

WYROK

z dnia 4 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 r. przez **Odwołującego - Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gmina Miasto Kołobrzeg, 78-100 Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13**,

przy udziale **wykonawcy – Strabag Sp. z o.o., 05-900 Pruszków, ul. Parzniewska 10**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez **Odwołującego - Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**, z uwzględnieniem wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Gmina Miasto Kołobrzeg, 78-100 Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołującego - Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Gmina Miasto Kołobrzeg, 78-100 Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13** na rzecz **Odwołującego - Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia**

Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa dostępności do Portu Kołobrzeg od strony lądu (drogi i kolej) - Etap I”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2012r., pod numerem: S192- 315530-2012.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec nieprawidłowego dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, w jakim terminie zakończona została inwestycja pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia” i w konsekwencji nieprzyznania Odwołującemu punktów za wykonanie wskazanego zadania i zaniechanie zaproszenia go do składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 65 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 26 ust. 4 przez błędne przyjęcie, że opisane w poz. 29 „Wykazu robót budowlanych”, wykonanych przez Odwołującego, zadanie pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia” nie zostało wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, w sytuacji, gdy z załączonego do wniosku „Świadectwa przejęcia” tych robót wynika jednoznacznie, że zadanie to zostało zakończone dnia 15 grudnia 2010 r., co powinno zostać uwzględnione przy wykładni przez Zamawiającego oświadczenia Odwołującego zawartego w „Wykazie robót budowlanych”, względnie winno stanowić podstawę do wystąpienia do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 z prośbą o stosowne wyjaśnienia,
2. art. 7, tj. zasady zachowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, przez zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia działań zmierzających do ustalenia faktycznej daty wykonania wskazanego powyżej zadania i poprzestanie przy ustalaniu tej daty wyłącznie na oświadczeniu Odwołującego, zawartym w „Wykazie robót budowlanych”, w sytuacji, gdy oświadczenie to, w świetle zasad doświadczenia życiowego, wiedzy powszechnie dostępnej i innych dokumentów załączonych do samego wniosku, zawierało oczywistą omyłkę pisarską.

Wobec powyższego Odwołujący wniosł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności, polegającej na dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym ustalenia kręgu wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania warunków i zostaną zaproszeni do składania ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym ewentualnie wystąpienie do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o złożenie stosownych wyjaśnień oraz ponowne przyznanie wykonawcom punktacji, zgodnie z sekcją VI.1.2 ogłoszenia, kwalifikującej wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu (zaproszenia do składania ofert),
3. nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do składania ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w „Wykazie robót budowlanych” wskazał wprawdzie, że robota opisana pod poz. 29 - „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia” - została wykonana w grudniu 2012 r. (w sytuacji, gdy termin złożenia wniosku w tym postępowaniu wyznaczony był na dzień 5 listopada 2012 r.). Jednocześnie jednak Odwołujący załączył do wniosku „Świadczenie przejęcia” robót, opisanych w poz. 29 Wykazu, wystawione w dniu 11 stycznia 2011 r., w którym Inżynier Kontraktu dla zadania „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia” potwierdził, że wykonawca „zakończył roboty zasadnicze objęte *Kontraktem*” w dniu 15 grudnia 2010 r.

Dalej Odwołujący wywodzi, że w świetle dokumentu załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powszechnie znanego faktu, iż wskazany odcinek drogi ekspresowej S-8 jest już użytkowany, oświadczenie Odwołującego, zawarte w „Wykazie robót budowlanych”, wskazujące na wykonanie spornego zadania w grudniu 2012 r. uznać należy za oczywistą omyłkę (błąd pisarski). Omyłkę, która nie mogła rzutować na ocenę, czy sporne zadanie stanowi potwierdzenie spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podaje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, iż oświadczenia składane w „Wykazie robót budowlanych” - oświadczenia wskazujące na spełnienie warunków udziału w postępowaniu - mają charakter oświadczeń wiedzy a nie woli. Niemniej jednak zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego, do oświadczeń wiedzy art. 65 k.c. może mieć odpowiednie zastosowanie, którego zakres wyznacza specyfika danego wypadku i brak innych reguł interpretacyjnych (tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. II CSK 157/11). I tak, zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. akt I ACa 1214/11,

Sąd, kierując się wynikającymi z art. 65 k.c. dyrektywami wykładni umowy, powinien brać pod uwagę nie tylko postanowienie spornego fragmentu umowy, lecz również uwzględniać inne związane z nim postanowienia umowy, a także kontekst faktyczny, w którym projekt umowy uzgodniono. Zgodny zamiar stron wyraża się w uzgodnieniu istotnych okoliczności i określić go można jako intencję stron, co do skutków prawnych, jakie mają nastąpić w związku z zawarciem umowy. Z kolei w wyroku z dnia 16 grudnia 2011r., sygn. akt V CSK 280/11, Sąd Najwyższy przypomina, że jedną z dyrektyw wykładni oświadczeń woli, w świetle art. 65 k.c., jest założenie racjonalnego działania uczestników obrotu.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, iż w postępowaniach, w których zaproszenie do kolejnego etapu - etapu składania ofert - zależy od ilości wykonanych zadań, tworzenie „Wykazu wykonanych robót” jest ostatnim elementem skomplikowanego procesu. Proces ten polega na weryfikacji zadań wykonanych przez wykonawcę pod kątem wymagań danego Zamawiającego (pod kątem opisu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu) i na skompletowaniu dokumentów, potwierdzających wykonanie tychże zadań, w sposób prawidłowy. Wykaz stanowi natomiast swoiste podsumowanie tego procesu. W tej sytuacji już sama decyzja o zamieszczeniu pewnych zadań w „Wykazie robót budowlanych” wskazuje na to, że w ocenie Wykonawcy, zadanie to spełnia wymagania danego postępowania. Ewentualne nieścisłości w samym Wykazie, będące wynikiem oczywistej omyłki Wykonawcy, spowodowanej chociażby ilością danych i dokumentów, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w Wykazie, nie może być w tej sytuacji przesądzające, zwłaszcza, jeśli prawidłowy „kształt” oświadczenia wiedzy Wykonawcy - tak, jak w niniejszej sprawie - można odczytać z dokumentów załączonych do oferty.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, iż wątpliwość co do daty wykonania spornego zadania, będąca wynikiem oczywistej omyłki Odwołującego, mogła zostać usunięta przez Zamawiającego także w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2816/10; KIO 14/11, Odwołujący wskazuje: *„Przychylić się należy do poglądu (...), że - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n. ustawy) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy Wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, czy nie. Celem oceny spełniania przez Wykonawców określonych przez Zamawiającego warunków jest wybór Wykonawców (w liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. Analiza treści art. 26 ust. 3 P.z.p. prowadzi do wniosku, iż w przetargu ograniczonym obowiązują ogólne reguły rządzące uzupełnianiem dokumentów (podobnie przykładowo wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1503/08, wyrok KIO z*

dnia 20 września 2010 r. sygn. akt KIO 1918/10, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 904 /10, wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10). Uzupełniony dokument, aby na jego podstawie można było przyznać punkty, musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na moment upływu terminu składania wniosków. Zamawiający zobowiązany jest zatem wezwać do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w tym także zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w szczególności, gdy kwalifikacja Wykonawców do drugiego etapu postępowania dokonywana jest przez Zamawiającego na podstawie tych samych dokumentów, które stanowią podstawą oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia".

Skoro więc, jak wywodzi Odwołujący, w świetle powyżej wskazanych wyroków, dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów przedkładanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, także tych gwarantujących jedynie uzyskanie dodatkowych „punktów”, a nie potwierdzających spełnienie warunków granicznych, to tym bardziej dopuścić należy możliwości wykorzystania przez Zamawiającego w takiej sytuacji instytucji z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dopiero bowiem wdrożenie tej procedury wypełnia wymagania wynikające z art. 7 ustawy Pzp, tj. gwarantuje równe i uczciwe traktowanie Wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z sekcją III.2.1 pkt 2 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, „Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należycie wykonał 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i oddaniu do użytku drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z towarzyszącą infrastrukturą o wartości zadania minimum 40 mln złotych oraz robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i oddaniu do użytku mostu, wiaduktu, lub estakady o wartości zadania minimum 20 mln zł wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający dokona oceny spełniania warunku poprzez weryfikację załącznika nr 4 do WWD oraz dołączonych dokumentów potwierdzających wykonanie co najmniej po 1 robocie.”

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku należało złożyć (sekcja III.2.1 pkt 3 ppkt 10 ogłoszenia o zamówieniu) „Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym

okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzone według załącznika nr 4 do WWD; Ze złożonych dokumentów musi wynikać spełnienie warunku opisanego w Ogłoszeniu o zamówieniu Sekcji III.2.1 pkt 2 ppkt 2 tj: wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należycie wykonał 1 robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i oddaniu do użytku drogi o nawierzchni bitumicznej wraz z towarzyszącą infrastrukturą o wartości zadania minimum 40 mln złotych oraz robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i oddaniu do użytku mostu, wiaduktu, lub estakady o wartości zadania minimum 20 mln zł.”

Zamawiający w sekcji IV.1.2 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu przesądził, że do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu zaprosi 5 wykonawców, przy czym w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu przekroczy tą liczbę, Zamawiający wyboru 5 wykonawców, zapraszanych do złożenia ofert, miał dokonać według następujących zasad: Zamawiający dokona oceny złożonych wniosków wg kryterium: doświadczenie, Zamawiający przyzna 5 pkt za wymagane minimum określone w Ogłoszeniu o zamówienie (postanowienia jw.), Zamawiający przyzna 2 pkt za każdą wykonaną ponad wymagane minimum robotę budowlaną polegającą, na wykonaniu i oddaniu do użytku drogi wraz z towarzyszącą infrastrukturą o wartości zadania minimum 40 mln zł lub mostu, wiaduktu lub estakady o wartości minimum 20 mln zł, z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie - zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W przypadku, gdy nie będzie można dokonać zakwalifikowania 5 wniosków z uwagi na to, że 2 lub więcej wniosków uzyskało taką samą liczbę punktów, Zamawiający spośród tych wniosków wybierze te, których łączna wartość wskazanych zamówień brutto będzie najwyższa.

W niniejszym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 19 wykonawców. Najwyższą liczbę punktów, ustalonych według powyższych zasad, Zamawiający przyznał odpowiednio: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie - Eurovia Polska S.A., Eurovia CS a.s., Eurovia Verkehrrsbau Union GmbH oraz Eurovia Beton GmbH (103 punktów), wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie - Max Bogi Polska Sp. z o.o. i Max Bogi Banunternehmung GmbH&Co KG (89 punktów) oraz Spółce SKANSKA S.A. (85 punktów).

Czterech kolejnych wykonawców - Odwołujący, Spółka Strabag Sp. z o.o., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Firma Budowlano - Drogowa MTM S.A.

i Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty - Łódź” S.A. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. i Dragados S.A. - otrzymało po 71 punktów. Stąd Zamawiający, zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, zsumował wartości zadań wykazanych przez poszczególnych wykonawców i do złożenia ofert zaprosił wykonawców wykazujących się zadaniami o największej wartości, tj. Strabag Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. i Dragados S.A.

W „Wykazie robót budowlanych”, złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą, w pozycji 29 wskazano na zadanie referencyjne, którym była „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia”, przy czym jako termin wykonania zamówienia podano grudzień 2012 r. Jednocześnie w „Świadectwie przejścia robót” z dnia 11 stycznia 2011 r. znajduje się zapis, że *„Inżynier po przeprowadzeniu analizy wniosku wykonawcy potwierdza, w oparciu o Warunek 10.1 Warunków Kontraktu, że w dniu 15 grudnia 2010 r. Wykonawca zakończył roboty zasadnicze objęte Kontraktem, pomijając wady oraz zaległe prace wyszczególnione w załącznikach do Świadectwa Przejścia Robót, nie mających wpływu na użycie robót do przeznaczonego im celu oraz na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.”*

Z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający przyznał Odwołującemu 71 punktów, zaś łączna wartość wykazanych zamówień brutto, spełniających wymagania Zamawiającego wynosi 9.494.925.917,16 zł. Jednocześnie z załącznika nr 15 do przedmiotowego protokołu, stanowiącego „Formularz oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, można uzyskać wiedzę, że Zamawiający nie uwzględnił jednego z zadań wskazanych w Wykazie robót budowlanych w pozycji nr 29 Wykazu pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od Węzła Konotopa do Węzła Prymasa Tysiąclecia”. Z adnotacji uczynionej przez Zamawiającego w powołanym dokumencie wynika, iż zadanie to nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego z uwagi na *„brak potwierdzenia w dokumencie - świadectwie przejścia, robota nieukończona na dzień składania wniosków - grudzień 2012 r.”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że prawdą jest, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia „Wykazu robót budowlanych”, celem przedstawienia robót referencyjnych. W rzeczonym Wykazie, oprócz przedmiotu robót, należało wskazać datę ich

ukończenia. Jednocześnie Zamawiający wymagał, że każde zrealizowane zamówienie, wymienione w „Wykazie robót budowlanych”, wymaga potwierdzenia, za pomocą dokumentu, iż zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy przyznać rację Zamawiającemu, że „Wykaz robót budowlanych” i dokument, potwierdzający należyte wykonanie zamówienia służą potwierdzeniu różnych okoliczności. Jednakże, przeprowadzenie oceny tychże dokumentów odrębnie, tylko we wskazanym aspekcie, a z pominięciem faktu, że przedmiotowe dokumenty pozostają w ścisłym związku, należy uznać za nieprawidłowe.

Podkreślenia wymaga, że w niniejszym stanie faktycznym, w obu tych dokumentach była mowa o terminie zakończenia realizacji spornego zadania, przy czym, każdy z dokumentów wskazywał inną datę. Co więcej, w „Wykazie robót budowlanych” przedmiotowa data wykraczała poza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co oznaczałoby, że Odwołujący wskazał zadanie, które biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego, w żaden sposób nie mogło być przez Zamawiającego uznane za referencyjne.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, winny być przez Zamawiającego wyjaśnione. Jeśli zachodzi bowiem sprzeczność pomiędzy dokumentami, a więc odnoszą się do tych samych kwestii, które jednak opisują w sposób odmienny, Zamawiający nie jest uprawniony do pominięcia powyższego, nawet w sytuacji, w której każdy z tych dokumentów służy potwierdzeniu odmiennych okoliczności. Zwrócić bowiem należy uwagę, że działanie Zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mocą którego nałożono na zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie do wyjaśnień nie stanowi zatem uprawnienia Zamawiającego, a zaniechanie spełnienia tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócić należy uwagę, że *ratio legis* przedmiotowego przepisu nie może budzić wątpliwości, ma bowiem na celu wyeliminowanie sytuacji, w których z powodu omyłek lub innych nieścisłości, wykonawca zostanie pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu.

Powyższe, prowadzi do wniosku, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, winien wyjaśnić przedmiotową kwestię i na podstawie złożonych wyjaśnień rozstrzygnąć, w jakiej dacie w istocie zostało zrealizowane sporne zadanie.

Przedmiotowe zagadnienie, na tym etapie postępowania, pozostaje poza kognicją Izby. Należy bowiem zwrócić uwagę, że Zamawiający odmówił zaliczenia przedmiotowej roboty z powodu jej nieukończenia na dzień składania wniosków, przyjmując powyższe, jak

wyjaśnił na rozprawie, na podstawie „Wykazu robót budowlanych.” Jak zostało wskazane wyżej, działanie to jest nieprawidłowe, konieczne są bowiem wyjaśnienia Odwołującego w tym przedmiocie, złożone na wezwanie Zamawiającego, a nie w toku rozprawy. Przyjęcie przez Izbę przedmiotowych wyjaśnień oznaczałoby, że Izba dokonuje czynności za Zamawiającego, a nie dokonuje ich oceny (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów składanych na okoliczność daty zakończenia spornego zadania.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że sporne zamówienie nie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone stwierdzić należy, że w „Formularzu oceny wniosków”, jak i w protokole postępowania brak wskazania na przedmiotową okoliczność. Co więcej, przyjęcie do oceny punktowej przedmiotowego zadania, z wyodrębnieniem ilości wykonanych robót (droga, most, wiadukt, estakada) potwierdza, że Zamawiający przyjął, że Odwołujący wykazał należyte wykonanie spornej roboty, w przeciwnym wypadku nie dokonywałby oceny tego zadania.

Powyższe prowadzi do wniosku, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, że wskazana okoliczność nie legła u podstaw decyzji Zamawiającego. Zresztą zwrócić należy uwagę, że argumentacja ta została po raz pierwszy zaprezentowana w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i powtórzona za Przystępującym, w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby, brak zatem podstaw do przyjęcia, że przedmiotowa okoliczność była jednym z powodów niezaliczenia przez Zamawiającego spornego zadania. Nie ulega wątpliwości, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego musi być wyczerpujące i jednoznaczne, bowiem stanowi dla wykonawcy podstawę do uzyskania wiedzy o okolicznościach faktycznych, stanowiących podstawę postępowania zamawiającego, a tym samym umożliwia wykonawcy wypowiedzenie się wobec powyższego i przeprowadzenie w tym zakresie kontroli przez Izbę. Wszelkie zaś okoliczności faktyczne, które nie zostały przez Zamawiającego wyartykułowane jako podstawa podjętej decyzji i pozostają w nieujawnionej woli Zamawiającego nie poddają się ocenie i z tych pozostają poza kontrolą Izby. W związku z powyższym Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów służących wykazaniu przedmiotowej okoliczności.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Przystępującego, że brak opozycji w przedmiotowej kwestii ze strony Odwołującego stanowi przyznanie tej okoliczności. Nadto, podniesienie przez Przystępującego przedmiotowej kwestii nie zmienia faktu, że powyższa okoliczność nie legła u podstaw decyzji Zamawiającego. Twierdzenia Przystępującego nie kreują bowiem uzasadnienia faktycznego dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego,

z drugiej zaś strony instytucja „opozycji” służy zupełnie innemu celowi (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp), ma bowiem zapobiec dopuszczaniu do postępowania odwoławczego wszystkich wykonawców, niezależnie od tego, czy mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili.

Z powyższych względów zarzuty sformułowane przez Odwołującego znalazły potwierdzenie i wobec tego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: