

Sygn. akt: KIO 2506/14

WYROK
z dnia 9 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2014 r. przez wykonawcę: **Astaldi S.p.A. w Rzymie, Via Gulio Vincenzo Bona 65, 00156 Rzym** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (03-734), ul. Targowa 74**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40** oraz **Ferrovial Agroman S.A., Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” sp. z o.o. w Zawierciu (42-400), ul. Okólna 10, Bilfinger Infrastructure S.A. w Warszawie (02-672), ul. Domaniewska 50a** oraz **„Polwar” S.A. w Gdańsku (80-137), ul. Starodworska 2,**
- wykonawcy: **PORR (Polska) S.A. w Warszawie (02-822), ul. Poleczki 35, PORR Bau GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń** oraz **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” S.A. w Łodzi (94-112), ul. Bratysławska 52,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie powtórzenie oceny spełniania tych warunków oraz przekazanie wykonawcom informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków wraz z odpowiednim uzasadnieniem prawnym i faktycznym,**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Astaldi S.p.A. w Rzymie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz wykonawcy: Astaldi S.p.A. w Rzymie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie robót budowlanych dla zadania POIiŚ 7.1-55 «Budowa Łącznicy kolejowej Kraków Zabłocie-Kraków Krzemionki»” zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 108-189420) w dniu 6 czerwca 2014 r.

W dniu 28 listopada 2014 r do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Astaldi S.p.A. w Rzymie, zwanego dalej Odwołującym. Odwołujący twierdził, że Zamawiający wadliwie ocenił złożony przez niego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w konsekwencji czego nie został on zaproszony do dalszego udziału w tym postępowaniu – zamiast 267 otrzymał on zaledwie 110 punktów, co uplasowało go poza pierwszą piątką wykonawców, którzy do tego dalszego udziału zostali zakwalifikowani. Stał on na stanowisku, że Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób przyznanej punktacji, przez co uniemożliwił mu odniesienie się do motywów oceny (str. 2 odwołania) – twierdził on, że nie jest w stanie ustalić, którym pozycjom wykazu wykonanych robót Zamawiający przyznał punkty (str. 3 odwołania). Uważał on, że takie działanie Zamawiającego naruszało przepisy art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3 i 4 oraz innych przywołanych w odwołaniu. Zdaniem Odwołującego złożony przez niego wniosek winien otrzymać odpowiednią ilość punktów za przedstawienie każdego ze 130 obiektów wskazanych w wykazie, przy czym przyznawał, że w odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu koniecznym byłoby przeprowadzenie przez Zamawiającego procedur opisanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie ceny złożonego przez niego wniosku oraz dokonanie jego powtórnej oceny oraz zaproszenie go do dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zastrzegając przy tym, że nie domaga się on umożliwienia zmiany złożonego oświadczenia (treści wykazu wykonanych robót w zakresie wskazania na nowe obiekty referencyjne), a jedynie możliwości dokonania stosownych wyjaśnień dotyczących wykazanych obiektów oraz dokumentów stanowiących referencje – nie zamierzał on uzupełniać dokumentów o nowe wykazy, wnosił jedynie o dopuszczenie możliwości udowodnienia, że wskazane w wykazie obiekty spełniają wymagania Zamawiającego i powinny być uwzględnione w ocenie.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Prezesowi Izby doręczyli:

- w dniu 1 grudnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. w Warszawie, Comsa S.A. w Barcelonie oraz Akcine Bendrove „Kauno Tiltai” w Kownie.
- w dniu 3 grudnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. w Warszawie, Skanska a.s. oraz Skanska SK a.s.,
- w dniu 4 grudnia 2014 r.:
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. w Warszawie oraz Ferrovial Agroman S.A.
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” sp. z o.o. w Zawierciu, Bilfinger Infrastructure S.A. w Warszawie oraz „Polwar” S.A. w Gdańsku
 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR (Polska) S.A. w Warszawie, PORR Bau GmbH oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” S.A. w Łodzi.

Jak ustaliła Izba w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia dokonanego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRKiL S.A. w Warszawie, Comsa S.A. w Barcelonie oraz Akcine Bendrove „Kauno Tiltai” w Kownie (zwanych dalej łącznie konsorcjum Trakcja) wraz z powołanym zgłoszeniem Prezesowi Izby zostało doręczone pełnomocnictwo wystawione przez Lidera Konsorcjum dla osoby, która to zgłoszenie podpisała, a także odpis z Krajowego Rejestru Sądowego właściwy dla Lidera Konsorcjum. Ponadto, złożono również dwa pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum wystawione odpowiednio w imieniu każdego z pozostałych dwóch konsorcjantów, tj. odpowiednio Comsa S.A. w Barcelonie oraz Akcine Bendrove „Kauno

Tiltai” w Kownie. Pełnomocnictwo wystawione w imieniu Comsa S.A. w Barcelonie w dniu 23 czerwca 2014 r. podpisał Miquel Llevat Vallespinosa, dla którego umocowanie do działania wynikało z pełnomocnictwa z tego samego dnia, tj. z dnia 23 czerwca 2014 r. podpisanego w imieniu Comsa S.A. w Barcelonie przez Jorge Miarnau Montserrat, również przedstawionego Prezesowi Izby. Wraz z powołanym zgłoszeniem przedstawione zostały także odpisy z odpowiednich rejestrów właściwych dla każdego z dwóch konsorcjantów, a także ich tłumaczenia na język polski. Z dokumentu rejestrowego właściwego dla Comsa S.A. w Barcelonie (str. 4 i 5) wynika, że Jorge Miarnau Montserrat piastuje stanowisko członka zarządu, prezesa i członka zarządu delegata, na które został mianowany z dniem 25 lipca 2014 r. Z dokumentu tego wynika tym samym, że powołana osoba była uprawniona do działania w imieniu Comsa S.A. w Barcelonie począwszy od dnia 25 lipca 2014 r. Tymczasem przedstawione wraz ze zgłoszeniem przystąpienia pełnomocnictwo wystawione w imieniu Comsa S.A. w Barcelonie podpisane przez tę właśnie osobę opatrzone zostało datą 23 czerwca 2014 r., tym samym w dacie poprzedzającej dzień mianowania Jorge Miarnau Montserrat na wszystkie stanowiska wskazane w złożonym Prezesowi Izby odpisie z odpowiedniego rejestru. Nie zostało zatem Izbie wykazane, aby Jorge Miarnau Montserrat był uprawniony do udzielania pełnomocnictw w imieniu Comsa S.A. w Barcelonie w dniu, w którym zostało wystawione pełnomocnictwo złożone wraz ze zgłoszeniem. Dlatego też w oparciu o tak przedstawione dokumenty nie można było rozstrzygnąć, czy osoba, która podpisała pełnomocnictwo złożone wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu konsorcjum Trakcja, była do tego uprawniona – należyte umocowana przez wszystkich członków konsorcjum. Konsorcjum nie przedstawiło bowiem Prezesowi Izby w odpowiednim terminie (tj. na etapie składania zgłoszenia przystąpienia) kompletnych dokumentów, z których treści wynikać miałyby umocowanie do reprezentowania wszystkich podmiotów, w imieniu których zgłoszenie to zostało dokonane. Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż tak dokonane zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może zostać uznane za skuteczne.

Nie mogło, zdaniem Izby, zostać uznane za skuteczne również zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. w Warszawie, Skanska a.s. oraz Skanska SK a.s., zwanych dalej łącznie konsorcjum Skanska. Zgodnie z przepisem art. 185 § 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Tym samym, aby dokonane zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego mogło zostać uznane za prawidłowe i odpowiadające powołanym wymogom ustawy Pzp koniecznym jest

m.in. wykazanie przez podmiot dokonujący zgłoszenia przystąpienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której on przystąpił. W doręczonym Prezesowi Izbie zgłoszeniu przystąpienia, konsorcjum Skanska twierdziło, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania wniesionego przez Odwołującego na korzyść Zamawiającego w związku z jednoczesnym udziałem w postępowaniu odwoławczym wszczętym na skutek odwołania wniesionego przez konsorcjum Trakcja (KIO 2522/14), którego uwzględnienie umożliwi konsorcjum Skanska zakwalifikowanie się do grona wykonawców dopuszczonych do dalszego etapu postępowania. Tym samym konsorcjum Skanska uzależniło istnienie po jego stronie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, od rozstrzygnięcia innego postępowania odwoławczego. Co istotne w tym kontekście, odwołanie wniesione przez konsorcjum Trakcja zostało postanowieniem Izby z dnia 15 grudnia 2014 r. zwrócone, tym samym zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy Pzp nie wywołało żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Mając to na uwadze, Izba uznała, że brak było podstaw aby przyjąć, że konsorcjum Skanska wykazało istnienie po jego stronie interesu uzasadniającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tak poczynionej oceny zmienić nie mogło zawarte w zgłoszeniu stwierdzenie, że uwzględnienie odwołania rozpoznawanego w niniejszej sprawie może pozbawić konsorcjum Skanska możliwości zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania. Uwzględniając fakt, iż w świetle informacji z dnia 18 listopada 2014 r., konsorcjum Skanska zostało sklasyfikowane na szóstej pozycji, a zatem poza gronem wykonawców, którzy mieliby zostać zaproszeni przez Zamawiającego do składania ofert, Izba, po uwzględnieniu stanowiska konsorcjum Skanska, nie doszukała się związku pomiędzy ewentualnym pozytywnym rozstrzygnięciem rozpoznawanego przez Izbę odwołania wniesionego przez Odwołującego, a sytuacją tegoż wykonawcy. Nie zostało wykazane, aby ewentualne uwzględnienie tego odwołania przez Izbę oddziaływało w jakikolwiek sposób na interesy konsorcjum Skanska, a w szczególności, aby mogło się przyczynić do zakwalifikowania tegoż wykonawcy do dalszego etapu postępowania. Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, także to zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba uznała za nieskuteczne.

W odniesieniu do pozostałych zgłoszeń przystąpienia doręczonych Prezesowi Izby, Izba uznała je za skuteczne, a tym samym wykonawcy, którzy je wnieśli uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te dokumenty, które przedstawił wraz z odwołaniem Odwołujący.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w każdym z odwołań, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu postanowił, że zaproszenie do złożenia oferty skieruje do 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału, tj. tych, którzy uzyskają największą liczbę punktów ustaloną według kryteriów określonych w tym punkcie ogłoszenia. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu miała zostać dokonana na podstawie załączonych dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający postanowił, że *„za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w Sekcji III.2.3) w zakresie warunku określonego w ppkt III.1.b) [po zmianie ogłoszenia opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 112-196354) w dniu 13 czerwca 2014 r. to ppkt IV.1.b)] tj. budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) co najmniej pięciu obiektów typu most, wiadukt lub estakada (o długości przęsła minimum 30 metrów), w tym budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) co najmniej jednego wiaduktu kolejowego (o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30m); – Wykonawca otrzyma: — za każdą realizację jednego obiektu typu most kolejowy, wiadukt kolejowy lub estakada kolejowa (o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30 metrów) - 3 punkty; —za każdą realizację jednego obiektu typu most, wiadukt lub estakada (o długości przęsła minimum 30 metrów)- 2 punkty”*. Zamawiający zaznaczył przy tym, że weźmie pod uwagę wyłącznie te zamówienia, które zostały zrealizowane siłami własnymi wykonawcy.

Zgodnie z treścią Sekcji III.2.3) w zakresie warunku określonego w ppkt III – po zmianie ogłoszenia opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 112-196354) w dniu 13 czerwca 2014 r. to ppkt IV – wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu

wykonanych – w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – „*robót, o których mowa w punkcie III, z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania oraz dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dowodami są wyłącznie poświadczenia, zgodnie z § 9 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).*”

Zgodnie z pisemnym protokołem postępowania (pkt 7.2) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 7 lipca 2014 r. o godz. 12:00. Przed upływem tego terminu Zamawiającemu złożono 13 wniosków, w tym ten, którego autorem był Odwołujący.

Wraz z wnioskiem Odwołującego przedstawiony został „*wykaz wykonanych (...) robót, o których mowa w pkt III.2.3) ppkt III.1b) ogłoszenia o zamówieniu*” zawierający wskazanie na 130 obiektów. Zdaniem Odwołującego każdy z tych obiektów winien zostać uznany za taki, któremu powinna zostać przyznana odpowiednia liczba punktów w procesie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Zawarł tam informację, że Odwołującemu przypisano 110 punktów, przy czym nie wyjaśnił, które z obiektów wskazanych przez Odwołującego zaliczył do tych, które pozwoliły przypisać temu wykonawcy taką właśnie liczbę punktów. Konsekwencją tej oceny było ustalenie, że Odwołujący nie zostanie zaproszony do składania ofert.

Wobec powołanych czynności Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, każde z odwołań rozpoznała w granicach zarzutów w nich zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż część sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakresu kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego niezuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on

za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izba wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do teź właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tym poglądem, Izba uznała, wbrew stanowisku Zamawiającego oraz wykonawców przystępujących po jego stronie do postępowania odwoławczego, że w rozpoznawanym odwołaniu został postawiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy prawnej wyływającej z przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. W rozpoznawanym odwołaniu zawarte zostały w sposób wyraźny twierdzenia o zaniechaniu przez Zamawiającego uzasadnienia przyznanej Odwołującemu punktacji, co uniemożliwiło temu wykonawcy odniesienie się do motywów oceny dokonanej przez Zamawiającego, a w szczególności ustalenia, którym pozycjom złożonego przez Odwołującego wykazu wykonanych robót Zamawiający przyznał punkty. Jak to już zostało wskazane, nie było konieczne przywołanie przez Odwołującego konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp, aby możliwym było uznanie, że postawił on Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności, do których dokonania był on zobowiązany. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, konstrukcja twierdzeń sformułowanych przez Odwołującego i zawartych w odwołaniu, była wystarczająca dla przyjęcia, że postawił on Zamawiającemu zarzut zaniechania realizacji ciążącego na nim zgodnie z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp obowiązku.

Rozstrzygając o zasadności tak postawionego zarzutu, Izba uwzględniła pogląd wyrażony w orzeczeniu KIO 2447/13, a także w sprawie KIO 2706/12 KIO 2709/12. W pierwszym z przywołanych orzeczeń Izba wyjaśniła co następuje: „*W pierwszej kolejności należy*

dokonać wykładni przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny wymaga bowiem, czy przekazanie przez Zamawiającego Odwołującemu wyłącznie informacji o przyznanej mu liczbie punktów, miejscu w klasyfikacji wykonawców, na którym znalazł się po ocenie wniosków, stanowi wypełnienie powinności nałożonej na Zamawiającego przywołanym przepisem. Izba nie podzieliła poglądu Przystępującego, który wskazywał, że takie zachowanie spełnia wymagania prawa. Przeciwnie – zdaniem Izby – już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a ustawy Pzp nie daje podstaw do obrony takiego poglądu. Z pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę. Wobec tego dla ustalenia obowiązków zamawiającego, wynikających z art. 51 ust. 1a Pzp, sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

Postulatem wykładni celowościowej jest taka interpretacja przepisu, aby był najbardziej zdatnym środkiem do osiągnięcia celu ustawy. Wykładnia funkcjonalna akcentuje z kolei funkcję przepisu. Przypomnieć zatem trzeba, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp), a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi uporządkowany i sformalizowany ciąg czynności zamawiającego dokonywanych z poszanowaniem ustawowych zasad, wśród których wyróżniają się zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz pozostająca z nimi w bezpośrednim związku i służąca ich realizacji zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Zasady te stanowią przeniesienie na grunt ustawodawstwa polskiego zasad europejskiego prawa zamówień publicznych – przejrzystości, niedyskryminacji oraz równego traktowania gwarantowanych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami ustawy ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi czynność, o której zamawiający przesyła informację

wykonawcom. Odwołanie wobec niej może być wniesione w nieprzywracalnym terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby - nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny, czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.

Przechodząc kolejno do interpretacji art. 51 ust. 1a ustawy Pzp z zastosowaniem wykładni systemowej należy zauważyć przede wszystkim, że ilekroć wykonawca skutkiem czynności zamawiającego jest eliminowany z udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty obowiązek taki wynika z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do czynności wykluczenia *expressis verbis* stanowi o nim art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje uznanie za wykluczonego wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty. Za sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji trzeba uznać taką wykładnię przepisów, która prowadziłaby do przyjęcia, że obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego istnieje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - wyłącznie w stosunku do wykonawcy, który jest wykluczony z postępowania mocą czynności zamawiającego – nie dotyczy natomiast wykonawcy uznanego za wykluczonego *ex lege*. Skoro skutek w obu przypadkach jest taki sam – eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawcy

nim dotknięci winni otrzymywać taki sam zakres informacji. Wykonawca niezaproszony do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak w wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania (arg. a simili z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp).

Konkludując rozważania dotyczące wykładni art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, Izba wyraża pogląd, że prawidłową realizacją obowiązku zamawiającego, wynikającego z tego przepisu jest, po pierwsze, podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane roboty budowlane nie zostały pozytywnie zweryfikowane. Po drugie, zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski – tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą.”

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający w rozpoznawanej sprawie całkowicie zniweczył ratio legis art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Z informacji przekazanych Odwołującemu nie sposób powziąć informacji o tym, które z obiektów wykazanych w przedłożonym wraz z wnioskiem wykazie wykonanych robót budowlanych Zamawiający uznał za spełniające wymagania opisane w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym pozwalające na przypisanie Odwołującemu kolejnych punktów, zgodnie z zasadami w tym ogłoszeniu określonymi. Jak słusznie zauważyła Izba w powołanej sprawie KIO 2447/13: *„Nie jest rzeczą wykonawców domyślanie się, na jakich podstawach faktycznych i prawnych oparł Zamawiający ocenę wniosków. To obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie wykonawcom informacji zawierającej uzasadnienie dokonanej oceny”*.

Dlatego też Izba uznała, że brak zamieszczenia pełnej oceny (zawierającej uzasadnienie faktyczne i prawne) w informacji skierowanej do Odwołującego nie tylko uniemożliwia mu obronę praw w postępowaniu, ale też preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez Zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umożliwiającą im uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Wobec uwzględnienia za zasadne powołanych wyżej zarzutów, a w szczególności, wobec ustalenia, że nie jest wiadomym, za wykazanie których obiektów Zamawiający przyznał punkty Odwołującemu, Izba uznała za przedwcześnie postawione zarzuty zaniechania przez Zamawiającego skorzystania z procedur opisanych w przepisach art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a tym samym naruszenia przez niego tych właśnie przepisów

ustawy Pzp. Skoro nie było wiadomym Odwołującemu, które z dokumentów i oświadczeń przez niego przedstawionych Zamawiający uznał za odpowiadające jego wymaganiom, nie sposób ocenić na obecnym etapie zasadności tak postawionych zarzutów. Dopiero bowiem po przedstawieniu przez Zamawiającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej przez niego oceny możliwym będzie rozstrzygnięcie o prawidłowości poczynionych przez niego rozstrzygnięć. Na obecnym etapie, tak jak to wskazano, takie działanie byłoby przedwczesnym.

Mając to na uwadze, jedynie na marginesie, zasadnym wydaje się dokonanie spostrzeżenia, że o ile dopuszczalnym, w ocenie Izby, byłoby skorzystanie przez Zamawiającego z procedury opisanej w art. 26 ust 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to już niewłaściwym wydaje się, aby w przypadku dokumentów składanych w celu ustalenia odpowiedniej punktacji w oparciu, o którą zostanie ustalone grono wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania, zastosowanie mógł znaleźć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu przedstawiania Zamawiającemu uzupełnionych wykazów. W tym zakresie Izba podzieliła pogląd wyrażony i szeroko uzasadniony w sprawie KIO 1533/13, a także poczynioną przez Sąd Okręgowy w Katowicach w sprawie XIX Ga 461/12 (wyrok z dnia 13 września 2012 r) konstatację, że *„czym innym jest zatem spełnienie warunków udziału w postępowaniu od dokonania oceny wniosków i nadania im konkretnej kolejności, pod warunkiem, że w ogłoszeniu poda się sposób i kryteria oceny”*.

W ocenie Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający swym postępowaniem dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przepisy te stanowią, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający, w odpowiedzi na jego prośbę odmówił mu udzielenia jakichkolwiek informacji związanych z postępowaniem.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, a także wniesionego przez niego wpisu (20 000 zł).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....