

Sygn. akt: KIO 129/16

## POSTANOWIENIE

z dnia 18 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Koltech Infra Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **"BBF" Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Koltech Infra Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** i:

- 2.1. 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 **Koltech Infra Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Koltech Infra Sp. z o.o., Torprojekt Sp. z o.o., ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** na rzecz wykonawcy **"BBF" Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Opracowanie kompletnej dokumentacji przetargowej, niezbędnej dla przygotowania realizacji projektu POIiŚ 7.1-11.1 pod nazwą „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II Zabrze - Katowice - Kraków”. Przetarg nr 2 „Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 - 46,700 linii nr 130)”.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach/Lider/ i Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF Sp. z o.o. (dalej „BBF”) z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
  2. zaniechania wystąpienia do BBF o wyjaśnienia treści Wykazu usług,
  3. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBF jako niejawnych: uzupełnionego zobowiązania firmy E=R=G Polska Spółka z o.o. s.k. do udostępnienia zasobów wraz z załącznikami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2016 roku, sygnatura KIO 39/16.
- II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:
1. niezgodną z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty BBF jako oferty najkorzystniejszej,
  2. naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania BBF, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
  3. naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy, poprzez zaniechanie wystąpienia do BBF o wyjaśnienia, pomimo iż z treści uzupełnionego Wykazu usług wynika, że BBF nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
  4. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez BBF uzupełnionych uzupełnień oferty, pomimo że informacje zawarte w tych

dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z wyrokiem KIO z 26 stycznia 2016 roku, sygn. KIO 39/16.

III. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, zgodnie z wyrokiem KIO jw.,
4. Wystąpienia o wyjaśnienia do BBF,
5. Dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ,
6. Wykluczenia z postępowania BBF,
7. Odrzucenia oferty BBF,
8. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

IV. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

V. Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia. Został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert. Odwołujący został poinformowany o zaniechaniu Zamawiającego w dniu 21 stycznia 2016 roku - w dniu 21 stycznia 2016 roku Zamawiający przesłał Odwołującemu uzupełniony wykaz usług, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobie/osobach (na adres siedziby podmiotu udostępniającego zasoby), które podpisały uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okoliczność:

- a. Daty sporządzania zobowiązania do udostępnienia zasobów,
- b. Okoliczności podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Odwołujący, działając na podstawie art. 248 § 1 Kodeksu Postępowania Cywilnego, składa wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia następujących dokumentów, będących w posiadaniu Zamawiającego, a stanowiących dowód faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy:

- 1) umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a E=R=G sp. z o.o. s.k. na „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra”,
- 2) dokumentów związanych z wykonaniem umowy wskazanej w pkt 1),
- 3) dokumentacji wykonanej na podstawie umowy wskazanej w pkt 1).

4) potwierdzenia (w formie protokołu odbioru dokumentacji projektowej, zawierającego jej zakres), że dokumentacja projektowa została wykonana należycie

#### UZASADNIENIE:

I. Zarzut zaniechania wykluczenia BBF z postępowania na podstawie przepisu art 24 ust 2 pkt 4 Ustawy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu z dnia 13 stycznia 2016 roku wskazał na zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia uzupełnionego w dniu 30 listopada 2015 roku Wykazu usług. Odwołujący w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 stycznia 2016 roku uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania odtajnienia Wykazu usług i wraz z Odpowiedzią na odwołanie przekazał Odwołującemu uzupełniony Wykaz usług.

KIO rozpatrując odwołanie z dnia 13 stycznia 2016 roku nie rozpatrzyła zarzutów dotyczących odtajnionego Wykazu usług, wskazując, że w tym zakresie Odwołującemu - wobec dokonania przez Zamawiającego nowych czynności po dniu wniesienia odwołania - przysługuje osobny środek ochrony prawnej.

Uzupełniony Wykaz usług zawiera usługę wykonaną przez E=R=G Polska sp. z o.o. s.k.(dalej „ERG”) na rzecz Zamawiającego, przy czym usługa ta nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ, czyli BBF nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem w dniu 21 stycznia 2016 roku Odwołujący pozyskał informacje o zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia BBF z postępowania - usługa wykonana przez ERG nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący już w dniu 22 stycznia 2016 roku wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej związanej z realizacją przez ERG na rzecz Zamawiającego umowy na „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra” - w szczególności o SIWZ, Umowę oraz dokumenty potwierdzające wykonanie umowy.

Do dnia wniesienia odwołania nie uzyskał tych informacji od Zamawiającego, stąd też Odwołujący mógł dokonać tylko zamieszczonej poniżej analizy, opartej wyłącznie na dokumentach, które są dostępne w domenie publicznej. Odwołujący ma świadomość, że nie jest to całość dokumentów, które mogą być przydatne do oceny wykazania przez BBF spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jest w posiadaniu całości takich dokumentów - tj. umowy zawartej z ERG na opracowanie dokumentacji jw. Odwołujący, działając na podstawie art. 248 § 1 kpc, składa wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia następujących dokumentów, stanowiących dowód faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy:

1. umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a E=R=G Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Spółka komandytowa na „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra”.

2. dokumentów związanych z wykonaniem umowy wskazanej w pkt II
3. dokumentacji wykonanej na podstawie umowy wskazanej w pkt 11.
4. potwierdzenia fw formie protokołu odbioru dokumentacji projektowej, zawierającego (w swoim zakresie), że dokumentacja projektowa została wykonana należyście

Na podstawie w/w dokumentów stwierdzić będzie można bez jakichkolwiek wątpliwości:

- zakres dokumentacji wykonanej przez E-R=G
- okoliczność, czy usługa została wykonana należyście.

Zamawiający w punkcie 8.4.1.1DW (Instrukcja dla Wykonawców) w następujący sposób określił warunki udziału w postępowaniu

„8.4.1 W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.2. wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę: wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji przetargowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC) dla budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej swym zakresem łącznie co najmniej 2 szlaki oraz 1 siacze kolejowa posiadająca minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe.”

Tym samym wykonawcy musieli wykazać się opracowaniem dokumentacji przetargowej, która łącznie spełnia następujące warunki:

1. opracowanie projektu budowlanego uwzględniającego standardy AGC i AGTC. obejmującego swym zakresem co najmniej 2 szlaki oraz 1 stację kolejową posiadającą minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe
2. opracowanie projektu wykonawczego uwzględniającego standardy AGC i AGTC. obejmującego swym zakresem co najmniej 2 szlaki oraz 1 stację kolejową posiadającą minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe
3. projekty wymienione w pkt 1 i 2 miały dotyczyć budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej,
4. zelektryfikowana linia kolejowa miała obejmować co najmniej 2 szlaki,
5. zelektryfikowana linia kolejowa miała obejmować co najmniej 1 stację kolejową,
6. stacja kolejowa miała posiadać minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe.

Dopiero w sytuacji, gdy dokumentacja przetargowa obejmowała wszystkie wymienione warunki - opracowanie takie spełniało wymagania SIWZ.

Odwołujący stwierdza, że usługa wskazana w uzupełnionym Wykazie usług nie obejmowała wszystkich w/w warunków łącznie, w szczególności nie uwzględniała standardów AGC, nie obejmowała projektu budowlanego (a jedynie projekty wykonawcze) oraz w odniesieniu do wymaganej stacji kolejowej wykonana dokumentacja projektowa nie obejmowała swym zakresem minimum 2 torów zasadniczych i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzi peronowych.

Poniżej wskazujemy na następujące okoliczności, z których zdaniem Odwołującego wynika, że przedmiotowa usługa nie spełnia warunków udziału w postępowaniu:

Umowa pomiędzy ERG a Zamawiającym została zawarta 12 września 2012 roku. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte 24 lipca 2012 roku

Jak wynika z Krótkiego opisu zamówienia lub zakupu (pkt II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu) zakresem zamówienia jest: "Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra".

Już sama nazwa postępowania wskazuje, że nie jest to - jak wymaga Zamawiający - pełna dokumentacja przetargowa, ale dokumentacja projektowa z elementami dokumentacji przetargowej.

Jak wynika z maila od B.M. - Naczelnika wydziału Przygotowania Inwestycji (udostępnionego przez Zamawiającego w dniu 21 stycznia 2016 roku wraz z Wykazem usług) projektowanie w ramach tej umowy dotyczyło odcinka 101,261 - 170,631 i uwzględniało stację Zielona Góra. Zgodnie z Instrukcją PKP PŁK SA nr Id-12 (Charakterystyka linii zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A) linia kolejowa nr 273 (CE 59) na odcinku od km 5.040 do 355.904 jest wyłącznie linią AGTC (a nie linią uwzględniającą jednocześnie standardy AGTC i AGC).

Zgodnie z Europejską Umową o Ważniejszych Międzynarodowych Liniach Transportu Kombinowanego (AGTC) ustalona minimalna prędkość na danej linii kolejowej AGTC winna wynosić 120 km/h. natomiast zgodnie z Umową Europejską o Głównych Liniach Kolejowych AGC minimalna projektowana prędkość dla linii istniejącej modernizowanej winna wynosić 160 km/h.

Zamawiający w SIWZ dla postępowania „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra" w pkt II ppkt 7 Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób określił zakres zamówienia: ..urządzenia należy projektować do wymagań dla linii o prędkości 120 km/h oraz naciskach

na oś 221 kN". Jednocześnie w pkt I w/w OPZ Zamawiający wskazał, że linia 237 na odcinku Głogów - Czerwińsk jest linią objętą jedynie umową AGTC. Tym samym usługa wykazana przez BBF w Wykazie usług obejmowała dokumentację wykonaną zgodnie ze standardem AGTC, a nie - jak wymaga Zamawiający w niniejszym postępowaniu, zarówno AGC jak i AGTC.

Z powyższego wynika, że doświadczenie ERG, na które powołuje się BBF, nie spełnia postawionego warunku „opracowania projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC”, ponieważ dokumentacja opracowana przez ERG obejmowała projekty spełniające jedynie standardy AGTC, tzn. dokumentację projektową opracowano dla linii kolejowej o prędkości 120km/h, a powinno dla prędkości 160 km/h, tak aby spełnić jednocześnie standardy AGC - wymagane w pkt 8.4.1 IDW dla przedmiotowego postępowania przetargowego.

W zakresie zarzutu nie uwzględnienia w dokumentacji projektowej (projekt budowlany i projekt wykonawczy] zakresu w postaci co najmniej 2 szlaków oraz 1 stacji kolejowej posiadającej minimum 2 torów zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzi peronowe, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z pkt III (3) OPZ dla postępowania „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra” na stacji Zielona Góra zakres dokumentacji projektowej wykonanej przez ERG obejmował jedynie zmianę geometrii toru nr 1 oraz likwidację toru nr 3. Zaś zgodnie z wymogiem Zamawiającego postawionym w pkt 8.4.1 IDW dokumentacja projektowa w postaci projektu budowlanego i wykonawczego winna obejmować modernizację lub przebudowę stacji kolejowej w zakresie minimum 2 torów zasadniczych i minimum 5 torów stacyjnych. W przypadku innej interpretacji powyższego zapisu, mogłoby dojść do sytuacji, że np. zaprojektowanie jedynie oświetlenia peronów na stacji o wymaganych parametrach traktowane byłoby jako doświadczenie wymagane dla spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie zarzutu, co do zakresu dokumentacji projektowej, wskazuje, że w trakcie trwania procedury przetargowej dla postępowania: „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra” został zadany szereg pytań, w wyniku których Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, między innymi w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający dokonał modyfikacji w Tomie III SIWZ i ustalił nowe brzmienie: „W pkt IV ppkt 2 Decyzje administracyjne pkt 2.1 otrzymuje nowe brzmienie: Dokonanie zgłoszenia robót budowlanych zgodnie z wymogami ustawy „Prawo Budowlane” (...) wraz innymi wymaganymi Decyzjami a także opracowanie potrzebnych w tym celu



materiałów i dokumentów) umożliwiającą wystąpienie z wnioskiem na dokonanie zgłoszenia robót budowlanych". W wyniku powyższej modyfikacji uzyskanie pozwolenia na budowę nie było wymagane.

Dowód: Odpowiedzi na pytania z dnia 02.08.2012r. nr IROZAa-2131-216-03/12

W przypadku braku konieczności uzyskania pozwolenia na budowę nie jest niezbędne opracowanie i uzgodnienie projektu budowlanego. Dlatego też w wyniku powyższej modyfikacji ERG nie wykonywał projektów budowlanych celem uzyskania pozwolenia na budowę, a wykonał jedynie projekty wykonawcze umożliwiające wystąpienie z wnioskiem na dokonanie zgłoszenia robót budowlanych.

Wykonanie kompletnej dokumentacji przetargowej (wraz z opracowaniem projektu budowlanego i wykonawczego) winno być zakończone opracowaniem projektu budowlanego, złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę i uzyskaniem samego pozwolenia na budowę. Przykładem może być zamówienie wykonane przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w roku 2015, związane z wykonaniem kompletnej dokumentacji przetargowej dla linii kolejowej E30 odcinek Jaworzno Szczakowa - Trzebinia.

Dodatkowo Odwołujący w domenie publicznej odszukał 2 dokumentacje przetargowe, które dotyczą realizacji robót budowlanych w ramach linii kolejowej nr 273, będących do wykonania w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez ERG i mieszczą się w w/w kilometrażu wskazanym przez Pana B.M..

1. Na podstawie pierwszej dokumentacji w dniu 16.01.2014 r. wszczęte zostało postępowanie przetargowe na „Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 273 w torze nr 2 na st. Zielona Góra oraz w torze nr 1 i 2 na st. Czerwieńsk Towarowy w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów-Zielona Góra-Rzepin-Dolna Odra”. Wykonawstwo robót na stacji Zielona Góra i stacji Czerwieńsk Towarowy przebiegało na podstawie dokumentacji opracowanej przez ERG. Z materiałów przetargowych jednoznacznie wynika, że dokumentacja projektowa nie obejmowała projektu budowlanego, tzn. realizacja zamówienia nie uwzględniała pozwolenia na budowę, zaś roboty wykonywane miały być na podstawie „zgłoszenia”. Można uznać, że był to raczej remont w/w stacji w pewnym ograniczonym zakresie, a nie budowa. Sam remont mógł być przeprowadzony w oparciu jedynie o projekty wykonawcze. Okoliczność ta została potwierdzona przez Zamawiającego w toku postępowania - Zamawiający jednoznacznie potwierdził w odpowiedziach na pytanie nr 19 i 46, że prace wykonywane będą na podstawie zgłoszenia: „Zamawiający jest w posiadaniu potwierdzenia o nie wnoszeniu sprzeciwu przez właściwy organ administracji Państwowej na wniosek o zgłoszenie robót budowlanych z dnia 04.12.2012r.“. Pytania dotyczyły kwestii posiadania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę na przedmiotowy zakres zamówienia. Zamawiający nie dysponował pozwoleniem na

budowę, przez co należy uznać, że nie było konieczności opracowywania dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego. Innymi słowy, brak konieczności uzyskania pozwolenie na budowę skutkuje tym, że nie był wykonywany w ogóle projekt budowlany.

Dowód: Ogłoszenie z dnia 16 stycznia 2014 roku o zamówieniu Dz.U./S 11 - 014325, Wyjaśnienia i zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 19 lutego 2014 roku.

Projekty wykonawcze wykonane przez ERG wskazują na podstawy ich opracowania i nie wymieniają jako dokumentów wyjściowych projektów budowlanych (wymienione są inne dokumenty i opracowania).

Dowód: Projekt wykonawczy dotyczący stacji Zielona Góra - PW.3.25 stacja Zielona Góra - Usunięcie kolizji srk i telekomunikacji -wyciąg

2. Na podstawie drugiej dokumentacji w dniu 15.01.2014 r. wszczęty został niezależny przetarg na „Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 273 w torze nr 2 na odcinku Wróblin Głogowski - Nowa Sól w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra””. Także w tym przypadku z materiałów przetargowych jednoznacznie wynika, że dokumentacja projektowa nie obejmowała projektu budowlanego, tzn. realizacja zamówienia nie uwzględniała pozwolenia na budowę, zaś roboty wykonywane miały być na podstawie „zgłoszenia”. Można uznać, że był to raczej remont, a nie budowa. Sam remont może być oczywiście przeprowadzony w oparciu jedynie o projekty wykonawcze. Okoliczność ta została potwierdzona przez Zamawiającego w toku postępowania - Zamawiający jednoznacznie potwierdził w wyjaśnieniu nr 32, że prace wykonywane będą na podstawie zgłoszenia: „Zamawiający jest w posiadaniu potwierdzenia o nie wnoszeniu sprzeciwu przez właściwy organ administracji państwowej na wniosek o zgłoszenie robót budowlanych z dnia 04.12.2012r.". Pytania dotyczyły kwestii posiadania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę na przedmiotowy zakres zamówienia. Zamawiający nie dysponował pozwoleniem na budowę, przez co należy uznać, że nie było konieczności opracowywania dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego. Innymi słowy, brak konieczności uzyskania pozwolenie na budowę skutkuje tym, że nie był wykonywany w ogóle projekt budowlany.

Dowód: Ogłoszenie z dnia 15 stycznia 2014 roku o zamówieniu Dz.U./S 10 - 012368, Wyjaśnienia i zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 12 lutego 2014 roku.

Projekty wykonawcze wykonane przez ERG wskazują na podstawy ich opracowania i nie wymieniają projektów budowlanych jako dokumentów wyjściowych, (wymienione są inne dokumenty i opracowania).

Dowód: Projekt wykonawczy PW3.3. szlak Wróblin Głogowski - Bytom Odrzański - wyciąg.

W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na budowę niezbędne jest opracowanie i uzgodnienie projektu budowlanego wykonanie kompletnej dokumentacji przetargowej winno być zakończone opracowaniem projektu budowlanego, złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę i uzyskaniem samego pozwolenia na budowę. Przykładem może być zamówienie wykonane przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w roku 2015, związane z wykonaniem kompletnej dokumentacji przetargowej dla linii kolejowej E30 odcinek Jaworzno Szczakowa - Trzebinia.

Należy w tym przypadku zwrócić uwagę na samą nazwę zamówienia wykonanego przez ERG, brzmiącą: „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej (...)” Na podstawie nazwy zamówienia należy wnioskować, że nie była to pełna (kompleksowa) dokumentacja przetargowa, ponieważ nie uwzględniała uzyskania pozwolenia na budowę, a jedynie prowadzenie robót na tzw. „zgłoszenie” w oparciu o projekty wykonawcze.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że BBF w Wykazie usług wskazał, że usługa wykonywana była od lipca 2012 roku do listopada 2012 roku. Są to informacje nieprawdziwe, sprzeczne z powszechnie dostępnymi informacjami, a zatem - sprzeczne z wiedzą, jaką ma Zamawiający odnośnie usługi wykonanej przez ERG. Jak wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia decyzja o udzieleniu zamówienia została podjęta przez Zamawiającego w dniu 12 września 2012 roku - zatem ERG musiałby wykonać całość dokumentacji zaledwie w 2,5 miesiąca (od połowy września do końca listopada 2012 roku). Odwołujący wskazuje, że wykonanie tak szerokiego zakresu dokumentacji łącznie z projektami budowlanymi! jakiej wymagał Zamawiający jako warunku udziału w postępowaniu zajmuje zdecydowanie więcej czasu niż 5 miesięcy - a licząc od właściwej daty podpisania Umowy - mniej niż 2,5 miesiąca (a taki okres czasu wskazał BBF w Wykazie usług). Zamawiający nie dokonał żadnych wyjaśnień w tym zakresie, ani też nie wystąpił o wyjaśnienia do BBF. Już samo to wskazuje, że Zamawiający w ogóle nie dołożył należytej staranności w zakresie badania oferty BBF po jej uzupełnieniu. Odwołujący wskazuje na stanowisko Izby w wyroku KIO 2276/15 z dnia 2 listopada 2015 roku, zapadłym w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Izba stwierdziła, że w przypadku, gdy wykonawca jako usługę na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazuje usługę wykonaną na rzecz Zamawiającego prowadzącego postępowania, to właśnie na Zamawiającym ciąży ciężar oceny zgodności usługi referencyjnej z wymaganiami SIWZ: „Należy szczególnie podkreślić, iż ciężar tej oceny spoczywał przede wszystkim na Zamawiającym, na którego rzecz usługa była wykonana w ramach umowy zawartej w dniu 23.07.2008 r. Stanowisko wyrażone przez pełnomocników, iż komisja przetargowa nie wiedziała o stanie sprawy wydaje się być nieprofesjonalne i może

podważać zaufanie do organu, na którym spoczywa obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców."

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi, co wynika z treści maili. Zamawiający nie sprawdził nawet treści umowy zawartej z ERG, jej zakresu, okresu obowiązywania - a ograniczył się jedynie do maili wysyłanych do poszczególnych pracowników.

Powyższe potwierdza, że żądanie odwołania jest jak najbardziej zasadne.

II. Zarzut zaniechania udostępnienia dokumentów.

Odwołujący w odwołaniu z 13 stycznia 2016 r. wskazał na zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, uzupełnionego przez BBF w dniu 30 listopada 2015 roku. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 stycznia 2016 r. KIO 39/16 stwierdziła, iż uwzględnia zarzut w zakresie bezprawnego zaniechania odtajnienia przedmiotowego zobowiązania.

Odwołujący w dniu 27 stycznia 2016 roku wystąpił o udostępnienie zobowiązania, jednakże Zamawiający dokumentu tego nie udostępnił.

Odwołujący wskazuje, że Izba wyraźnie wskazała, że BBF nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał 2 z 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd dokument ten nie został skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po pierwsze - Odwołujący wskazuje, że Zamawiający celowo i świadomie uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z przedmiotowym dokumentem, a tym samym - Zamawiający zaniechał wykonania wyroku KIO. Zamawiającemu jest wiadomo, że wyroki Krajowej Izby Odwoławczej są wykonalne z dniem ich ogłoszenia, stąd też Odwołujący miał pełne prawo zapoznać się z dokumentem od dnia 27 stycznia 2016 roku, kiedy złożył stosowny wniosek.

W świetle powyższego zaniechania Zamawiającego należy ocenić jako naruszające dobre obyczaje, a także podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie jest bowiem możliwe zachowanie uczciwej konkurencji w sytuacji, w której Zamawiający świadomie i celowo działał w celu pozbawienia wykonawców możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz zapoznania się z jawnym dokumentem dołączonym do oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w zakresie wykonalności wyroków KIO – np. w uchwale KIO/KU 40/14: „Również bez stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby, orzeczenie to wiąże strony postępowania odwoławczego, które powinny zastosować się do treści orzeczenia." Także SN w uchwale z dnia 24 listopada 2005 r., sygn. akt III CZP

85/05 wyraźnie wskazał, że jeżeli wyrok Zespołu Arbitrów (obecnie KIO) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu nie wstrzymuje jego wykonania.

Tylko dodatkowo Odwołujący wskazuje, że BBF w piśmie z 30 listopada 2015 r., zawierającym uzasadnienia objęcia Wykazu usług wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazał spełnienia wszystkich 3 przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. BBF podało jedynie argumentację odnośnie wartości gospodarczej informacji dotyczącej nazwy podmiotu użyczającego zasobu (do oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, czy uzasadnienie jest wystarczające), jednakże BBF w ogóle nie próbował nawet wykazać ziszczenia się 2 pozostałych przesłanek, tj. nie ujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do tej informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Podkreślić bowiem należy, że uzasadnienie nie zawiera ani jednego słowa, dowodu czy argumentu, który wykazywałyby ziszczenie się tych 2 obowiązkowych przesłanek - tj. przesłanek uprzedniego nieujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia przez BBF niezbędnych działań w celu zachowania w poufności. Już samo to powoduje, że w przypadku uzupełnienia oferty BBF zobowiązaniem BBF usług nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jawności tej części uzupełnienia, zgodnie z wymaganiami art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Podkreślić należy, że to na BBF ciążył obowiązek wykazania w samej ofercie, że niektóre elementy oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem BBF zaniechał powyższego w zakresie 2 z 3 przesłanek. Stąd też żądanie odwołania jest zasadne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że BBF w uzasadnieniu wskazywał jedynie na zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nazwy/oznaczenia podmiotu użyczającego zasoby. Czyli - BBF nie odniósł się w ogóle do zasadności zastrzeżenia innych informacji zamieszczonych w załącznikach do pisma z dnia 30 listopada 2015 roku. A zatem - wszystkie inne informacje powinny zostać przez Zamawiającego udostępnione, gdyż BBF nie sprostał wymaganiom przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Mowa tutaj o samej treści Załącznika nr 8 - zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wskazanych w spisie załączników „dalszych dokumentów”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W ocenie zamawiającego potwierdził się zarzut niewykazania przez wykonawcę BBF spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wskazywane w uzupełnionym wykazie usług opracowanie nie uwzględniało wymaganych

standardów AGC. Wobec zastosowania już wcześniej art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie zachodzą obecnie przesłanki ponownego wezwania BBF do uzupełnienia wykazu.

W ocenie zamawiającego ustalone w toku postępowania odwoławczego okoliczności wskazują na zasadność wykluczenia wykonawcy BBF z postępowania, niemniej zgodnie z żądaniem odwołania zamawiający po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej wezwie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Reasumując, zamawiający uwzględniając w całości zarzuty odwołania unieważni wybór oferty najkorzystniejszej, wezwie wykonawcę BBF do złożenia wyjaśnień oraz wykluczy wykonawcę BBF z udziału w postępowaniu ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie ponownie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający zastrzega też, iż częściowo nie podziela twierdzeń odwołującego, co omawia w dalszej części złożonego pisma.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powołał wymóg doświadczenia opisany w pkt III.2.3 ogłoszenia i stwierdził, że wykonawca BBF pismem z 30.11.2015 r. na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przedłożył wykaz usług zawierający usługę wykonaną przez podmiot trzeci tj. spółkę ERG), w odniesieniu do której odbiorca usługi był zamawiający. Usługa dotyczyła prac projektowych przy modernizacji linii kolejowej nr 273 Głogów-Zielona Góra-Rzepin-Dolna Odra. Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentacji i uzyskaniu dodatkowych opinii uznał, że zarzut częściowo się potwierdził. W jego ocenie wskazana wyżej dokumentacja projektowa nie uwzględniała standardów AGC; linia kolejowa 273 na odcinku od km 5,040 do 355,904 jest wyłącznie linią kolejową AGTC.

Zarazem zamawiający nie podziela tezy odwołującego, iż wskazywana usługa nie obejmowała projektu budowlanego, a jedynie projekty wykonawcze. Zauważa, że warunkiem było jedynie opracowanie dokumentacji przetargowej obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego bez konieczności wystąpienia przez wykonawcę usług o pozwolenie na budowę. Zamawiający wskazuje, że przedmiotem wykonanego zamówienia było wykonanie m.in. projektów budowlanych, projektów wykonawczych, kosztorysów inwestorskich oraz przedmiarów robót (pkt. 4 opz dla usługi zał. do odwołania). Zatem wymagane projekty zostały wykonane, a nadto w warunku dopuszczono alternatywnie opracowanie dokumentacji dla „budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej.”

Zamawiający stwierdził, że odwołujący rozszerza wymagania ponad treść warunku, co jest także niezgodne z ugruntowanym piśmiennictwem i orzecznictwem.

Podobnie, w ocenie zamawiającego bezzasadny jest zarzut dotyczący stacji kolejowej. Zgodnie z treścią warunku, wykonawca zobowiązany był do wskazania dokumentacji przetargowej, obejmującej między innymi 1 stację kolejową posiadającą min. 2 tory zasadnicze i min. 5 torów stacyjnych, oraz min. 4 krawędzie peronowe. W treści warunku stwierdzono że projektowana budowa lub modernizacja lub przebudowa ma obejmować swym zakresem w/w stacje, nie zaś obejmować urządzenia projektu przebudowy/budowy każdego z w/w elementów. Spółka ERG wykonała prace projektowe dotyczące m.in. dwóch torów na stacji Zielona Góra spełniającej powyższe wymagania, co oznacza spełnienie warunku.

Zamawiający potwierdził brak spełnienia warunku doświadczenia przez wykonawcę w zakresie nie wykazanego spełnienia wymagania standardów AGC ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego o zaistnieniu przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i stwierdza, że fakt nie wykazania wymaganego doświadczenia ze skutkiem przewidzianym w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp nie może być utożsamiany z przesłanką złożenia nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3) która dotyczy celowego, zamierzonego, umyślnego wprowadzenia w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego.

W związku z zarzutem zaniechania ujawnienia treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci – spółkę ERG zamawiający że w sprawie sygn. akt 39/16 podnoszono już zarzut zaniechania ujawnienia tego samego dokumentu i został on uwzględniony przy jednoczesnym oddaleniu odwołania wobec braku wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzut zamawiający ocenia jako bezprzedmiotowy.

Analogicznie ocenia ponownie zgłoszony wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków w osobach podpisujących zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Niezależnie od powyższego zamawiający zauważa, że dnia 29 stycznia 2016 r. przekazał odwołującemu kopię oświadczenia o udostępnieniu zasobów i okoliczność ta przesądza o bezprzedmiotowości postawionego zarzutu i wskazał art. 192 ust. 2 o uwzględnieniu odwołania, jeżeli stwierdzone naruszenie ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – wykonawca BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w oparciu o art. 186 ust. 4 i 5 ustawy pzp, oświadczył, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów w odwołaniu przez zamawiającego.

W toku posiedzenia przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie z uwzględnieniem faktu, że dotyczy ono czynności oceny ofert i termin ten należy liczyć od dnia 8 stycznia 2016 r. z podstawą prawną określoną w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP. W zakresie zarzutu dotyczącego udostępnienia dokumentu wskazał na rozstrzygnięcie Izby w wyroku sygn. akt KIO 39/16. Na poparcie argumentacji i wniosku złożył do akt pismo procesowe. Podkreślił, że termin z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP jest wiążący i oczywisty. Wskazał na brak uchylecia czynności oceny ofert przez zamawiającego. Stwierdził, iż ocena i zaniechanie wykluczenia nastąpiło w dacie 8 stycznia 2016 r., a Izba odwołanie na tę czynność i wskazane zaniechanie oddaliła wyrokiem z 26 stycznia 2016 r. Stwierdził, że przedstawiona przez odwołującego słusznościowa argumentacja na poparcie stanowiska o wniesieniu odwołania w terminie nie znajduje oparcia w przepisach. Zauważyła też, że zamawiający w dniu 8 stycznia 2016 r. miał pełną wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do oceny wykonawców i także w zakresie spełniania warunków podmiotowych przez przystępującego. Przypomniał, że czynność oceny i wyboru nie była zmieniana przez zamawiającego. Wskazał na orzecznictwo Izby przytoczone w złożonym piśmie.

Podkreślił, że nie jest kwestionowana czynność odtajnienia wykazu usług, lecz czynność oceny ofert.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania wobec braku przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3 PZP. Zauważył, że odwołanie z 13 stycznia 2016 r. w sprawie KIO 39/16 zostało oddalone, jednakże uwzględniony został jeden zarzut w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dnia 21 stycznia 2016 r. Zamawiający udostępnił odwołującemu wykaz usług z referencjami. Zarzuty oparte na informacjach zawartych w tym dokumencie nie były rozpatrywane przez Izbę, która wskazała dopuszczalność wniesienia odrębnego odwołania. Odwołujący zauważył, że uwzględnienie wniosku przystępującego prowadziłoby do wyboru wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, a o przesłankach co do takiej czynności powziął wiadomość 21 stycznia 2016 r. Tym samym dla odwołującego przesłanka wykluczenia zaktualizowała się we wskazanej dacie. Zamawiający w rzeczywistości o tej okoliczności, to jest przesłance wykluczenia dowiedział się z treści



odwołania. Podkreślił, że obowiązek wykluczenia istnieje na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zauważył, że stwierdzenie iż odwołanie zostało wniesione po terminie przy wcześniejszym stwierdzeniu przez Izbę, iż rozpatrzenie nie jest możliwe wobec braku zarzutu w odwołaniu wcześniejszym prowadziłoby do pozbawienia odwołującego możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ponownie podkreślił, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawcy, a nie czynności oceny ofert. Przypomniął, że termin wniesienia odwołania od czynności oceny ofert upływał dnia 18 stycznia 2016 r., natomiast udostępnienie dokumentu nastąpiło 21 stycznia 2016 r. Stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy ma zastosowanie art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 182 ust. 3 PZP. Przypomniął, że 21 stycznia 2016 r. została dokonana czynność odtajnienia wykazu usług i czynność ta nie była rozpatrywana przez Izbę. Czynność ta stanowi podstawę wniesienia odwołania. Przypomniął zakres zarzutów podniesionych w sprawie KIO 39/16. Wskazał, że czynność zamawiającego jest oceniana jako podlegająca ewentualnemu zaskarżeniu zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP. Jest to czynność stanowiąca podstawę wniesienia odwołania.

Zamawiający pozostawił wniosek do rozpatrzenia Izbie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający uznaje za zasadne stwierdzenie, że rozpatrywane odwołanie wniesione dnia 1 lutego 2016 r. wraz z uzupełnieniem z tej samej daty zawiera w istocie zarzuty wobec czynności oceny ofert, w szczególności wyniku tej oceny, w którym zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego. Literalne brzmienie zarzutu sformułowane jest jako niezgodna z przepisami czynność wyboru oferty, zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaniechanie wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia w sprawie uzupełnionego wykazu wykonanych usług pomimo iż nie wynika z tego wykazu spełnianie warunków udziału oraz zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych dokumentów, pomimo że informacje w nich zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2016 roku, sygn. akt KIO 39/16.

Odwołujący zażądał ponowienia oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenia z postępowania przystępującego, odrzucenia jego oferty i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazując na formalne przesłanki wniesienia odwołania odwołujący stwierdził, że dnia 21 stycznia 2016 roku otrzymał od zamawiającego uzupełniony (odtajniony) wykaz usług, z czego wywodzi, że odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w ustawie. Wobec wątpliwości co do zachowania przesłanki formalnej stwierdził w toku posiedzenia, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, a o przesłankach co do takiej czynności powziął wiadomość 21 stycznia 2016 r. Tym samym dla odwołującego przesłanka wykluczenia zaktualizowała się we wskazanej dacie. Przypomniał, że obowiązek wykluczenia istnieje na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Ustalono, że od dnia wyboru dnia 8 stycznia 2016 r. oferty poprzedzonego oceną złożonych ofert i spełnianiem warunków podmiotowych przez wykonawców do dnia posiedzenia Izby (18 lutego 2016 r.) nie unieważnił czynności oceny ofert i nie przeprowadził ponownej ich oceny pomimo zapowiedzi dokonania takich czynności w złożonej odpowiedzi na odwołanie, gdzie potwierdził zaistnienie potrzeby unieważnienia wskazanej czynności wyboru i oceny ofert oraz stwierdził przesłanki wykluczenia przystępującego z postępowania. Tym samym w dniu rozpatrzenia w obrocie prawnym znajduje się czynność z dnia 8 stycznia 2016 r. Ta właśnie czynność jest kwestionowana w sprawie przez odwołującego, który jednocześnie wskazuje, że o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął wiadomość dnia 21 stycznia 2016 r. tj., gdy otrzymał od zamawiającego odtajnione dokumenty.

W ocenie Izby wykluczenie wykonawcy lub zaniechanie takiej czynności, a także odrzucenie oferty stanowią wynik oceny ofert i wykonawców, o którym informacja obowiązkowo podlega przekazaniu wykonawcom zgodnie z art. 92 ustawy pzp. W tym wypadku termin na wniesienie odwołania uregulowany jest w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a termin ten w sprawie niniejszej nie został dochowany. Można zauważyć, że w odwołaniu rozpatrywanym w sprawie KIO 39/16 podniesiono zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z powodu braku wykazania spełnienia warunków podmiotowych. W sprawie rozpatrywanej odwołujący nadal podnosi tę okoliczność wskazując na fakt pozyskania dodatkowych informacji.

Z uwagi na zakończenie postępowania odwoławczego z przyczyn formalnych, Izba nie odnosi się i nie ocenia stanowisk merytorycznych uczestników, w tym m. in. stwierdzenia zamawiającego o stwierdzeniu zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W konsekwencji skład orzekający potwierdza, że sam fakt ujawnienia w terminie późniejszym informacji objętych pierwotnie zastrzeżeniem tajemnicy nie powoduje odmiennego sposobu liczenia terminu na wniesienie odwołania, w tym np. uznanie, że termin taki rozpoczyna bieg w dniu uzyskania informacji dotyczących oceny ofert.

Tak więc Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione z przekroczeniem ustawowego terminu ze skutkiem w postaci jego odrzucenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....