

Sygn. akt: KIO/UZP/ 961 /11

**WYROK**

**z dnia 20 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Członkowie: Przemysław Dzierżęcki  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Port Lotniczy Lublin S.A., 20-008 Lublin, ul. Hempla 6** protestu z dnia 18 kwietnia 2011 roku

przy udziale **MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., Strabag Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, w zakresie opisanym w uzasadnieniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Port Lotniczy Lublin S.A., 20-008 Lublin, ul. Hempla 6.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **4444 zł 00gr**(słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) uiszczony przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4444 zł 00 gr** (słownie cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy przez **Port Lotniczy Lublin S.A., 20-008 Lublin, ul. Hempla** na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy ) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9.**

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

## UZASADNIENIE

Port Lotniczy Lublin S.A. ul. Hempla 6, 20-008 Lublin zwany dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowę drogi startowej, drogi kołowania, oświetlenia nawigacyjnego, kanalizacji kablowej i fundamentów, sieci teletechnicznych wraz z odwodnieniem nawierzchni” - część nr 1 Budowa drogi startowej wraz ze stanowiskiem dla samolotu zagrożonego oraz drogi kołowania. Postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Etap postępowania objęty postępowaniem dotyczy oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niniejsze odwołanie jest następstwem czynności Zamawiającego podjętych po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 roku o sygn. KIO/UZP 427/11.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 grudnia 2009 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 251-361977.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W wyniku dokonanej oceny 4 wniosków według oceny Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełniło dwóch wykonawców tj. Konsorcjum Firm: 1) Lider - Henpol Sp. z o.o., Partnerzy - Roadbridge; John Sisk & Son Ltd; SRB Civil Engineering Ltd i 2) Konsorcjum Firm: Lider - Mota Engil Central Europe S.A.; Partnerzy - Strabag Sp. z o.o., PRDL S.A. Lubartów, PBDiM Sp. z o.o.,

Od takiego stanowiska Zamawiającego odwołanie złożył wykonawca Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Gen J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym”. Wobec czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego w toku postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie Ustawy w:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3
2. art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3
3. art. 24.ust. 2 pkt. 4
4. art. 51 ust. 1a

poprzez:

- naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ocenie wniosków i uzupełnień do wniosków,
- nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania,

- nie wykluczenie z postępowania wykonawców: Konsorcjum Firm: Lider – Henpol Sp. z o.o., Partnerzy - Roadbridge; John Sisk & Son Ltd; SRB Civil Engineering Ltd i Konsorcjum Firm: Lider - Mota Engil Central Europę S.A.; Partnerzy - Strabag Sp. z o.o., PRDL S.A. Lubartów, PBDiM Sp. z o.o., Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,
- poinformowanie o wynikach oceny w sprzeczności z dyspozycją przepisu ustawy dotycząca zakresu informowania wykonawców

Wobec powyższych zarzutów wniósł o:

- uwzględnienie Odwołania
  - unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- wykluczenie pozostałych wykonawców: Konsorcjum Firm: Lider - Henpol Sp. z o.o., Partnerzy - Roadbridge; John Sisk & Son Ltd; SRB Civil Engineering Ltd i Konsorcjum Firm: Lider - Mota Engil Central Europę S.A.; Partnerzy - Strabag Sp. z o.o., PRDL S.A. Lubartów, PBDiM Sp. z o.o., Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., którzy złożyli wnioski w przedmiotowym postępowaniu, a którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania podniósł „że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, po powtórzeniu czynności oceny wniosków wynikającej z nakazu Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku KIO/UZP 427/11, uzasadniając swoją decyzję rzekomym nie spełnianiem przez Protestującego warunków udziału w postępowaniu. Na to wykluczenie Odwołujący złożył protest który zamawiający pozostawił bez rozstrzygnięcia, tym samym oddalając go.

W dniu 30.03.2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. III ogłoszenia o zamówieniu. Czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego, Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 04.04.2011 r. do godz. 14.00, pismem znak : Mo/of 15.10/p.I01/JM/I 1 przedłożył Wykaz Robót wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót oraz Wykaz Osób wraz z dokumentami potwierdzającymi, że robota została wykonana należyście. Przedłożone przez Odwołującego dokumenty jego zdaniem, potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jako wymóg wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowania w zakresie określonym w ogłoszenia Zamawiający wymagał wykazania się, że w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie) wykonał przynajmniej: dla części pierwszej: dwa zlecenia polegające na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach

publicznych, przy klasie obciążenia ruchem minimum KR 5, każde o powierzchni minimum 100 000 m<sup>2</sup>. Oraz wykazania się iż wykonawca Dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadającymi kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, tj. Dla części pierwszej: dysponuje co najmniej 1 osobą z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, która posiada minimum 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy/robót oraz pełniła tę funkcję przy realizacji minimum jednego zlecenia polegającego na wykonaniu nowej nawierzchni w technologii podbudowy z kruszywa łamanego i betonu asfaltowego BA WMS, warstwy wiążącej BA WMS i warstwy ścieralnej SMA na drogach publicznych, przy klasie obciążenia ruchem minimum KR 5.

Zamawiający dokonując ponownego wykluczenia Odwołującego z postępowania w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał w sposób bardzo ogólny, że wykonawca Skanska nie wykazał spełnienia wymaganych w sekcji III ogłoszenia, warunków udziału w postępowaniu, powtarzając warunki opisane w ogłoszeniu. W tym zakresie Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest obowiązany poinformować wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a minimalny zakres informacji to podanie wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc informacji o wykluczeniu bądź niewykluczeniu z postępowania przez określenie precyzyjnie powodów dla dokonania tej czynności oraz podanie informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków - podanie rankingu wykonawców stworzonego na podstawie podanych w ogłoszeniu sposobów oceny wniosków sekcja VI.3). Otrzymał w dniu 11.04.2011 r. zawiadomienie o wynikach oceny, jego zdaniem nie czyni zadość wymaganiom stawianym przez powołany przepis ustawy stąd Odwołujący wywodzi naruszenie dyspozycji art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, mające ten skutek że Odwołujący pozostaje bez wiedzy co do powodów jego wykluczenia oraz wyników oceny, a zatem pozbawiony zostaje możliwości odparcia argumentów Zamawiającego będących podstawą jego wykluczenia z postępowania.

Ponadto podniósł, że wykluczenie Odwołującego jest bezpodstawne i bezprawne, tym bardziej, że wnioski wykonawców, spełniających w ocenie Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, zostały sporządzone tak jak wniosek Odwołującego (czemu również dowodzi niniejsze odwołanie), co więcej Zamawiający w związku z Odwołaniem KIO/UZP 427/11 posiadał wiedzę, że zawierają nieprawdziwe informacje. Wskazał, że pod znakiem zapytania, co do intencji Zamawiającego jest również fakt nieuwzględnienia i braku zamieszczenia w Protokole z przedmiotowego postępowania wyjaśnień złożonych przez GTC S.A. w sprawie udzielonych Skanska S.A. referencji. Bez względu na treść tej odpowiedzi udzielonej na pytanie Zamawiającego, już sam fakt jej pominięcia, czy też zatajenia budzi ogromne wątpliwości i ewidentnie wskazuje na brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i jawności w prowadzonym postępowaniu oraz dążenie do bezprawnego wykluczenia Odwołującego.

Do postępowania zgłosił przystąpienie – uprzednio przystępując do postępowania protestacyjnego wykonawca Konsorcjum Firm: Lider - Mota Engil Central Europe S.A.; Partnerzy - Strabag Sp. z o.o., PRDL S.A., PBDiM Sp. z o.o., Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. wskazując w przystąpieniu swój interes prawny aby odwołanie zostało oddalone. Wskazał, że Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy pzp, wykluczył z postępowania stronę Odwołującą z uwagi na brak spełniana przez nią warunków udziału w postępowaniu. Nadto w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego wskazał, że zarzuty kierowane pod jego adresem przez Odwołującego są niezasadne, gdyż według dostępnej literatury fachowej beton o podwyższonym module sztywności i beton o wysokim module sztywności należy traktować jako ten sam rodzaj mieszanki.

W trakcie posiedzenia Zamawiający zgłosił wniosek formalny o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia podając jako podstawę wniosku przepis art. 187 ust. 4 pkt. 4 i 5 ustawy pzp. uzasadniając to tym, że w poprzednim postępowaniu przed KIO zakończonym w/w wyrokiem z dnia 11 marca 2011 roku Odwołujący podnosił zarzuty dotyczące wykonawcy Konsorcjum Firm: Lider - Mota Engil Central Europe S.A.; w zakresie nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wniosku podniósł, że sprawa będąca przedmiotem odwołania była już rozpoznawana przez izbę. Zarzuty nie były podnoszone na etapie pierwszego protestu a oferent miał takie możliwości, posiadał wiadomości w tym zakresie odnośnie uzasadnienia wniesienia takiego zarzutu. Uczynił to dopiero w wyniku uchylecia stanowiska Zamawiającego będącego następstwem wyroku KIO i podnosi je dopiero na etapie obecnego odwołania.

Natomiast jeśli chodzi o pkt. 5 art. 187 Odwołujący powołuje się na zarzuty, które były przedmiotem rozpoznania dokonanego przez Izbę wyroku 427/11 z dnia 11 marca 2011 r. Równocześnie podnosi, iż okoliczności te są tożsame z istniejącymi pierwotnie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba rozpatrując zgłoszony wniosek o odrzucenie odwołania, stwierdziła że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania i postanowiła wniosek Zamawiającego w tym zakresie oddalić. Odrzucenie odwołania z w/w powodów może nastąpić gdy Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne. Natomiast odrzucenie odwołania nie może nastąpić jeżeli w odwołaniu zostanie podniesiona chociaż jedna nowa okoliczność.

Jednakże rozpatrując przedmiotowy wniosek Izba uznała jego zasadność co do ponownego powoływania się przez Odwołującego na okoliczność nie wykluczenia z postępowania konsorcjum firm, którego liderem jest Mota. W odwołaniu Odwołujący podaje, że w przypadku tego Wykonawcy pomimo dostarczonej przez Odwołującego w odwołaniu KIO/UZP 427/11 wiedzy ( pisma: GDDKiA- O/KR- R- I-ro-416-2/A4 BO /355/2124/2011 [3254], GDDKiA - DRI-I-MKz-4412-I/A-2-Og/152/II, GDDKiA - O-PO-RI-dh- 4100R-2/11 ) na temat charakteru i zakresu zrealizowanych i wykazywanych przez to Konsorcjum w doświadczeniu prac, Zamawiający konsekwentnie pozytywnie ocenia spełnianie warunku uczestnictwa w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując powyższy zarzut stwierdziła, że *„Izba uznała że powyższy zarzut nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym..... Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku wykonania dwóch zleceń w wykazie robót, wskazał następujące zamówienia:*

- 1) *Przebudowa autostrady A-4 na odc. Balice-Opatkowice,*
- 2) *Budowa Autostrady A-2 odcinek Konin-Dąbie, Sekcja Konin-Koło*
- 3) *Budowa Autostrady A-2, odcinek Konin Stryków (Łódź) – Wiskitki Koło Warszawy, pododcinek: Konin (Modła)-Koło-Dąbie, Sekcja Koło-Dąbie od km 285+000 do km 303+145,32,*
- 4) *Przebudowa drogi krajowej nr 8, Białystok-Katryna-Przewalanka, odcinek Białystok-Katrynka od km 648+117,00 do km 654,00 + 548,00 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej*
- 5) *Przebudowa drogi krajowej nr 4 na odcinku Machowa – Łañcut km 527+456,00 – 613+767,30, część IV. Rzeszów-Łañcut km 602+347 0 długości 11.420,3 m. Odcinek 6. Rzeszów-Łañcut km 602+347-613+767,30 o długości 11.420,3 m.*
- 6) *Wzmocnienie nawierzchni DK nr 2 na odcinku od km 420+332 z przebudową małych obiektów inżynierskich i budowa chodników.*

*Izba ustaliła, że Zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy o wyjaśnienia i uzupełnienie brakujących dokumentów.*

*Odwołujący zakwestionował w odwołaniu następujące zamówienia:*

- 1) Przebudowa autostrady A-4 na odc. Balice-Opatkowice,*
- 2) Budowa Autostrady A-2, odcinek Konin Stryków (Łódź) – Wiskitki Koło Warszawy, pododcinek: Konin (Modła)-Koło-Dąbie, Sekcja Koło-Dąbie od km 285+000 do km 303+145,32.*

*Z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący kwestionował realizację innych zamówień, którymi wykazał się wykonawca”./KIO /UZP 427/11/.*

Tym samym w takim przypadku istnieje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej i w tym zakresie odwołanie nie podlega rozpoznaniu, a Odwołujący jeśli nie zgadzał się z treścią orzeczenia Izby miał prawo wniesienia skargi do Sądu Okręgowego. Dlatego też rozpoznaniu merytorycznemu podlegają tylko okoliczności nie powoływane wcześniej a wynikające z nowego stanu prawnego powstałego po ocenie wniosków dokonanych przez Zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2011 roku.

Ponadto na wstępie rozprawy Odwołujący wycofał zarzut podnoszony w stosunku do konsorcjum firm którego liderem jest „HENPOL” spółka z o.o., gdyż wykonawca ten pismem z dnia 11 kwietnia 2011 roku oświadczył Zamawiającemu ,że ze względu na rezygnację partnerów z dalszego udziału w postępowaniu nie jest w stanie złożyć oferty na realizację zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Ponadto pełnomocnik Odwołującego dokonał zmiany podstaw prawnych wniesionego odwołania i tak: wycofał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 i art. 22 ust.3 ustawy pzp w brzmieniu stanu prawnego właściwego dla wszczęcia niniejszego postępowania. Nadto dokonał zmiany zarzutu naruszenia art.24 ust. 2 pkt. 4 na pkt.3 tego artykułu oraz art. 51 ust.1 a na zarzut z art. 57 ust.1. Zamawiający nie oponował co do powyższych zmian przepisów, podstaw zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 57 ust.1 ustawy pzp Odwołujący podniósł ,że uzasadnienie zawarte w piśmie L.dz.21/IV/PLL-LK/2011 z dnia 08.04.2011 r. o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest lakoniczne i nieprecyzyjne, a Odwołujący nie znajduje w nim podstaw uprawniających do wykluczenia Protestującego z postępowania. Przywołał tezę z wyroku KIO/UZP 427/11, gdzie Izba wskazała że „*Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad jawności i przejrzystości postępowania, co oznacza, że zobowiązany jest do przesłania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia zawierającego podstawę prawną i faktyczną wykluczenia*”. Stwierdził że w związku z brakiem konkretnego, wyczerpującego uzasadnienia Odwołujący może jedynie domniemywać się, iż został wykluczony z postępowania, gdyż

załączone w uzupełnieniu referencji wg oceny Zamawiającego nie potwierdzały cech wykonanych zamówień.

Powyższy zarzut Izba uważa za zasadny. Zamawiający stwierdzając, że wykonawca Skanska SA – Odwołujący, został wykluczony z postępowania gdyż nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w sekcji III.2), jest uzasadnieniem niewystarczającym. Uzasadnienie faktyczne stanowiska Zamawiającego, stanowi przepisanie warunków udziału w postępowaniu bez jakiegokolwiek ustosunkowania się do przedłożonych przez Odwołującego się dokumentów. Ponadto została podana niewłaściwa podstawa prawna wykluczenia gdyż Zamawiający przywołuje przepis art.24 ust.2 pkt.4 który stanowi o podstawie wykluczenia z powodu nie wniesienia wadium, co przy tym trybie postępowania o udzielenie zamówienia i jego etapie jest całkowicie chybione. Oceniając powyższe Izba stwierdza, że Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. *Izba podkreśla*, że zakres informowania wykonawcy w sytuacji określonej w art. 57 ust. 1 ustawy pzp. może mieć szerszy lub węższy zakres. W sytuacji kiedy wykonawca zostaje dopuszczony do kolejnego etapu postępowania to zakres informacji może zawierać ocenę spełniania warunków udziału oraz informację o miejscu na liście rankingowej wśród innych wykonawców. Natomiast w sytuacji kiedy ta ocena jest dla wykonawcy negatywna ma on prawo do uzyskania dokładnych informacji co legło u podstaw otrzymania takiej oceny od Zamawiającego. Wskazany przepis nie określa stopnia szczegółowości informacji, ale należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia z dalszego postępowania. Powyższy obowiązek Zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości prawidłowego sporządzenia środka ochrony prawnej.

Informacja w tym zakresie przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego nie spełnia zdaniem Izby powyższych przesłanek.

Również zdaniem Izby pewne wątpliwości budzić może sposób oceny wniosku wykonawcy Bilfinger Berger Budownictwo S.A. otóż wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego nie przedłożył żądanych dokumentów. Jednakże poza stwierdzeniem że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu to Zamawiający nie stwierdził tak jak w przypadku Odwołującego, wykluczenia tego wykonawcy z dalszego udziału w

postępowaniu. Zdaniem Izby nie jest to raczej wynik celowego działania Zamawiającego, ale niestaranności w prowadzeniu postępowania.

Odnośnie zarzutu drugiego dotyczącego wykluczenia Odwołującego z dalszego postępowania z powodu nie spełniania przez Protestującego warunków udziału w postępowaniu, to Odwołujący podniósł, że w dniu 30.03.2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. III ogłoszenia o zamówieniu. Czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego, Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 04.04.2011 r. do godz. 14.00, pismem znak : Mo/of 15.10/p.101/JM/l 1 przedłożył Wykaz Robót wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, oraz Wykaz Osób wraz z dokumentami potwierdzającymi, że robota została wykonana należyście. Przedłożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do decyzji o wykluczeniu Odwołujący stwierdza, że powodem tego może być tylko to, że Zamawiający nie wziął pod uwagę uzupełnienia dokonanego przez Odwołującego w dniu 04.04.2011 r. W przeciwnym razie nie sposób było dokonać oceny skutkującej wykluczeniem Odwołującego Skanska, skoro złożony w uzupełnieniu wykaz wskazuje literalnie na cztery zadania spełniające warunek udziału w postępowaniu. W przedmiotowym uzupełnieniu wymienione zostały zadania realizowane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Rzeszów i Oddział Poznań oraz Gdańsk Transport Company S.A.

Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów, podniósł na rozprawie iż w przedłożonym przez Odwołującego pierwszym wykazie robót- przed uchycieniem decyzji wyrokiem KIO, Odwołujący wskazał roboty, które były wykonane w technologii BA i załączył do nich stosowane referencje. Na skutek wyroku KIO Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący przesłał nowe dokumenty, z których wynika, iż są to te same dokumenty co przesłane pierwotnie, z tym, że wykonanie w technologii BA zostało zastąpione technologią BA WMS. Załączone zostały również te same referencje, które były załączone do pierwotnego wykazu. Z referencji tych nigdzie nie wynika aby wykonawca - tutejszy Odwołujący wykonał te roboty w technologii BA WMS. W związku z powstałymi wątpliwościami co do znaczenia określania poszczególnych betonów asfaltowych Zamawiający wystąpił do odpowiedniej instytucji celem uzyskania potwierdzenia lub zaprzeczenia co do prawidłowości reprezentowanego przez niego stanowiska. Nawiązując ogólnie do treści otrzymanych pism Zamawiający wskazuje, że beton o podwyższonym module sztywności to jest ten sam rodzaj betonu, co beton o wysokim module sztywności (BA WMS). Jednakże, zdaniem Izby pisma te dotyczą w szczególności uzasadnienia prawidłowości wyboru do dalszego etapu postępowania konsorcjum firm gdzie liderem jest

Mota, a kwestia ze względu na wyżej wymienione ustalenia Izby nie podlega już rozpatrywaniu w niniejszej sprawie.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe stanowisko podaje, iż w pierwotnym wykazie robót złożył wykaz dotyczący budowy autostrady A1 sekcji 2 i 4. Natomiast po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, przedłożył dodatkowy wykaz robót dla tej samej autostrady w sekcji 1 i 3. Podkreśla, że w początkowym wykazie robót beton asfaltowy (BA) zastąpił betonem asfaltowym o wysokim module sztywności SA WMS, gdyż taki zapis wynikał z błędu osoby sporządzającej wykaz robót. Ponadto podaje, że przy budowie autostrady A1 inwestor nie postawił wymogu wykonania robót z betonu asfaltowego WMS a tylko jako betonu asfaltowego o symbolu BA, natomiast roboty wykonano z betonu o wysokim module sztywności. Na potwierdzenie tego faktu przedstawił pismo z 6 kwietnia 2011 – akta sprawy jako załącznik o nr 5, z którego według stwierdzeń Odwołującego wynika, że na budowie autostrady o długości 63 km 300m „zostały wykonane roboty z betonu asfaltowego o zwiększonej odporności i zwiększonym module sztywności”. Tym samym uważa, że z załączonego wykazu robót wynika, iż Odwołujący na autostradzie A1 wykonał roboty asfaltem o wysokim module sztywności, a tym samym złożone dokumenty potwierdzają spełnione wymogi postawione przez Zamawiającego.

Na wstępie rozstrzygnięcia zasadności tego zarzutu Izba stwierdza, że dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób nie pozostawiający wątpliwości, spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność spełniania bądź nie warunków udziału w postępowaniu musi wynikać z oceny dokumentów, a nie może być pozostawiona swobodnej ich interpretacji przez zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych do wniosku dokumentów, a także ewentualnie z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego.

To wykonawca ma udowodnić że spełnia warunki udziału postawione przez Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie jest, że Odwołujący w sposób poza wszelką wątpliwością w sposób przekonywujący nie wykazał, że postawione warunki spełnia.

Jednakże Izba dokonując oceny złożonych dokumentów w tej kwestii powzięła wątpliwości czy w tym zakresie Zamawiający w sposób profesjonalny, zgodny z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonał oceny złożonych przez Odwołującego dokumentów. Zamawiający uzasadniając na rozprawie swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z dalszego postępowania podniósł, że Odwołujący dokonał tylko zmiany nazw zastosowanych rodzajów betonów asfaltowych w wykazach robót, z których wywodzi swoje doświadczenie w wykonywaniu robót wymaganych przez Zamawiającego. Natomiast treść referencji pozostała bez zmian, co powodowało sprzeczność pomiędzy opisem robót w wykazie i podanej w referencjach, a tym samym nie dał wiary dokumentom przedłożonym przez Odwołującego.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył pismo z dnia 06.04.2011 roku o znaku KO/AT będące wydrukiem z poczty elektronicznej, a więc nie podpisane lecz z wskazanym nazwiskiem osoby wystawiającej go – Anny T., kierowane przez firmę GTC z Sopotu do Pana Lecha J. z której treści wynikało „że firma GTC w odpowiedzi na pismo L.dz.8/IV/PLL-LK.2011 z dnia 05.04.2011 roku potwierdza „że na autostradzie A1 na odcinkach od km 0+000 do km 63+300 „warstwy podbudowy i wiążąca zostały wykonane z betonu asfaltowego o zwiększonej odporności zmęczeniowej i wysokim module sztywności” Pismo to nie spełnia cech dokumentu z którego można by wywodzić wniosek iż jak twierdzi Odwołujący że wykonał ten odcinek autostrady A1 w technologii która potwierdza spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi kwestionuje prawdziwość pisma z dnia 6 kwietnia 2011 r. i oświadcza, że tego pisma nie widział w dokumentach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odpowiedzi na ten zarzut Odwołujący przedkłada kolejne pismo przekazane mu przez firmę GTC drogą elektroniczną i skanem pisma skierowanego przez Zamawiającego do Pani Anny T. członka zarządu GTC Company S.A. a podpisanego przez Prezesa Zarządu- Lublin Airport- pana Grzegorza M., w który to Zamawiający cytując dokładnie treść w/w pisma z dnia 06.04.2011 roku prosi o potwierdzenie „że wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego o wysokiej sztywności jest *”równoważne z oznaczeniem betonu asfaltowego BA WMS”*.

Pismo w sposób niewątpliwy wskazuje o toczących się ustaleniach pomiędzy firmą GTC Company S.A. oraz Zamawiającym o sposobie wykonania robót na autostradzie A1 i odcinkach które to Odwołujący wskazał jako potwierdzenie spełnienia postawionego w przedmiotowym postępowaniu warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a które to Zamawiający zakwestionował.

Pełnomocnik Zamawiającego nie wskazał Izbie oryginału tych dokumentów „jak również ewentualnej odpowiedzi GTC na pismo Zamawiającego z dnia 7 kwietnia. Nie potrafił wyjaśnić czy treść tych pism była brana przy ocenie dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, stwierdzając jednoznacznie iż takich dokumentów nie widział w dokumentach przetargowych. Izba stwierdza ponadto iż brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tych dokumentach w protokole z postępowania, a tym samym ich wpływu na decyzję Zamawiającego .

Izba stwierdza niedopuszczalność nieumieszczania w aktach sprawy dokumentów z postępowania lub tworzenia innego zbioru dokumentów. Izba na etapie rozprawy nie jest w stanie przy takim stanowisku Zamawiającego dokonać niezbędnych ustaleń czy dokumenty te niewątpliwie dotyczą przedmiotowego odcinka autostrady i robót wykonanych przez Odwołującego, oraz czy były brane przy ocenie złożonych przez Odwołującego dokumentów.

Dlatego też Izba uwzględni powyższy zarzut Odwołującego i nakazuje Zamawiającego dokonanie profesjonalnej oceny dokumentów w oparciu o dokumenty złożone przez Odwołującego jak i powyższe pisma będące w dyspozycji Zamawiającego, a także dostarczone dodatkowo przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust.4 ustawy Izba wskazuje, że powyższe pisma mogą być po dokonaniu ich podmiotowej identyfikacji uznane za referencje w sprawie. Przepisy te nie wskazują w żadnym przypadku, że na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wykonawcy powinni przedkładać wyłącznie referencje według określonego wzoru, ponieważ dokument referencji nie stanowi jakiegoś urzędowo zdefiniowanego dokumentu. Tym samym zatem na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia można przedłożyć każdy dokument, wystawiony przez podmiot, na rzecz którego dane zamówienie było realizowane, który będzie potwierdzał należyte wykonanie zamówienia, czyli prawidłowość jego wykonania. Wśród takich dokumentów wymienia się również protokoły obioru prac, wykonanych bez zastrzeżeń na rzecz podmiotu wystawiającego takie dokument.

Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i potwierdzone orzecznictwem sądowym. Zgodnie ze wskazanym stanowiskiem Izby oraz sądów okręgowych rozpoznających sprawy skarg na orzeczenia KIO, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku.

Wystarczy jeśli dokument przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia potwierdza tę okoliczność. Te informacje wynikać bowiem powinny z oświadczenia wykonawcy, tj. wykazu wykonanych dostaw, usług, czy robót budowlanych. Istotne jest jednak, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu i podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane. Dokumenty te bowiem powinny się wzajemnie uzupełniać.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że w sytuacji pozostania w postępowaniu tylko jednego wykonawcy zdolnego- zdaniem Zamawiającego do wykonania zamówienia, powoduje niekorzystną sytuację gdyż Zamawiający będzie pozbawiony możliwości konkurencyjnego wyboru oferty.

Tym samym Izba stwierdza, że potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....