

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **PLESMAR Sp. z o.o. (lider), CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A, CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES COPROSA S.A, COPROSA POLSKA Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 101 lok. 11, 02-011 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. (lider) oraz UAB ALKESTA** z siedzibą dla lidera: **ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lipca 2013 r. oraz nakazuje zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**

KIO 1789/13 1

-
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: PLESMAR Sp. z o.o. (lider), CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A, CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES COPROSA S.A, COPROSA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: Al. Jerozolimskie 101 lok. 11, 02-011 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: PLESMAR Sp. z o.o. (lider), CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A, CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES COPROSA S.A, COPROSA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: Al. Jerozolimskie 101 lok. 11, 02-011 Warszawa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.**

KIO 1789/13 2

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

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Działdowo, w ramach Projektu POII 7.1- 41 „Modernizacja Linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa-Gdynia - obszar LCS Działdowo”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie – konsorcjum w składzie: PLESMAR Sp. z o.o. (lider), CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A., CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES COPROSA S.A., COPROSA POLSKA Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. zaniechania sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty,
2. zaniechanie rzeczywistego udostępnienia odwołującemu wglądu do całości protokołu z postępowania.

Z ostrożności odwołujący wniósł także odwołanie od:

1. czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że wykazał spełnienie wyznaczonych warunków,
2. zaniechania wezwania odwołującego do przedłożenia wyjaśnień co do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez niewskazanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie podania rzeczywistej, konkretnej i wyczerpującej przyczyny wykluczenia,
2. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania bez prawidłowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego wykluczenia, a w konsekwencji brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

a także zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458), poprzez utrudnianie odwołującemu wglądu do całości protokołu z postępowania.

Gdyby Izba nie uznała zasadności zarzutów wskazanych powyżej, odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z uczestnictwa w postępowaniu pomimo, że ten wykazał spełnienie wyznaczonych warunków udziału i w konsekwencji uznanie złożonej przez odwołującego oferty za odrzuconą,
2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłożenia wyjaśnień co do przedłożonych przez niego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy zamawiający powziął wątpliwości co do treści przedłożonych przez odwołującego

dokumentów.

Odwolujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 12 lipca 2013 r. w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W zakresie zarzutu braku uzasadnienia faktycznego dla decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania odwołujący podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w uzasadnieniu faktycznym (pismo z dnia 12 lipca 2013 r.) do tego, dlaczego przedłożone przez odwołującego dokumenty wykazujące posiadane przez wskazane osoby doświadczenie (G..... K..... oraz A..... K.....) nie zostały zaakceptowane.

Odwolujący stwierdził, że zamawiający w swojej decyzji z dnia 12 lipca 2013 r. nie wskazał w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego dla decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, ponieważ w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest

KIO 1789/13 5

zobowiązany podać szczegółowo i precyzyjnie podstawę faktyczną (oraz prawną) takiego rozstrzygnięcia, co wynika wprost z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwolując się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP/961/11 wskazał: „Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia”.

Podniósł, że dowód zaistnienia przesłanek obligujących do wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym jako na podmiocie, który ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny, a zatem wykluczenie danego wykonawcy z postępowania powinno zostać przez zamawiającego udowodnione w ramach podanego uzasadnienia tej czynności – odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2013 r. o sygn. akt KIO 918/13.

Zaznaczył, że wprawdzie przepis art. 24 ust. 3 ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o podstawach wykluczenia, to jednak należy przyjąć, że powinno być ono wskazane w sposób, który nie wprowadzi wykonawcy w błąd, a przede wszystkim w sposób dający wykonawcy możliwość merytorycznego odniesienia się do przesłanek wykluczenia.

Zdaniem odwołującego w związku z brakiem konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dla decyzji o wykluczeniu odwołującego, nie może on w sposób prawidłowy odnieść się do przesłanki wykluczenia wskazanej w decyzji zamawiającego.

W ocenie odwołującego uzasadnienie faktyczne dla wykluczenia odwołującego stanowi w tym przypadku jedynie proste przepisanie warunków udziału w postępowaniu dla doświadczenia wymaganego od kierownika robót drogowych oraz kierownika robót torowych, w związku z czym może jedynie domniemywać, że został wykluczony z postępowania z powodu tego, że przedstawione przez niego uzupełnione Wykazy doświadczeń G..... K..... oraz A..... K....., z bliżej nieznanymi odwołującemu powodów, nie potwierdziły wymaganego przez SIWZ doświadczenia.

Oświadczył, że obydwaj specjaliści legitymują się doświadczeniem znacznie przewyższającym minimalne wymogi postawione przez zamawiającego.

Konkludując, odwołujący stwierdził, że zamawiający poprzestał jedynie na ogólnym stwierdzeniu i w zasadzie w ogóle nie odniósł się do przedłożonych przez odwołującego w dniu 23 maja 2013 r., uzupełnionych Wykazów dotyczących doświadczenia G..... K..... oraz A..... K....., stąd - na obecnym etapie - odwołujący nie jest w stanie kompleksowo odnieść się do przyczyn będących rzeczywistą podstawą do wykluczenia go

z postępowania przez zamawiającego, co oznacza, że wywód odwołującego zawarty

KIO 1789/13 6

w dalszej części odwołania stanowi jedynie polemikę z hipotetycznymi, a nie rzeczywistymi powodami wykluczenia go z postępowania.

Dodatkowo wskazał, że obowiązek informacyjny wskazany w art. 24 ust. 3 ustawy Pzp stanowi przejaw wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu utrudniania wglądu do protokołu z postępowania - rozumianego nie tylko jako sam dokument protokołu, ale też i załączniki do niego, odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w dniu 12 lipca 2013 r., tj. w piątek, zaś w dniu 16 lipca, tj. we wtorek odwołujący podjął czterokrotnie próbę przesłania zamawiającemu faksem, na numer podany w SIWZ, wniosku o wgląd do protokołu z postępowania. Stwierdził, że z przyczyn technicznych leżących wyłącznie po stronie zamawiającego faks zawierający stosowny wniosek nie został doręczony zamawiającemu, jednak jeszcze tego samego dnia odwołujący wysłał mail do osoby odpowiedzialnej za kontakty z wykonawcami ze strony zamawiającego. Ze względu na fakt, iż osoba ta przebywała na urlopie, w dniu 17 lipca odwołujący podjął kolejną próbę przesłania wniosku faksem. Oświadczył, że w wyniku licznych prób uzyskania jakiegokolwiek informacji od zamawiającego, także osobistej wizyty w siedzibie zamawiającego, w dniu 19 lipca, tj. w piątek uzyskał skan dokumentu będącego 8-stronicowym protokołem, który nie zawierał jednak jakichkolwiek załączników. Odwołujący stwierdził, że z jego treści w żaden sposób nie wynikały rzeczywiste przyczyny, dla których zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Podkreślił, że od samego początku celem odwołującego było zapoznanie się z całością dokumentacji zawartej w protokole z postępowania, także z dokumentami stanowiącymi załączniki do protokołu.

Odwołujący wskazał, że załączniki do protokołu z postępowania stanowią jego integralną część. Przyznał, że wprowadzając przepisy ustawy Pzp różnicując pojęcia „protokołu” i „załączników do niego”, jednak rozróżnienie to związane jest z momentem ujawnienia ich treści i nie zmienia to faktu, że intencją odwołującego było uzyskanie wglądu do całego protokołu z postępowania, ponieważ tylko wówczas odwołujący miałby potencjalnie szansę poznania prawdziwych podstaw dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Tymczasem, zamawiający udostępnił odwołującemu dokument będący protokołem z postępowania, jednak *de facto* odwołujący nie uzyskał możliwości poznania prawdziwych motywów podjętej przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu go z postępowania, co więcej nie został mu zapewniony dostęp do całości protokołu z postępowania aż do dnia wniesienia odwołania.

KIO 1789/13 7

W zakresie zarzutu niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania, odwołujący stwierdził, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 26 lutego 2013 r. o sygn. akt KIO 311/13, wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2909/12, wyrok z dnia 28 grudnia 2012 r. o sygn. akt KIO 2773/12, wyrok z dnia 21 grudnia 2012 r. o sygn. akt KIO 2680/12), że zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy, nie mając absolutnej pewności co do tego, że dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wskazuje na to, że nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do słuszności decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Gdyby bowiem takie wątpliwości istniały, to, zdaniem odwołującego, zgodnie z funkcjonującą odpowiednio na gruncie ustawy Pzp zasadą *in dubio pro reo*, należałoby je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy jako słabszej strony w stosunku do zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że dokumenty, które były pierwotnie dołączone do oferty odwołującego (str. 254-257 oferty) potwierdzały spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do kierownika robót drogowych (G..... K.....) oraz

kierownika robót torowych (A..... K.....), jednak odwołujący przedstawił nowe wykazy doświadczeń posiadanych przez wskazane osoby.

Zdaniem odwołującego, nawet przyjmując skrajnie niekorzystną dla odwołującego metodę obliczania posiadanych przez wskazane osoby doświadczeń obydwaj specjaliści i tak spełniają warunki minimalne określone przez zamawiającego.

W zakresie zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odwołujący stwierdził, że nawet zakładając, iż treść przedłożonych dokumentów wykazujących doświadczenie kierownika robót drogowych oraz kierownika robót torowych wciąż budziła wątpliwości zamawiającego, to zobowiązany był, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wystąpić do odwołującego o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 570/12, zgodnie z którym: „*W przypadku wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Podstawą takiego żądania jest art. 26 ust 4 PZP, którego brzmienie wskazuje na to, iż wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.*”

KIO 1789/13 8

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania wniesionego w dniu 22 lipca 2013 r., pisma przystępującego z dnia 5 sierpnia 2013 r., odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Jak wskazywał odwołujący w odwołaniu, w przypadku uznania zasadności odwołania, oferta odwołującego zostanie najprawdopodobniej uznana za najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Skład orzekający uznał, że ponieważ zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, to uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
 2. protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN),
 3. oferty odwołującego,
 4. wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty z dnia 16 maja 2013 r., skierowanego przez zamawiającego do odwołującego,
 5. odpowiedzi odwołującego z dnia 22 maja 2013 r. na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w pkt. 4,
 6. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 lipca 2013 r., w tym o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego,
- a także z korespondencji elektronicznej prowadzonej pomiędzy odwołującym a zamawiającym, złożonej przez zamawiającego na rozprawie, tj. z dnia 16 lipca 2013 r. godz. 18.06, 17 lipca 2013 r. godz. 09.41, 18 lipca 2013 r. godz. 09.58, 18 lipca 2013 r. godz. 10.06, 19 lipca 2013 r. godz. 08.37, 19 lipca 2013 r. godz. 10.46, 22 lipca 2013 r. godz. 12.16, 22 lipca 2013 r. godz. 12.20.

KIO 1789/13 9

dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty w części dotyczącej zaniechania sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego zasługuje na uwzględnienie.

W pkt. 8.3.2 SIWZ zamawiający wskazał, iż w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawcy muszą m.in. dysponować osobą na stanowisko kierownika robót drogowych oraz kierownika robót torowych, które oprócz określonych uprawnień, powinny legitymować się odpowiednim doświadczeniem, tj. w przypadku kierownika robót drogowych co najmniej 5 letnim, zdobytym w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2010 r, Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) (dalej „ustawa Prawo budowlane”) na robotach związanych z budową lub przebudową obiektów drogowych, a w przypadku kierownika robót torowych co najmniej 3 letnim, zdobytym w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową linii, węzłów lub stacji kolejowych.

Termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 25 marca 2013 r. i w tym też dniu odbyła się sesja otwarcia 8 złożonych w tym postępowaniu ofert (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Odwołujący na stanowisko kierownika robót drogowych wskazał w ofercie G..... K....., natomiast na stanowisko kierownika robót torowych wskazał A..... K..... .

W dniu 16 maja 2013 r. zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia, w którym, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zażądał uzupełnienia oferty w zakresie odnoszącym się do osób przewidzianych w ofercie odwołującego na stanowiska: kierownika budowy, kierownika robót mostowych, a także kierownika robót drogowych i kierownika robót torowych.

W odniesieniu do osoby G..... K..... (stanowisko – kierownik robót drogowych) zamawiający, wskazując 7 pozycji (poprzez podanie okresów zajmowania stanowiska i podanie robót, do których się odnosiło) spośród 16 zawartych w ofercie odwołującego (str. 254-255), zarzucił, że z pozycji tych „nie wynika, że wykonane roboty dotyczyły budowy lub przebudowy obiektów drogowych, część ze wskazanych pozycji dotyczyła modernizacji, remontu czy odtworzenia”.

W odniesieniu do osoby A..... K..... (stanowisko – kierownik robót torowych) zamawiający, wskazując 2 pozycje (poprzez podanie okresów zajmowania stanowiska i podanie robót, do których się odnosiło) spośród 9 zawartych w ofercie odwołującego

KIO 1789/13 10

(str. 256-257) zarzucił, że „pierwsza z pozycji dotyczy rewitalizacji, natomiast druga nie dotyczy budowy lub przebudowy linii, węzłów lub stacji kolejowych”.

Z treści powyższego wezwania, w odniesieniu do osób przewidzianych na stanowiska: kierownika robót drogowych i kierownika robót torowych, jednoznacznie wynika, że zastrzeżenia zamawiającego odnosiły się jedynie do tej części wymogu w zakresie doświadczenia, która mówiła o rodzaju robót, którymi osoba kierowała, tj. „robót związanych z budową lub przebudową obiektów drogowych” (w przypadku kierownika robót drogowych) oraz „robót związanych z budową lub przebudową linii, węzłów lub stacji kolejowych”. Bez wątplenia z treści tego wezwania w żadnym razie nie wynikają jakiegokolwiek inne zastrzeżenia zamawiającego, w tym co do okresów pełnienia stanowisk. Podanie przez zamawiającego w wezwaniu okresów zajmowania stanowiska, obok podania robót, do których zajmowane stanowisko się odnosiło należy ocenić wyłącznie jako element identyfikacji pozycji wykazu, co do którego zastrzeżenia miał zamawiający.

Pismem z dnia 22 maja 2013 r. odwołujący złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego, załączając Wykaz obejmujący osobę G..... K..... i A..... K..... .

Pismem z dnia 12 lipca 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, podając w części o tytule „Uzasadnienie faktyczne”, że w dniu 16 maja 2013 r. skierował do odwołującego pismo wzywające do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty, w którym podał: „zapytania dotyczyły głównie Kierownika Robót Drogowych Pana G..... Z..... K..... oraz Kierownika Robót Torowych Pana A K”. Następnie zamawiający wskazał, że „złożone w dniu 23 maja 2013

r. przez Wykonawcę – wyjaśnienia nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wykazania doświadczenia”, po czym zamawiający powielił brzmienia wymogu odnośnie do doświadczenia osób przewidzianych na stanowisko kierownika robót drogowych i kierownika robót torowych. W części „Uzasadnienie prawne” zamawiający wskazał jako podstawę wykluczenia przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i przytoczył jego treść (z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu), co w ocenie składu orzekającego lbzy wyczerpuje obowiązek zamawiającego w zakresie podania podstaw prawnych decyzji o wykluczeniu odwołującego.

Pismo z dnia 12 lipca 2013 r. zawierało w głównej mierze informacje, które były już znane odwołującemu: fakt kierowania do niego pisma wzywającego do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty oraz fakt, że wezwanie to dotyczyło osób przewidzianych na stanowiska: kierownika robót drogowych i kierownika robót torowych, a także zawierało znane odwołującemu brzmienie wymogu odnośnie do doświadczenia, jakim muszą legitymować się te osoby. Nową dla odwołującego informacją była ta, iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kontekst tej

KIO 1789/13 11

informacji – nawiązanie do wezwania z dnia 16 maja 2013 r. i przywołanie imion, nazwisk oraz stanowisk – dawały podstawy do przyjęcia założenia, że zastrzeżenia zamawiającego odnoszące się do rodzaju robót, którymi osoba kierowała, jakie legły u podstaw wezwania (o czym była mowa powyżej), nie zostały rozwiane i stały się w konsekwencji podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego lbzy zamawiający nie wywiązał się prawidłowo z nałożonego na niego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obowiązku. O ile bowiem zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle nie podał uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Można co najwyżej stwierdzić, uznając przyjęte założenie (tj. że zastrzeżenia zamawiającego odnoszące się do rodzaju robót, którymi osoba kierowała, jakie legły u podstaw wezwania nie zostały rozwiane i stały się w konsekwencji podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu) za najbardziej prawdopodobne, że zamawiający podał obszar swoich zastrzeżeń, tj. doświadczenie G..... K..... „na robotach związanych z budową lub przebudową obiektów drogowych” i A..... K..... „na robotach związanych z budową lub przebudową linii, węzłów lub stacji kolejowych”, nie precyzując jednak zupełnie, do których pozycji Wykazu zastrzeżenia te się odnoszą i na czym w ogóle polegają (na czym w szczególności polegają zastrzeżenia co do rodzaju ujętych w doświadczeniu tych osób robót, tj. dlaczego zamawiający nie akceptuje robót dotyczących modernizacji, remontu, odtworzenia, rewitalizacji czy budowy torów kolejowych).

Skład orzekający lbzy w pełni podziela stanowisko lbzy, którego przykładem jest przywołany przez odwołującego w odwołaniu wyrok z dnia 20 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP/961/11, zgodnie z którym: „Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia”.

Zawiadomienie zamawiającego z dnia 12 lipca 2013 r. nie było wyczerpujące, ponieważ zamawiający nie podał, które pozycje Wykazu, nawet spośród tych wskazanych w wezwaniu, nie zostały zaakceptowane i dlaczego. Co więcej, odpowiedź zamawiającego na odwołanie, a także stanowisko prezentowane na rozprawie wskazują na istnienie innych jeszcze przesłanek wykluczenia, tj. zamawiający powoływał się – w odniesieniu zarówno do kierownika robót drogowych, jak i kierownika robót torowych - na to, że „terminy doświadczenia pokrywają się i nie mogą być wliczane każde osobno (...) Zgodnie z zasadami logiki okres doświadczenia jest okresem czasu, a nie okresem poszczególnych czynności. W związku z tym nie można zaliczać na poczet okresu doświadczenia różne czynności dokonywane w tym samym okresie czasu”, a nadto, że „wskazana odnośnie do

KIO 1789/13 12

Pana K..... budowa przejazdu kolejowego kat. D realizowana, wedle informacji odwołującego w Wykazie, od stycznia do grudnia 2009 roku nie może zostać zaliczona w poczet doświadczenia tej osoby, ponieważ była realizowana w okresie krótszym (...)"

Nie sposób w tej sytuacji uznać, że zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego udziału w postępowaniu umożliwiło mu odniesienie się do wszystkich i konkretnych przesłanek wykluczenia.

Zawiadomieniu zamawiającego nie można także przypisać jednoznaczności, ponieważ zdawkowe nawiązanie do wcześniejszej korespondencji prowadzonej z odwołującym w toku postępowania (wezwanie), wymaga ze strony odwołującego interpretacji i domysłów.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty zasługuje na uwzględnienie, wobec czego orzekł jak w sentencji wyroku.

Stwierdzić należy, że oferta odwołującego nie może być uznana za odrzuconą w konsekwencji unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lipca 2013 r.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że uznanie tego zarzutu, a w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ dopiero poznanie przez odwołującego przyczyn wykluczenia go z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozwoli mu na podjęcie adekwatnej obrony w celu ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia w ustawowo zagwarantowanym terminie. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że postępowanie przez Izbę nie służy naprawieniu czynności zamawiającego, jakie winien on podjąć w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zastępować przypisanego zamawiającemu obowiązku rzetelnego badania i oceny ofert.

Zarzut zaniechania rzeczywistego udostępnienia odwołującemu wglądu do całości protokołu z postępowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w odwołaniu podkreślił, że od samego początku jego celem było zapoznanie się z całością dokumentacji, także z dokumentami stanowiącymi załączniki do protokołu, ponieważ tylko wówczas odwołujący miałby potencjalnie szansę poznania prawdziwych podstaw dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Skład orzekający Izby wskazuje jednak, że źródłem informacji wykonawców

KIO 1789/13 13

o podstawach, tak prawnych, jak i faktycznych wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest zawiadomienie, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, które – o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu zaniechania sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty – winno być wyczerpujące i jednoznaczne. Brak w obowiązujących przepisach podstaw do oczekiwania, aby prowadzony przez zamawiającego protokół postępowania zawierał szerszy zakres informacji co do podstaw wykluczenia wykonawców niż ten wskazany w ww. zawiadomieniu.

Stwierdzić zatem należy, że wystarczającą gwarancją umożliwiającą wykonawcy ochronę jego interesu w uzyskaniu zamówienia, w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, stanowi prawidłowo sporządzone przez zamawiającego zawiadomienie. O ile zawiadomienie to nie byłoby prawidłowo sporządzone przez zamawiającego, wykonawca ma możliwość wniesienia odwołania, co zresztą odwołujący w ramach rozpoznawanego odwołania skutecznie uczynił.

Ze względu na krótki, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym - 10-cio dniowy termin zakreślony ustawą Pzp do wniesienia odwołania, wykonawca, który chce skorzystać z prawa zapoznania się z protokołem postępowania, winien zgłosić do zamawiającego takie żądanie jak najszybciej tak, aby zamawiający był w stanie udostępnić w rozsądnym terminie protokół wraz z, często bardzo obszernymi, załącznikami wszystkim zainteresowanym wykonawcom.

Odwołujący akcentował, że zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w dniu 12 lipca 2013 r., tj. w piątek, zaś w dniu 16 lipca, tj. we wtorek podjął czterokrotnie próbę przesłania zamawiającemu faksem wniosku o wgląd do protokołu z postępowania.

Niewątpliwie odwołujący, o ile był zainteresowany jak najszybszym uzyskaniem wglądu do dokumentacji postępowania mógł swój wniosek skierować choćby 15 lipca 2013 r., tj. w poniedziałek (a nawet 12 lipca 2013 r.), czego nie uczynił.

Stwierdzić także należy, że odwołujący jako profesjonalny uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego winien precyzyjnie formułować kierowane do zamawiającego wnioski. Tymczasem w korespondencji mailowej z dnia 16 lipca 2013 r., godz. 18.06 do zamawiającego, odwołujący, w załączonym do e-maila piśmie z tego samego dnia złożył „Wniosek o udostępnienie protokołu z postępowania”, który w ocenie składu orzekającego lbzy mógł być odczytany przez zamawiającego jedynie jako wniosek o zapoznanie się z „zasadniczym” protokołem, tj. bez załączników – do czego przecież każdy wykonawca także ma prawo. Innymi słowy, prawem wykonawcy jest uzyskanie wglądu do takiej części dokumentacji postępowania przetargowego, którą jest zainteresowany. Precyzja wykonawcy co do tego, jaką częścią dokumentacji jest zainteresowany ma znaczenia dla oceny przez zamawiającego możliwości udostępnienia tej dokumentacji „o konkretnej

KIO 1789/13 14

obszerności” w konkretny sposób (faksem, w siedzibie zamawiającego, e-mailem – skan).

Skład orzekający lbzy uznał twierdzenie odwołującego co do niemożności przesłania zamawiającemu faksu zawierającego powyższy wniosek „z przyczyn technicznych leżących wyłącznie po stronie zamawiającego” za całkowicie gołosłowny. Dodatkowo wskazać należy, że rzekome próby czterokrotnego przesłania faksu w dniu 16 lipca 2013 r. następować by miały po godzinie 17, tj. po tzw. godzinach urzędowania.

Skład orzekający lbzy ustalił, że w dniu 19 lipca 2013 r. (kolejny piątek) zamawiający udostępnił odwołującemu, poprzez przesłanie e-mailem o godz. 10.46 skanu „zasadniczego” protokołu, dopiero w następstwie czego odwołujący sprecyzował, że prosi także o udostępnienie protokołu „rozumianego jako także załączniki do samego dokumentu”.

W dniu 22 lipca 2013 r. o godz. 12.16 zamawiający wyznaczył odwołującemu termin 24 lipca 2013 r. godz. 09.00 na udostępnienie załączników do protokołu w siedzibie zamawiającego, prosząc jednocześnie o wskazanie, o które załączniki chodzi. Odwołujący nie sprecyzował, którymi załącznikami jest zainteresowany, nie wskazał też, że zainteresowany jest całością dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 24 lipca 2013 r. odwołujący uzyskał dostęp do załączników do protokołu, co potwierdził oświadczeniem przedstawiciel odwołującego.

W tym stanie rzeczy skład orzekający lbzy uznał, że zarzut zaniechania rzeczywistego udostępnienia odwołującemu wglądu do całości protokołu z postępowania nie zasługuje na uwzględnienie skoro protokół ten został przez zamawiającego udostępniony w zakresie zgodnym z oczekiwaniem odwołującego, a dla terminu udostępnienia całości protokołu, w tym załączników w dniu 24 lipca 2013 r. przyczyniły się także działania samego odwołującego.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że wykazał spełnienie wyznaczonych warunków oraz zarzut zaniechania wezwania odwołującego do przedłożenia wyjaśnień co do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu skład orzekający lbzy pozostawił bez rozpoznania.

Ponieważ odwołujący zgłosił wskazane powyżej dwa zarzuty jedynie z ostrożności – na wypadek, gdyby lbza nie uznała zasadności zarzutów wcześniej zgłoszonych, wobec uznania zarzutu zaniechania sporządzenia właściwego uzasadnienia faktycznego dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzucenia na tej podstawie jego oferty, skład orzekający lbzy pozostawił te dwa zarzuty bez rozpoznania.

KIO 1789/13 15

art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 1789/13 16