

Sygn. akt: KIO 1658/11

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie-Koźlu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Opolu**

przy udziale uczestnika postępowania **Jacka Sztolcmana prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman w Kłobucku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie-Koźlu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Opolu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie-Koźlu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Opolu** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie-Koźlu** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....



## **Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Opolu zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na roboty budowlane polegające na przebudowie drogi krajowej nr 42 na odcinku Praszka - Rudniki, od km 55+250,00 do km 65+700,00.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 92 – 150513.

W dniu 27 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie-Koźlu (dalej „odwołujący”) o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Jacka Sztolcmana prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman w Kłobucku (dalej także „przystępujący”).

Dnia 4 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł pismem z dnia 3 sierpnia 2011 r. odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując w dniu 3 sierpnia 2011 r. zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zakwestionował czynności:

1. zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia:

- a) wyjaśnień dotyczących formularza 3.2.3. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, załączonego do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu,
  - b) wyżej wymienionego formularza niezawierającego błędów,
2. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Uwzględnivszy powyższe odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia:
  - a) wyjaśnień dotyczących formularza 3.2.3. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, załączonego do oferty odwołującego złożonej w postępowaniu,
  - b) wyżej wymienionego formularza niezawierającego błędów, co naruszało przepis art. 26 ust. 3 i ust 4, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 Pzp,
2. wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego i wezwania odwołującego w toku tego badania do złożenia formularza 3.2.3. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia” niezawierającego błędów.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż w pkt. 7.2.3.2. a tiret trzeci i czwarty Instrukcji dla wykonawców (dalej „IDW”), stanowiącej rozdział 1 tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) zamawiający zastrzegł, że wykonawca winien dysponować do wykonania zamówienia kierownikiem budowy legitymującym doświadczeniem zawodowym wynoszącym co najmniej 5 lat od uzyskania uprawnień budowlanych i obejmującym pracę na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o wartości minimum 24,0 mln PLN każde. W pkt. 8.2.3. IDW zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, na formularzu zgodnym z treścią formularza 3.2.3. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”. Wykaz musi potwierdzać spełnienie wskazanego w pkt. 7.2.3.2. IDW warunku

udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący załączył do swojej oferty złożonej w postępowaniu wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzony na formularzu 3.2.3. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia” zgodnym ze wzorem zawartym w rozdziale 3 tomu I siwz. W powołanym wykazie odwołujący wskazał jako kierownika budowy Jana B. i w kolumnie piątej tego wykazu podał następujące informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia wymienionego:

- 1) uprawnienia budowlane nr 14/92/Op z dnia 9 stycznia 1992 r. w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie dróg i lotniczych dróg startowych oraz manipulacyjnych;
- 2) 18 lat doświadczenia zawodowego od uzyskania uprawnień budowlanych;
- 3) pełnienie funkcji kierownika budowy na następujących zadaniach:
  - a) przebudowa drogi krajowej nr 46 Kłodzko - Nysa - Opole - Częstochowa - Szczekociny odcinek Dobrodzień - granica województwa km 138+802 - km 141+589,
  - b) przebudowa drogi wojewódzkiej nr 426 przy węźle autostradowym Olszowa - Etap II „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 426, odcinek Piotrówka - Strzelce Opolskie wraz z budową ścieżki pieszo rowerowej” oraz z „Przebudową mostów przez Jemielnicę i Kanał Ulgi w ciągu drogi wojewódzkiej nr 426 w miejscowości Jemielnica”;
- 4) wartość zadań, na których Jan B. pełnił funkcję kierownika budowy – 25 447 135,02 zł i 26 993 260,68 zł.

Do omawianego wykazu odwołujący załączył, chociaż zamawiający tego nie wymagał, dokumenty stwierdzające posiadanie uprawnień budowlanych przez osoby wymienione w tym wykazie, w tym dokumenty stwierdzające uprawnienia budowlane Jana B. Pismem z dnia 27 lipca 2011r. zamawiający, nie wezwawszy uprzednio odwołującego do złożenia wyjaśnień, zawiadomił go o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z podaniem przez odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz o odrzuceniu w konsekwencji oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący podniósł, iż zawarte w omawianym piśmie lakoniczne uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty sprowadza się do jednozdaniowego stwierdzenia, że odwołujący załączył do swojej oferty wypełniony formularz 3.2.3. zawierający nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy. Zostało w odwołaniu zaznaczone, iż w powołanym piśmie

zamawiający ani nie określił, które z podanych przez odwołującego informacji o doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy są nieprawdziwe, ani z jakich okoliczności zamawiający wywodzi tezę o nieprawdziwości rzeczonych informacji. Odwołujący wskazał, iż lakoniczność przytoczonego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty utrudniła mu odniesienie się do tego uzasadnienia i zmusiła do poczynienia następujących założeń: 1) zamawiający nie kwestionuje prawdziwości podanych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, załączonym do oferty odwołującego, informacji dotyczących kwalifikacji, tj. posiadania wymaganych przez zamawiającego uprawnień budowlanych, i wykształcenia, Jana B. wskazanego w tej ofercie na stanowisko kierownika budowy; 2) zamawiający uznaje za nieprawdziwe podane w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, załączonym do oferty odwołującego, informacje dotyczące doświadczenia Jana B., tj. informacje o czasokresie doświadczenia zawodowego wymienionego liczonego od daty uzyskania przez niego uprawnień budowlanych i/lub rodzaju, ilości i wartości zadań, przy których realizacji Jan B. pracował jako kierownik budowy lub kierownik robót. Odwołujący przyjmując przytoczone założenia przedstawił swoje stanowisko dowodząc, iż wykluczenie go z postępowania nie było uprawnione.

Konkludując stwierdził, iż zaniechanie przez zamawiającego, przed wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem jego oferty, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty odwołującego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, stanowiło w kontekście treści tego wykazu i utrwalonej linii orzeczniczej w sprawie zamówień publicznych, naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Dodał, że podjęta przez zamawiającego czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodu podania w załączonym do oferty odwołującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, nieprawdziwych informacji o doświadczeniu zawodowym Jana B., jako wskazanego w rzeczonym wykazie kierownika robót, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Zatem omawiana czynność podjęta została z rażąco obrażą przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Podkreślone także zostało, iż przytoczone przez zamawiającego uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, ograniczające się do jednozdaniowego stwierdzenia, że odwołujący załączył do swojej oferty wypełniony formularz 3.2.3. zawierający nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, „nie jest w rzeczywistości żadnym uzasadnieniem”, bowiem pomija wskazanie, które z tych informacji są nieprawdziwe i nie zawiera omówienia przesłanek owej nieprawdziwości. Tym samym odwołujący stwierdził, iż czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z

postępowania i odrzucenia jego oferty podjęta została z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zatem zdaniem odwołującego uzasadniona jest teza, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co naruszył również przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

W świetle powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił w dniu 4 sierpnia 2011 r. za pośrednictwem faksu Jacka Sztolcmana prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman w Kłobucku o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni w dniu 8 sierpnia 2011 r. potwierdzony prezentatą) zostało wniesione zgłoszenie przez Jacka Sztolcmana prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman w Kłobucku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby w dniu 12 sierpnia 2011 r. potwierdzony prezentatą) przystępujący wniósł o oddalenie odwołania argumentując, iż zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Pismem datowanym na 11 sierpnia 2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby w dniu 16 sierpnia 2011 r. potwierdzony prezentatą) zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Wskazał, iż w toku czynności badania i oceny złożonych ofert stwierdził, iż z będącej w jego posiadaniu umowy nr R 2/92 z dnia 30 stycznia 2008 r., której przedmiotem była przebudowa DK 46 Kłodzko - Nysa - Opole - Częstochowa - Szczekociny odcinek Dobrodzień - granica województwa km 138+802 - km 141+589, wynika, iż wartość tego zadania wynosiła 14 354 445,41 zł (brutto), a nie jak podał odwołujący w formularzu 3.2.3. - 25 447 135,02 zł (brutto). Tym samym zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.



**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w pkt. 7.2.3.2.a IDW określił szereg wymagań dotyczących doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy. Jak wynika z przywołanego postanowienia siwz osoba mająca pełnić wskazane stanowisko miała wykazać się:

- doświadczeniem zawodowym wynoszącym co najmniej 5 lat od uzyskania uprawnień budowlanych,
- ww. doświadczenie miało obejmować pracę na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót,
- ww. doświadczenie należało zdobyć pełniąc funkcję kierownika budowy lub robót „na co najmniej dwóch zadaniach”,
- wskazane zadania miały polegać na budowie, przebudowie lub remoncie drogi,
- wartość budowanej, przebudowywanej lub remontowanej drogi miała wynosić minimum 24,0 mln PLN każda.

Do powyższych wymagań wykonawcy mieli odnieść się wypełniając formularz 3.2.3 „Osoby zdolne do wykonania zamówienia” (pkt. 8.2.3. IDW).

Uwzględnivszy tak sformułowane wymagania siwz odwołujący wypełnił wymieniony formularz podając informacje wymagane przez zamawiającego, odnoszące się do wszystkich podlegających badaniu (opisanych w pkt. 7.2.3.1a IDW) aspektów doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy (k. 55-57 oferty). W załączonym do oferty odwołującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odwołujący wskazał kierownika budowy (Jan B.) i w kolumnie piątej tabeli podał następujące informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia zaproponowanej osoby:

- 1) uprawnienia budowlane nr 14/92/Op z dnia 9 stycznia 1992 r. w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie dróg i lotniczych dróg startowych oraz manipulacyjnych;
- 2) 18 lat doświadczenia zawodowego od uzyskania uprawnień budowlanych;
- 3) wykształcenie średnie;
- 4) pełnienie funkcji kierownika budowy dla zadań:
  - przebudowa drogi krajowej nr 46 Kłodzko - Nysa - Opole - Częstochowa - Szczekociny odcinek Dobrodzień - granica województwa km 138+802 - km 141+589, wartość robót 25 447 135,02 zł (brutto);

- przebudowa drogi wojewódzkiej nr 426 przy węźle autostradowym Olszowa - Etap II „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 426, odcinek Piotrówka - Strzelce Opolskie wraz z budową ścieżki pieszo rowerowej” oraz z „Przebudową mostów przez Jemielnicę i Kanał Ulgi w ciągu drogi wojewódzkiej nr 426 w miejscowości Jemielnica”; wartość robót 26 993 260, 68 zł (brutto).

Zamawiający nie wzywał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów.

Pismem z dnia 27 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zostało przez zamawiającego wskazane, iż przyczyną wykluczenia było złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dalej zamawiający przytoczył postanowienia pkt. 8.2.3. IDW podkreślając fragment „(...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia (...)” oraz stwierdził, że „do oferty Wykonawca dołączył Formularz 3.2.3 zawierający nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca podlega wykluczeniu zgodnie z przytoczonym na wstępie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, a jego ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp – jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu”.

Stanowiska zamawiającego nie podzielił odwołujący wnosząc rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

**Uwzględnwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskał wykonawca Jacek Sztolcman prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman w Kłobucku zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Izba wyraża pogląd, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane (tak też w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt 257/11). Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania (tak też w wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1633/11).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej przez Izbę sprawy trzeba zaznaczyć, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż wykonawca, którego decyduje się wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ (mogące mieć wpływ) na wynik postępowania. Zamawiający zatem jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na gruncie konkretnej sprawy zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach i ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej decyzji), ale także uzasadnienie faktyczne.

W realiach niniejszej sprawy zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r. – wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - zaniechał podania uzasadnienia faktycznego dokonanej wobec odwołującego czynności.

Wskazanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólnikowe sformułowanie, że załączony do oferty formularz 3.2.3 zawiera nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy nie stanowi, w okolicznościach sporu, realizacji dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującego podanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych czynności.

Izba podziela pogląd odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r. ograniczające się do stwierdzenia, iż załączony do oferty formularz 3.2.3 zawiera nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Z informacji podanej przez zamawiającego nie wynika, dlaczego zamawiający uznał, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje – zamawiający nie wskazał precyzyjnie, która konkretnie informacja zawarta w wykazie pn. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia”, a dotycząca doświadczenia osoby mającej być kierownikiem budowy, jest niezgodna z prawdą i dlaczego. Trafnie zauważył na rozprawie odwołujący, iż w istocie dopiero odpowiedź zamawiającego na odwołanie stanowiła uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia go z postępowania. Nie sposób podzielić poglądu zamawiającego wyrażonego na rozprawie, iż uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r., było na tyle szczegółowe, że odwołujący mógł się domyślić, dlaczego został wykluczony.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania informacji, które zamawiający uważa za nieprawdziwe prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie wykluczenia go z postępowania. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać, która informacja podana przez niego w formularzu 3.2.3. dotycząca doświadczenia osoby mającej być kierownikiem budowy jest nieprawdziwa. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO

1620/11 oraz KIO 1625/11), a tak zamawiający postąpił w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż z będącej w jego posiadaniu umowy nr R 2/92 z dnia 30 stycznia 2008 r., której przedmiotem była przebudowa DK 46 Kłodzko - Nysa - Opole - Częstochowa - Szczekociny odcinek Dobrodzień - granica województwa km 138+802 - km 141+589, wynika, iż wartość tego zadania wynosiła 14 354 445,41 zł (brutto), a nie jak podał odwołujący w formularzu 3.2.3. - 25 447 135,02 zł (brutto). Tym samym w zakresie dotyczącym wartości powołanej inwestycji odwołujący podał nieprawdziwe informacje, co obligowało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zważywszy, iż obowiązek zawiadomiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji Izba wyraża pogląd, iż w okolicznościach rozpatrywanej sprawy zamawiający w sposób lakoniczny i ogólnikowy uzasadniając podjęte wobec odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności podjętych przez zamawiającego decyzji i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych reguł niedopuszczalnym jest wymuszanie przez zamawiającego, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny wykluczenia z postępowania (w tym przypadku samodzielnie ustalał, która informacja została przez zamawiającego uznana za nieprawdziwą), następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. W takich okolicznościach faktycznych dopiero na rozprawie lub w odpowiedzi na odwołanie odwołujący oraz pozostali wykonawcy – w polemice zamawiającego z zarzutami odwołania – dowiadują się, że odwołujący nie ma racji, gdyż zupełnie z innych przyczyn zamawiający go wykluczył bądź, że trafnie zostały przez odwołującego przyczyny wykluczenia zrekonstruowane, jednak zamawiający uważa, iż jego decyzja jest prawidłowa. Taka sytuacja musi być przez Izbę uznana za niedopuszczalną, bowiem – jak wynika z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp – to zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności, tak aby wykonawcom zagwarantować możliwość weryfikacji decyzji zamawiającego w toku procedury odwoławczej.

W realiach rozpatrywanej sprawy odwołujący wprawdzie sformułował w odwołaniu zarzuty kwestionujące prawidłowość wykluczenia go z postępowania, jednak wobec wadliwie sporządzonej przez zamawiającego informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania,

Izba uznała je za przedwczesne. Trzeba jeszcze raz zaznaczyć, iż uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zatem termin ten zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 Pzp o podjętej wobec niego decyzji.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy należy podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Powołane uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądza o uwzględnieniu odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....