

Sygn. akt: KIO/UZP 833/08

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 26 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu ~~protestów~~* z dnia 24 lipca 2008 r.

przy udziale przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o. CBPBPk Kolprojekt, 20-270 Lublin, ul. Rataja 15B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, wezwanie Odwołującego się, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków.

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

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS RAIL S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest nadzór nad projektem nr CCI 2005/PL/16/C/PT/002 pn. „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław-Poznań, etap II, odcinek Wrocław-granica województwa dolnośląskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 27 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 40-055979.

Dnia 24 lipca 2008 r. Odwołujący się wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 183 ust. 5, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3.

Pismem z dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na przedmiotową czynność Odwołujący się wniósł pismem z dnia 30 czerwca 2008 r. protest, który stosownie do rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 10 lipca 2008 r. został w całości uznany za zasadny. Skutkiem tego Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny wniosków, w wyniku którego ponownie wykluczył Odwołującego się

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O przedmiotowej decyzji Zamawiający zawiadomił Odwołującego się pismem z dnia 18 lipca 2008 r., w uzasadnieniu wskazując, iż złożone przez Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty, w zakresie doświadczenia p. Janusza K. nie potwierdziły wynikającego z zapisów specyfikacji istotnych warunków) zamówienia (SIWZ) wymogu posiadania przez Kierownika Przeglądu Dokumentacji, co najmniej 5-letniego doświadczenia związanego z opracowywaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych.

W kwestii naruszenia przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku uwzględnienia protestu, powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Z treści zacytowanego przepisu wynika, iż zamawiający uwzględniając argumentację wykonawcy jest związany jego żądaniami, a co za tym idzie ma obowiązek postąpić zgodnie z nimi.

Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznając pierwszy protest Odwołującego się i zobowiązując się do dokonania ponownego badania i oceny wniosku Odwołującego się o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu, jednocześnie przyznał, że nie istnieją podstawy do wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Podkreślenia wymaga bowiem, iż w proteście z dnia 30 czerwca 2008 r. Odwołujący się nie tylko zarzucił Zamawiającemu, iż ten błędnie przyjął, że Odwołujący się uzupełnił dokumenty dołączone do swojego wniosku po ustalonym terminie, ale także podniósł, że Zamawiający nie ma podstaw do jego wykluczenia z postępowania. Na tej zasadzie wypowiedź Zamawiającego zawarta w rozstrzygnięciu przedmiotowego protestu, iż „Zamawiający uwzględnił argumentację zawartą w proteście oraz fakt, iż przedmiotowe uzupełnienie dokumentów wpłynęło (...) przed wymaganym terminem” jest jednoznaczna i wskazuje na uwzględnienie całości żądań

Odwołującego się, w tym także żądania w zakresie zaproszenia Odwołującego się do składania ofert.

W kwestii naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący się wskazuje, że wbrew wymaganiom przepisów ustawy Pzp w uzasadnieniu pisma z dnia 18 lipca 2008 r. zawiadamiającego Odwołującego się o wyniku oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu nie wskazano jednoznacznie, jaka okoliczność stała się podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z przedmiotowego uzasadnienia nie wynika bowiem, czy zarzut Zamawiającego dotyczy jedynie nie wykazania okresu niezbędnego do spełnienia wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia przez Kierownika Przeglądu Dokumentacji, czy też innych elementów tego doświadczenia. Z podkreślenia przez Zamawiającego wyrazów „dokumentacja projektowa” oraz zestawienia treści uzasadnienia wykluczenia z treścią wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów i rozstrzygnięcia poprzedniego protestu wynika jednak, iż przyczyną wykluczenia było nie tyle nie posiadanie przez Kierownika Przeglądu Dokumentacji odpowiedniego stażu pracy, ile zakwestionowanie charakteru pracy wykonywanej przez tę osobę.

Tymczasem Zamawiający wzywając pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r. Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów jednoznacznie doprecyzował, iż „prosi o wskazanie terminów (dzień, miesiąc, rok) zatrudnienia p. Janusza K. przy wymienionych inwestycjach kolejowych oraz odpowiednie uzupełnienia dokumentów”. Zamawiający nie wskazał więc, iż ma zastrzeżenia do rodzaju doświadczenia (charakteru prac). Odwołujący się kierując się zakresem żądania Zamawiającego doprecyzował, w jakich datach wykonywane były przez p. Janusza K. czynności przy poszczególnych projektach, przy czym zastrzegł, iż w odniesieniu do starszych projektów nie jest on w stanie wykazać doświadczenia z żadaną przez Zamawiającego dokładnością od daty dziennej.

Dodatkowo Odwołujący się podkreśla, że nawet pominięcie niektórych pozycji wskazanych w załączniku do wniosku, jako nie spełniających wymagań Zamawiającego, nie dekompletuje doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Pan Janusz K. co jednoznacznie wynika z oświadczenia Odwołującego się, dysponuje ponad 50-letnim doświadczeniem przy projektowaniu linii kolejowych oraz odpowiednimi uprawnieniami w tym zakresie. Na potwierdzenie tego faktu Odwołujący się dołączył Załącznik nr 2 z wyodrębnioną pozycją dotyczącą Kierownika Przeglądu Dokumentacji.

Mając na uwadze zakres wątpliwości Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu z dnia 30 kwietnia 2008 r. przyjęć należy, iż Odwołujący się prawidłowo wywiązał się z nałożonego przez Zamawiającego obowiązku, a co za tym idzie nie może on zostać obciążony

negatywnymi skutkami niejasności lub też niejednoznaczności wyrażonych przez Zamawiającego żądań.

Nie bez znaczenia jest także fakt, iż Zamawiający w późniejszym terminie, zwłaszcza zaś w pierwszym wykluczeniu Odwołującego się (pismo z dnia 23 czerwca 2008 r.) oraz w rozstrzygnięciu pierwszego protestu (pismo z dnia 10 lipca 2008 r.) nie wskazywał na istnienie jakichkolwiek dalszych zastrzeżeń co do spełniania przez p. Janusza K. wymagań stawianych Kierownikowi Przeglądu Dokumentacji, czy też na niewłaściwe uzupełnienie dokumentów w żądanym przez siebie zakresie. Potwierdził on tym samym, iż poprzez uzupełnienie dokumentów, Odwołujący się uczynił zadość wymaganiom określonym w SIWZ, a co za tym idzie zarzuty podnoszone na obecnym etapie postępowania należy uznać za spóźnione.

Odwołujący się, z ostrożności, podnosi, iż charakter prac wykonywanych przez p. Janusza K. odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Ponadto, już sam fakt, iż dysponuje on uprawnieniami projektowymi wskazuje, że musiał on w przeszłości wykonywać tego rodzaju prace. Jednakże pojęcie „dokumentacji projektowej” nie powinno być interpretowane zawężająco. Zamawiający nie doprecyzował bowiem w SIWZ, co rozumie pod pojęciem „dokumentacji projektowej”, a określenie to nie zostało również zdefiniowane w obowiązujących przepisach prawa. Z uwagi na brak definicji legalnej tego pojęcia, wykonawca przy jego interpretacji winien kierować się znaczeniem potocznym określeń, którymi posługuje się Zamawiający, uwzględniając jednakże specyfikę przedmiotowego zamówienia. Z tej przyczyny Odwołujący się miał prawo przyjąć, iż „doświadczenie związane z opracowywaniem i sprawdzaniem dokumentacji projektowej” obejmuje nie tylko doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu projektów budowlanych, czy też projektów wykonawczych, ale także przy opracowywaniu dokumentacji przedprojektowej – koncepcji, projektów wstępnych i studiów wykonalności inwestycji. Ze specyfiki prac wykonywanych przy modernizacji linii kolejowych wynika, iż w każdym przypadku wykonywana jest dokumentacja projektowa dotycząca studium wykonalności planowanej inwestycji, która stopniem skomplikowania, czy też w zakresie zasad wykonywania nie odbiega w sposób istotny od dokumentacji projektowej sensu stricto. Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w publikacjach fachowych.

Odwołujący się podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem sądów okręgowych, negatywnych skutków dla oferenta nie może wyrzeć niedookreślenie przez zamawiającego pojęcia użytego w SIWZ. Z sytuacją taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Zamawiający pozbawił wykonawców możliwości zadawania pytań odnośnie postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu stwierdzając, że wyjaśnienia będą udzielane wykonawcom, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Odwołujący się zauważa ponadto, że wprowadzie w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy Pzp pojęcie to odnoszone jest, w przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, do projektu budowlanego, projektów wykonawczych oraz przedmiaru robót, jednakże wskazane przepisy nie wprowadzają wiążącej dla Zamawiającego definicji tego pojęcia. Wskazane regulacje odnoszą się do sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś do warunków udziału wykonawców w postępowaniu. Te ostatnie mają być jedynie odpowiednie do charakteru i specyfiki prac objętych przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie wąskie ujęcie pojęcia „dokumentacji projektowej” nie odpowiada celowi przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący się oczekiwał wyjaśnień w zakresie terminów i nie kwestionował braków o charakterze przedmiotowym doświadczenia, ponowne więc wykluczenie Odwołującego się na podstawie innych zastrzeżeń niż poprzednio jest niedopuszczalne. Nawet przyjęcie, że Zamawiający, pomimo uwzględnienia poprzedniego protestu wykonawcy, miał możliwość przy ponownym badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powołać się na nowe wątpliwości odnośnie dokumentów przedstawionych przez Odwołującego się, nie może stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego się, gdyż w tej sytuacji, ponownie aktualizuje się obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego i powtórzenie czynności badania i oceny wniosku Odwołującego się o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, a następnie zaproszenie Odwołującego się do złożenia oferty, wobec spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienia zgłosiły Konsorcjum: Halcrow Group Limited, Jacobs GIBB (Polska) Sp. z o.o., SAFEGE (dalej Halcrow) oraz Konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., CBPBPK Kolprojekt (dalej: Kolmen) wnosząc o oddalenie przedmiotowego protestu.

Przystępujący Halcrow podkreśla, iż uznanie pierwszego protestu Odwołującego się i powtórzenie czynności oceny wniosku nie stanowi potwierdzenia spełniania przez Odwołującego się warunków udziału w postępowaniu oraz uznania żądania Odwołującego się zaproszenia do składania ofert. Powtórzenie czynności oceny wniosku, nie wyklucza bowiem ponownego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przedmiotem protestu z dnia 30 czerwca 2008 r. oraz jego rozstrzygnięcia była kwestia dotrzymania terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Natomiast o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu można zdecydować dopiero w wyniku ponownej oceny wniosku. Przystępujący Halcrow nie zgadza się ponadto z twierdzeniem Odwołującego się, iż z pisma z dnia 18 lipca 2008 r. nie wynika jednoznacznie, jaka

okoliczność stała się podstawą wykluczenia Odwołującego się, gdyż okoliczność ta wskazana jest w sposób jednoznaczny na stronie 6 przedmiotowego pisma.

Dnia 4 sierpnia Zamawiający protest oddalił. Zamawiający wyjaśnia, iż pismem z dnia 23 czerwca 2008 r. poinformował Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na przedmiotową czynność Odwołujący wniósł pismem z dnia 30 czerwca 2008 r. protest, który stosownie do rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 10 lipca 2008 r. został w całości uznany za zasadny. Zamawiający zobowiązał się do powtórzenia czynności badania i oceny wniosku. W wyniku dokonanej czynności wykluczył Odwołującego się z postępowania powołując tę samą podstawę prawną, jak w przypadku pierwszego wykluczenia, jednakże dokonał tego w oparciu o przesłanki, których wcześniej nie brał pod uwagę. O przedmiotowej decyzji Zamawiający zawiadomił Odwołującego się pismem z dnia 18 lipca 2008 r., w uzasadnieniu wskazując, iż złożone w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumenty w zakresie doświadczenia p. Janusza K. nie potwierdziły wynikającego z zapisów SIWZ wymogu posiadania przez Kierownika Przeglądu Dokumentacji, co najmniej 5-letniego doświadczenia związanego z opracowywaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych.

Zgodnie z pkt III 2.3 (Zdolność techniczna) *Ogłoszenia o zamówieniu* Zamawiający określił wymagania w zakresie doświadczenia Kierownika Przeglądu Dokumentacji, który musiał „wykazać się co najmniej 5-letnim doświadczeniem związanym z opracowaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych.

Odwołujący się zaproponował na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji p. Janusza K. Zamawiający pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r. poinformował Odwołującego się, że „złożony wniosek nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu” określonego w punkcie III 2.3 ogłoszenia i wezwał Odwołującego się do uzupełnienia treści złożonego wniosku przez „wskazanie terminów (dzień, miesiąc, rok) zatrudnienia Pana Janusza K. przy wymienionych inwestycjach kolejowych oraz odpowiednie uzupełnienie dokumentów”.

Dokumenty złożone we wniosku, jak i w wyniku wezwania nie potwierdzają spełnienia spornego warunku. Wskazane doświadczenie dotyczy w większości sporządzania dokumentacji przedprojektowej. Zaś pojęcie dokumentacji projektowej zostało określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Ponadto do sporządzania i sprawdzania dokumentacji projektowej konieczne są uprawnienia budowlane, a do prac przedprojektowych takich wymagań nie ma.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest bezzasadny, gdyż Zamawiający nie był obowiązany wzywać Odwołującego się do złożenia wyjaśnień, bowiem przedmiotowy przepis takiego obowiązku nie przewiduje oraz nie mógł wezwać go do uzupełnienia dokumentów z uwagi na jednokrotną możliwość zastosowania takiego wezwania.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający w przypadku uwzględnienia protestu, powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Zamawiający powtórzył czynność polegającą na ponownym badaniu i ocenie wniosku Odwołującego się, po czym stwierdził, że należy go wykluczyć. Nie można więc uznać, że ponowne wykluczenie jest działaniem bezprawnym. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania, jeżeli stwierdzi okoliczności uzasadniające wykluczenie.

Odwołujący się nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł dnia 8 sierpnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Dodatkowo sformułował wprost żądanie alternatywne nakazania Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie rodzaju (zakresu przedmiotowego) doświadczenia p. Janusza K.

Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający po raz pierwszy zdefiniował pojęcie „dokumentacji projektowej” w rozstrzygnięciu drugiego protestu. Definicja ta nie pojawiła się ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w szczególności w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Zaś przedmiotowe Rozporządzenie, na które powołuje się Zamawiający reguluje zakres i formę dokumentacji projektowej dla potrzeb wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Zakres dokumentacji projektowej każdorazowo ustala Zamawiający.

Odwołujący się zauważa, że szerokie rozumienie pojęcia „dokumentacji projektowej” było prezentowane przez tego Zamawiającego również w innych postępowaniach.

Przystępujący Kolmen zgłosiło dnia 14 sierpnia 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego niedopuszczalne jest kilkukrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia braków wniosku, dotyczących tych samych okoliczności. Ponadto Odwołujący się podnosi, iż uwzględnienie pierwszego protestu, w którym zawarte było żądanie zaproszenie do złożenia oferty przez Odwołującego się nie oznacza, w świetle art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, spełnienia każdego z żądań Odwołującego się, a jedynie obowiązek ponownej oceny wniosku.

Przystępujący podkreśla, że obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcach, a nie na Zamawiającym, tak więc na podstawie

informacji o profilu działalności przedsiębiorcy, czy też tytułu naukowego danej osoby Zamawiający nie może oceniać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Przystępujący zwraca uwagę, że definicja legalna „dokumentacji projektowej” zawarta jest w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący się posiada uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż wykazał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem zwrócić uwagę, że Odwołujący się złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu i w dalszym ciągu jest jego uczestnikiem, mimo iż pismem z dnia 22 sierpnia 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o jego wykluczeniu z postępowania. Decyzja Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia nie jest jednakże ostateczna.

Zamawiający w pkt III.2.3 (Zdolność techniczna) *Ogłoszenia o zamówieniu* określił warunki udziału w postępowaniu, w zakresie o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wymagał m.in. wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienie, stanowiącymi Zespół Stały. W skład tego Zespołu wchodzi m.in. Kierownik Przeglądu Dokumentacji, który musi posiadać wyższe wykształcenie techniczne, dowolne uprawnienia budowlane uprawniające do projektowania bez ograniczeń zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy lub wcześniej obowiązujących przepisów, przynależć do izby inżynierów budownictwa oraz posiadać ubezpieczenie o.c., wykazać się co najmniej 5-letnim doświadczeniem związanym z opracowaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami wg wzoru Zamawiającego (pkt VI.3 *Ogłoszenia o zamówieniu*). Załącznik nr 2 stanowi Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie. Odwołujący się w przedmiotowym załączniku zaproponował na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji p. Janusza K. i w zakresie doświadczenia zawodowego potwierdzającego spełnianie warunku określonego w pkt III. 2.3 *Ogłoszenia o zamówieniu*

wykazał, że w okresie od stycznia 1992 r. do grudnia 2007 r. osoba ta pełniła funkcję Projektanta/Sprawdzającego/Koordynatora prac projektowych m.in. przy następujących inwestycjach kolejowych: opracowanie studium dotyczącego przygotowania projektu „Modernizacja Linii kolejowej E59 na odcinku Poznań – Szczecin - Świnoujście, opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 8, etap II: odcinek realizacyjny Warszawa Okęcie – Radom - Kielce, opracowanie dokumentacji projektowej „Modernizacji linii kolejowej E20, odcinek: Siedlce-Terespol-granica państwa, etap I”, Koncepcja (w tym projekt linii kolejowej) Warszawskiej Kolei Podmiejskiej – „Bemowska Kolej Dojazdowa”, Koncepcja odnowy i modernizacji Stacji Kolejowej Warszawa Gdańska celem połączenia jej ze stacją metra Warszawa Gdańska, Koncepcja bocznicy kolejowej łączącej centrum Warszawy z lotniskiem Okęcie, Koncepcja nowych stacji i przystanków kolejowych na przedmieściach Warszawy, np. Ursus Niedźwiadek. Ponadto Odwołujący się wskazał, że w latach 1952 do 1992 wymieniona osoba pełniła funkcję Specjalisty ds. Projektu linii, węzłów i stacji w zakresie: projektu technicznego stacji kolejowej dla Kopalni Węgla „Nowy Wirek”, projektu sieci połączeń kolejowych dla Elektrociepłowni w Koźlenicach, koncepcji, projektów budowlanych i modernizacji wielu linii kolejowych i stacji usytuowanych wzdłuż tych linii.

Dnia 30 kwietnia 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia treści złożonego wniosku. Zamawiający w pkt 6 przedmiotowego wezwania wskazał, że zgodnie z pkt III. 2.3 (Zdolność techniczna) *Ogłoszenia o zamówieniu* Zamawiający określił wymagania w zakresie doświadczenia Kierownika Przeglądu Dokumentacji, który powinien wykazać się co najmniej 5 letnim doświadczeniem związanym z opracowywaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych, zaś złożony wniosek nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w wyżej przytoczonym punkcie. Zatem Zamawiający wezwał Odwołującego się do wskazania terminów (dzień, miesiąc, rok) zatrudnienia p. Janusza K. przy wymienionych inwestycjach kolejowych oraz odpowiedniego uzupełnienia dokumentów. Uzupełnienie miało nastąpić do dnia 9 maja 2008 r. do godz. 12:00.

W odpowiedzi, Odwołujący się przesłał m.in. poprawiony Załącznik nr 2 z wyjaśnieniem, iż p. Janusz K. posiada przeszło 50-letnie doświadczenie w opracowywaniu projektów przy inwestycjach kolejowych, nie sposób więc wyszczególnić co do dnia każdego projektu, zwłaszcza jeśli był on wykonywany 20 lat temu. W zmodyfikowanym Załączniku nr 2 Odwołujący się wykazał w latach 03.01.1992 r. – 31.12.2007 r. następujące doświadczenie p. Janusza K.: opracowanie studium dotyczącego przygotowania projektu „Modernizacja Linii kolejowej E59 na odcinku Poznań – Szczecin - Świnoujście (01.08.2006 r. – 31.12.2007 r.), opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 8,

etap II: odcinek realizacyjny Warszawa Okęcie-Radom-Kielce (01.03.2006 r. – 12.09.2007 r.), opracowanie dokumentacji projektowej „Modernizacji linii kolejowej E20, odcinek: Siedlce – Terespol - granica państwa, etap I” (01.10.2004 r. – 31.02.2006 r.), Koncepcja (w tym projekt linii kolejowej) Warszawskiej Kolei Podmiejskiej – „Bemowska Kolej Dojazdowa” (02.01.2000 r. – 31.12.2000 r.) , Koncepcja odnowy i modernizacji Stacji Kolejowej Warszawa Gdańska celem połączenia jej ze stacją metra Warszawa Gdańska (02.01.2000 r. – 31.12.2000 r.), Koncepcja bocznic kolejowej łączącej centrum Warszawy z lotniskiem Okęcie, Koncepcja nowych stacji i przystanków kolejowych na przedmieściach Warszawy, np. Ursus Niedźwiadek (02.10.1998 r. – 31.12.1999 r.). Ponadto Odwołujący się wskazał na doświadczenie, które zdobył p. Janusz K. w latach 02.01.1952 r. – 02.01.1992 r. w ramach następujących projektów: opracowanie Koncepcji projektu budowlanego Stacji techniczno–postojowej Metra w Kabatach i nadzór autorski (lata 1975 do 1995), projektu technicznego stacji kolejowej dla Kopalni Węgla „Nowy Wirek” (około 1970 r.), projektu sieci połączeń kolejowych dla Elektrociepłowni w Kozienicach (około 1965 r.), koncepcji, projektów budowlanych i modernizacji wielu linii kolejowych i stacji usytuowanych wzdłuż tych linii.

Dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. W wyniku dokonanej oceny Odwołujący się, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, został wykluczony z postępowania, bowiem, zdaniem Zamawiającego, przesłanie faksem w dniu 9 maja 2008 r. wyjaśnień i uzupełnianych dokumentów, nie czyni zadość wymogom określonym w § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), gdyż zgodnie z powołanym przepisem dokumenty składane są w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Na powyższą czynność Odwołujący się wniósł dnia 30 czerwca 2008 r. protest, w którym żądał uchylecia zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz powtórzenia czynności badania i oceny wniosku Odwołującego się, a następnie zaproszenia go do złożenia oferty wobec spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, dnia 10 lipca 2008 r. protest uwzględnił, uznając, że wyjaśnienia i uzupełnione dokumenty wpłynęły w terminie.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i poinformował wykonawców o jej wynikach. Odwołujący się ponownie został wykluczony z postępowania, na tożsamej podstawie prawnej, jak w przypadku pierwszego wykluczenia, jednakże z powołaniem się na odmienną argumentację. Zdaniem Zamawiającego, złożone przez Odwołującego się dokumenty w zakresie doświadczenia p. Janusza K. nadal nie potwierdzają posiadania co najmniej 5-

letniego doświadczenia związanego z opracowaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych.

W tym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut naruszenia art. 183 ust. 5 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Z treści protestu z dnia 30 czerwca 2008 r. wynika, że podstawą jego wniesienia była czynność badania i oceny wniosku a w konsekwencji czynność wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Zamawiający uznał bowiem, że uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w nieodpowiedniej formie należy ocenić jako brak uzupełnienia dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający z tego poglądu się wycofał i uwzględnił protest. W świetle przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp oraz biorąc pod uwagę treść protestu i podstawę wykluczenia należy stwierdzić, że w badanym stanie faktycznym wobec uwzględnienia protestu Zamawiający był jedynie zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny wniosku. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, że zgodnie z żądaniem przedmiotowego protestu Zamawiający zobowiązany był również do zaproszenia Odwołującego się do złożenia oferty. Nie można bowiem twierdzić, że bezprawnie zaniechaną czynnością Zamawiającego, którą miałby dokonać w wyniku uwzględnienia protestu byłaby czynność zaproszenia do składania ofert, skoro nie doszło do merytorycznej oceny wniosku Odwołującego się. Sformułowanie takiego żądania rzeczywiście nastąpiło w korelacji z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które to przepisy zostały wskazane przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia, jednakże nie bez znaczenia jest uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności wykluczenia. Z przedmiotowego uzasadnienia wynika jednoznacznie, że Zamawiający ocenił uzupełnione dokumenty tylko pod względem formalnym, co doprowadziło do uznania, że do upływu terminu na uzupełnienie żądane dokumenty nie zostały złożone. W tej sytuacji nie można przypisać Zamawiającemu bezprawnego zaniechania czynności zaproszenia do złożenia oferty a żądanie Odwołującego się należy uznać za przedwcześnie. Z treści rozstrzygnięcia protestu z dnia 10 lipca 2008 r., w którym Zamawiający stwierdza, że protest uznaje, nie można wywodzić, że uwzględnia również sporne żądanie, twierdzenie powyższe nie znajduje bowiem uzasadnienia w świetle art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

W wezwaniu z dnia 30 kwietnia 2008 r. Zamawiający stwierdził, że wniosek złożony przez Odwołującego się nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z powyższym Zamawiający zażądał wskazania terminów (dzień, miesiąc, rok) zatrudnienia p. Janusza K. przy wymienionych inwestycjach kolejowych oraz odpowiednie uzupełnienie

dokumentów. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że z treści przedmiotowego wezwania oraz biorąc pod uwagę fakt, że na potwierdzenie spornego warunku Zamawiający żądał przedstawienia Załącznika nr 2, Odwołujący się mógł wnioskować, iż chodzi o dopełnienie wymogu, który wynika ze wzoru Załącznika nr 2 i dotyczy podania szczegółowej daty realizacji projektów, a więc każdego z projektów składających się na wykazywane doświadczenie zawodowe. Na przedmiotową okoliczność powołuje się również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z której wynika, iż podstawą żądania przedstawienia dokładnych terminów, była treść warunku w powiązaniu ze wzorem przedmiotowego Załącznika.

Stanowisko powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający domagał się określenia terminów do wymienionych (a więc wszystkich) przez Odwołującego się w przedmiotowym Załączniku inwestycji kolejowych. Zatem Odwołujący się mógł mieć uzasadnione przypuszczenie, że wskazane przez niego projekty zostały zweryfikowane pozytywnie, brak jedynie czasowego określenia ich realizacji.

Jednakże nawet, gdyby przyjąć, że skoro w treści przedmiotowego wezwania Zamawiający przytoczył brzmienie warunku i w tym kontekście żądał wskazania terminów realizacji wymienionych przez Odwołującego się projektów, to oznacza to że nie uwzględnił części projektów, z uwagi na ich przedmiot, a żądanie doprecyzowania dat wynika z konieczności oceny, czy pozytywnie zweryfikowane projekty były opracowane w okresie 5-letnim. Stanowisko takie mógłby potwierdzać również fakt, że doświadczenie wykazane w przedmiotowym Załączniku przekracza znacznie okres pięcioletni. Jeżeli tak, to Zamawiający był zobowiązany wskazać szczegółowo Odwołującemu się, które z projektów nie dotyczą opracowywania lub sprawdzania dokumentacji projektowej. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „dokumentacji projektowej”. Nic nie stało na przeszkodzie, żeby taką definicję zakresową tego pojęcia umieścić w *Ogłoszeniu o zamówieniu*. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, zobowiązany był przez wyczerpujące i jednoznaczne wezwanie umożliwić Odwołującemu się złożenie dokumentów właściwych i jednocześnie oczekiwanych przez Zamawiającego, w granicach doświadczenia, jakim Zamawiający był zainteresowany.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu z dnia 4 sierpnia 2008 r., jak również prezentowanego na rozprawie, że pojęcie „dokumentacji projektowej” definiuje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca posługuje się przedmiotowym pojęciem w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia i na potrzeby opisu tego przedmiotu zostało zdefiniowane, w przywołanym Rozporządzeniu, pojęcie „dokumentacji projektowej”. Norma z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp adresowana jest do

Zamawiającego, bowiem dotyczy czynności Zamawiającego i w celu prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia zostało wydane przedmiotowe Rozporządzenie, które określa zakres i formę elementów służących do opisu przedmiotu zamówienia, m.in. dokumentacji projektowej. Zatem wykonawcy, w tym i Odwołujący się nie mają obowiązku stosowania tej normy i posługiwania się pojęciem „dokumentacji projektowej” w znaczeniu nadanym przez przedmiotowe Rozporządzenie. Jeśli taka była intencja Zamawiającego powinien był to wyraźnie wskazać.

Oczywistym jest, że Odwołujący się nie był uprawnionym do zadawania pytań w przedmiocie treści *Ogłoszenia o zamówieniu*, mógł natomiast skorzystać ze środków ochrony prawnej i z tym twierdzeniem Zamawiającego należy się zgodzić. Nie można podzielić jednak stanowiska Zamawiającego, prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, że „zarzut, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wyjaśnił co rozumie pod pojęciem „dokumentacji projektowej” w ujęciu pkt III. 2.3 – jest zarzutem spóźnionym”. Uszło bowiem uwadze Zamawiającego, że Odwołujący się nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia (nie stawia zarzutu naruszenia art. 31 ustawy Pzp), a brak przesłanek do wykluczenia Odwołującego się z postępowania wobec spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle brzmienia tego warunku.

Nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawcy zobowiązani są w sposób jednoznaczny potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W badanym stanie faktycznym Zamawiający dokonywał oceny spełniania tych warunków w oparciu o treść postawionego warunku i dokumenty żądane na potwierdzenie jego spełniania. Działanie takie co do zasady jest prawidłowe, jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający posługując się niedookreślonym pojęciem stanowiącym element warunku, nie mógł w treści wezwania do uzupełnienia, ograniczyć się jedynie do uzupełnienia terminów i odpowiednich dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub którzy złożyli wskazane dokumenty, ale zawierają one błędy. Z takiego brzmienia przepisu wynika, że Zamawiający dokonuje wezwania po weryfikacji przedstawionych dokumentów, stąd Odwołujący się nie miał podstaw, żeby przypuszczać, iż Załącznik nr 2 został sprawdzony pod kątem zgodności z wzorem przedmiotowego Załącznika, bez oceny jego merytorycznej treści.

Należy również zauważyć, że wykonawcy składają dokumenty, które ich zdaniem potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokonanie przez Zamawiającego innej oceny przedmiotowych dokumentów rodzi obowiązek wezwania do uzupełnienia tylko tych, co Zamawiający zobowiązany jest, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazać. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej obowiązek dotyczy również wskazania zakresu tego dokumentu. Z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika bowiem, że chodzi

o dokumenty, które nie zostały złożone lub które zawierają błędy, należy więc wskazać jakie cechy tego dokumentu decydują o fakcie uznania go za nie złożony lub błędny (w przypadku złożenia dokumentu). Zatem, skoro w badanym stanie faktycznym, Zamawiający wskazał w wezwaniu na terminy realizacji inwestycji kolejowych i odpowiednie dokumenty, to należało uzupełnić terminy w Załączniku nr 2, gdyż ten dokument jest odpowiedni w niniejszym postępowaniu do potwierdzenia spornego warunku. Jeśli jednak Zamawiający stwierdził, że również charakter (przedmiot) doświadczenia p. Janusza K. nie odpowiada jego oczekiwaniom i nie uczynił tego w wezwaniu z dnia 30 kwietnia 2008 r., zobowiązany jest dokonać ponownego wezwania, ale w odniesieniu jedynie do tych okoliczności. W tym stanie rzeczy, nie będziemy mieli do czynienia z wielokrotnym wezwaniem, jak twierdzi Zamawiający, bowiem jakkolwiek wezwanie dotyczyć będzie potwierdzenia tego samego warunku, jednakże w innym zakresie (aspekcie). Podkreślenia wymaga fakt, że ocena uzupełnionych dokumentów musi następować w korelacji z treścią wezwania do ich uzupełnienia. I tylko w takim świetle można oceniać zarówno prawidłowość dokonanego uzupełnienia, jak i uprawnienie do ewentualnych, kolejnych wezwań.

W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*