

**WYROK**  
**z dnia 30 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o., ul. Piękna 62/62a, 50-506 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o., ul. Piękna 62/62a, 50-506 Wrocław** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o., ul. Piękna 62/62a, 50-506 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Budowa/remont/przebudowa/rozbiórka budynków wraz z przyłączami bazy Śmigłowej Służby Ratownictwa Medycznego (HEMS) w Suwałkach, Poznaniu, Zielonej Górze, Łodzi, Białymstoku oraz Stacji Obsługi Technicznej zwanej dalej w skrócie „SOT” w Szczecinie-Goleniowie dla SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe realizowane w ramach PO liŚ 2007-2013, działanie 12.1 Rozwój systemu ratownictwa medycznego dla projektu kluczowego pod nazwą: „Budowa i remont oraz doposażenie baz Lotniczego Pogotowia Ratunkowego - Etap 1”, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 15 czerwca 2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 113-186425.

Zamawiający w dniu 9 września 2011 r. zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp i zatrzymaniu wniesionego wadium wraz z odsetkami w zadaniach nr 1, 2, 4, 5 i 6, na które wykonawca ten złożył ofertę. Zamawiający stwierdził, że wykonawca:

- 1) nie wykazał, że robota budowlana dla zadania pn. Budowa topialni żeliwiakowej w KZO S.A została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona,
- 2) nie złożył wymaganej informacji w „Wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” co do powierzchni w m<sup>2</sup> zrealizowanych obiektów,
- 3) nie wykazał w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” osoby, która posiada doświadczenie przy budowie co najmniej 1 stacji paliw.

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych „PIEC-BUD” Wrocław Sp. z o.o., wniósł odwołanie wobec powyższych czynności. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust.2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania oraz nakazania zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym oferty odwołującego,
- 2) uznania przedstawionych dokumentów załączonych do oferty i do wyjaśnień z dnia 2 września 2011 r. jako potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu i siwz,
- 3) zmiany decyzji co do zatrzymania wadium, jako bezpodstawnej,
- 4) zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, że w dniu 26 sierpnia 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym:

- dokumentu potwierdzającego, że wskazana przez odwołującego w „Wykazie doświadczenia Wykonawcy: dla zadania 1, 2, 4, 5, 6, robota budowlana pn. „Budowa topialni żeliwiakowej w KZO S.A. została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

Zamawiający zakwestionował dołączony do oferty list referencyjny z dnia 17 czerwca 2009 r., wystawiony przed zakończeniem roboty, tj. przed 26 listopada 2009 r., uznając, iż nie potwierdza on, że robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Odwołujący wyjaśnił, iż w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 września 2011 r. przesłał dokumenty wraz z wyjaśnieniem o treści: „Potwierdzamy, iż faktycznie prace trwały do dnia 26.11.2009 r., referencje zostały wystawione wcześniej niż zakończenie prac budowlanych. Wynika to z faktu, że po zakończeniu budowy trwały prace dodatkowe - mechaniczne związane ze zwiększeniem możliwości załadowniczych rynien wsadu do pieca topialniczego. W związku z powyższym uznajemy, iż przedstawione referencje odpowiadają wymogom S1WZ”.

Odwołujący oświadczył w odwołaniu, że podtrzymuje wszystkie dokumenty i wyjaśnienia przesłane do zamawiającego pismem z dnia 2 września 2011 r. Wyjaśnił, iż inwestor - Koneckie Zakłady Koksownicze S.A. - w przedłożonym liście referencyjnym z dnia 17 czerwca 2009 r. potwierdził, iż „Piec-Bud” Wrocław Sp. z o.o. wykonuje „Budowę topialni żeliwiakowej”, gdyż na dzień wystawienia listu referencyjnego prace faktycznie trwały. W liście referencyjnym z dnia 20 czerwca 2011 r. wystawionym po zakończeniu prac budowlanych, inwestor - Koneckie Zakłady Koksownicze S.A. - potwierdził, iż „Piec-Bud” Wrocław Sp. z o.o. wykonał „Budowę topialni żeliwiakowej” z jednoczesnym zapewnieniem wysokiej jakości technologicznej, dobrej organizacji pracy, fachowości i rzetelności. W dniu 26 listopada 2009 r. prace zostały protokolarnie odebrane, a ponadto ustalono, że poza zakresem określonym w umowie wykonawca na swój koszt będzie prowadził nadzór projektowy od dnia odbioru i rozruchu, tj. 26 listopada 2009 r. do dnia uzyskania przez topialnię pełnej mocy produkcyjnej, co nastąpiło w 2010 r. Stąd referencje obejmują okres 2009 r. oraz 2010 r.- mimo, że umowa faktycznie została wykonana w pełnym jej zakresie do dnia 26 listopada 2009 r. Zdaniem odwołującego, zamawiający, jeżeli powziął wątpliwości co do przedłożonych dokumentów, powinien przed wykluczeniem z postępowania wezwać wykonawcę do wyjaśnienia, zgodnie z art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp, a tym samym dochować należytej staranności przy ocenie oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, że w uzupełnieniu „Wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” podano kubatury obiektów realizowanych przez osoby wskazane w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Zdaniem odwołującego, informacje dotyczące kubatur realizowanych obiektów powinny zostać poddane badaniu przez zamawiającego, gdyż z podanych kubatur w łatwy sposób można obliczyć powierzchnię

budynków, biorąc pod uwagę średnią wysokość kondygnacji we wskazanych obiektach. Odwołujący zaznaczył, że pojęcie „powierzchni” budynków nie zostało precyzyjnie określone w siwz - nie jest jednoznaczne, czy zamawiający żądał wykazania się realizacją obiektów o „powierzchni całkowitej”, „powierzchni wewnętrznej budynku”, „powierzchni użytkowej” czy też „powierzchni zabudowy”.

Odwołujący wskazał, że wszystkie podane obiekty spełniają warunki powierzchni określone w siwz, często wielokrotnie przewyższając żądane wielkości. Zamawiający, jako doświadczony podmiot w zlecaniu tego typu zadań, nie dołożył, zdaniem odwołującego, należytej staranności, aby poddać ofertę rzetelnemu badaniu. Dlatego też należy uznać, że przedstawienie przez odwołującego m<sup>3</sup> zamiast m<sup>2</sup> nie stanowi zmiany treści oferty. W związku z powyższym odwołujący przedstawił w odwołaniu przeliczenie podanych kubatur na powierzchnię całkowitą budynków w zakresie zadania nr 1 w pozycji nr 1, 2, 5, 6, w zakresie zadania nr 2 w pozycji nr 1, 2, 4, w zakresie zadania nr 4 w pozycji nr 1, 2, 4, 5, w zakresie zadania nr 5 w pozycji nr 1, w zakresie zadania nr w pozycji nr 1, 2, 4.

Odwołujący wyjaśnił również, że na wezwanie zamawiającego, w zakresie zadania nr 2 - dotyczącego osoby, która uczestniczyła jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót lub Inspektor Nadzoru lub technolog stacji paliw, przy budowie co najmniej 1 stacji paliw, wskazał w „Wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” w poz. nr 3 wymagane doświadczenie p. Zbigniewa D. oraz wyjaśnił, iż robota polegała na: wymianie zbiorników paliwowych, modernizacji peronów z dystrybutorami i konstrukcją zadaszenia, a zakres prac obejmował:

- demontaż istniejących zbiorników paliwowych,
- montaż nowych zbiorników paliwowych,
- całkowitą wymianę instalacji technologicznej przesyłu paliwa,
- całkowitą wymianę peronów z zadaszeniem.

Podniósł, że Prawo budowlane definiuje pojęcia „modernizacji”, a przedstawiony zakres prac jednoznacznie wskazuje, iż wskazana robota w PKS Wieluń polegała na odbudowie stacji paliw, zatem w świetle tej ustawy pojęcie „odbudowa” mieści się w pojęciu „budowa” - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zdaniem odwołującego, zamawiający, jako podmiot doświadczony w zlecaniu tego typu robót winien uznać, że przedstawiony i wykonany zakres robót spełnia definicję „budowy”, zgodnie z ustawą Prawo budowlane.

Jednocześnie odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego dotyczącą zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust 4a Pzp i twierdzeniem, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 nie złożył dokumentów

lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp, ponieważ odwołujący takie dokumenty i wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego przesłał, zgodnie z pismem z dnia 2 września 2011 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z linią orzecznictwa zarówno KIO jak i sądów okręgowych oraz opiniami zawartymi w wielu publikacjach, zawarta w art. 46 ust 4a Pzp ustawowa przesłanka zatrzymania wadium - nie złożenie przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust 3 Pzp - zachodzi wówczas, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Charakter restrykcyjny tego przepisu nie pozwala na jego wykładnię rozszerzającą. Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami stosownie do art. 46 ust 4 a Pzp. Skoro zatem odwołujący złożył oświadczenia i dokumenty na wezwanie zamawiającego, które w ocenie odwołującego, potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to zatrzymanie wadium nie odpowiada przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych (m.in. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2010 r KIO/UZP 1749/09, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. I ACa 357/10).

W dniu 23 września 2011 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Prime Construction Sp. z o.o. w Szczecinie. Wniósł o odrzucenie bądź oddalenie odwołania z uwagi na nie wykazanie posiadania przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Wskazał, że wykonawca nie ma możliwości uzyskania zamówienia gdyż złożył ofertę ze znacznie wyższą ceną niż przystępujący we wszystkich objętych odwołaniem częściach zamówienia. Dodatkowo podniósł brak uzasadnienia dla narzucenia zamawiającemu obowiązku uśrednienia danych dotyczących wysokości kondygnacji, gdyż żaden przepis prawny nie przewiduje takiej metody obliczeniowej. Ponadto wskazał, że ewentualne zgłoszenie nowych faktów i dowodów po wyznaczonym terminie nie może mieć miejsca w takim zakresie, w jakim nie zgłoszono ich w odpowiedzi na wezwanie.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę na pięć zadań objętych zamówieniem, a zatem ubiegał się o udzielenie zamówienia w tych częściach. Jednocześnie wykonawca uzasadnił możliwość poniesienia szkody w postaci utraty wadium, które zamawiający zatrzymał na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, który to przepis zdaniem odwołującego został naruszony.

W tych okolicznościach należało uznać, że brak możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia w momencie wniesienia odwołania, z uwagi na niekwestionowanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pięciu zadaniach, nie pozbawia tego wykonawcy legitymacji do wniesienia odwołania.

Izba uwzględniła opozycję odwołującego przeciwko przystąpieniu wykonawcy Prime Construction Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących zadania nr 5. Izba uznała, że wykonawca ten nie wykazał interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Z uwagi na fakt, iż odwołujący nie zakwestionował w żadnym z pięciu zadań wyboru oferty najkorzystniejszej, zarówno oddalenie jak i ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania nie dotyczy w jakimkolwiek zakresie pozycji tego wykonawcy, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zadaniu nr 5, w którym oferta Prime Construction Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty odwołania dotyczą wyłącznie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i zatrzymania wadium, a przywrócenie odwołującego do postępowania, nie wpłynie na wynik postępowania w żadnej z pięciu części, gdyż oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na dalszej pozycji z uwagi na wysokość zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania przez odwołującego, że robota budowlana dla zadania pn. Budowa topialni żeliwiakowej w KZO S.A została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona, Izba ustaliła, co następuje.

W § 9 pkt 1 lit b siwz zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawców oraz sposób spełnienia tego warunku, wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, w tym w szczególności w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

dla Zadania nr 1, 2, 3, 4, 5:

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na: budowie lub montażu obiektu budowlanego o kubaturze co najmniej 4 000 m<sup>3</sup>, wraz z wykonaniem instalacji

wewnętrznych i zewnętrznych - sanitarnych i elektrycznych, i o wartości każdej z tych robót budowlanych co najmniej 3 000 000,00 PLN netto;

dla Zadania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6:

co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na: wykonaniu posadzki przemysłowej o powierzchni co najmniej 200 m<sup>2</sup>

dla Zadania nr 5:

co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na: budowie lub montażu obiektu budowlanego o konstrukcji stalowej i rozpiętości dźwigarów co najmniej 30 m.

dla Zadania nr 6:

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na: budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego wraz z wykonaniem w nim instalacji wewnętrznych i zewnętrznych: sanitarnych i elektrycznych w budynku o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m<sup>3</sup>, w tym co najmniej 1 (jedna) robota budowlana miała wartości co najmniej 2 000 000,00 PLN netto,

dla Zadania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6:

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie stacji paliw – stacji benzynowej lub stacji na paliwo lotnicze

Zamawiający zamieścił w tym punkcie siwz uwagę o treści: „Ilekcio w § 9 ust. 1 pkt 1) lit. b) mowa jest o: robocie budowlanej, budowie, przebudowie, remoncie, montażu należą przez to rozumieć pojęcia zdefiniowane w art. 3 ustawy Prawo budowlane”.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku odwołujący złożył w ofercie „Wykaz doświadczenia Wykonawcy”, w którym dla zadania nr1, 2, 4, 5, 6 wskazał robotę budowlaną pn. „Budowa topialni żeliwiakowej w KZO S.A.” Odwołujący dołączył do oferty list referencyjny z dnia 17 czerwca 2009 r., wystawiony przed zakończeniem ww. roboty, tj. przed 26 listopada 2009 r., który potwierdza, że odwołujący wykonuje ww. zadanie. Zarówno zamawiający jak i odwołujący byli zgodni, że dokument ten nie potwierdza wykonania roboty, gdyż został wystawiony w trakcie realizacji zamówienia, przed ukończeniem robót.

Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2011 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że robota budowlana pn. „Budowa topialni żeliwiakowej w KZO S.A. została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 2 września 2011 r. zawierające wyjaśnienia, w których potwierdził, iż „faktycznie prace trwały do dnia 26.11.2009 r., referencje zostały wystawione wcześniej niż zakończenie prac budowlanych. Wynika to z faktu, że po zakończeniu budowy trwały prace dodatkowe - mechaniczne związane ze zwiększeniem



możliwości załadowczych rynien wsadu do pieca topialniczego. W związku z powyższym uznajemy, iż przedstawione referencje odpowiadają wymogom S1WZ".

Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że nie złożył wraz z ww. pismem żadnego dokumentu, w tym w szczególności nie złożył listu referencyjnego z dnia 20 czerwca 2011 r. potwierdzającego prawidłowe wykonanie i zakończenie ww. robót. Odwołujący wyjaśnił także, że przez niedopatrzenie pracownika odwołującego do oferty załączony został dokument z dnia 17 czerwca 2009 r., podczas gdy odwołujący był przekonany, że złożył w ofercie dokument z dnia 20 czerwca 2011 r.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, należało uznać, że odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Niestaranność ze strony odwołującego w złożeniu dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może stanowić uzasadnienia do odmiennego traktowania odwołującego w postępowaniu, niż każdego innego wykonawcy. Zamawiający oceniając składane przez wykonawców dokumenty jest związany przepisami ustawy Pzp, a przy tym w szczególności zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ciężar udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu leży po stronie wykonawcy. Zamawiający nie może w toku oceny składanych dokumentów domniemywać jakichkolwiek okoliczności. Uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp może odbywać się wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie może być jednokrotne, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienie w piśmie z dnia 2 września 2011 r. nie może zastępować dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, który był wymagany w warunkach opisanych w specyfikacji. Brak złożenia wymaganego dokumentu w określonym w wezwaniu terminie wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, niezależnie od faktycznych przyczyn, które leżały wyraźnie po stronie wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. wymaganego dokumentu potwierdzającego, że ww. zadanie wskazane na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zostało przez odwołującego wykonane w sposób należyty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania w „Wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” powierzchni budynków w m<sup>2</sup>, Izba ustaliła, że zamawiający w § 9 pkt 1 lit c siwz opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia dla każdego z zadań. Zamawiający wymagał przy tym wskazania wykonanych przy udziale danej osoby robót budowlanych, obejmujących budowę budynków o danej powierzchni, określonej przez zamawiającego jako minimalna.

W złożonym w ofercie „Wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” odwołujący nie podał informacji odnośnie powierzchni wykonanych budynków. Z tego względu zamawiający w wezwaniu z dnia 26 sierpnia 2011 r. zażądał uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku, tj. wykazu osób zawierającego wymagane informacje.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienie w piśmie z dnia 2 września 2011 r., w którym podał w wymaganym przez zamawiającego zakresie zamiast powierzchni budynków w jednostkach „m<sup>2</sup>” – kubaturę budynków w „m<sup>3</sup>”.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że odwołujący nie uzupełnił wykazu w wymaganym zakresie. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, iż to zamawiający miał obowiązek w ramach dokonywanej oceny wyjaśnień samodzielnie przeliczyć kubaturę budynków na powierzchnię, przyjmując średnią lub nawet najwyższą, dopuszczalną w przepisach prawa, wysokość kondygnacji dla każdego z wymienionych rodzajów obiektów. Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do samodzielnej zmiany treści oświadczenia wykonawcy, składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, przyjmując, jak wskazuje odwołujący, np. uśrednione dopuszczalne wysokości kondygnacji. Podkreślić należy, że informacje składane przez wykonawcę w formie oświadczenia wiedzy muszą być rzetelne i jednoznaczne. Nawet gdyby w danych okolicznościach zamawiający mógł na podstawie własnej wiedzy określić wymagane informacje, to wiedza ta nie może zastępować oświadczenia wykonawcy ani zwalniać wykonawcy ze złożenia wymaganego od niego oświadczenia. Stanowiłoby to bowiem naruszenie, jak już wskazano powyżej, fundamentalnych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

We wskazanych powyżej okolicznościach ustalonych w niniejszej sprawie Izba uznała, że odwołujący nie uzupełnił wykazu osób o wymagane informacje dotyczące powierzchni budynków, które potwierdzałyby, że osoby wskazane przez odwołującego spełniają warunki określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na marginesie tylko Izba wskazuje, że podniesione przez odwołującego w odwołaniu i na rozprawie zarzuty, że zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób precyzyjny pojęcia „powierzchni” budynków, w szczególności, że zamawiający nie podał jednoznacznie, czy żąda wykazania się realizacją obiektów o danej „powierzchni całkowitej”, „powierzchni wewnętrznej budynku”, „powierzchni użytkowej” czy też „powierzchni zabudowy” należy uznać za spóźnione. Termin na zakwestionowanie treści opisu warunków udziału w postępowaniu już upłynął, a wobec tego treść warunków jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak i dla zamawiającego. Zauważyć należy przy tym, że odwołujący nie podał na żądanie zamawiającego żadnej z wymienionych powyżej przez siebie rodzajów powierzchni

budynków - podał jedynie kubaturę budynków, więc nie sposób uznać, że brak określenia w siwz rodzaju powierzchni mogło stanowić jakąkolwiek przeszkodę w złożeniu wymaganych informacji.

W sprawie trzeciego zarzutu, dotyczącego również braku uzupełnienia przez odwołującego dokumentu na wezwanie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. Izba uznała, że odwołujący nie złożył na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wymaganego dokumentu potwierdzającego, że osoba wskazana przez odwołującego w pozycji 3. w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” dla zadania nr 2 posiada wymagane doświadczenie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót lub Inspektor Nadzoru lub technolog przy budowie co najmniej 1 stacji paliw. Jak wynika z treści opisu warunków udziału w postępowaniu (§ 9 ust. 1 pkt 1 lit. c tiret trzecie siwz), wymaganą informację należało złożyć w formie oświadczenia wykonawcy zawartego w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” .

Odwołujący w złożonym wykazie zawarł informację wskazującą, że opisane w pozycji 3 zadanie polegało na modernizacji stacji paliw. Może świadczyć o tym określenie „modernizacja” użyte w tym opisie przez odwołującego. Przychyłając się do wyjaśnienia odwołującego, że określenie to mogło być użyte w znaczeniu jedynie potocznym, należy zauważyć, iż wykonawca zgodnie z przysługującym mu uprawnieniem wynikającym z art. 26 ust. 3 Pzp, został wezwany do uzupełnienia dokumentu – wykazu – w wymaganym zakresie.

Na wezwanie zamawiającego, odwołujący wyjaśnił w złożonym piśmie z dnia 2 września 2011 r. podtrzymując stwierdzenie, iż ww. robota polegała na: wymianie zbiorników paliwowych, modernizacji peronów z dystrybutorami i konstrukcją zadaszenia, a zakres prac obejmował: demontaż istniejących zbiorników paliwowych, montaż nowych zbiorników paliwowych, całkowitą wymianę instalacji technologicznej przesyłu paliwa, całkowitą wymianę peronów z zadaszeniem. Odwołujący podnosił, że przedstawiony przez niego zakres prac wskazuje, iż robota wykonana w PKS Wieluń to robota polegająca na odbudowie stacji paliw, a zatem, w świetle ustawy Prawo budowlane, pojęcie „odbudowa” mieści się w pojęciu „budowa” - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Odwołujący przedstawił nadto na rozprawie kopię umowy z dnia 15 grudnia 2004 r. potwierdzającą, że pan Zbigniew D. nadzorował budowę stacji paliw, a nie modernizację.

W ocenie Izby ww. złożony na rozprawie dokument nie może mieć istotnego znaczenia dla oceny czy odwołujący uzupełnił wymagany dokument na wezwanie zamawiającego. Podkreślić należy, że termin do uzupełnienia dokumentów nie podlega przywróceniu. Zamawiający może dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych w ofercie lub uzupełnionych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie. W tym przypadku należało uznać, że wykonawca składając

oświadczenie niepotwierdzające jednoznacznie, iż wykonana robota stanowiła budowę stacji paliw w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane, nie uzupełnił wykazu w wymaganym zakresie, a tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła zarzutu, że w związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego w sposób wadliwy. Podkreślić należy, że to ze złożonych w ofercie dokumentów musi wynikać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje żadnych odstępstw od zasady, że to wykonawca w postępowaniu musi wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, musi zatem dochować przede wszystkim należytej staranności w przygotowaniu i przedłożeniu wymaganych oświadczeń i dokumentów, a w przypadku braku złożenia takich dokumentów wraz z ofertą, ma prawo do ich jednokrotnego uzupełnienia na wezwanie zamawiającego. W przypadku jednak, gdy wykonawca nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, to zamawiający ma prawo zatrzymania wadium wraz z odsetkami, stosownie do art. 46 ust 4a Pzp

Izba w całości podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych, że przepis art. 46 ust 4a Pzp, określający ustawową przesłankę zatrzymania wadium jako nie złożenie przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust 3 Pzp, zachodzi wówczas, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Ponieważ wskazany przepis ma charakter wysoce restrykcyjny, określając de facto sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium, to przepis ten nie może podlegać wykładni rozszerzającej. A wobec tego, zastosowanie wykładni literalnej wskazuje wyraźnie, że przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Natomiast złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust 4 a Pzp. Odnosząc się do zarzutu naruszenia ww. przepisu Izba zważyła, że skoro odwołujący nie złożył oświadczeń i dokumentów na wezwanie zamawiającego, które wymagane były w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, to zatrzymanie wadium wraz z odsetkami należy uznać za odpowiadające przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując powyższe Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 oraz w konsekwencji przepisu art. 46 ust. 4a Pzp.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie 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). Z uwagi na wniesienie przez odwołującego kwoty 100 000, 00 zł w poczet wpisu od odwołania, przewyższającej wysokość należnego wpisu w kwocie 20 000,00 zł, wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, określoną w § 1 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, zwrotowi z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego podlega kwota 80 000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....