia żądaniom uwzględnionego odwołania, gdyby prowadziło to do niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Również według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2296/12), pomimo stwierdzenia, że fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania nie budzi żadnych wątpliwości, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. Także w wyroku z dnia 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2804/12) Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołującego się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości, a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu.

Jak wynika z powołanego orzecznictwa, czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, a tym samym orzekaniu Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie. Jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, takiej kontroli podlegać nie będą – odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Samo wskazanie w przepisie art. 186 ust. 3, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze środków ochrony prawnej. Przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny, niż żądano w uwzględnionym odwołaniu,

stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 3 Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą (i w jego sferze wywołuje skutki prawne), nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. W takim ujęciu ograniczenie się do literalnej wykładni art. 186 ust. 2 i 3 dokonywanej przez odwołujących łączyłoby się zatem z naruszeniem innych przepisów ustawy.

W podsumowaniu przyjęć więc można, iż w orzecznictwie Izby przesądzano, że przepisy art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, nie stanowią i nie mogą stanowić samoistnej, materialnoprawnej podstawy do nakazania zamawiającemu wykonania czynności zgodnie z żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. Podkreślono natomiast ich znaczenie w zakresie środków ochrony prawnej – w przypadku wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania. W takiej sytuacji odwołania były odrzucane na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy (np. postanowienie Izby z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2450/12).

Skład orzekający Izby w pełni podziela powyższe stanowisko.

Reasumując, fakt uwzględnienia zarzutów odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp, nie oznacza, że Zamawiający musi wykonać wszystkie żądania odwołania co do joty. W przypadku, gdy uzna, że co innego nakazują mu przepisy prawa – może, a nawet powinien wykonać w postępowaniu czynności inaczej niż żądano tego w odwołaniu. Dokonanie czynności niezgodnie z żądaniem odwołania - w tym wypadku ponowne wykluczenie wykonawcy i niezaproszenie go do składania ofert – będzie czynnością nową, którą wykonawcy będą mogli zakwestionować w drodze odwołania, na którego wniesienie termin liczony będzie zgodnie z art. 182 ust. 1, tj. od daty podjęcia tej czynności. I w przypadku, gdy Zamawiający ponownie nie zmieni zdania i takiego odwołania nie uwzględni, kwestia prawidłowości wykluczenia zostanie wreszcie oceniona przez Izbę w zakresie jej zgodności z przepisami prawa określającymi egzekwowanie warunków udziału w postępowaniu, a nie z normą art. 186 ust. 3 Pzp. Podstawą uwzględnienia lub oddalenia takiego odwołania będzie istnienie bądź nieistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy i prawidłowość nowej czynności w tym zakresie, a nie jej zgodność

bądź niezgodność z art. 186 ust. 3 i żądaniami uprzednio uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania.

Kwestia zgodności powtórzonej po uwzględnieniu odwołania czynności z żądaniami tego odwołania ma natomiast znaczenie w kontekście przesłanek odrzucenia odwołania - w przypadku gdy zamawiający wykonuje swoją czynność w zgodzie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcy nie mogą kwestionować jej na drodze środków ochrony prawnej (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....