

WYROK

z dnia 13 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, UAB „ALKESTA” sp. z o.o. z siedzibą w Alytus na Litwie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Działdowo, w ramach Projektu POIiŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia – obszar LCS Działdowo – przetarg 2E* (nr postępowania 9090/IRZR/000016/13/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, UAB „ALKESTA” sp. z o.o. z siedzibą w Alytus na Litwie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn *Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Działdowo, w ramach Projektu POIiŚ 7.1-41 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia – obszar LCS Działdowo – przetarg 2E* (nr postępowania 9090/IRZR/000016/13/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 lutego 2013 r. pod nr 2013/S_032-050252

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

22 listopada 2013 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, UAB „ALKESTA” sp. z o.o. z siedzibą w Alytus na Litwie {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania: po pierwsze – wykluczeniu Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, po drugie – odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 pzp, po trzecie – unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której Konsorcjum zostało powiadomione 13 września 2013 r., po czwarte – unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

2 grudnia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących czynności Zamawiającego:

1. Przystąpienia do ponownego badania złożonych ofert, pomimo uprzednio dokonanego wyboru oferty Odwołującego, który był już przedmiotem wiążącego badania w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok z 21 października 2013 r.).
2. Wykluczenia Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania przez spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo braku ku temu podstaw.
3. Odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo braku ku temu podstaw.
4. Unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

5. Unieważnienia postępowania z powodu tego, że rzekomo nie złożono niewadliwej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo iż oferta Odwołującego była niewadliwa oraz brak było podstaw dla wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 24 ust. 3 – przez niewskazanie w piśmie z 22 listopada 2013 r. uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również przez nieodniesienie się w piśmie do twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Odwołującego w piśmie z 30 października 2013 r. na okoliczność doświadczenia zawodowego Pawła Wójcika i spełnienia przez Odwołującego warunku SIWZ z pkt 8.3.2 oraz do braku podstaw dla ponownej oceny ofert po dniu zakończenia postępowania.
2. Art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, mimo że Odwołujący złożył dokumenty zgodne z SIWZ, a zatem mimo wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również z uwagi na fakt, że postępowanie przed tym wykluczeniem Odwołującego zostało już zakończone wskutek wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
3. Art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 – przez bezpodstawne przyjęcie, że na obecnym etapie postępowania zachodzą podstawy do ponownego badania oferty Odwołującego, pomimo uprzedniej trzykrotnej pozytywnej weryfikacji oferty Odwołującego, w tym już z zastosowaniem trybu art. 26 ust. 3 pzp, a także pomimo uprzedniego wyboru oferty Odwołującego po jej uznaniu za najkorzystniejszą i po oddaleniu przez KIO odwołania jednego z wykonawców po tym wyborze.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. Unieważnienia czynności polegających na: wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, *unieważnieniu czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Odwołującego* i unieważnieniu postępowania.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego w toku postępowania – *w przypadku, w którym będą zachodziły ku temu podstawy.*

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w trzy następujące zarzuty.

{ad zarzutów 1 i 2}

Odnosząc się do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na jakim doszło do zaskarżanych odwołań czynności Zamawiającego, Odwołujący podsumował, że jego wykluczenie nastąpiło: 1) po trzykrotnym badaniu oferty Odwołującego; 2)

po dwukrotnym kwestionowaniu wyboru jego oferty przed Izbą ; 3) w sytuacji, którą poprzedzało oddalenie przez Izbę odwołania w drugim postępowaniu odwoławczym; 4) po wykluczeniu i odrzuceniu oferty wykonawcy, którego zawiadomienie stanowiło podstawę dla zaskarżanych odwołaniem czynności Zamawiającego; 4) w sytuacji umożliwiającej wykonawcy (autora pisma z 22 października 2013 r.) zapoznanie się z ofertą Odwołującego w sposób *czasowo uprzywilejowany*; 5) przede wszystkim w momencie, kiedy Odwołujący zasygnalizował i podniósł w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30 października 2013 r. kwestie formalne co do niedopuszczalności działań Zamawiającego. Odnośnie tej ostatniej okoliczności Odwołujący podał, że Zamawiający wzywając go do wyjaśnień nie wskazał w jakim trybie miałyby być one złożone.

Zdaniem Odwołującego w powyższych okolicznościach Zamawiający, z uwagi na art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 oraz art. 24 ust. 3 pzp, nie był uprawniony do podjęcia zaskarżanych odwołaniem rozstrzygnięć w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że w treści zaskarżonego postanowienia brak jest uzasadnienia dla podjętych czynności. W opinii Odwołującego uzasadnienie takie winno dotyczyć przede wszystkim prawnej dopuszczalności i trybu ponownej oceny oferty Odwołującego, po prawomocnym wyborze jego oferty w toku postępowania. Zamawiający powinien również uzasadnić na jakiej podstawie faktycznej oraz prawnej zażądał od Odwołującego, po zakończeniu procedury badania oferty, kolejnych już wyjaśnień oraz na jakiej podstawie uznał, że pismo podmiotu wykluczonego z postępowania u udzielenie zamówienia publicznego może stanowić podstawę dla ponownej weryfikacji złożonych ofert, już po zakończonej procedurze wyboru oferty.

{ad zarzutu 3}

Zdaniem Odwołującego istotne dla oceny tego zarzutu jest precyzyjne i wiążące ustalenie momentu zakończenia postępowania. W ocenie Odwołującego w momencie, gdy oddalono odwołanie wykonawcy co do wyboru oferty Odwołującego, postępowanie zostało już formalnie zakończone, a oferta Odwołującego została skutecznie wybrana. Z tego względu w postępowaniu nie zachodziła przesłanka warunkująca zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Brak było zatem podstaw dla zaskarżanej odwołaniem czynności Zamawiającego.

Według Odwołującego jego twierdzenia korespondują z jednoznacznym stanowiskiem przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych. Zdaniem jednego z autorów komentarza do ustawy pzp (S. Babiarza) *Wykluczenie może nastąpić do chwili wyboru najkorzystniejszej oferty* (uwaga 2 do art. 24). Inny z przedstawicieli doktryny (E. Norek) wskazuje również, że (...) *ust. 2 dotyczy naruszeń przepisów ustawy w toku postępowania* (uwaga 1 do art. 24). Zdaniem Odwołującego takie stanowisko pozostaje również w związku z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Izby z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 31/11): „*Jako koniec postępowania ustawa określa wybór oferty*

najkorzystniejszej, przy czym w przypadku wniesienia przez wykonawców odwołań na czynność badania i oceny ofert, należy brać pod uwagę wybór oferty najkorzystniejszej dokonany po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący powołał się także na pogląd Urzędu Zamówień Publicznych: (...) należy stwierdzić, iż za moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać chwilę dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (...), można ponadto zauważyć, że (...) cel procedur udzielania zamówień publicznych zostaje osiągnięty już z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (...) {www.uzp.gov.pl}.

Odwołujący podniósł, że postępowanie w przedmiocie udzielenia tego zamówienia zostało zakończone z chwilą wyboru jego oferty i potwierdzenia *prawdziwości* tej czynności wyrokiem Izby z 21 października 2013 r., oddalającego odwołanie jednego z wykonawców. Po tej dacie nie zachodziły podstawy do ponownej oceny oferty Odwołującego oraz do wykluczenia Odwołującego.

{ad zarzutu 2 co do niewykazania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu}

Odwołujący podał, że w piśmie z 22 listopada 2013 r. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał doświadczenia Pana P..... W..... wymaganego w SIWZ, a zatem nie spełnił wymagań uprawniających do uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający przyjął, że okres doświadczenia P..... W..... powinien być liczony w następujący sposób. Za datę rozpoczęcia pełnienia obowiązków kierownika budowy przyjęto datę wskazaną przez Odwołującego i niekwestionowaną przez Zamawiającego – kwiecień 2006 r. W przypadku momentu końcowego pełnienia powyższej funkcji – datę odbioru ostatecznego prowadzonej przez P..... W..... budowy, co miało nastąpić 17 kwietnia 2008 r. W konsekwencji według Zamawiającego doświadczenie P..... W..... związane z pełnieniem przez niego funkcji kierownika budowy na tej budowie może wynosić wyłącznie 25 miesięcy.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swojego stanowiska nie uzasadnił w sposób należyty i podający się kontroli w toku postępowania odwoławczego, w szczególności Zamawiający *nie wykazał* podstawy prawnej i faktycznej przyjęcia takiej, a nie innej, niekorzystnej wykładni przepisów prawa, w tym prawa budowlanego, w zakresie ustaleń kiedy kierownik budowy kończy pełnić na budowie funkcji kierownika budowy. Zdaniem Odwołującego ustalenia co do takich dat nie mogą być czynione przez Zamawiającego w sposób dowolny, ale winny znajdować odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach prawa. Odwołujący podniósł, że ustawa – Prawo budowlane winna być podstawą dla ustaleń Zamawiającego związanych z oceną doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zdaniem Odwołującego krańcowe momenty pełnienia przez kierownika budowy jego obowiązków wyznaczają następujące przepisy Prawa budowlanego. Art. 41 ust. 4 pkt 1

odnośnie momentu rozpoczęcia – złożenie oświadczenia o przyjęciu obowiązku kierowania budową na podstawie. Art. 22 ust. 9 odnośnie momentu zakończenia – złożenie oświadczeń, o których mowa w art. 57 ust 1 pkt 2 lit. a) i b) Prawa budowlanego, bądź zakończenie usuwania wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru robót – jeśli takie występują.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie obliczył okres pełnienia przez P..... W..... funkcji kierownika budowy już z tego powodu, że za datę zakończenia pełnienia funkcji kierownika budowy przyjęto datę odbioru końcowego, a nie datę złożenia zakończenia usuwania usterek stwierdzonych w toku odbioru robót, czy też datę złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Prawa budowlanego. Zdaniem Odwołującego ponieważ w osnowie protokołu odbioru z 17 kwietnia 2013 r. wskazane zostało, że roboty zostały wykonane z wadami (vide pkt 15), nie pozwala to na przyjęcie w świetle Prawa budowlanego, że w dacie spisania protokołu doszło do zakończenia pełnienia funkcji przez kierownika budowy. Odwołujący dodał, że nie może być przy tym kwestionowane, iż pozwolenie na użytkowanie obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego wydane zostało dopiero 11 sierpnia 2008 r., a zakończenie usuwania wad (zatytułowanych usterkami) stwierdzonych w toku odbioru budowy potwierdzone zostało dopiero protokołem z 31 października 2008 r. Odwołujący przypomniał, że odpis tego protokołu złożył Zamawiającemu, wraz z oświadczeniem P..... W....., wraz ze swoim pismem wyjaśniającym z 6 listopada 2013 r. W treści przywołanego protokołu z 31 października 2008 r. P..... W..... wskazywany jest w dalszym ciągu jako osoba pełniąca funkcję kierownika budowy. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta uzasadnia naliczanie doświadczenia P..... W..... związane z pełnieniem funkcji kierownika budowy co najmniej do tej daty. W opinii Odwołującego taki sposób interpretacji stanu faktycznego jest zgodny z dyspozycją art. 22 ust. 9 Prawa budowlanego, który przewiduje, że kierownik budowy odpowiada za usuwanie wad stwierdzonych w robotach w dacie odbioru robót. Odwołujący dodał, że zgodnie z oświadczeniem P..... W..... wykonawca powyższej budowy otrzymał protokół odbioru ostatecznego przewidziany procedurami FIDIC (które miały zastosowanie na tej budowie) dopiero na przełomie grudnia 2008 r. i stycznia 2009 r. Według Odwołującego dopiero powyższy protokół stanowił formalne zakończenie realizacji budowy obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego, jak również stanowił zakończenie pełnienia funkcji kierownika budowy przez P..... W.....

Dla Odwołującego nieprzekonujące są rozważania Zamawiającego, że wady, których usuwanie potwierdzone zostało protokołem z 31 października 2008 r., nie stanowiły wad, a wyłącznie drobne usterki. W treści protokołu odbioru z 17 kwietnia 2008, w pkt 15 wskazane zostało, że w odbieranych robotach stwierdzono wady, których lista została wykazana w załączniku nr 1 do protokołu. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że w treści

tego załącznika wady zostały nazwane usterkami, w niczym nie zmienia faktu, iż do czasu usunięcia owych wad dalsze pełnienie funkcji przez kierownika budowy na budowie było – zgodnie z przepisami Prawa budowlanego – niezbędne. A ponieważ wady te usunięte zostały dopiero 31 października 2008 r. (vide protokół z takiej daty), możliwość zaliczenia doświadczenia w pełnieniu kierownika budowy przez P..... W..... do takiej daty kwestionowana być nie może.

Odwołujący podsumował, że odmienna interpretacja dokumentów stanowi nieuprawnioną próbę pomniejszenia faktycznego doświadczenia P..... W..... przy sprawowanej przez niego funkcji.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie, nie uznał jednak zarzutów odwołania i oświadczył, że odniesie się do nich merytorycznie na rozprawie.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie, a Zamawiający wniósł jego oddalenie, podtrzymując swoje stanowisko o zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która pierwotnie została uznana przez Zamawiającego

za najkorzystniejszą. Jednocześnie wykluczenie Odwołującego z postępowania, a także unieważnienie postępowania – narażają Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co – w przeciwnym razie – mógłby liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, pisma Konsorcjum Plesmar z 22 października 2013 r., pisma Zamawiającego z 30 października 2013 r., pisma Konsorcjum Pribex z 6 listopada 2013 r., pisma Zamawiającego z 12 listopada 2013 r., pisma GDDKiA Oddział w Lublinie z 15 listopada 2013 r., a także zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z 22 listopada 2013 r.

Izba wzięła również pod uwagę treść wyroku Izby z 21 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2283/13) dla ustalenia zakresu zarzutów, które zostały rozpatrzone w tej sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zważyła, że niezależnie od liczby zarzutów wypunktowanych w odwołaniu i wskazanych przepisów ustawy pzp, *de facto* zarzuty sprowadzają się one do dwóch zasadniczych kwestii: po pierwsze – braku podstaw do dokonania przez Zamawiającego z własnej inicjatywy (inspirowanej działaniami wykonawcy, który został już wcześniej wykluczony z postępowania) ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu; po drugie – błędnego ustalenia w wyniku tej czynności, że osoba wskazana przez Odwołującego na stanowisko kierownika budowy nie posiada wymaganego w treści warunku udziału w postępowaniu doświadczenia. W odwołaniu więcej uwagi poświęcono pierwszemu zagadnieniu, gdyż Odwołujący zdaje się zakładać, że przesądzenie na jego korzyść pierwszego zagadnienia uczyni bezprzedmiotowym rozstrzygnięcie o drugim.

Izba zważyła, że w zakresie zarzutu bezpodstawnego wznowienia przez Zamawiającego oceny spełnienia przez Konsorcjum Pribex warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy, argumentacja odwołania sprowadza się do tezy o „prawomocnym” zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, co miałyby nastąpić z chwilą oddalenia odwołania Konsorcjum Plesnar od wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej. Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, że w zakres rozstrzygnięcia objętego wyrokiem Izby z 21 października 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/13 nie wchodziła kwestia posiadania przez pana A..... W..... wymaganego okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w ten sposób doszło do definitywnego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie może być już przedmiotem badania przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że ustawa pzp zawiera regulacje dotyczące sposobu postępowania po złożeniu wykonawcy oświadczenia o wyborze jego oferty, świadczy o tym zarówno treść art. 94, jak i art. 93. Nie można również stwierdzić jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w art. 2 ust. 7a pzp nie określono wprost momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazano na cel tego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby nadal w pełni aktualny i trafny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z 17 grudnia 2013 r. (sygn. akt III CZP 103/10), że postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo na zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z chwilą zawarcia umowy znajduje oparcie w treści art. 93 ust. 1 pzp, który nie zawiera ograniczenia czasowego jego stosowania, a w pkt 4 wprost wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje po wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i gdy zamawiający zwiększyć tej kwoty nie może. Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej świadczy powoływany również art. 94 ust. 3 pzp. W ocenie Izby podważa to słuszność stanowiska Odwołującego, że zamawiający nie może dokonywać czynności w postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej, chyba że obowiązek dokonania takich czynności jest konsekwencją wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie o zamówienie publiczne może zakończyć się w dwojaki sposób, albo przez zawarcie

zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty. Z kolei przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 93 pzp, również w odniesieniu do poszczególnych czynności, pozostaje w zgodzie z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 1 ustawy pzp określa ona zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, a całe postępowanie ma – zgodnie z art. 2 ust. 7a – prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Również z art. 7 ust. 3 pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, *a contrario* wynika, że nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Wreszcie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp stanowi o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zatem unieważnienie postępowania na tej podstawie jest możliwe tylko wtedy, gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Reasumując – dopuszczalne jest unieważnienie poszczególnej czynności przez zamawiającego samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowanej jest konsekwentnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wskazać tu można choćby na wyrok Izby z 21 listopada 2013 r. (sygn. akt: KIO 2591/13 i KIO 2593/13), czy wyrok z 29 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1718/13), w którym dodatkowo wskazano także na inne orzeczenia dotyczące powyższej kwestii, wydane począwszy od 2010 r.

Izba zauważa, że dopuszczenie możliwości unieważniania poszczególnych czynności zamawiającego nie daje zamawiającemu prawa do dowolności dokonywania takiej czynności, albowiem na straży interesów wykonawców w takim przypadku stoją zarówno przepisy regulujące środki ochrony prawnej, z mocy których wykonawca ma prawo zaskarżyć także czynność polegającą na unieważnieniu już dokonanej czynności, a to z tego względu, że wykonawca ma prawo – co do zasady – skarżyć każdą czynność i każde zaniechanie przez zamawiającego czynności, jeśli naruszają one przepisy ustawy pzp. Stąd zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie. Nadto zamawiającego ograniczają także zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasada niedyskryminacji i uczciwej konkurencji. Odwołujący skorzystał z tego prawa do zakwestionowania niekorzystnej dla siebie czynności Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, czy przedmiotowe postępowanie zostało

wszczęte przed wejściem w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz.231), gdyż w § 1 ust. 5 i § 2 ust. 2 jedynie usankcjonowano istniejącą w tym zakresie praktykę. W tej sprawie Odwołujący przemilcza okoliczność, że Zamawiający nie miał wcześniej podstawy, aby powziąć wątpliwości co do doświadczenia pana P..... W....., gdyż działał w zaufaniu do deklaracji składanych przez Odwołującego. Natomiast po otrzymaniu pisma od innego wykonawcy Zamawiający zarówno umożliwił Odwołującemu ustosunkowanie się do twierdzeń w nim zawartych, jak i podjął działania w celu samodzielnego zweryfikowania u zamawiającego stanu rzeczy w tym zakresie. Z kolei wyniki tej weryfikacji zostały następnie w pełni odzwierciedlone w przekazanym Odwołującemu zawiadomieniu o wykluczeniu go z postępowania. Odwołujący bezpodstawnie zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1 czy art. 8 ust. 1 pzp, gdyż Zamawiający podał wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Izba podziela stanowisko wyrażone uprzednio m.in. w wyroku z 30 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 762/12), że okoliczność powodująca obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia może pojawić się na każdym etapie postępowania, a Zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany do rzetelnego zbadania powstałych wątpliwości.

Wobec powyższego kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania miała kwestia, czy Zamawiający prawidłowo zweryfikował doświadczenie deklarowane przez Odwołującego dla pana Adama Wójcika.

Niesporne były w tym zakresie następujące okoliczności. W odniesieniu do kierownika budowy Zamawiający postawił wymóg posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, na robotach związanych z budową lub przebudową obiektów inżynierskich, tj. mostów, wiaduktów lub estakad. Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie Odwołujący wskazał w wykazie osób pana A..... W....., przy czym Odwołujący był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Doświadczenie pana A..... W..... na dwóch pozostałych, niespornych robotach wynosi łącznie 32 miesiące.

W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu, że błędnie ustalił doświadczenie pana P..... W..... jako kierownika budowy obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego w wymiarze 25 miesięcy, a nie w wymiarze o co najmniej trzy miesiące dłuższym {przy czym w wykazie Odwołujący wskazał, że były to aż 34 miesiące},

co pozwoliłoby na potwierdzenie wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, przywołane przez niego w odwołaniu przepisy Prawa budowlanego, na które zresztą powoływał się również Zamawiający, nie regulują wprost w jaki sposób liczyć okres pełnienia funkcji kierownika budowy. W art. 22 Prawa budowlanego wymienione zostały podstawowe obowiązki kierownika budowy, przy czym jako pierwszy wskazano protokolarnie przejęcie od inwestora terenu budowy, a jako ostatni – zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2 {czyli oświadczeń: a) o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, b) o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy}. Oczywiście kolejność tych czynności nie jest przypadkowa, gdyż niewątpliwie pomiędzy przejęciem terenu budowy od inwestora a odbiorem obiektu budowlanego przez inwestora trwa budowa, przy której kierownik budowy pełni nieprzerwanie swoją funkcję. Natomiast Odwołujący błędnie interpretuje fakt odpowiedzialności kierownika budowy za usunięcie wad stwierdzonych podczas odbioru jako okoliczność potwierdzającą dalsze nieprzerwane pełnienie przez niego funkcji, niezależnie od tego, jaki był rezultat czynności odbioru i czy budowa się zakończyła. W ocenie Izby jeżeli nastąpiło zakończenie budowy i obiekt został odebrany, a wystąpiła jednocześnie konieczność usunięcia stwierdzonych podczas tego odbioru wad, czasookres pełnienia funkcji kierownika budowy wyznacza z faktyczny okres nadzorowania przez niego usunięcia tych wad.

Izba zważyła, że to na wykonawcy – z mocy art. 26 ust. 2a pzp – ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z dowodów przywoływanych przez Odwołującego wynika natomiast jednoznacznie, że odbiór ostateczny obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego nastąpił 17 kwietnia 2008 r., a dodatkowo 31 października 2008 r. pan P..... W..... jako kierownik budowy brał udział w wizji lokalnej w terenie, podczas której stwierdzono usunięcie usterek wymienionych w protokole odbioru ostatecznego. W ocenie Izby nie świadczy to o tym, że pomiędzy datą odbioru ostatecznego a datą usunięcia usterek pan P..... W..... nabywał praktyczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Odwołujący wykazał co najwyżej, że ten konkretny dzień poddania protokołu usunięcia usterek dzień można doliczyć do okresu pełnienia funkcji kierownika budowy przy powyższej inwestycji. Natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności, ani tym bardziej dowodów, które pozwoliłyby na przyjęcie, że pomiędzy obieniem budowy przez zamawiającego, co nastąpiło 17 kwietnia 2008 r., a 31 października

2008 r. pan P..... W..... wykonywał nieprzerwanie czynności związane z zapewnieniem usunięcia usterek. Odwołujący usiłuje przejść do porządku dziennego nad tym, co rzeczywiście wynika z protokołu ostatecznego budowy obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego z 17 kwietnia 2008 r. Tymczasem protokół ten potwierdza, że roboty budowlane, które trwały od 23 września 2005 r. do 31 października 2007 r., zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi, a utrzymanie odebranego odcinka drogi krajowej, czyli obwodnicy, od 18 kwietnia 2008 r. należy do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Międzyrzeczu Podlaskim. Jednocześnie odnotowano stwierdzenie usterek kwalifikujących się do usunięcia, które w 8 punktach zostały opisane w załączniku nr 1 do tego protokołu. Z kolei protokół usunięcia usterek z 31 października 2008 r. potwierdza jedynie, że usterki te zostały już usunięte. Taki stan rzeczy GDDKiA Oddział w Lublinie potwierdziła również w piśmie z 15 listopada 2013 r., w szczególności określając usterki stwierdzone podczas obioru ostatecznego jako drobne. Co więcej, w piśmie tym inwestor wskazał również, że 8 kwietnia 2008 r. Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Lublinie przeprowadził obowiązkową kontrolę obwodnicy, której rezultat był pozytywny, w związku z czym 11 kwietnia 2008 r. została wydane decyzja o pozwoleniu na jej użytkowanie. GDDKiA podkreśliła również, że w dokumentach kontroli i pozwoleniu na użytkowanie nie stwierdzono wad lub usterek, których usunięcie skutkowałoby koniecznością pełnienia funkcji kierownika budowy.

Izba zważyła, że powyższe dowody w żaden sposób nie potwierdzają stanowiska Odwołującego, że pełnienie przez Pana P..... W..... funkcji kierownika budowy trwało nieprzerwanie do 31 października 2008 r., czy nawet dłużej. Na marginesie należy zauważyć, że brak zdecydowania Odwołującego co do momentu końcowego pełnienia tej funkcji przeczy jego twierdzeniom, że przepisy Prawa budowlanego wprost to regulują. Nie sposób również nie dostrzec, że wskazywana w odwołaniu jako niepodważalna data wydania pozwolenia na użytkowanie obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego (11 sierpnia 2008 r.), nie znalazła potwierdzenia w dowodach przeprowadzonych podczas rozprawy. Przy czym Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, a jedynie własne twierdzenia (wprost przeniesione ze swojego pisma z 5 listopada 2013 r. przesłanego Zamawiającemu), natomiast Zamawiający przedstawił powyższy dowód w postaci pisemnego oświadczenia GDDKiA Oddział w Lublinie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: