

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mostostal Warszawa Spółkę Akcyjną, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe Spółkę Akcyjną Centrala Biuro Projektów Inwestycyjnych i Marketingowych, 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, pok. 229**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa Spółkę Akcyjną, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa Spółkę Akcyjną, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mostostal Warszawa Spółkę Akcyjną, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** na rzecz **Polskich Kolei Państwowych Spółki Akcyjnej Centrala Biuro Projektów Inwestycyjnych i**

**Marketingowych, 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, pok. 229**  
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia  
pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu  
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych  
Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe Spółkę Akcyjną Centrala Biuro Projektów Inwestycyjnych i Marketingowych, 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, pok. 229 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach projektu pn. „Przebudowa dworca kolejowego Warszawa Wschodnia”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 28 maja 2010 roku wykonawca Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia dokumentacji w celu skopiowania i utrwalania za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych w postępowaniu dokumentów, w tym ofert wykonawców, jak również odmowie udostępnienia (przekazania) kopii dokumentacji postępowania w inny sposób.

Odwołujący się wniósł o nakazanie niezwłocznego udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania, w tym ofert złożonych przez konkurencję, z możliwością jej kopiowania przy użyciu urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu bądź niezwłoczne przekazanie czytelnej kopii pełnej dokumentacji postępowania, w szczególności ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 06.04.2010 r. odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp z prośbą o udostępnienie oraz umożliwienie sfotografowania w dniu 08.04.2010 r. pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

W odpowiedzi na ten wniosek zamawiający pismem z dnia 07.04.2010 r poinformował Odwołującego, że *„w związku z zapewnieniem sprawnego toku prac Komisji Przetargowej, zamawiający zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia (...) udostępni (...) wgląd do ofert w wyznaczonym przez siebie terminie.”* Jednocześnie zamawiający podał, iż o wyznaczonym terminie poinformuje odwołującego oddzielnym pismem.

Zamawiający dopiero w piśmie z 18.05.2010 r. wyznaczył nowy termin udostępnienia dokumentacji postępowania na 19.05.2010 r., w godz. 13.00 - 15.00,

domagając się jednocześnie przedstawienia przez osoby, którym będzie udostępniona dokumentacja pisemnych upoważnień firmy i dowodów osobistych.

W dniu 19.05.2010 r., o godz. 13.00, upoważnieni pisemnie pracownicy odwołującego się, tj. p. Agnieszka K. i p. Andrzej B., stawili się w wyznaczonym przez zamawiającego miejscu. Pracownik zamawiającego po wylegitymowaniu przedstawicieli wykonawcy i zapoznaniu się z udzielonym im upoważnieniem - jeszcze przed okazaniem dokumentacji - nakazał podpisać wcześniej przygotowany formularz *Protokołu z udostępnienia do wglądu dokumentacji*. Z treści *Protokołu* wynika, że „w dniu 19.05.2010 r., w godzinach 13.00 - 15.00 (...) zostały udostępnione do wglądu upoważnionym przedstawicielom firmy Mostostal Warszawa S.A. (...) oferty z postępowania (...)”, jak również, że „przedstawiciele wykonawcy z udostępnionej oferty ~~skopiowali~~ robili notatki itp.” Po przyjęciu podpisanego przez pracowników odwołującego formularza wymienionego *Protokołu*, inny pracownik zamawiającego, z którym przedstawiciele odwołującego udali się do odrębnego pomieszczenia w celu udostępnienia im dokumentacji, przekazał, że nie mają oni możliwości samodzielnego sfotografowania ofert. Pracownik ten, poinformował, iż taka praktyka została wprowadzona z uwagi na „zbyt duże prawdopodobieństwo zniszczenia ofert podczas fotografowania”. W związku z odmową pracownicy odwołującego zwrócili się z prośbą o wydanie pisemnego oświadczenia w tym zakresie wraz z uzasadnieniem odmowy. Wówczas pracownik Zamawiającego w celu wyjaśnienia sprawy zwrócił się do p. Hanny K - pełniącej funkcję Z- cy Przewodniczącego Komisji. Pani K. zdecydowanie odmówiła wydania takiego oświadczenia na piśmie, wskazując jako powód odmowy dotychczas stosowaną przez tego zamawiającego praktykę w kontaktach z wykonawcami.

W związku z zaistniałą sytuacją, przedstawiciele odwołującego poprosili o ponowne udostępnienie wcześniej podpisanego formularza *Protokołu z udostępnienia do wglądu dokumentacji* w celu wprowadzenia doń sprostowania, w którym zawarto dodatkową informację, iż pomimo ujęcia we wniosku z 06.04.2010 r. prośby o dostęp do dokumentacji ofertowej z możliwością fotografowania ofert - zamawiający faktycznie odmówił dokonania tych czynności przedstawicielom Wykonawcy oraz że nie sporządzono z tego udostępnienia żadnych notatek .

Odwołujący się wskazał, że w ramach dotychczasowych kontaktów zamawiający nie podał żadnego konkretnego powodu nieudostępnienia dokumentacji do samodzielnego skopiowania jak również odmowy przekazania kopii dokumentacji w postępowaniu, poza rzekomym narażeniem jej na zniszczenie oraz dotychczas stosowaną przez tego zamawiającego praktykę. Argumentacja zamawiającego jest o tyle niezrozumiała, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał on złożenia oryginału oferty oraz jej kserokopii. Odwołujący w piśmie z dnia 06.04.2010 r. wyraźnie określił sposób udostępnienia dokumentacji, jakiego oczekuje. W odpowiedzi z dnia 07.04.2010 r.,

zamawiający nie wskazał, że nie akceptuje sposobu udostępnienia kopii dokumentacji zaproponowanego przez odwołującego, podał jedynie, iż w związku z zapewnieniem sprawnego toku prac Komisji Przetargowej - udostępnienie dokumentacji nastąpi w wyznaczonym przez siebie terminie.

Na wyznaczenie nowego terminu udostępnienia odwołujący czekał ponad 40 dni. Dopiero pismem z dnia 18.05.2010 r. zamawiający podał termin udostępnienia dokumentacji, wyznaczając go na dzień następnny, tj. 19.05.2010 r., w godz. 13.00 - 15.00. Należy tu podkreślić, iż również w tym piśmie zamawiający nie wyraził żadnych zastrzeżeń co do sposobu udostępnienia dokumentacji zaproponowanego w piśmie z 06.05.2010 r. Pomimo to ostatecznie zamawiający nie udostępnił dokumentacji do samodzielnego sfotografowania. W dniu 20.05.2010 r., w związku z odmową udostępnienia ofert do samodzielnego skopiowania, Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego, w którym w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz §5 Rozporządzenia zwrócił się doń „o przesłanie czytelnych kopii ofert pozostałych Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”. W odpowiedzi zamawiający pismem z dnia 21.05.2010 r. (znak pisma: KPM3-223/5RB - 79/10) odmówił przesłania „kopii załączników protokołów powołując się na bliżej nieokreślone przyczyny techniczne oraz wskazując, iż jest to znacząco utrudnione „w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów”, wyznaczył jednocześnie termin wglądu do dokumentacji na 24.05.2010 r., w godz. 10.00 - 14.00.

W związku z dokonaniem w dniu 26.05.2010 r. wyborem najkorzystniejszej oferty, w wyniku którego odwołujący dowiedział się, iż jego oferta przy zastosowaniu przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny została na chwilę obecną sklasyfikowana na drugim miejscu, odwołujący skierował tego samego dnia kolejne pismo do zamawiającego z prośbą o udostępnienie tylko jednej, wybranej w postępowaniu oferty do samodzielnego skopiowania bądź przekazania kopii tej oferty w inny sposób. W odpowiedzi, którą Odwołujący otrzymał w dniu 27.05.2010 r. zamawiający ponownie odmówił, argumentując to w sposób następujący: *„(...) samodzielne kopiowanie lub też utrwalanie za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert, jest możliwe, jeśli zgodę na to wyrazi zamawiający. Taka zgoda zaś nie została wyrażona i stanowisko zamawiającego w tej kwestii nie uległo zmianie. Nie widzimy także podstaw w treści cytowanych przez Państwa przepisów, aby odmowa w tym zakresie rodziła konsekwencje w postaci powstania po stronie Zamawiającego obowiązku sporządzenia i przekazania wykonawcy treści oferty innemu wykonawcy. Jak zatem wskazano wcześniej, możliwe jest zapoznanie się z treścią oferty STRABAG sp. z o. o. wyłącznie poprzez wgląd do jej treści.”*

W dniu 16 czerwca 2010 roku zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie w dniu 16 czerwca 2010 roku odwołujący się zmodyfikował żądanie odwołania w ten sposób, że zażądał nakazania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jedną z naczelných zasad ustawy Prawo zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 tejże ustawy, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przepisach ustawy Pzp oraz w aktach wykonawczych do ustawy w sposób szczegółowy uregulowane są prawa i obowiązki zamawiającego i wykonawców, służące realizacji zawartej w art. 8 ust. 1 zasady.

Stosownie do art. 96 ust. 1 *in principio* ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl ust. 3 protokół wraz z załącznikami (do których, zgodnie z ust. 2 zaliczamy między innymi oferty), jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania. Sposób oraz forma udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami określona jest w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154) – dalej: rozporządzenie.

Zasadniczym na rozstrzygnięcia postępowania jest § 5 wzmiankowanego rozporządzenia, który w ust. 1 stanowi, że zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie protokołu lub załączników, w myśl ust. 2, może nastąpić poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wykonawcy wskazanym we wniosku.

Możliwość wyboru przez wykonawcę sposobu udostępnienia protokołu lub załączników doznaje ograniczenia w ust. 4, który stanowi, iż przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odmówił przesłania kopii najkorzystniejszej oferty wskazując, iż z uwagi na objętość i formę dokumentacji jest to znacząco utrudnione ze względów technicznych. Jednocześnie zamawiający poinformował, że udostępnienie najkorzystniejszej oferty będzie możliwe poprzez wgląd do tych dokumentów w siedzibie zamawiającego w dniach 31 maja i 1 czerwca 2010 roku w godzinach 10.00-12.00.

Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów prawa, w szczególności przepisów § 5 rozporządzenia. Zwrócić należy uwagę, iż ustawodawca nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem „znaczącego utrudnienia” przesłania kopii protokołu lub załączników. Każdy zamawiający sam ocenia, czy w danym przypadku występują przyczyny techniczne znacząco utrudniające przesłanie dokumentacji czy nie. Jest to ocena subiektywna, zawsze uzależniona od możliwości technicznych i organizacji pracy zamawiającego.

Możliwość samodzielnego kopiowania lub utrwalania za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu treści złożonych ofert uregulowana jest natomiast w § 5 ust. 3 rozporządzenia. Możliwość ta jest w każdym przypadku uzależniona od zgody zamawiającego, który swej decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody lub jej odmowy, nie musi uzasadniać.

Należy zwrócić uwagę, iż – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wykładnia logiczna przepisu uzasadnia wniosek, że chodzi również o naruszenie przepisów wydanych na podstawie delegacji zawartych w ustawie. Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów. Uznanie za zasadną argumentacji odwołującego się byłoby w istocie wykładnią *contra legem*.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....