

Sygn. akt: KIO/UZP 1163/09

WYROK
z dnia 25 września 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Dagmara Gańczewska-Romek
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe S.A. Centrala, 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62** protestu pismo z dnia 16 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PM Group Polska Sp. z o.o., Project Management Limited, 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich 2009/897-139950 z dnia 22 maja 2009. r.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej i technicznej oraz prowadzenie nadzoru autorskiego dla projektu „Przebudowa kompleksu dworcowego Gdynia Główna” (POLiŚ 7.1.-38)”.

Zamawiającym są: Polskie Koleje Państwowe S.A. Centrala ul. Szczęśliwicka 62; 00-973 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców:

1. PM Group Polska Sp. z o.o. ul. Klecińska 125; 54-424 Wrocław,
2. Project Management Limited Killakee House Belgrad Square Tallaght, Dublin 24, Irlandia

zwany dalej “Odwołującym”.

Odwołujący pismem z dnia 06.08.2009r. złożył odwołanie, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty, twierdzenia i wnioski zawarte w proteście złożonym do Zamawiającego w dnia 17 lipca 2009 r. w piśmie z dnia 16.07. 2009r.

Odwołujący podaje, że rozstrzygnięcie protestu od Zamawiającego otrzymał w formie faksu dnia 30 lipca 2009 r., a więc termin na wniesienie odwołania został przez Odwołującego zachowany.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podniósł.

Kwestia wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień jest przedmiotem odrębnego postępowania odwoławczego.

Podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu było nie dołączenie dokumentów, które zostały wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2009 r. w wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP.

Odwołujący przyznaje, że na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący wniósł dnia 17 lipca 2009 r. protest (pismo z dnia 16 lipca 2009 r.) oraz, że pismem z dnia 30 lipca 2009 r. przesłanym Odwołującemu drogą faksową protest został odrzucony w części, w której Odwołujący domagał się unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oddalony w pozostałym zakresie.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący nie zgadza się i dlatego wniósł odwołanie.

Przepisy prawa stanowią, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 PZP). Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, która zostanie zawarta w ramach przedmiotowego postępowania będzie nieważna. Szczegółowe uzasadnienie tego stanowiska wynika z treści protestu, jak również z treści niniejszego odwołania.

Uzasadnione jest również żądanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie dostrzega tego, że zarzuty i wnioski podniesione w proteście należy rozpatrywać łącznie -uchybień, których dopuścił się Zamawiający w trakcie postępowania polegające na ograniczeniu jawności postępowania, odmowie wyrażenia zgody na skopiowanie załączników do Protokołu nie stanowiących ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ograniczenie czasu, w jakim Odwołujący miał możliwość zapoznania się z dokumentacją postępowania, spowodowały, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się kompleksowo z ofertami innych Wykonawców, a tym samym

podniesienia zarzutów co tych ofert. Stąd wniosek o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest uzasadniony.

Ustosunkowując się do argumentów dotyczących oddalenia protestu Odwołujący stwierdził co następuje:

Na powyższe czynności, to jest wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedź Zamawiającego w zakresie odmowy przedłużenia terminu Odwołujący wniósł dnia 2 lipca 2009 r. protest, a następnie po jego oddaleniu przez Zamawiającego, dnia 17 lipca 2009 r. odwołanie, a więc wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień/uzupełnień, będzie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Ponadto Odwołujący podniósł, że rozstrzygnięcie protestu powinno być podpisane przez Pana Pawła O. Co więcej - również Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym doszło do wykluczenia Odwołującego zostało również podpisane przez Panią Hannę K.

Odwołujący nie zgadza się z poglądem Zamawiającego, że "wszystkie czynności, jak również reprezentowanie Komisji Przetargowej przed Wykonawcami odbywało się w zgodzie, trybie i na zasadach określonych przepisami ustawy oraz przepisami wewnętrznymi Zamawiającego.", ponieważ Pani Hanna K. nie została wskazana w protokole postępowania, jako osoba uprawniona do działania jako Zamawiający.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że skoro wezwanie do dokonania uzupełnień nie zostało skutecznie dokonane, wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP jest również nieskuteczne, żądanie odwołania w zakresie unieważnienia tej czynności Zamawiającego jest więc żądaniem stwierdzenia istniejącego stanu rzeczy.

Co do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, art. 5 ust. 3 Rozporządzenia, § 5 ust. 4 w zw. z ust. 2 Rozporządzenia, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący dnia 13 lipca 2009 r. skierował do Zamawiającego wniosek o przesłanie Protokołu postępowania wraz z załącznikami. Tego samego dnia Zamawiający przesłał do Odwołującego faksem kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami ZP-II, ZP-12, ZP-17, ZP-18, ZP-19, ZP21, ZP-22 oraz pismem z dnia 13 lipca 2009 r. poinformował Odwołującego, iż wgląd do pozostałych załączników do protokołu, o których przesłanie wniósł Odwołujący będzie możliwe dnia 14 lipca 2009 r. w godzinach od 11 :30 do 15:00 w siedzibie Zamawiającego. W trakcie dokonywania przeglądu dokumentacji postępowania

przez pracownika Odwołującego Zamawiający nie wyraził zgody na wykonywanie kopii dokumentów postępowania ani też ich fotografowanie. Odwołujący miał więc jedynie krótki czas na przejrzanie obszernej dokumentacji i sporządzenie notatek. Odwołujący podtrzymuje zarzut podniesiony w proteście z dnia 17 lipca 2009 r., iż sposób udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji postępowania narusza przepisy Prawa zamówień publicznych oraz Rozporządzenia, co zostanie wykazane poniżej.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na określeniu Odwołującemu bardzo krótkiego czasu na wgląd w dokumentację postępowania narusza zasadę jawności, ponieważ Odwołujący nie miał możliwości przeprowadzenia dokładnej analizy dokumentacji w tak krótkim czasie.

Kolejny zarzut w stosunku do Zamawiającego dotyczy odmowy wyrażenia zgody na wykonywanie przez pracownika Odwołującego zdjęć następujących załączników do protokołu: wezwań skierowanych do Wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń, dokumentów, oferty oraz do dokonania uzupełnień -w trybie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wraz z tymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także uzupełnień/informacji o dokonaniu poprawek przez Zamawiającego w trybie 87 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający zastosował w tym przypadku w sposób nieuprawniony wykładnię rozszerzającą § 5 ust. 3 Rozporządzenia. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 Rozporządzenia osoba dokonująca wglądu do dokumentacji postępowania bez zgody zamawiającego nie może samodzielnie kopiować lub utrzymywać za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Reasumując Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyraził zgody na sporządzenie kopii lub zdjęć załączników do protokołu nie stanowiących ofert co narusza wyżej wskazane przepisy.

Okoliczność, że pracownik Odwołującego przeglądał dokumentację postępowania od 13.10 do 15.00 zamiast od 11.30 do 15.00 nie ma w sprawie znaczenia, ponieważ pracownik ten nie mógł się spodziewać, że Zamawiający nadużyje swojego prawa i nie zezwoli na utrwalanie dokumentów, a ponadto nawet przeglądanie akt przez 1 godzinę i 15 minut dłużej byłoby niewystarczające i nie zmienia to faktu, że takie udostępnienie dokumentacji postępowania jest nieuprawnionym limitowaniem wglądu do dokumentów, które powinny być jawne.

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 7 lipca 2009 r. Zamawiający stwierdził, że "wszyscy wykonawcy za wyjątkiem Protestującego przedłożyli stosowne wyjaśnienia, względnie

uzupełnili wymagane dokumenty." Sprawdzenie tej okoliczności ma istotne znaczenie dla wykazania prawdziwości twierdzeń Zamawiającego, jednak możliwość ta została skutecznie i w sposób nieuprawniony uniemożliwiona przez Zamawiającego.

Istotnym naruszeniem art. 7 ust. 1 PZP jest to, że Wykonawcy nie otrzymali jednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień w zakresie złożonych ofert. Czterech Wykonawców otrzymało wezwania 3 lipca przed południem -należy jednak pamiętać, o czym będzie mowa poniżej, że korespondencja wysyłana przez Zamawiającego z faksu z datą 3-go lipca, faktycznie była wysyłana 2 lipca 2009 r. Każdy z następujących Wykonawców:

- Konsorcjum: SENER Sp. z o.o. w Warszawie, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. w Hiszpanii, Centralne Biuro Projektowo badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" Sp. z o.o. w Warszawie,
- Konsorcjum: WS Atkins -Polska Sp. z o.o. w Warszawie, "Warsztaty Architektury" Pracownia Autorska Krzysztof Kozłowski ,
- SUDOP PRAHA S.A. Oddział w Polsce z/s w Warszawie,
- Z.P.I KONTRAPUNKT V- Projekt w Krakowie

miał więc ponad 24 godziny na przygotowanie uzupełnień, a więc ponad trzy razy więcej czasu niż Odwołujący.

Oferent: DB International GmbH w Berlinie, RKW Rohde Kellermann Wawrowsky Polska Sp. z o.o. wezwanie do uzupełnień otrzymał dnia 2 lipca.2009 r. o 13.54, a termin na uzupełnienie wyznaczono na 3 lipca 2009 r. do 14.00 (a więc również 24 godziny). Konsorcjum Industria Projekt Sp. z o.o. wyznaczono termin na uzupełnienia jeszcze krótszy niż Odwołującemu, jednak Wykonawca ten nie uzupełnił dokumentów w sposób należyty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że doszło więc do naruszenia podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych -czyli zasady uczciwej konkurencji.

Już sama okoliczność, że daty wysyłania faksów przez Zamawiającego są niewiarygodne powoduje, że zachodzi wątpliwość co do prawidłowości prowadzonego postępowania.

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dnia 2 lipca 2009 r. korespondencję -odmowę zgody na przedłużenie terminu na dokonanie wyjaśnień. Data wskazana na faksie, która jest datą z faksu wychodzącego (a więc urządzenia Zamawiającego) na dokumencie dotyczącym odmowy zgody na przedłużenie terminu na dokonanie wyjaśnień/uzupełnień, to 3 lipca 2009 r., pomimo, że faks ten Odwołujący otrzymał 2 lipca 2009 r., co wynika też jasno z treści pisma odmawiającego przedłużenia terminu na dokonanie wyjaśnień, jak również z rozstrzygnięcia protestu z dnia 7 lipca 2009 r. Okoliczność ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji, o czym była mowa powyżej, biorąc pod

uwagę to, że większość wezwań do wyjaśnień i uzupełnień wysłanych z tego faksu nosi tę samą datę -3 lipca 2009 r.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący uznał za konieczne wniesienie odwołania.

Pismem z dnia 16 lipca 2009r. na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655 ze zm.), zwanej dalej "Prawem zamówień publicznych" lub "PZP" został złożony protest.

Protest został złożony na czynności Zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu Protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2. odmowie wyrażenia przez Zamawiającego zgody na kopiowanie załączników do protokołu nie będących ofertami lub utrwalanie ich za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu,
3. ograniczeniu Protestującemu dostępu do dokumentacji postępowania, poprzez określenie zbyt krótkiego czasu w jakim Protestujący miał możliwość wglądu do dokumentacji postępowania przy uwzględnieniu braku zgody Zamawiającego na kopiowanie lub utrwalanie za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu
4. wyznaczeniu Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień/uzupełnień w zakresie treści złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione wykluczenie Protestującego z udziału w postępowaniu,
- art. 15 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania przez osoby nieupoważnione: to jest inne osoby niż Zamawiający oraz osoby działające jako pełnomocnik Zamawiającego, co jasno wynika z protokołu postępowania ZP -1,
- art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady jawności postępowania,
- art. 5 ust. 3 Rozporządzenia z dnia 16.10.2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zwanego dalej: "Rozporządzeniem") poprzez odmowę wyrażenia zgody na skopiowanie załączników do Protokołu nie stanowiących ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
- § 5 ust. 4 w zw. z ust. 2 Rozporządzenia poprzez ograniczenie czasu w jakim odwołujący miał możliwość wglądu do dokumentacji postępowania.

-art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w związku z utrudnieniem Odwołującemu przez Zamawiającego dostępu do dokumentacji postępowania oraz wyznaczeniu Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień/uzupełnień w zakresie treści złożonych ofert,

-art. 40 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nie przekazanie Ogłoszenia o zamówienie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, co skutkuje tym, że urnowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt l) PZP.

Odwołujący w złożonym proteście wniósł o unieważnienie postępowania, z uwagi na to, że jest ono obciążone licznymi wadami, które powodują, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na wypadek nie uwzględnienia powyższego żądania Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) niezwłoczne udostępnienie Odwołującemu następujących załączników do Protokołu postępowania: wezwań skierowanych do Wykonawców biorących udział w Postępowaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń, dokumentów, oferty oraz do dokonania uzupełnień - w trybie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wraz z tymi wyjaśnieniami uzupełnieniami, a także uzupełnień informacji o dokonaniu poprawek przez Zamawiającego w trybie 87 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;
- 3) wyrażenie przez Zamawiającego zgody na samodzielne kopiowanie lub sporządzenie zdjęć załączników wskazanych w pkt 1) lub też ewentualnie przekazanie Protestującemu kopii tych dokumentów sporządzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazując na swój interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej podniósł:

1. wykluczenie Odwołującego jest konsekwencją nieprawidłowego wezwania do dokonania wyjaśnień/uzupełnień, a konsekwencją jest utrata wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP, co spowoduje powstanie po stronie Odwołującego wymiernej straty materialnej, a także brak możliwości ubiegania się o udzielenia zamówienia,
2. Odwołujący nie miał możliwości dokonania wglądu do dokumentacji postępowania zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, a więc Odwołujący nie miał faktycznie możliwości efektywnego zapoznania się z dokumentacją postępowania, a tym bardziej pełnego utrwalenia informacji tam zawartych w celu poddania ich dalszej analizie, co prowadzi do ograniczenia możliwości obrony własnych interesów w niniejszym postępowaniu,

to jest kwestionowania innych złożonych przez innych Wykonawców ofert oraz dokonania weryfikacji zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu,

3. wyznaczenie Wykonawcom niejednakowych warunków uzupełnienia oferty spowodowało, że zmniejszyły się szanse Odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący otrzymał informację o:

1. wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty dnia 10 lipca 2009r.,
2. sposobie udostępnienia mu dokumentacji postępowania oraz zakreśleniu krótkiego limitu czasu na dokonanie wglądu w dniu 13 lipca 2009 r. Czynność Zamawiającego polegająca na odmowie wyrażenia zgody na skopiowanie lub sfotografowanie dokumentacji została dokonana w dniu 14 lipca 2009 r. w trakcie dokonywania wglądu do tej dokumentacji przez pracownika Odwołującego,
3. terminach zakreślonych na uzupełnienie ofert i złożenie wyjaśnień - dnia 14 lipca 2009 r. na skutek wglądu do dokumentacji postępowania (pkt 2. powyżej),
4. o nie umieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - z protokołu postępowania przesłanego Odwołującemu dnia 13 lipca 2009 r.

Odwołujący wskazał, że 10 - dniowy termin na wniesienie protestu został zachowany.

W uzasadnieniu protestu przedstawił Odwołujący następującą argumentację formalną i prawną.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, art. 15 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych

Dnia 10 lipca 2009 r. Odwołujący otrzymał pismo zatytułowane "ZAWIADOMIENIE O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ, WYKONAWCACH, KTÓRZY ZOSTALI WYKLUCZENI Z UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I KTÓRYCH OFERTY ZOSTAŁY ODRZUCONE". Z dokumentu tego wynika, że Zamawiający wykluczył Protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP. Podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu było nie dołączenie dokumentów, które zostały wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2009 r. w wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych

warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3. Czynność Zamawiającego polegająca na wyznaczeniu kilkugodzinnego terminu na dokonanie wielu wyjaśnień oraz uzupełnień praktycznie uniemożliwia terminowe dokonanie tych czynności, a więc powinna zostać uznana za nieważną na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Prawa zamówień publicznych, jako zmierzająca do obejścia ustawy. Pismo Zamawiającego zostało przesłane do Wykonawcy w dniu poprzedzającym dzień wyznaczony na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień po godzinach pracy w Spółce, a więc faktyczny czas na dokonanie wyjaśnień i wynosił w najlepszym przypadku tylko 8 godzin, wliczając w to czas konieczny na przesłanie wymaganych dokumentów.

Na powyższe czynności, to jest wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedzi Zamawiającego, Protestujący wniósł dnia 2 lipca 2009 r. protest zarzucając naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie, art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której powinny zostać zastosowane art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz obarczanie wykonawców skutkami niewłaściwego prowadzenia postępowania przez Zamawiającego oraz, z ostrożności, zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania przez Zamawiającego Protestującego pismem z dnia 1 lipca 2009 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z wyznaczeniem terminu na dokonanie tej czynności na dzień 2 lipca 2009 r. na godzinę 16-tą oraz o wezwanie Odwołującego do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wraz z wyznaczeniem terminu umożliwiającemu Odwołującemu dokonanie ww. czynności.

Wskazać należy również, że zarówno wezwanie z dnia 1 lipca 2009 r., odpowiedź z dnia 2 lipca jak również rozstrzygnięcie protestu zostały podpisane przez panią Hannę K. Z protokołu postępowania przesłanego Protestującemu na jego wniosek dnia 13 lipca 2009 r. nie wynika, że jest ona osobą, której kierownik Zamawiającego powierzył zastrzeżone dla siebie czynności. Tak więc osobą podpisującą wszystkie oświadczenia w imieniu Zamawiającego, a więc wezwanie do wyjaśnień/uzupełnień, rozstrzygnięcie protestu powinien być pan Paweł O. Co więcej -również Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym doszło do wykluczenia Protestującego zostało podpisane przez panią Hannę K. W związku z tym, że nie jest ona osobą upoważnioną do działania jako Zamawiający czynności te należy uznać za nieskuteczne.

Skoro więc wezwanie do dokonania uzupełnień nie zostało dokonane, wykluczenie Protestującego na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP jest nieskuteczne.

2. Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, art. 5 ust. 3 Rozporządzenia, § 5 ust. 4 w zw. z ust. 2 Rozporządzenia, art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący dnia 13 lipca 2009 r. skierował do Zamawiającego wniosek o przesłanie Protokołu postępowania wraz z załącznikami. Tego samego dnia Zamawiający przesłał do Protestującego faksem kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami ZP-11, ZP-12, ZP-17, ZP-18, ZP-19, ZP-21, ZP-22 oraz pismem z dnia 13 lipca 2009 r. poinformował Protestującego, iż wgląd do pozostałych załączników do protokołu, o których przesłanie wnosil Protestujący będzie możliwe dnia 14 lipca 2009 r. w godzinach od 11:30 do 15:00 w siedzibie Zamawiającego.

W trakcie dokonywania przeglądu dokumentacji postępowania przez pracownika Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na wykonywanie kopii dokumentów postępowania ani też ich fotografowanie. Protestujący miał więc jedynie krótki czas na przejrzenie obszernej dokumentacji i sporządzenie notatek.

Protestujący podnosi, iż sposób udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji postępowania narusza przepisy Prawa zamówień publicznych oraz Rozporządzenia, co zostanie wykazane poniżej. Zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, natomiast na mocy przepisu ust. 2 powyższego artykułu określono, iż Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z zamówieniem publicznym jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na określeniu Odwołującemu bardzo krótkiego czasu na wgląd w dokumentację postępowania narusza zasadę jawności, ponieważ Odwołujący nie miał możliwości przeprowadzenia dokładnej analizy dokumentacji w tak krótkim czasie. Jest to szczególnie istotne w świetle faktu, iż Zamawiający nie wyraził zgody na sporządzenie kopii lub zdjęć dokumentacji, więc pracownik Odwołującego w trakcie wglądu do dokumentacji miał jedynie możliwość sporządzania notatek. Jest oczywistym, że mając do dyspozycji niewiele czasu, wręcz niemożliwym jest wynotowanie wszystkich istotnych informacji zawartych w dokumentacji postępowania, tym bardziej, że taki tryb wymaga analizowania informacji i dokonywania selekcji pod względem ich istotności dla Odwołującego. Wobec powyższego należy uznać, iż Zamawiający bez podstawy prawnej ograniczył Odwołującemu dostęp do informacji związanych z przedmiotowym zamówieniem publicznym czym naruszył przepisy art. 8 ust. 1 i 2 PZP. Powyższe działanie stanowiło również naruszenie art. 96 ust. 3 PZP, który ustanawia obowiązek udostępnienia przez Zamawiającego protokołu postępowania wraz z załącznikami, zgodnie z zasadami szczegółowo określonymi w Rozporządzeniu. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż przepisy Rozporządzenia nie dają podstawy do zakreślenia osobom zainteresowanym określonego czasu w jakim mogą one

zapoznać się z dokumentacją. W przypadku, gdy udostępnienie dokumentacji postępowania następuje w trybie określonym w §5 ust.4 Rozporządzenia, tak jak to nastąpiło w przedmiotowej sprawie, Zamawiający może wskazać sposób w jaki dokumenty mogą być udostępnione. Jednak nie można przyjąć, że przepis ten upoważnia Zamawiającego do określenia limitu czasowego, w jakim Wykonawca może dokonać wglądu do dokumentacji. Tym bardziej nieuprawnione jest wyznaczenie takiego limitu czasu, który jest oczywiście zbyt krótki dla pełnej realizacji zasady jawności postępowania. Kolejny zarzut w stosunku do Zamawiającego dotyczy odmowy wyrażenia zgody na wykonywanie przez pracownika Protestującego zdjęć następujących załączników do protokołu: wezwań skierowanych do Wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń, dokumentów, oferty oraz do dokonania uzupełnień -w trybie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wraz z tymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także uzupełnień/informacji o dokonaniu poprawek przez Zamawiającego w trybie 87 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający zastosował w tym przypadku w sposób nieuprawniony wykładnię rozszerzającą § 5 ust. 3 Rozporządzenia. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 Rozporządzenia osoba dokonująca wglądu do dokumentacji postępowania bez zgody zamawiającego nie może samodzielnie kopiować lub utrzymywać za pomocą urządzeń i środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jak więc wynika wyraźnie z powyższego przepisu ograniczenie samodzielnego kopiowania lub fotografowania dokumentów postępowania dotyczy wyłącznie oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym przypadku natomiast Zamawiający nie wyraził zgody na sporządzenie kopii lub zdjęć załączników do protokołu nie stanowiących ofert. Należy wskazać, iż sam Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca 2009 r. skierowanym do Protestującego odmówił Protestującemu udostępnienia powyższych dokumentów, stwierdzając że mogą one być zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP udostępnione dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym Zamawiający uznał, iż powyższe dokumenty nie stanowią oferty, lecz są innymi załącznikami do protokołu, ponieważ na mocy art. 96 ust. 3 PZP oferty powinny być udostępnione od chwili ich otwarcia. Mając powyższe na względzie odmowę zgody na skopiowanie lub sfotografowanie przez pracownika Protestującego dokumentów stanowiących załączniki do protokołu i nie będące ofertami należy uznać za sprzeczne z § 5 ust. 3 Rozporządzenia. Powyższe uchybienia Zamawiającego powodują, że Zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu obowiązek takiego prowadzenia postępowania aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji, czyli jedną z podstawowych zasad rządzących postępowaniem o zamówienie publiczne wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP. Zamawiający naruszając wyżej przytoczone przepisy, w znacznym stopniu ograniczył Protestującemu

możliwość skutecznego konkurowania z innymi Wykonawcami, a także obronę swoich praw. W rozstrzygnięciu protestu z dnia 7 lipca 2009 r. Zamawiający stwierdził, że "wszyscy wykonawcy za wyjątkiem Protestującego przedłożyli stosowne wyjaśnienia, względnie uzupełnili wymagane dokumenty." Sprawdzenie tej okoliczności ma istotne znaczenie dla wykazania prawdziwości twierdzeń Zamawiającego, jednak możliwość ta została skutecznie i w sposób nieuprawniony uniemożliwiona przez Zamawiającego.

Istotnym naruszeniem art. 7 ust. 1 PZP jest to, że Wykonawcy nie otrzymali jednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień w zakresie złożonych ofert. Czterech Wykonawców otrzymało wezwania 3 lipca przed południem -należy jednak pamiętać, o czym będzie mowa poniżej, że korespondencja wysyłana przez Zamawiającego z faksu z datą 3-go lipca, faktycznie była wysyłana 2 lipca 2009 r. Każdy z następujących Wykonawców:

-Konsorcjum: SENER Sp. z o.o. w Warszawie, SENER Ingenieria y Sistemas S.A. w Hiszpanii, Centralne Biuro Projektowo badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" Sp. z o.o. w Warszawie,

-Konsorcjum: WS Atkins -Polska Sp. z o.o. w Warszawie, "Warsztaty Architektury" Pracownia Autorska Krzysztof Kozłowski ,

-SUDOP PRAHA S.A. Oddział w Polsce Z/S w Warszawie,

-Z.P.I KONTRAPUNKT V - Projekt w Krakowie

miał więc ponad 24 godziny na przygotowanie uzupełnień, a więc ponad trzy razy więcej czasu niż Odwołujący.

Oferent: DB International GmbH w Berlinie, RKW Rohde Kellermann Wawrowsky Polska Sp. z o.o. wezwanie do uzupełnień otrzymał dnia 2 lipca.2009 r. o 13.54, a termin na uzupełnienie wyznaczono na 3 lipca 2009 r. do 14.00 (a więc również 24 godziny). Konsorcjum Industria Projekt Sp. z o.o. wyznaczono termin na uzupełnienia jeszcze krótszy niż Odwołującemu, jednak Wykonawca ten nie uzupełnił dokumentów w sposób należyty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że doszło więc do naruszenia podstawowej zasady

Prawa zamówień publicznych - czyli zasady uczciwej konkurencji.

Już sama okoliczność, że daty wysyłania faksów przez Zamawiającego są niewiarygodne powoduje, że zachodzi wątpliwość co do prawidłowości prowadzonego postępowania.

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dnia 2 lipca 2009 r. korespondencję -odmowę zgody na przedłużenie terminu na dokonanie wyjaśnień. Data wskazana na faksie, która jest datą z faksu wychodzącego (a więc urządzenia Zamawiającego) na dokumencie dotyczącym odmowy zgody na przedłużenie terminu na dokonanie wyjaśnień/uzupełnień, to 3 lipca 2009 r., pomimo, że faks ten Odwołujący otrzymał 2 lipca 2009 r. , co wynika też jasno z treści

pisma odmawiającego przedłużenia terminu na dokonanie wyjaśnień, jak również z rozstrzygnięcia protestu z dnia 7 lipca 2009 r. Okoliczność ta ma istotne znaczenie z punktu

widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji, o czym była mowa powyżej, biorąc pod uwagę to, że większość wezwań do wyjaśnień i uzupełnień wysłanych z tego faksu nosi tę samą datę -3 lipca 2009 r.

3. Zarzut naruszenia art. 40 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Informację o tym Protestujący powziął z protokołu postępowania przesłanego mu dnia 13 lipca 2009 r., tak więc termin na wniesienie protestu w tym zakresie został zachowany.

Biorąc powyższe pod uwagę wniosek Protestującego o unieważnienie postępowania, z uwagi na to, że jest ono obciążone licznymi wadami, które powodują, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest więc w pełni uzasadniony.

Mając na względzie powyższe, niniejszy protest należy uznać za konieczny i uzasadniony.

Pismem z dnia 30 lipca 2009 został rozstrzygnięty protest przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z treścią złożonego w dniu 17 lipca 2009 roku protestu przez Odwołującego pozostając w zgodzie z treścią art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U./ 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) zwanej w dalszej części "ustawą", Zamawiający postanowił:

oddalić protest w części dotyczącej

- 1) wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i uznaniu jego oferty za odrzuconą;
- 2) „odmowy wyrażenia przez Zamawiającego zgody na kopiowanie załączników do protokołu nie będących ofertami lub utrwalanie ich za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu”;
- 3) „ograniczeniu Protestującemu dostępu do dokumentacji postępowania, poprzez określenie zbyt krótkiego czasu w jakim Protestujący miał możliwość wglądu do dokumentacji postępowania przy uwzględnieniu braku zgody na kopiowanie lub utrwalanie za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu”
- 4) „wyznaczenia Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień/uzupełnień w zakresie treści złożonych ofert”.

Z ostrożności procesowej, jako że nie zachodzi związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy oprotestowanymi "czynnościami" a żądaniami Protestującego, Zamawiający postanawia także:

odrzuć protest w części dotyczącej

1) żądania „unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest ono obarczone licznymi wadami, które powodują, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”

2) żądania „unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

W dniu 10 lipca 2009 pismem KNS4 -223/4Dp-32/2009, Przewodnicząca Komisji Przetargowej, przekazała Wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania i których oferty zostały odrzucone.

Dnia 17 lipca 2009 odwołujący złożył protest.

Na wypadek braku uwzględnienia wskazanego wyżej żądania, Protestujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Protestującego i uznania jego oferty za odrzuconą,

2) niezwłoczne udostępnienie Protestującemu wezwań skierowanych do Wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń, dokumentów, oferty oraz do dokonania uzupełnień -w trybie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 ustawy wraz z tymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także uzupełnień/informacji o dokonaniu poprawek przez Zamawiającego w: trybie art. 87 ust. 3 ustawy;

3) wyrażenie przez Zamawiającego zgody na samodzielne kopiowanie i sporządzanie zdjęć załączników wskazanych w pkt. 1) (red.: pkt. 2) lub też ewentualnie przekazanie Odwołującemu kopii tych dokumentów sporządzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że czynności będące przedmiotem protestu, zarzuty oraz żądania przedstawione w złożonym proteście nie są spójne, nie występuje pomiędzy wszystkimi z nich związek przyczynowo-skutkowy, jednak Zamawiający odniesie się do wszystkich zarzutów oraz żądań podniesionych przez Protestującego.

Przepisy ustawy nie stanowią, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna- jak to określił Odwołujący- „z uwagi na to, że postępowanie jest obarczone licznymi wadami”.

O nieważności umowy, traktuje art. 146 ust. 1 ustawy; Stanowi on enumeratywnie wymienione okoliczności, których zaistnienie powoduje nieważność umowy.

Zamawiający, posiłkując się wcześniej wskazaną argumentacją, odrzucił również protest w zakresie żądania "unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty". Protestujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał lub mógł być doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Protestujący w żaden sposób i w żadnym momencie nie wykazał, że poprzez powtórzenie czynności, oceny ofert, oferta Protestującego zostanie uznana za najkorzystniejsza.

W pozostałym zakresie, jak wskazano na wstępie, Zamawiający oddalił protest

Oдноśnie do żądania Odwołującego o unieważnienie wykluczenia Protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - i uznaniu jego oferty za odrzuconą Zamawiający pragnie podkreślić, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest obligatoryjny i w tym zakresie nie ma dowolności stosowania

Protestujący nie załączył do oferty dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił brakujących oraz nie wyjaśnił przedłożonych w ofercie dokumentów.

Wobec powyższego, Zamawiający wykluczył Protestującego w trybie i na zasadach określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz odrzucił ofertę Odwołującego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający nie ustosunkuje się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy z uwagi na fakt, iż polemika w tym zakresie jest przedmiotem innego postępowania protestacyjno - odwoławczego, co sam Protestujący wskazuje w złożonym proteście (str. 4/8, akapit ostatni na stronie i dalej), a niezbędne wyjaśnienia i argumentacje zostały już przedstawione.

Zamawiający nie może się zgodzić z zarzutem oraz twierdzeniem Protestującego, iż osobą podpisującą wszystkie oświadczenia w imieniu Zamawiającego powinien być pan Paweł O, „i że w związku z tym, że nie jest ona (red.: Pani Hanna K. - Przewodnicząca Komisji Przetargowej powołanej Decyzją nr 17 Członka Zarządu 'PKP

S.A. -Dyrektora zarządzania Nieruchomościami Pawła O. z dnia 29 maja2009r.) osobą upoważnioną do działania jako zamawiający czynności te należy uznać za nieskuteczne”. Oдноśnie do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 i 2 ustawy, a także § 5 ust. 3 oraz § 5ust. 4w zw. z ust.2 rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy przez brak wyrażenia "zgody na wykonywanie kopii dokumentów postępowania ani też ich fotografowanie" Zamawiający pragnie wskazać, że przepisy § 5 ust. 3 rozporządzenia umożliwiają Zamawiającemu odmowę samodzielnego kopiowania przez Wykonawcę lub utrwalania za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert.

Wyrażenie zgody jest więc uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego wobec czego żądanie Wykonawcy argumentowane rzekomym naruszeniem przepisów rozporządzenia jest zdaniem Zamawiającego zupełnie nietrafionym i nie uzasadnionym.

Zamawiający podkreśla, że w żadnym momencie nie naruszył zasady jawności postępowania a co więcej, na wniosek Protestującego umożliwił mu dostęp do protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Budzącym niezrozumienie jest dla Zamawiającego używanie przez Protestującego w treści protestu argumentacji i sformułowań, Jakoby "działanie zamawiającego polegające na określeniu Protestującemu bardzo krótkiego czasu na wgląd w dokumentację postępowania" naruszało zasadę jawności, w szczególności z uwagi na fakt, że pomimo wyznaczenia terminu na wgląd do ofert w godzinach 11.30-15.00 przedstawiciel Protestującego przybył do siedziby Zamawiającego dopiero o godzinie 13.10.

W świetle powyższego, wątpliwym jest, że działanie Protestującego w ogóle, miał na celu wgląd do dokumentacji oraz, że przywiązał do tej czynności jakąkolwiek staranność czy wagę, a skutkami działania będącego wynikiem własnego zaniedbania". próbuje obarczyć winą Zamawiającego.

Dodatkowo należy zważyć, że inni -uczestniczący w niniejszym postępowaniu Wykonawcy niejednokrotnie zwracali się do Zamawiającego z prośbą o wgląd do dokumentacji postępowania i na każdą prośbę (nawet prośbę o wgląd do dokumentacji w tym samym dniu co wystąpienie Wykonawcy) została udzielona pozytywna odpowiedź, konsekwencją czego było umożliwienie wglądu do dokumentacji postępowania w tym samym dniu.

Zdaniem Zamawiającego, Protestujący nie podjął żadnych działań mających na celu rzetelne zapoznanie się z dokumentacją postępowania, poza - jak wskazano powyżej - jednym wystąpieniem, na które to została udzielona pozytywna odpowiedź Zamawiającego i wyznaczony ponad czterogodzinny termin. Zamawiający nie zastrzegł przy tym, że jest to jedyny i ostateczny termin wglądu do dokumentacji.

Należy kolejny raz podkreślić, że Protestujący - pomijając fakt braku poszanowania czasu Zamawiającego, który to Zamawiający zarezerwował na udostępnienie dokumentacji Protestującego (Protestujący nawet nie pokusił się poinformować telefonicznie o opóźnieniu. przybycia przedstawiciela) - nie poczynił żadnych rzetelnych kroków mających na celu faktyczne zapoznanie się z dokumentacją postępowania.

Niezrozumiałym jest dla Zamawiającego zarzut, dotyczący uniemożliwienia wykonywania przez pracownika Protestującego zdjęć "wezwań skierowanych do Wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń, dokumentów, oferty oraz do dokonania uzupełnień (...) wraz z tymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także uzupełnień/informacji o dokonaniu poprawek przez Zamawiającego".

W żadnym momencie treści rozporządzenia, na którego to postanowienia i którego naruszenie powołuje się Protestujący, nie stanowi, że Zamawiający ma obowiązek wyrażenia zgody na utrwalanie treści powyżej wskazanych dokumentów przez Wykonawcę, w związku z czym argumentacja i zarzuty są dla zamawiającego całkowicie niezrozumiałe.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art.7 ust. 1 ustawy poprzez (jak twierdzi Protestujący) wyznaczenie Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień w zakresie złożonych ofert Zamawiający zwraca uwagę, że zarzuty i argumentacja w niniejszym zakresie zostały podniesione w innym postępowaniu protestacyjno-odwoławczym Zamawiający podkreśla jednak, że podczas procedury uzupełnień i wyjaśnień do złożonych ofert, Zamawiający kierował się poszanowaniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców i w tym zakresie żaden z przepisów prawa nie został naruszony.

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę na fakt, że nieprawdą jest (co podnosi Protestujący), że Wykonawcy nie otrzymali jednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień.

W konsekwencji powyższego uzasadnienia, Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na posiedzeniu Izba ustaliła następujące terminy dokonywania czynności wynikających z wnoszenia środków ochrony prawnej:

1. zawiadomienie o wyborze oferty, wykluczeniu oferentów i odrzuceniu ofert – 10.07.2009r. (fax)
2. protest – pismo z 16.07.2009r. złożone u Zamawiającego w dniu 17.07.2009r.
3. rozstrzygnięcie protestu- pismo z 30.07.2009r. doręczone do Odwołującego faksem w dniu 30.07.2009r.
4. odwołanie – pismo 06.08.2009r. wysłane do Prezesa UZP – data stempla pocztowego nieczytelna.
5. kopia złożenia odwołania do Zamawiającego – 07.08.2009r.

Odwołujący nie stawiał się na termin posiedzenia Izby, prawidłowo zawiadomiony.

Z powyższego zestawienia terminów czynności wynika, że kopia odwołania, została doręczona do Zamawiającego w dniu 07.08.2009r. co wynika również z załącznika do odwołania, gdzie wśród załączników na stronie 11 odwołania pod poz. 10 „dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu” wymienia się jako załącznik kopię odwołania, a na stronie 105 odwołania oraz załączników do odwołania, znajduje się pierwsza strona

kopii odwołania, na której widnieje pieczęć Zamawiającego o treści „Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna Centrala Biuro Nieruchomości Strategicznych ul. Szczęśliwicka 62; 00 – 973 Warszawa z adnotacją ręcznie naniesioną „7.08.2009 godz.10.40 parafa (nieczytelny podpis); 104 str. Sekretarz Przetargu.

W tym stanie rzeczy uwzględniając podniesione przez Odwołującego następujące zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2. odmowie wyrażenia przez Zamawiającego zgody na kopiowanie załączników do protokołu nie będących ofertami lub utrwalanie ich za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu,
3. ograniczeniu Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania, poprzez określenie zbyt krótkiego czasu w jakim Odwołujący miał możliwość wglądu do dokumentacji postępowania przy uwzględnieniu braku zgody Zamawiającego na kopiowanie lub utrwalanie za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu,
4. wyznaczeniu Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień /uzupełnień w zakresie treści złożonych ofert,

Izba stwierdziła co następuje poniżej.

Dla stwierdzenia zachowania terminów na wniesienie odwołania na powyżej wymienione czynności Zamawiającego obowiązują następujące najpóźniejsze terminy stanowiące o wniesieniu odwołania w terminie ustawowym:

1. na wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP i uznaniu jego oferty za odrzuconą termin na wniesienie odwołania co do tego zarzutu upłynął, w dniu 07.08.2009r. W związku z brakiem możliwości odczytania daty stempla pocztowego na kopercie zaadresowanej do prezesa UZP oraz datą na odwołaniu 06.08. 2009r. i złożeniem kopii odwołania u Zamawiającego Izba przyjęła, że odwołanie zostało wniesione do prezesa UZP również w dniu 07.08.2009r. Potwierdzeniem co do daty wniesienia odwołania w dniu 07.08.2009r. do Prezesa UZP jest pismo Odwołującego z dnia 01.09.2009r. również do Prezesa UZP w sprawie zawieszenia postępowania, w którym Odwołujący potwierdza jako datę wniesienia odwołania do Prezesa UZP – 07.08.2009r. Co do tego zarzutu termin 10 –dniowy do wniesienia odwołania został zachowany, ponieważ upłynął w dniu 07.08.2009r. to jest w dniu wniesienia odwołania do Prezesa UZP i kopii odwołania do Zamawiającego. Bowiem w myśl

art. 183 ust. 1 PZP, Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące: wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty-w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Skoro Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu z postępowania oraz o odrzuceniu w dniu 10.07.2009r. to ostatni z terminów na wniesienie protestu upłynął po 10 dniach od zawiadomienia o wyborze, czyli 20.07.2009r. zgodnie z art. 180 ust.2 PZP (protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia). W tym stanie rzeczy rozstrzygnięcie protestu powinno nastąpić w terminie 10 dni czyli najpóźniej do 30 lipca 2009r. , co nastąpiło w tymże dniu (30 lipca 2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest). Skoro kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 07.08.2009r. i Izba przyjęła (wobec braku czytelności daty stempla pocztowego na kopercie i nie stawienia się Odwołującego na posiedzenie KIO), że odwołanie – pismo z dnia 06.08.2009r. zostało wysłane pocztą najpóźniej w dniu 07.08.2009r. (tak jak kopia odwołania) to termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 184 ust.2 ustawy PZP (odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu), przy uwzględnieniu treści art. 183 ust.1 ustawy PZP, został dotrzymany.

2. na odmowę wyrażenia przez Zamawiającego zgody na kopiowanie załączników do protokołu nie będących ofertami lub utrwalanie ich za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu, termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 06.08.2009r. Kopię odwołania to jest pismo z datą 06.08.2009r. Zamawiającemu doręczono w dniu 07.08.2009r., co opisano w powyższym pkt 1, czyli z przekroczeniem jednodniowego terminu do wniesienia odwołania. Natomiast jak również w powyższym pkt 1 opisano nie do ustalenia jest data stempla pocztowego na kopercie zaadresowanej do Prezesa UZP. Zarzut nie dotyczył okoliczności wskazanych w art. 183 ust.1 ustawy PZP czyli treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty, w których Zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, ale dotyczył okoliczności innej to jest odmowy zgody na kopiowanie dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy termin na wniesienie odwołania liczony jest

według przepisu art. 184 ust. 2 (odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu) z pominięciem art. 183 ust.1 a zastosowaniem art. 183 ust.2 i 3 (ust.2 i 3 „2.Protest inny niż wymieniony w ust. 1 zamawiający rozstrzyga w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia.3. Brak rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w ust.1 i 2, uznaje się za jego oddalenie.”). Zamawiający w przedmiotowej sprawie protest wniesiony w dniu 17.07.2009r. (pismem z dnia 16.07.2009r.) rozstrzygnął w dniu 30.07.2009r., gdy tymczasem zachowując termin 10 dniowy od faktycznego wniesienia protestu, powinien rozstrzygnąć w dniu 27.07.2009r. Brak rozstrzygnięcia protestu w terminie 27.07.2009r. powinien w zakresie tegoż zarzutu (odmowa kopiowania dokumentów postępowania) być potraktowany przez Odwołującego jako oddalenie protestu. Od daty oddalenia protestu w dniu 27.07.2009r. Odwołujący w terminie 10 dni powinien wnieść odwołanie do Prezesa UZP z kopią jednocześnie do Zamawiającego (art. 184 ust.2 ustawy PZP). Termin 10 dniowy poczynszy od dnia 27.07.2009r. upłynął w dniu 06.08.2009r. Tymczasem pismo z dnia 06.08.2009r. (odwołanie) zostało do Prezesa Urzędu wysłane z datą stempla pocztowego nieczytelną, a kopia odwołania została doręczona do Zamawiającego w dniu 07.08.2009r., co opisano w powyższym pkt 1. Tym samym odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, jako zarzutu zgłoszonego w odwołaniu z opóźnieniem, ponieważ odwołanie w takim przypadku podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy PZP (art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy PZP „ Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu , zgodnie z art. 184 ust.2.”). Niemniej wobec zgłoszonego w terminie zarzutu co do nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie zostało skierowane na rozprawę, w celu merytorycznego rozpoznania tegoż zarzutu.

3. na ograniczenie Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania, poprzez określenie zbyt krótkiego czasu w jakim Odwołujący miał możliwość wglądu do dokumentacji postępowania przy uwzględnieniu braku zgody Zamawiającego na kopiowanie lub utrwalanie za pomocą urządzeń technicznych służących do zapisu obrazu, termin na wniesienie odwołania wraz z doręczeniem jego kopii Zamawiającemu upłynął w dniu 06.08.2009r. Natomiast kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu z przekroczeniem jednodniowym terminu to jest w

dniu 07.08.2009r. Z przyczyn opisanych w powyższym pkt 2 zarzut ten nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, pomimo skierowania sprawy na rozprawę.

4. na wyznaczenie Wykonawcom niejednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień /uzupełnień w zakresie treści złożonych ofert. Zarzut ten podniesiony w odwołaniu rozpatrywanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP 1006/09 (str. 10 uzasadnienia Wyroku „Odwołujący stwierdził również, że wykonawcy nie otrzymali jednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień.(...)”). Zarzut ten pomimo skierowania sprawy na rozprawę nie podlega rozpoznaniu jako zgłoszony w odwołaniu z przekroczeniem terminu ustawowego, w zakresie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu co wyczerpuje przesłankę z art. 187 ust.4 pkt 7 ustawy PZP.

Reasumując powyższe ustalenia Izba kierując sprawę na rozprawę poddała merytorycznej ocenie tylko zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania i w konsekwencji tej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy PZP, jako zarzut zgłoszony w odwołaniu w obowiązującym terminie ustawowym (07.08.2009r.). Natomiast pozostałe powyżej wymienione zarzuty odwołania (jak w pkt-ach 2 ,3 ,4), dla których termin do podniesienia upłynął w dniu 06.08.2009r. nie zostały poddane merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie jako spóźnione, ponieważ w tej części odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na nie doręczenie kopii odwołania Zamawiającemu, co wyczerpuje przesłankę z art.187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP, o obligatoryjnym odrzuceniu odwołania oraz z uwagi na wniesienie odwołania z uchybieniem terminów przewidzianych w ustawie (art. 187 ust.4 pkt 4 ustawy PZP – Potwierdzeniem co do daty wniesienia odwołania w dniu 07.08.2009r. do Prezesa UZP jest pismo Odwołującego z dnia 01.09.2009r. również do Prezesa UZP w sprawie zawieszenia postępowania, w którym Odwołujący potwierdza jako datę wniesienia odwołania do Prezesa UZP – 07.08.2009r.).

Izba dokonując merytorycznej oceny zarzutu Odwołującego co do odrzucenia i wykluczenia z postępowania ustaliła co następuje:

1. Pismem z dnia 01.07.2009r. KNS4-223/4Dp-21/2009 Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia zgodnie z art.87 ust.1 ustawy PZP, w celu wyjaśnienia treści ofert siedmiu zagadnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu (uprawnień osób przy pomocy, których Odwołujący wykonywać będzie zamówienie oraz wykazu wykonanych zamówień). Komisja Przetargowa zwróciła się do Odwołującego o przesłanie wyjaśnień i uzupełnień w określonym terminie z podaniem daty i godziny.
2. Odwołujący pismem z dnia 02.07.2009r. zwrócił się o przedłużenie terminu na wykonanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnień złożonej oferty.

3. Zamawiający pismem z dnia 02.07.2009r. wniosku o przedłużenie terminu nie uwzględnił.
4. W dniu 02.07.2009r. Odwołujący złożył protest na odmowę przedłużenia terminu, który Zamawiający oddalił w całości pismem z dnia 07.07.2009r.
5. Odwołujący złożył odwołanie, które KIO rozpoznało w dniu 13.08.2009r. pod Sygn. akt KIO/UZP 1006/09 przez oddalenie. W złożonym odwołaniu zarzucono nieuprawnione wezwanie do wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy PZP wraz z wyznaczeniem terminu na dokonanie tych wyjaśnień na dzień 02.07.2009r. i na odmowę przedłużenia terminu na wykonanie wezwania Zamawiającego do wykonania wyjaśnień i uzupełnień. W złożonym odwołaniu Odwołujący domagał się unieważnienia wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art.87 ust.1 ustawy PZP w terminie do dnia 02.07.2009r. oraz wezwanie Odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy PZP, w trybie art.26 ust.3 i 4 ustawy PZP z wyznaczeniem terminu umożliwiającego Odwołującemu do dokonania tych czynności. Krajowa Izba Odwoławcza w wydanym Wyroku nie stwierdziła naruszenia wskazanych w odwołaniu art.7 ust.1, art.26 ust.3 i 4 oraz art.87 ust.1 w związku z art.26 ust.3 i 4 ustawy PZP.
6. Z protokołu Komisji Przetargowej z dnia 06.07.2009r. wynika, że wszyscy Wykonawcy, do których zwrócono się o wyjaśnienia i uzupełnienia przestali dokumenty w określonym przez Zamawiającego terminie (pkt 4 protokołu), za wyjątkiem Odwołującego. Pismem z dnia 10.07.2009r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania i których oferty zostały odrzucone, w tym o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu przywołano okoliczności jak w wezwaniu do wyjaśnień i uzupełnień z dnia 01.07.2009r. na potwierdzenie nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba rozstrzygając wniesione odwołanie, uznała je jako bezzasadne, ponieważ wezwanie Zamawiającego z dnia 01.07.2009r. nie zostało wykonane przez Odwołującego co do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, a Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła odwołania w zakresie bezskuteczności żądania Zamawiającego co do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu i terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień i uzupełnień.

W tym stanie rzeczy skoro protest Odwołującego został ostatecznie rozstrzygnięty w myśl art.182 ust.2 pkt 3 ustawy PZP w dniu 13.08.2009r. Wyrokiem KIO/UZP/1006/09 to czynność

Zamawiającego z dnia 10.07.2009r. w ocenie Izby nie narusza wskazanych w Odwołaniu z dnia 06.08.2009r. przepisów prawa to jest art.24 ust.2 pkt 3 i art.7 ust1 ustawy PZP, a więc czynność Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty jest prawidłowa, skoro Odwołujący nie dokonał wyjaśnień i uzupełnień do których był wezwany w dniu 01.07.2009r przez Zamawiającego.

Ponadto Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zawieszenie postępowania na podstawie art.177 § 1 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 184 ust. 6 ustawy PZP i art. 1184 §2 k.p.c., ponieważ Izba stosuje do postępowania odwoławczego przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym) odpowiednio. W ocenie Izby do postępowania odwoławczego nie stosuje się przepisu art.177 § 1 pkt 1 k.p.c., ponieważ również przepisy o sądzie polubownym nie przewidują stosowania przepisów k.p.c. ponad zakres uregulowany w Części V Sąd Polubowny k.p.c. Zarówno ustawa PZP jak i wydany na jej podstawie Regulamin postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. 2007r. Nr 187, poz.132 zm. Dz. U. 2008r. Nr 188, poz.1156 wydane na podstawie art. 193a ustawy PZP) nie przewidują instytucji zawieszenia postępowania. W piśmie Odwołującego z dnia 01.09.2009r. wnoszącego o zawieszenie postępowania przywołano art. 1184 § 2 k.p.c. (**Art. 1184.** § 2. W braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem) i art.177 § 1 pkt 1 k.p.c. (**Art. 177.** § 1. Sąd może zawiesić postępowanie z urzędu: 1)jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku innego toczącego się postępowania cywilnego) z treści których nie wynika obowiązek zawieszenia postępowania, a tylko prawo do zawieszenia postępowania.

Z związku z powyższym Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zawieszenie postępowania do czasu rozpoznania skargi Odwołującego na Wyrok KIO/UZP 1006/09 przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w sprawie Sygn.akt XXIII Ga 633/09.

Izba również nie uwzględniła zarzutu niewłaściwej reprezentacji Zamawiającego w osobie Pani Hanny K. – Dyrektora Projektu w Biurze Nieruchomości Strategicznych Centrali PKP S.A. – Przewodniczącej Komisji Przetargowej z następujących względów. Decyzją nr 17 Członka Zarządu PKP S.A. – Dyrektora Zarządzania Nieruchomościami z dnia 29 maja 2009r. Hanna K. została powołana na Przewodniczącą Komisji Przetargowej (pkt 1 ppkt 1 Decyzji nr 17). Na podstawie Regulaminu pracy komisji przetargowej stanowiącego Załącznik do decyzji nr 17 do obowiązków Przewodniczącego Komisji należy w

szczegółności reprezentowanie jej wobec wykonawców, w a szczególności powiadamianie o wyborze oferty najkorzystniejszej (I. Część Ogólna pkt 10 lit a. i Część II Część jawna postępowania przetargowego pkt 10). W tym stanie rzeczy Hanna K. była uprawniona do podejmowania czynności wobec Wykonawców w zakresie powyższym.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie za art.191 ust.1 pkt 6 i 7 Ustawy PZP.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....