

Sygn. akt KIO/UZP 1006/09

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm w składzie: PM Group Polska Sp. z o. o., Project Management Limited z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe S. A. Centrala, 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62** protestu z dnia **2 lipca 2009 r.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm w składzie: PM Group Polska Sp. z o. o., Project Management Limited z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm w składzie: PM Group Polska Sp. z o. o., Project Management Limited z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: PM Group Polska Sp. z o. o., Project Management Limited z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-424 Wrocław, ul. Klecińska 125.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na opracowanie dokumentacji projektowej i technicznej oraz prowadzenie nadzoru autorskiego dla projektu "Przebudowa kompleksu dworcowego Gdynia Główna", wykonawca – konsorcjum firm w składzie: PM Group Polska Sp. z o.o. oraz Project Management Limited, zwany dalej konsorcjum, protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynność zamawiającego, polegającą na:

1. wezwaniu protestującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp, pismem z dnia 1 lipca 2009 r. wraz z wyznaczeniem terminu na dokonanie wyjaśnień na 2 lipca 2009 r.,
2. odmowie przedłużenia terminu na dokonanie czynności, o których mowa powyżej, dokonanej pismem z dnia 2 lipca 2009 r.,

zarzucając zamawiającemu - Polskim Kolejom Państwowym S.A. Centrala naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz obarczanie wykonawców skutkami niewłaściwego prowadzenia postępowania przez zamawiającego,
2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której powinny zostać zastosowane art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności konsorcjum podniosło zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ponieważ z pisma z dnia 2 lipca 2009 r., jak również z rozstrzygnięcia protestu wynika, że zamawiający w sposób bezprawny zamierza zatrzymać wadium wpłacone przez konsorcjum.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wezwania przez zamawiającego protestującego, pismem z dnia 1 lipca 2009 r., do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wyznaczeniem terminu na dokonanie tej czynności na dzień 2 lipca 2009 r. na godzinę 16 tą,
2. wezwanie protestującego do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wraz z wyznaczeniem terminu umożliwiającemu protestującemu dokonanie tych czynności.

Wykazując swój interes prawny protestujący wskazał, że wyznaczenie parogodzinowego terminu na złożenie wyjaśnień uniemożliwia mu wykonanie tej czynności. Ponadto zastosowanie przez zamawiającego niewłaściwego trybu wezwania powoduje, że protestujący nie ma możliwości uzupełnienia oświadczeń oraz dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wymiany osób wskazanych w ofercie jako gwarantujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powoduje to, że na skutek czynności zamawiającego protestujący zostanie pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wskazał też, że interes prawny protestującego przejawia się w tym, że w razie nie udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający działając na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamierza zatrzymać wadium, co powoduje powstanie po stronie protestującego szkody, do której nie doszłoby, gdyby zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień i uzupełnień realnie umożliwiającą wykonanie przez protestującego tych czynności.

W uzasadnieniu protestu protestujący wyjaśnił, że pismem z dnia 1 lipca 2009 r., które otrzymał 1 lipca o godzinie 17.37, po godzinach pracy w spółce, zamawiający wezwał go do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W piśmie tym zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień co do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w terminie do godziny 16-tej w dniu następnym.

Protestujący podał, że w dniu 2 lipca 2009 r. zwrócił się z prośbą o przedłużenie tego terminu ze wskazaniem na brak możliwości złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w ciągu 8 godzin pracy w dniu 2 lipca 2009 r. Zamawiający prośby nie uwzględnił,

stwierdzając w piśmie z dnia 2 lipca 2009 r. między innymi, że wykonanie inwestycji związane jest z przygotowaniem do EURO.

Protestujący podniósł, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty (jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek), natomiast art. 26 ust. 3 i 4 kreuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów, a także wyjaśnień.

Odnosnie wykładni przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp protestujący przywołał wyrok o sygn. akt KIO/UZP 992/08 oraz KIO/UZP 814/08.

Protestujący podniósł, że zamawiający winien był wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jako że wszystkie dokumenty i oświadczenia, których dotyczy pismo to dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień lub też po stwierdzeniu, po przeanalizowaniu tych wyjaśnień, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien wezwać protestującego do uzupełnienia dokumentów.

Protestujący wskazał, że z pisma zamawiającego z dnia 2 lipca 2009 r. - odpowiedź na prośbę o przesunięcie terminu na złożenie wyjaśnień wynika, że zamawiający już wskutek nie udzielenia w terminie do 2 lipca 2009 r. wyjaśnień żądanych w piśmie z dnia 1 lipca 2009 r. zamierza zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, co w ocenie protestującego oznacza, że zamawiający przyjął, iż jego pismo z dnia 1 lipca 2009 r. wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z art. 46 ust. 4a zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, jeśli w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto, że zamawiający nie zamierza już wzywać protestującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem protestującego zamawiający w piśmie z dnia 1 lipca 2009 r. zażądał jedynie wyjaśnienia wskazanych tam kwestii odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, stosując zresztą niewłaściwy tryb wyjaśnień. Wskazał, że jedynie w ostatnim zdaniu pisma jest mowa o tym, że należy przesłać wyjaśnienia i uzupełnienia, choć w samej treści pisma nie ma mowy o tym, jakie dokumenty powinny zostać uzupełnione, ponieważ na wstępie pisma zamawiający wskazuje, że kwestie wymienione w pkt 1-7 powinny zostać wyjaśnione (a nie uzupełnione).

Protestujący podniósł, że "pismo Zamawiającego wzywające do uzupełnienia dokumentów powinno być sformułowane w sposób jasny i nie budzący wątpliwości,

a wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z błędów zamawiającego" (tak: wyrok KIO/UZP 708/08).

Protestujący powołał się na wyroki o sygn. akt KIO/UZP 629/08, KIO/UZP 486/08 oraz KIO/UZP 482/08.

Zdaniem konsorcjum, powyższy sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Podniósł, że z art. 58 Kodeksu cywilnego wynika, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna i wskazał, że czynność zamawiającego polegająca na wyznaczenie kilkugodzinnego terminu na dokonanie wielu wyjaśnień oraz uzupełnień praktycznie uniemożliwia terminowe dokonanie tych czynności, a więc powinna zostać uznana za nieważną. Pismo zamawiającego zostało przesłane do protestującego w dniu poprzedzającym dzień wyznaczony na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień po godzinach pracy w Spółce, a więc faktyczny czas na dokonanie wyjaśnień i wynosił tylko 8 godzin, wliczając w to czas konieczny na przesłanie wymaganych dokumentów. W ocenie konsorcjum taki sposób postępowania ma na celu obejście art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ uniemożliwia wykonawcy dokonanie wyjaśnień i uzupełnień z uwagi na zbyt krótki czas wyznaczony przez zamawiającego i niweczy cel tego przepisu, a więc doprowadzenie do sytuacji, w której oferta wykonawcy faktycznie spełniającego wymagania postawione przez zamawiającego nie będzie rozpatrywana z powodu wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie protestującego, okoliczność, iż wyznaczony na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień czas jest zbyt krótki jest oczywista, ponieważ wezwanie zawiera 7 rozbudowanych punktów, z których część dotyczy personelu wykonawcy.

Podniósł, że oczywista i niekwestionowana w orzecznictwie jest możliwość dokonania wymiany osoby wchodzącej w skład personelu wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie ze strony zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł także, że zamawiający próbuje obarczyć wykonawców skutkami niewłaściwego sposobu prowadzenia postępowania, na co wskazuje stwierdzenie zawarte w piśmie z dnia 2 lipca 2009 r.: "prośba wykonawcy o przedłużenie terminu uzupełnienia brakujących dokumentów, w obliczu kilkunastogodzinnej pracy członków Komisji Przetargowej w ciągu dnia, wydaje się niestosowna i mająca na celu opóźnienie wyboru oferty najkorzystniejszej." Fakt, że wykonanie zamówienia jest związane z przygotowaniem do EURO nie uzasadnia, zdaniem protestującego, nie przestrzegania przez zamawiającego przepisów prawa, nie zwalnia również z obowiązku zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł ponadto, iż w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu obarczonym wadami wskazanymi w proteście byłaby obciążona wadą nieważności na mocy art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w związku z tym, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił protest w całości oraz wskazał, że

1. prośbę o wyjaśnienia i uzupełnienia wystosował w oparciu o przepisy art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
2. kierując się przede wszystkim zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (wszystkim wykonawcom wyznaczył tożsamy termin), odmówił przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień oraz uzupełnień,
3. upublicznienie informacji o wszczęciu postępowania nastąpiło dnia 19 maja 2009 r., zamawiający klarownie określił warunki udziału w postępowaniu; wszyscy wykonawcy mieli więc ponad miesiąc na rzetelne i właściwe przygotowanie składanych ofert,
4. wykonanie zamówienia jest ściśle powiązane z terminową realizacją inwestycji, która ma istotne znaczenie w przygotowaniu Rzeczypospolitej Polskiej do realizacji finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012. Zamawiający zasygnalizował niniejsze narzucając w specyfikacji ścisłe i nieprzekraczalne terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia,
5. wskazane przez zamawiającego do uzupełnienia (względnie wyjaśnienia) dokumenty (oświadczenia), zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 zdanie drugie, powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert i powinny być w posiadaniu protestującego. Dokumenty, do których uzupełnienia został wezwany protestujący nie były dokumentami, których uzyskanie było konieczne od niezależnych mu instytucji czy też urzędów państwowych, a udzielenie wyjaśnień miało charakter wyłącznie oświadczenia protestującego.

W konsekwencji powyższego zamawiający uznał wniosek protestującego o przedłużenie wyznaczonego terminu jako całkowicie nieuzasadniony.

Zamawiający podniósł, że wszyscy wykonawcy, za wyjątkiem protestującego, przedłożyli stosowne wyjaśnienia, względnie uzupełnili wymagane dokumenty, co potwierdza, że wyznaczony termin był w pełni możliwym do spełnienia.

Wskazał, że w swoim piśmie wezwał protestującego nie tylko do złożenia wyjaśnień, ale także do uzupełnienia koniecznych dokumentów, co jasno wynika z treści pisma.

Protestujący nie tylko więc miał prawo i możliwość uzupełnienia brakujących dokumentów, ale wyraźnie został o to poproszony.

Zdaniem zamawiającego, protestujący nie oprotestowuje konkretnej czynności lub zaniechania, czego dowodem jest fakt, że protestujący zarówno w piśmie jak i w proteście nadmienia, że zamawiający zażądał uzupełnienia, względnie wyjaśnienia dokumentów czy oświadczeń, a jedynie oprotestowuje brak podania podstawy prawnej czynności, którą zamawiający de facto dokonał.

Takie postępowanie protestującego kłóci się, zdaniem zamawiającego, z ideą umożliwienia przez ustawodawcę wnoszenia środków ochrony prawnej, w szczególności poprzez pryzmat art. 184 ust. 1a ustawy.

Istotą protestu nie powinny być dywagacje na temat napisania w piśmie wzywającym do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dokumentów czy oświadczeń, podstawy prawnej stanowiącej wezwanie, ale czy zamawiający faktycznie wezwał do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnień, czy nie. Bezspornym zarówno dla zamawiającego jak i protestującego jest fakt, że wezwanie do uzupełnienia (względnie wyjaśnienia) brakujących dokumentów czy oświadczeń nastąpiło, co zdaniem zamawiającego oznacza, że nie doszło do zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był obowiązany na podstawie ustawy, więc nie ma podstawy tak prawnej jak i faktycznej do wniesienia protestu.

Zamawiający wskazał, iż potwierdzeniem, że pismo miało charakter i znamiona określone w art. 26 ust. 3 ustawy jest jednak przede wszystkim fakt, że w treści pisma wskazano braki oferty (np. w poz. 1 sformułowanie: "brak aktualnego zaświadczenia z Dolnośląskiej Okręgowej Izby Architektów"), których ewentualne wyjaśnienia byłyby bezprzedmiotowe, jako że w ogóle brak jest tych dokumentów w ofercie, a więc jedynie ich uzupełnienie może przynieść zamierzony efekt.

Zdaniem zamawiającego nie powinno więc budzić jakichkolwiek wątpliwości protestującego, że brakujące dokumenty należało uzupełnić, a dokumenty, których treść była niejasna - wyjaśnić.

Wszyscy wezwani wykonawcy, za wyjątkiem protestującego właściwie zrozumieli intencje zamawiającego i w wyznaczonym terminie przedłożyli odpowiedzi, względnie uzupełnili brakujące dokumenty.

Zamawiający podkreślił, że w żadnym momencie ustawa nie obliguje zamawiającego do wskazywania podstawy prawnej w wezwaniu wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów, jak również nie nadaje rygoru nieważności tej czynności, w przypadku braku podania podstawy prawnej działania. Jeżeli ustawodawca miałby na celu narzucić zamawiającym konieczność podawania w piśmie podstawy prawnej dokonywanej czynności, a w szczególności konieczność dokonania tego pod rygorem nieważności tej czynności, to wyraziłby to stosownym zapisem, jak uczynił to np. w art. 139 ust. 2 ustawy Pzp.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy obligują jedynie zamawiającego do dokonania określonych czynności, które to czynności i powinności zostały przez zamawiającego dokonane właśnie w trybie i na zasadach w nim określonych.

Odnosnie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, że spełnienie prośby protestującego o wydłużenie terminu na złożenie uzupełnień czy wyjaśnień, bądź uwzględnienie protestu, w świetle stosownych dokumentów złożonych przez pozostałych wykonawców w tożsamym terminie, promowałoby protestującego i godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślił, że prowadzone postępowanie pokazało, że termin na uzupełnianie stosownych dokumentów czy udzielenie wyjaśnień był terminem możliwym do spełnienia dla wszystkich wykonawców, za wyjątkiem protestującego, nadto, że treść przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wskazuje, że ustawodawca pozostawia dowolność zamawiającemu co do możliwości określenia terminu, a wykonawca nie ma możliwości ani prawa narzucać zamawiającemu własnego terminu, zwłaszcza terminu utrudniającego procedurę udzielenia zamówienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający stwierdził, że na obecnym etapie postępowania nie może być mowy o możliwości naruszenia treści tego artykułu w jakikolwiek sposób.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Nadto zarzucił, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 15 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania przez osoby nieupoważnione to jest inne osoby niż zamawiający oraz osoby działające jako pełnomocnik zamawiającego, art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprzekazanie Ogłoszenia o zamówienie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, co skutkuje tym, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, a także do innych naruszeń prawa, które konsorcjum wykazało w odrębnym proteście z dnia 16 lipca 2009 r.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania, z uwagi na to, że jest ono obarczone licznymi wadami, które powodują, że nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś na wypadek nie uwzględnienia powyższego żądania o unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz o wezwaniu odwołującego do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wraz z wyznaczeniem terminu umożliwiającego odwołującemu dokonanie tych czynności.

W związku z tym, że w ramach postępowania doszło już do wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku nie uwzględnienia żądania unieważnienia postępowania, odwołujący wnosi również o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, bowiem bez dokonania tych czynności nie jest możliwe dokonanie czynności wymienionych wcześniej.

Odwołujący wskazał, że data wskazana na fakcie, która jest datą z faksu wychodzącego (a więc urzędnika 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. Okoliczność ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji, biorąc pod uwagę to, że większość wezwań do wyjaśnień i uzupełnień wysłanych z tego faksu nosi tę samą datę - 3 lipca 2009 r.

Zdaniem odwołującego, tłumaczenie omijania realnego zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp świadczy o tym, że to zamawiający niewłaściwie przygotował postępowanie, skoro nie zarezerwował w harmonogramie przedsięwzięcia czasu na dokonanie przez wykonawców wyjaśnień i uzupełnień, do których dokonania powinni zostać oni wezwani w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Ominięcie zasad uczciwej konkurencji przez takie działanie jest oczywiste, skoro sam ustawodawca dozwolił, właśnie w celu zachowania realnej konkurencji pomiędzy oferentami, na dokonywanie uzupełnień i wyjaśnień dokumentów podmiotowych dołączanych do oferty.

Odwołujący nie podzielił stanowiska zamawiającego, że wskazane w piśmie z dnia 1 lipca 2009 r. dokumenty, które powinny zostać uzupełnione, powinny być w posiadaniu odwołującego, ponieważ z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika powyższy wniosek, stąd odwołujący uznał, że ma on charakter dowolnej interpretacji zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że dokonanie wyjaśnień w zakresie przedstawionym w ofercie i nie wymagających uzyskania informacji czy oświadczeń instytucji zewnętrznych wymaga czasu. Skoro bowiem z wezwania wynika, że zamawiający kwestionuje treść oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę, jak chociażby wypełnienie warunku posiadania należytego doświadczenia (pkt 7 wezwania), to wykonawca działając z należytą starannością powinien dokonać rewizji złożonych oświadczeń oraz ewentualnie przemyśleć konieczność wskazania innych projektów, które w sposób należyty dokumentowałyby doświadczenie wykonawcy. Nie można powiedzieć, że w takiej sytuacji wykonawca powinien dysponować opisem wszystkich wykonanych projektów, pomimo, iż samo doświadczenie z nich wynikające istnieje już na dzień składania ofert.

Odwołujący nie podzielił także twierdzenia zamawiającego, iż "wszyscy wykonawcy za wyjątkiem Protestującego przedłożyli stosowne wyjaśnienia, względnie uzupełnili

wymagane dokumenty, ponieważ analiza informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty prowadzi do wniosku, że dwóch wykonawców (Konsorcjum Industria Project Sp z o.o., Prostal W. Werchowski R. Pankau Sp. j. oraz Z.P.I. KONTRAPUNKT V – Projekt) również nie wykazało w sposób należyty spełniania wymagań podmiotowych. W ocenie odwołującego można wyciągnąć stąd wniosek, że podwodem, dla którego nie udało się tym wykonawcom uzupełnić dokumentów i złożyć wyjaśnień był zbyt krótki okres na dokonanie tych czynności.

Odwołujący stwierdził również, że wykonawcy nie otrzymali jednakowych terminów na dokonanie wyjaśnień i uzupełnień. Czterech Wykonawców otrzymało wezwania 3 lipca przed południem (korespondencja wysyłana przez zamawiającego z faksu z datą 3 - go lipca, faktycznie była wysyłana 2 lipca 2009 r.), mieli więc ponad 24 godziny na przygotowanie uzupełnień, a więc ponad trzy razy więcej czasu niż odwołujący.

Wykonawca 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.

Zdaniem odwołującego należy uznać, że doszło do naruszenia podstawowej zasady czyli zasady uczciwej konkurencji.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), Protokołu z posiedzeń Komisji Przetargowej z dnia 30.06.2009 r. i 01.07.2009 r. oraz z dnia 02.07.2009 r., pism zamawiającego z dnia 1 lipca 2009 r. KNS4-223/4Dp-21/2009/2009 skierowanych do pięciu wykonawców (Biuro Projektów Architektonicznych AiB Sp. z o.o., Scott Wilson Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, PM Group Polska Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, Industria Project Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, PAS Project Archi Studio) i odpowiedzi tych wykonawców (z wyjątkiem odwołującego) z dnia 02.07.2009 r., pisma odwołującego z dnia 2 lipca 2009 r. w sprawie przedłużenia terminu do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, pisma zamawiającego z dnia 2 lipca 2009 r. KNS4-223/4Dp-22/09, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.07.2009 r. (pismo KNS4-223/4Dp-32/09, Regulaminu Pracy obowiązującego w PM Group Polska Sp. z o.o. oraz

Obwieszczenia Zarządu tej spółki z dnia 19.03.2008 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w piśmie zamawiającego z dnia 23 lipca 2009 r., (KNS4-223/4Dp-45/2009) oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, odwołania, jak i w dniu rozprawy, ponieważ potwierdzenie się zarzutów bezprawnego pozbawienia odwołującego możliwości uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy odwołujący złożył odrębny protest z dnia 16.07.2009 r., który może doprowadzić do uchylecia wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: PAS Projekt Archi Studio i Holma Sp. z o.o. z ceną 1 342 000,00 zł) oraz może doprowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę z drugą w kolejności ceną w wysokości 1 470 100,00 zł (konsorcjum firm w składzie: Scott Wilson Sp. z o.o., Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. oraz Budomex Sp. z o.o.), biorąc pod uwagę, że cena jest jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z częścią I pkt 25 SIWZ) oznaczałoby dla odwołującego, który zaoferował trzecią w kolejności cenę w wysokości 1 584 780,00 zł, szansę na zakwalifikowanie jego oferty do ofert ocenianych i szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z Protokołu Komisji Przetargowej, sporządzonego z posiedzeń tej Komisji z dnia 30.06.2009 r. i 01.07.2009 r. (pkt 9) wynika, że: „W toku analizy złożonych ofert Komisja przetargowa stwierdziła braki i wątpliwości w złożonych ofertach. W konsekwencji powyższego Komisja przetargowa uznała, że należy wystąpić do Wykonawców z wezwaniem do uzupełnienia brakujących dokumentów, względnie oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz z prośbą o wyjaśnienie treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Do uzupełnień i wyjaśnień wezwano następujących wykonawców:

- PAS Project Archi Studio,
- Industria Project Sp. z o.o.,
- Scott Wilson Sp. z o.o.,
- PM Group Polska Sp. z o.o.,

- Biuro Projektów Architektonicznych AiB Sp. z o.o.

Termin wyjaśnień i uzupełnień został wyznaczony na 2 lipca 2009r. do godz. 16⁰⁰."

W dniu 01.07.2009 r. zamawiający skierował do wskazanych pięciu wykonawców pisma, których konstrukcja była taka sama, tj. w części wstępnej pisma zamawiający wskazał, że działa zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia treści ofert i zwraca się z prośbą o przesłanie wyjaśnienia wskazanych kwestii.

W dalszej części pisma zamawiający, odpowiednio do ofert poszczególnych wykonawców, wskazał braki, jakie stwierdził w ofercie oraz wątpliwości, jakie mu się nasunęły w związku z treścią oferty.

W końcowej części pisma zamawiający wyznaczył jednakowy dla wszystkich pięciu wykonawców termin, tj. 02.07.2009r. godz. 16⁰⁰, dopuszczając możliwość złożenia: „ww wyjaśnień i uzupełnień” faksem lub do Sekretarza Komisji Przetargowej.

W piśmie skierowanym do odwołującego zamawiający zawarł siedem punktów, z których wynika, że uchybienia w ofercie odwołującego polegają na:

1. braku wykazania wymaganego doświadczenia w realizacji jednego projektu dotyczącego przebudowywanego i remontowanego obiektu wpisanego do rejestru zabytków oraz braku aktualnego zaświadczenia z Dolnośląskiej Izby Architektów odnośnie Pani Agnieszki J.,
2. braku aktualnego zaświadczenia z Opolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz oświadczenia o gotowości pracy w realizacji zamówienia odnośnie Pana Adama W.,
3. braku wykazania przygotowania zawodowego do projektowania w specjalności drogowej oraz oświadczenia o gotowości pracy w realizacji zamówienia odnośnie Pana Damiana G.,
4. braku udokumentowania kwalifikacji kosztorysowania odnośnie Pani Elżbiety O.,
5. braku oświadczenia o gotowości pracy w realizacji zamówienia odnośnie Pana Jerzego B.,
6. braku wykazania spełnienia warunku wykonania zamówienia w okresie ostatnich 3 lat – zastrzeżenia zamawiającego dotyczyły poz. 1 i 4.

Z treści pisma odwołującego z dnia 02.07.2009 r. zawierającego wniosek o przedłużenie terminu wyznaczonego na 02.07.2009 r. godz. 16⁰⁰ wynika, że:

1. odwołujący odczytał pismo jako wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, o czym świadczy zdanie: "W nawiązaniu do pisma z dnia 1 lipca 2009 r. zawierającego wezwanie do dokonania wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów (...). oraz, że pismo to odwołujący traktował jako skierowane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, o czym świadczy zdanie:

„Stąd wniosek jest w pełni zasadny, jego uwzględnienie pozwoli na realizację celu art. 26 ust. 3 i 4 – a więc nie wykluczenie z udziału w postępowaniu podmiotów, które spełniają warunki udziału w postępowaniu.”

2. pismo zamawiającego odwołujący otrzymał w dniu 01.07.2009 r., o czym świadczy zdanie: „Państwa pismo zostało przesłane do Wykonawcy w dniu wczorajszym po godzinach pracy (...).

Okoliczność otrzymania tego pisma w dniu 01.07.2009 r. faksem o godz. 17³⁷ została również przyznana przez odwołującego w proteście: „Pismo to Protestujący otrzymał 1 lipca o godzinie 17.37, a więc już po godzinach pracy w Spółce.” – str. 2 protestu.

Powyższe ustalenia pozwalają uznać, że zamawiający skutecznie podjął czynność, do której był zobligowany przepisem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Nadto stwierdzić należy, że taki sam, jak w przypadku odwołującego, sposób sformułowania oczekiwań zamawiającego został poprawnie odczytany przez pozostałych czterech wykonawców, co potwierdza jasność i precyzyjność zawartych w piśmie z dnia 01.07.2009 r. treści.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że niewskazanie lub błędne wskazanie podstawy prawnej (jak w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) podjętej czynności pozostaje bez wpływu na jej ważność, o ile tylko treść pisma, w którym zamawiający artykułuje swoje żądania jest wystarczająco jasna i precyzyjna oraz znajduje umocowanie w przepisie ustawy.

W ocenie składu orzekającego Izby, taki właśnie charakter miało pismo zamawiającego z dnia 01.07.2009 r., ponieważ wynika z niego jednoznacznie:

1. rodzaj uchybień, jakich dopatrył się zamawiający w treści oferty odwołującego,
2. iż zamawiający oczekuje na usunięcia stwierdzonych uchybień, poprzez złożenia wyjaśnień i uzupełnień,
3. termin dokonania żądanych czynności.

Przytoczone powyżej fragmenty pisma odwołującego z dnia 02.07.2009 r. potwierdzają, że treść tego pisma była również jasna dla samego odwołującego.

Uznać także należy, że wskazany przez zamawiającego rodzaj uchybienia determinował jednocześnie sposób jego usunięcia, ponieważ wskazanie przez zamawiającego, że w złożonej przez odwołującego ofercie brak jest określonego dokumentu oznacza konieczność przedłożenia tego dokumentu.

Jedynie w sytuacji, gdyby wykonawca stwierdził, że ustalenia zamawiającego są błędne, tj. w złożonej przez niego ofercie znajduje się żądany dokument, wykonawca mógłby

poprzestać na złożeniu wyjaśnień, poprzez wskazanie miejsca, w którym znajduje się dokument, uznany przez zamawiającego za brakujący.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do możliwości wskazania w miejsce osoby, w stosunku do której zamawiający stwierdził braki w złożonych dokumentach, innej osoby, spełniającej postawione przez zamawiającego wymagania. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, w świetle brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymagającego, aby złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, że odwołujący winien dysponować „osobami rezerwowymi” najpóźniej w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Oznacza to, że czas na uzupełnienie dokumentów w żadnym razie nie może służyć wezwanemu wykonawcy na podjęcie działań służących ponownemu skompletowaniu zespołu o żądanych przez zamawiającego w SIWZ kwalifikacjach, a jednocześnie „zdobywaniu” dokumentów odnoszących się do „osób rezerwowych”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że obowiązkiem, a jednocześnie prawem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jest wyznaczenie terminu na uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń oraz złożenie wyjaśnień dotyczących tych dokumentów czy oświadczeń. Za oczywiste skład orzekający Izby uznaje przy tym, że wyznaczony termin nie może naruszać przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i tym przepisem ograniczona jest „dowolność”, na którą powoływał się zamawiający w treści rozstrzygnięcia protestu, w zakresie wyznaczenia terminu.

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym wyznaczenie przez zamawiającego, pismem z dnia 01.07.2009 r., doręczonym odwołującemu w tym dniu o godz. 17³⁷, terminu na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień do dnia 02.07.2009 r. do godz. 16⁰⁰ było dopuszczalne, ponieważ:

1. zamawiający dopuścił możliwość złożenia uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień faksem; tym samym uznać należy, że zakreślony przez zamawiającego termin nie wymagał uwzględnienia przez odwołującego dodatkowego czasu na przekazanie dokumentów i wyjaśnień, co byłoby konieczne w przypadku konieczności doręczenia oryginałów dokumentów w wyznaczonym terminie; innymi słowy zakreślony termin pozwalał odwołującemu na skoncentrowanie się wyłącznie na odszukaniu dokumentów / pozyskaniu kopii dokumentów fizycznie znajdujących się w chwili wezwania w innym miejscu oraz pozwalał na opracowanie treści wyjaśnień,

2. wyjaśnienia miały pochodzić od samego odwołującego, co nie wymagało konieczności uwzględnienia dodatkowego czasu na pozyskanie dokumentów / informacji od podmiotów trzecich.

Trafnie też zamawiający podniósł, że fakt złożenia w wyznaczonym terminie oczekiwanych dokumentów i wyjaśnień przez pozostałych czterech wykonawców potwierdza realność tego terminu.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że godziny pracy obowiązujące u odwołującego, które spowodowały późniejsze podjęcie przez odwołującego działań zmierzających do udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie uzasadniają wniosku o przedłużenie wyznaczonego terminu, ponieważ zamawiający nie może dostosowywać swoich działań do godzin pracy poszczególnych wykonawców – uczestników postępowania. Nadto odwołujący – biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi brać pod uwagę ewentualną potrzebę szybkiego wyjaśnienia treści oferty, czy jej uzupełnienia, w szczególności w sytuacji, gdy złożona oferta jest niekompletna.

Biorąc pod uwagę poczynione zastrzeżenie dotyczące terminu, w którym wykonawca musi spełniać wykazywany warunek oraz fakt, że zamawiający dopuścił możliwość złożenia wyjaśnień i dokumentów faksem, a także uwzględniając wnioskowany przez odwołującego termin złożenia uzupełnień / wyjaśnień (10.07.2009 r.) skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzekł jak w sentencji

Skład orzekający Izby pozostawił bez merytorycznego rozpoznania zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ponieważ czynność zatrzymania wadium jest czynnością zapowiedzianą, nie zaś dokonaną, a zakresem protestu i odwołania możliwe jest objęcie jedynie czynności dokonanych lub zaniechanych, ponieważ tylko w takim przypadku można stwierdzić, że nastąpiło już naruszenie przepisu ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. 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:

.....

.....