

Sygn. akt: KIO 1712/11
Sygn. akt: KIO 1714/11
Sygn. akt: KIO 1718/11
Sygn. akt: KIO 1719/11

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A. 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9,**
- B. w dniu 10 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Franciszka Bandurę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura 43-250 Pawłowice, ul. Adama Mickiewicza 75 i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2,**
- C. w dniu 11 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałosz 43-418 Pogwizdów, ul. Północna 5; Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz Sp. j. 43-450 Ustroń, ul. Kreta 5A; Witolda Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207; Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna 43-391 Mazańcowice, Mazańcowice 57,**
- D. w dniu 11 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **ENERGOPOL – POŁUDNIE S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Komunalny w Jasienicy 43-385 Jasienica, Jasienica 159,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zygmunta Seweryna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – – Budowlanych ZRIB 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6; Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o. 47-400 Racibórz, ul. Wodna 21** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1712/11; KIO 1714/11; KIO 1718/11; KIO 1719/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Franciszka Bandurę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura 43-250 Pawłowice, ul. Adama Mickiewicza 75; CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1712/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża: w postępowaniu o sygn. akt KIO 1712/11 **SKANSKA S.A. 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9,** w postępowaniu o sygn. akt KIO 1714/11 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Franciszka Bandurę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura 43-250 Pawłowice, ul. Adama Mickiewicza 75 i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2,** w postępowaniu o sygn. akt KIO 1718/11 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałosz 43-418 Pogwizdów, ul. Północna 5, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz Sp. j. 43-450 Ustroń, ul. Kreta 5A; Witolda Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa 43-450 Ustroń, ul. Katowicka 207, Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – – Akcyjna, 43-391 Mazańcowice, Mazańcowice 57,** w postępowaniu o sygn. akt KIO 1718/11 wykonawcę **ENERGOPOL – POŁUDNIE S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 80 000 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: SKANSKA S.A., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Franciszka Bandurę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura 43-250 Pawłowice, ul. Adama Mickiewicza 75 i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałosz, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz, Witolda Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – – Handlowa i Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna, i wykonawcę ENERGOPOL – – POŁUDNIE S.A. tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawcy SKANSKA S.A., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Franciszka Bandury prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura 43-250 Pawłowice, ul. Adama Mickiewicza 75 i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałosz, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz, Witold Ryszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – – Handlowa i Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna oraz wykonawcy ENERGOPOL – – POŁUDNIE S.A. na rzecz Zakładu Komunalnego w Jasienicy kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego, w tym: kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy SKANSKA S.A., kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Franciszka Bandury prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałosz, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz, Witold Ryszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – – Handlowa i Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol

**Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:
trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy ENERGOPOL –
– POŁUDNIE S.A.**

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 Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1712/11

KIO 1714/11

KIO 1718/11

KIO 1719/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Komunalny w Jasienicy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zlewnię rzeki Jasieniczanki – budowa kanalizacji sanitarnej w ramach Projektu pn. Kanalizacja sanitarna Gminy Jasienica w ramach ochrony zlewni zbiornika Goczałkowickiego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 21 kwietnia 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania oraz o zatrzymaniu, w stosunku do niektórych z nich, wadium. Czynności te skutkowały złożeniem przez wykonawców odwołań.

sygn. akt KIO 1712/11

Odwołujący – SKANSKA S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne odrzucenie oferty Skanska S.A. i dokonanie wyboru droższej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych „ZRIB” Zygmunta Seweryna i Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o., chociaż jego oferta nie była najkorzystniejsza oraz

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 56, 65 i 66 kodeksu cywilnego poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Skanska S.A. wobec błędnego przyjęcia, że treść złożonej przez nią oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Skanska S.A. i wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych „ZRIB” Zygmunta Seweryna i Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o. jako

najkorzystniejszej oraz dokonania powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez Skanska S.A.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że niedołączenie do przedmiotowej oferty „Załącznika do oferty” sporządzanego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do IDW nie powoduje jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako że wykonawca nie był zobowiązany do uzupełnienia tego załącznika o żadne nowe treści – wypełnieniu podlegała tylko trzecia rubryka w drugim wierszu poprzez podanie nazwy i adresu wykonawcy. Przedmiotowy załącznik do oferty, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, precyzuje Klauzule Warunków Ogólnych oraz Szczególnych Kontraktu oraz stanowi integralną część kontraktu i stanowi część składową wzoru umowy, składającego się z kilku dokumentów, który Zamawiający na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest równoznaczne z wymogiem zawarcia umowy na takich warunkach. Treść przedmiotowego „Załącznika do oferty” to jedynie powtórzenie wymogów zawartych w specyfikacji, na które w ofercie Odwołujący się zgodził, gdyż składając formularz oferty według wzoru opracowanego przez Zamawiającego w jego treści zagwarantował wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień do specyfikacji oraz jej zmian, zaakceptował też bez zastrzeżeń kontrakt przedstawiony w Części II specyfikacji oraz zobowiązał się do zawarcia z Zamawiającym przedmiotowego kontraktu. Niewątpliwie oświadczenia te dotyczą wszystkich składowych kontraktu, w tym wymogów zawartych w „Załączniku do oferty”, który stanowi integralną część kontraktu. Przy tym, wbrew stanowisku Zamawiającego, takie elementy jak: czas realizacji zamówienia, okres zgłaszania wad, gwarancja jakości wynikają także wprost z podpisanego przez Odwołującego formularza oferty.

Poza tym zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem żądany przez Zamawiającego jako załącznik do oferty parafowany czy podpisany wzór umowy, co odnosi się też do przedmiotowego załącznika do oferty, skoro stanowi integralną część wzoru kontraktu, nie stanowi o jej treści, a zatem nie podlega analizie pod względem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią specyfikacji przesądza ich porównanie, a niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli

wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Brak złożenia w ofercie podpisanego wzoru umowy może być uznany w okolicznościach tej sprawy wyłącznie za brak formalny, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z zarzutami odwołania i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego – SKANSKA S.A. oraz wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, iż wykonawca nie był zobowiązany do uzupełnienia „Załącznika do oferty” o żadne nowe treści, a załącznik ten stanowi część składową wzoru umowy. Owszem, „Załącznik do oferty”, tak samo jak sam „Formularz oferty” ma stanowić integralną część umowy, ale pod warunkiem, że zostanie w ogóle złożony Zamawiającemu. Zamawiający w punkcie 17.15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał sposób przygotowania oferty oraz jej zawartość – powinna się ona składać z „Formularza oferty” wraz z „Załącznikiem do oferty”. Dokumenty te miały zostać sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji (IDW). „Załącznik do oferty” zawierał wiele istotnych postanowień umowy, które doprecyzowywały Klauzule Warunków Ogólnych oraz Szczególnych Kontraktu. Postanowienia zawarte w załączniku dotyczyły zasadniczych kwestii, jak: czas realizacji zamówienia, okres zgłaszania wad, kwota zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, normalne godziny pracy, kary umowne za zwłokę, maksymalne kwoty kar za zwłokę, gwarancja jakości, minimalna kwota Przejściowego Świadczenia Płatności, okresy na przedłożenie dowodów zawarcia ubezpieczeń, minimalne kwoty ubezpieczeń, liczba członków Komisji Rozjemczej, sposób powoływania Członków Komisji Rozjemczej.

Argument Odwołującego – SKANSKA S.A., że dany dokument nie może być traktowany jako oferta lub jej część składowa, jest nietrafny. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wynika, iż „Załącznik do oferty” wraz z „Formularzem oferty” stanowi integralną całość składającą się na treść oferty. Co do takiej treści specyfikacji Odwołujący nie wnosił żadnych zastrzeżeń, zatem formułowanie obecnie zarzutu o tym, iż specyfikacja niepoprawnie reguluje pewne kwestie, jest spóźnione.

To, czym w istocie jest sporny „Załącznik do oferty”, przesądza jego treść, a ta jednoznacznie wskazuje na to, iż dokument ten stanowi część oferty. Stosownie bowiem do przepisu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zdaniem Zamawiającego informacje, które Odwołujący obowiązany był zawrzeć w „Załączniku do oferty”, określają przedmiot umowy, czyli są bez wątpienia jej istotnymi elementami.

Załącznik do formularza ofertowego jest w istocie integralną częścią formularza ofertowego. Nie jest prawdą, że „Załącznik do oferty” to jedynie powtórzenie wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które w ofercie Odwołujący się zgodził. Faktem jest, że niektóre postanowienia zawarte w przedmiotowym załączniku znalazły się w również w innych miejscach specyfikacji (czas realizacji, okres zgłaszania wad, gwarancja jakości), ale są to tylko niektóre elementy z całości składającej się na formularz oferty i sporny załącznik. W załączniku tym znalazły się jeszcze inne postanowienia, które miały składać się na treść oferty, takie jak: sposób porozumiewania się pomiędzy stronami, kary umowne za zwłokę, maksymalne kwoty kar za zwłokę, minimalna kwota Przejściowego Świadczenia Płatności, normalne godziny pracy, okresy na przedłożenie dowodów zawarcia ubezpieczeń, minimalne kwoty ubezpieczeń, liczba członków Komisji Rozjemczej, sposób powoływania Członków Komisji Rozjemczej.

Zamawiający musi mieć każdorazowo możliwość oceny pełnej treści oferty, czyli wszystkich jej elementów. Zdaniem Zamawiającego załącznik do formularza ofertowego powinien być oceniany pod względem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż zawiera elementy istotne dla Zamawiającego a jednocześnie oferowane przez wykonawcę, dlatego decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych była zasadna.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i BORBUD Sp. z o.o. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., wyrażając argumentację analogiczną do Zamawiającego.

sygn. akt KIO 1714/11

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
2. art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób biorących udział w postępowaniu,
3. art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne zatrzymanie przez Zamawiającego wadium Odwołującego,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu,

5. innych przepisów wynikających pośrednio lub bezpośrednio z treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponownej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wezwania do złożenia wyjaśnień, ponownej oceny ofert w zakresie oceny oferty wybranej oraz unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. podniósł, że zgodnie z punktem 9.1.3 Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują m.in. Ekspertem nr 3 – Kierownikiem Robót Elektrycznych posiadającym co najmniej 5 – letnie doświadczenie w pracy polegającej na pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, obejmującej kierowanie budową lub robotami budowlanymi przy realizacji robót elektrycznych.

1 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów, między innymi dotyczących wykazu osób. Odwołujący w odpowiedzi uzupełnił wykaz osób, uzupełniając też informacje dotyczące Eksperta nr 3 – Kierownika Robót Elektrycznych wskazując, iż pan Bogdan Marcinkiewicz posiada 11 – letnie doświadczenie zawodowe i wymieniając ważniejsze inwestycje, w których uczestniczył on jako kierownik robót elektrycznych. Odwołujący wskazał w uzupełnionym wykazie, iż są to ważniejsze inwestycje, co sugeruje, iż owych inwestycji jest znacznie więcej, a te wskazane przez Odwołującego są jedynie przykładowe, co potwierdza ponadto fakt, iż doświadczenie zawodowe pana Marcinkiewicza wynosi obecnie 11 lat. Podczas tak długiego doświadczenia zawodowego nie sposób wskazać wszystkich inwestycji, szczególnie prac pomniejszych i o krótszym okresie trwania, dlatego Odwołujący skupił się jedynie na ważniejszych inwestycjach. Zamawiający we wzorze załącznika określił, iż należy wskazać nazwę inwestycji/projektu, zakres robót budowlanych oraz okres realizacji.

Informacja o 11 – letnim doświadczeniu oraz sformułowanie w uzupełnionym dokumencie „ważniejsze inwestycje” wskazuje, iż tych inwestycji było więcej, dlatego Zamawiający, jeśli miał wątpliwości co do 5 – letniego doświadczenia zawodowego pana Marcinkiewicza, winien był skorzystać z możliwości wyjaśnienia złożonych dokumentów, stosownie do przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nigdzie nie precyzował, iż doświadczenie w pracy będzie rozumiał poprzez pryzmat załącznika nr 3, a zatem poprzez realizację konkretnych projektów i inwestycji. Takie postępowanie Zamawiającego już na etapie weryfikacji ofert prowadzi do wniosku, iż inne wymagania zostały sformułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a inne były weryfikowane i oceniane.

Zamawiający nie wskazał, iż 5 – letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, obejmującej kierowanie budową lub robotami budowlanymi przy realizacji robót elektrycznych ma wynikać tylko i wyłącznie z sumowania wskazanych okresów. Nieprecyzyjność wymagań Zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, jeżeli dostosował się do wytycznych w taki sposób, w jaki, racjonalnie rozumując, miał podstawy, aby uznać warunki za spełnione.

Pismem z 1 sierpnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium. Jest to bezprawne działanie Zamawiającego nie znajdujące oparcia ani w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, ani także w przepisach prawa. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w swoich orzeczeniach, iż jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia do zatrzymania wadium, zatem możliwe jest to jedynie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie przedłożył go zamawiającemu, a nie, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak, zdaniem zamawiającego, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a właśnie taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Tak samo, jeśli Odwołujący nie legitymowałby się w ogóle doświadczeniem Eksperta nr 3 w momencie złożenia oferty, a złożył ofertę mimo, iż nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, nie posiadał wymaganego doświadczenia od samego początku, tym bardziej Zamawiający nie miał prawa zatrzymać Odwołującemu wadium. Uregulowanie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych miało na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zatem zatrzymując wadium powinien brać pod uwagę także *ratio legis* przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie działa w porozumieniu z innymi wykonawcami i nie ma zamiaru wycofywać się z niniejszego postępowania, co potwierdza także niniejsze odwołanie, bowiem ma zamiar dążyć do przywrócenia jego udziału w postępowaniu. Art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na jego restrykcyjny charakter powinien być interpretowany w sposób ścisły.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający nie wskazał, że wymaga wykazania, że dana osoba pełniła daną funkcję na poszczególnych inwestycjach w sposób nieprzerwany, w szczególności, że doświadczenie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazano jedynie częściowo. Tymczasem wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno być jednoznaczne i konkretnie wskazywać, co należy uzupełnić, zaś brak precyzji nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy. Niejasny charakter wezwania doprowadziły do sytuacji, w której Odwołujący zmuszony był domniemywać, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie oraz które z wykazanych zadań nie spełniają w ocenie Zamawiającego postawionego przez niego warunku.

Zamawiający zaniechał również wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zygmunta Seweryna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o. pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca podstawę wniesienia wadium została bowiem wystawiona i dotyczy wyłącznie oferty pana Zygmunta Seweryna – Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB, tymczasem oferta złożona została przez konsorcjum. W gwarancji złożonej przez Odwołującego zostali wskazani obydwaj członkowie konsorcjum. Jak wskazano w doktrynie, w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wadium może być wniesione przez dowolny podmiot, jednak w dokumencie wadialnym powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich podmiotów wadium jest wnoszone, a brak takiego wskazania powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty, a ponadto wystawca dokumentu wadialnego, w którym nie wskazano wszystkich wykonawców, w imieniu których wadium jest wnoszone, może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji czy poręczenia, zatem w ogóle wątpliwe jest zabezpieczenie interesów zamawiającego.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z zarzutami odwołania i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. oraz wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, dlatego też należało go wykluczyć z postępowania. Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż Ekspert nr 3 – Kierownik Robót Elektrycznych musi posiadać co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe w pracy polegającej na pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie obejmującej kierowanie budową lub robotami budowlanymi przy realizacji robót elektrycznych. Wykonawca zobowiązani byli przedstawić wykaz osób, którymi dysponują, sporządzony na formularzu stanowiącym Załącznik nr 3 do IDW, W załączniku tym jednoznacznie wskazano, jakie informacje należy podać odnośnie doświadczenia osób: imię i nazwisko, uprawnienia budowlane, doświadczenie z rozbiciem na informacje dotyczące: nazwy projektu/inwestycji/zakresu robót budowlanych oraz okresu realizacji, pełnionej przez Eksperta funkcji w procesie inwestycyjnym i okres jej pełnienia w układzie MM/RRRR oraz podstawa wykonawcy do dysponowania osobą.

Zdaniem Zamawiającego wymagania odnośnie wykazania doświadczenia zawodowego Eksperta nr 3, jak i pozostałych ekspertów zostały sformułowane w sposób jasny i precyzyjny.

Fakt, że Odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentacji wpisał przy Ekspercie nr 3 „Doświadczenie zawodowe od 2000 r. – 11 lat” trudno uznać za wykazanie doświadczenia zawodowego w pracy polegającej na pełnieniu samodzielnej funkcji w budownictwie obejmującej kierowanie budową lub robotami budowlanym, gdyż doświadczenie zawodowe może obejmować różnorodne prace i nie musi się pokrywać z funkcjami kierowania budową czy robotami. Zamawiającemu chodziło o doświadczenie przez niego wskazane w warunku, a nie jakiegokolwiek doświadczenie zawodowe.

Ponadto w przypadku pozostałych ekspertów Odwołujący wiedział, jak wypełnić tabelę.

Zamawiający nie wymagał wskazywania wszystkich inwestycji, jakimi zajmował się ekspert, a jedynie, by obejmowały one okres 5 lat. Ponadto w przypadku pozostałych ekspertów Odwołujący takich problemów nie miał, mimo że posiadają oni jeszcze dłuższe doświadczenie.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca nie złożył stosownego dokumentu, więc nie wzywał go do wyjaśnień, a do naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych doszłoby właśnie w sytuacji, gdyby wezwał wykonawcę do wyjaśnień, a ten w odpowiedzi na wezwanie przedstawiłby wymagany dokument, gdyż stanowiłoby to obejście przepisów, szczególnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatrzymanie wadium również było słuszne, gdyż Odwołujący nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie udowodnił, iż wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Niezłożeni przedmiotowego dokumentu wynikało z jego nienależytej staranności, a nie niejasnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w doktrynie nie ma zgodności co do tego, jak należy interpretować przepis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten posługuje się takimi samymi sformułowaniami jak art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma zatem podstaw, by rozumieć je inaczej. Wezwanie zamawiającego dotyczy konkretnych dokumentów i informacji w nich zawartych, a przedłożenie innych dokument lub dokumentów, które nie spełniają wymogów wezwania, nie może zostać uznane za uzupełnienie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i BORBUD Sp. z o.o. stwierdzając, że stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Do oferty Przystępującego zostało dołączone pełnomocnictwo w trybie art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zgodne z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, wadium dla swej ważności może być wystawione również

na rzecz jednego z członków konsorcjum. Wobec treści oferty konsorcjum nie ulega wątpliwości, że ofertę złożyli wspólnie wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, a skoro Prawo zamówień publicznych nie wymaga, żeby złożyli oni również wspólnie (solidarnie) wadium, nie ma podstaw prawnych, aby żądać, by wszyscy uczestnicy konsorcjum złożyli wadium. Zatem na gruncie obowiązującego stanu prawnego, zarówno gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium powołana przez Odwołującego jako wzorcowa, w której zobowiązanymi byli wszyscy uczestnicy konsorcjum, jak i gwarancja, w której zobowiązany jest tylko pełnomocnik konsorcjum, musi być uznana za prawidłową.

sygn. akt KIO 1718/11

W odwołaniu wniesionym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałusz, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz Sp. j., Witold Ryszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa i Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna Odwołujący podniósł zarzut niezgodności z ustawą czynności Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i BORBUD Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usługowego BORBUD Sp. z o.o.,
2. wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zaniechaniu dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. zatrzymaniu wadium Odwołującego z powołaniem się na art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych,

na skutek błędnej interpretacji przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 26 ust. 2b, art. 24 ust. 4 i art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego, odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz uznania oferty Odwołującego za prawidłową i zwrotu Odwołującemu wadium.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w ramach konsorcjum, a ponadto powołał się na doświadczenie i wiedzę podmiotu trzeciego – pana Piotra Pająka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana WULKAN Piotr Pajak

załączając oświadczenie tej firmy o oddaniu swoich zasobów na okres wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących charakteru uczestnictwa „firmy WULKAN” w realizacji zamówienia i zażądał złożenia stosownych dokumentów. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia, iż „firma WULKAN” będzie jedynie konsultantem i doradcą, a nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia.

W efekcie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, gdyż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako że powołał się on na doświadczenie innego podmiotu, ale nie przedstawił stosownych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, a także, iż na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zatrzymuje wadium, w konsekwencji uznania, iż w wyniku nieuzupełnienia oferty o wymagane dokumenty, nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu i wynikało to z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego nie powinien on zostać wykluczony z postępowania. Jego oferta zawierała wszystkie wymagane dokumenty, została zatem złożona w sposób prawidłowy i kompletny.

Z orzecznictwa wynika jednoznacznie, iż zaangażowanie innego podmiotu, przekazującego doświadczenie, wiedzę lub potencjał, nie musi mieć charakteru podwykonawstwa. Odwołujący powołał się na wiedzę i doświadczenie „firmy WULKAN” i załączył do oferty stosowne oświadczenie tego podmiotu o oddaniu swoich zasobów na okres wykonywania przedmiotu zamówienia.

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 2 stanowi, iż jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 tego rozporządzenia. Oznacza to, iż w przypadku, gdy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby wykonawcy, ale nie bierze udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, zwolniony jest z obowiązku składania tych wszystkich dokumentów, jakie musiałby złożyć, gdyby działał w ramach podwykonawstwa.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby w tym zakresie, wskazując m.in. na wyroki, w których Izba uznała wręcz, iż doradztwo i konsultacje firmy przekazującej doświadczenie i wiedzę nie stanowią udziału w realizacji zamówienia, a z przepisów dotyczących dokumentów, jakich zamawiający może wymagać od wykonawców wynika, że organizator przetargu może domagać się, aby wykonawca, który wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów przedłożył dokumenty,

jeżeli podmioty udzielające zasobów będą brały udział w realizacji części zamówienia. Zatem jeśli na wezwanie zamawiającego wykonawca poda, że podmiot udostępniający mu zasób wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, zamawiający utracił podstawę do żądania dokumentów podmiotu trzeciego.

Żądanie zatem przez Zamawiającego od Odwołującego przedłożenia dokumentów odnoszących się do „firmy WULKAN”, która zobligowała się jedynie do konsultacji i doradztwa, jak dla podmiotów, które brać będą bezpośrednio udział w realizacji przedmiotu zamówienia, było całkowicie pozbawione podstaw prawnych i brak przedłożenia tych dokumentów nie mógł stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Ze względu na nieprzedłożenie tych dokumentów Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz że nie wykazał także, iż wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie i w związku z tym uznaje zatrzymanie wadium za uzasadnione.

Odwołujący nie wypełnił przesłanek zezwalających na zatrzymanie wadium, gdyż złożył stosowne wyjaśnienia, zgodnie z treścią wezwania. Konieczną przesłanką zatrzymania wadium jest prawidłowe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, wszelkie zaś niedokładności lub nieprawidłowości w wezwaniu będą obciążały zamawiającego i mogą stać się podstawą do stwierdzenia, że brak przesłania prawidłowych dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co z kolei prowadzi do jednoznacznego wniosku o braku możliwości zatrzymania wadium. Także z tego względu, iż zatrzymanie wadium pozbawia wykonawców środków finansowych, wszelkie okoliczności nakazujące zamawiającemu zatrzymanie wadium muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów w punkcie 7. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, w jaki sposób i w jakim charakterze „firma WULKAN” będzie brała udział w realizacji zamówienia. Jednocześnie w punkcie 8. wezwania Zamawiający zażądał złożenia odpowiednich dokumentów dla „firmy WULKAN” w następujący sposób: „jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedstawi także w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione powyżej w pkt 10.1a-f IDW”. Z powyższego wezwania wyprowadzić można wniosek, iż Zamawiający sformułował je niewłaściwie, gdyż jednocześnie wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących „firmy WULKAN” i zasad jej współpracy z Odwołującym, a następnie odgórnie uznał, że będzie ona brała udział w realizacji zamówienia, w związku z czym zażądał dokumentów. Owo błędne sformułowanie wezwania a także brak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, aby podmioty, zasobami których wykonawca będzie dysponował, brały

jednocześnie udział w realizacji zamówienia, nie mogą obciążać Odwołującego. Zatem nieprzedłożenie żądanych dokumentów wynikało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a nie wykonawcy i nie powoduje możliwości zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wykluczenia Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOBUD Sp. j. Anna Rojek i Marek Gałusz, Przedsiębiorstwo GRESAN Krzysztof Grendowicz Sp. j., Witold Ryszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa i Przedsiębiorstwo Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz Sp. Komandytowo – Akcyjna z postępowania i zatrzymania jego wadium oraz przyczyn podjęcia takiej decyzji oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem w tym zakresie powinno zostać odrzucone.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż polegając na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i braniu przez ten podmiot udziału w realizacji części zamówienia, wykonawca odmówił w odniesieniu do tego podmiotu wymaganych dokumentów.

Zamawiający w punkcie 10.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymóg, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca musi przedstawić także w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione powyżej w punkcie 10.1 lit. a -f IDW.

W związku z tym, iż Zamawiający uznał, że zaszły przesłanki, o których mowa w punkcie 10.2 IDW, wezwał on wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów. W odpowiedzi na nie Odwołujący poinformował Zamawiającego, że „firma WULKAN” nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca, lecz będzie doradcą i konsultantem konsorcjum przy realizacji zamówienia, tym samym wykonawca nie jest zobowiązany do przedłożenia żądanych dokumentów.

Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowej sprawie zaszły obie przesłanki wymienione w punkcie 10.2 IDW.

Współpraca pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim nie musi odbywać się na zasadzie podwykonawstwa, jednak że nie zmienia to faktu, że każda forma zaangażowania przez

podmiot trzeci w ramach przekazania wiedzy i doświadczenia musi być związana z uczestnictwem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Każda inna interpretacja przepisów w tym zakresie prowadzi do nielogicznych wniosków, gdyż biorąc udział w przetargu na dane zamówienie nie można się powoływać na czyjeś doświadczenie przy jednoczesnym stwierdzeniu, że podmiot, którego doświadczenie to dotyczy, nie będzie brał udziału w realizacji tego zamówienia. W taki sposób do realizacji zamówienia dopuszczałoby się podmioty, co do których zachodziłyby ustawowe przesłanki wykluczenia z postępowania i nie dające gwarancji należytego wykonywania zamówienia. Uzyskanie przez wykonawcę zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia, co wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem skoro po stronie Odwołującego istniał obowiązek uzupełnienia dokumentów, a ten go nie zrealizował i tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zamawiający zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany był go wykluczyć z postępowania, a w konsekwencji zatrzymać wadium.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i BORBUD Sp. z o.o. podkreślając jednocześnie, że Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności podważających wybór jego oferty jako nieprawidłowy, a oferta Odwołującego jest ofertą droższą niż jego.

sygn. akt KIO 1719/11

W odwołaniu wniesionym przez Energopol – Południe S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zatrzymanie złożonego przez Odwołującego w postępowaniu wadium na skutek niewłaściwego zastosowania przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na przyjęciu, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodzą wymienione w tym przepisie przesłanki do zatrzymania wadium oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji polegające na zatrzymaniu wadium złożonego przez Odwołującego, pomimo iż nie zaszyły przesłanki do jego zatrzymania, a tym samym czynność taka, podjęta wbrew normie wynikającej z art. 46 ust. 4a, narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnienia czynności podjętej w postępowaniu polegającej na zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium złożonego przez Odwołującego; a także zwrotu Odwołującemu wadium zatrzymanego przez Zamawiającego oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 29 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, rachunku zysków i strat za rok 2010 oraz wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone potwierdzających wprost, że wykonane roboty polegają na budowie sieci kanalizacyjnych o długości min. 40 km w nie więcej niż dwóch zadaniach.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, nadał na poczcie 1 lipca 2011 r. pismo z 30 czerwca 2011 r. wraz z załącznikami, tj. żadaną przez Zamawiającego dokumentacją. Dokumentacja, pomimo wysłania jej przez Odwołującego w terminie umożliwiającym jej dotarcie na czas do Zamawiającego, a także zaangażowania profesjonalnego podmiotu trudniącego się doręczaniem przesyłek, tj. Poczty Polskiej, dotarła do Zamawiającego dopiero 5 sierpnia 2011 r., które to daty potwierdza kopia koperty.

1 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o zatrzymaniu wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie, 3 sierpnia 2011 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o fakcie wysłania żądanej dokumentacji pocztą 1 lipca 2011 r., wskazując w ten sposób w szczególności, iż nieotrzymanie przez Zamawiającego tej dokumentacji w terminie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a przesyłkę nadał on na poczcie w terminie umożliwiającym jej dostarczenie. Odwołujący niezwłocznie zareagował na wezwanie Zamawiającego, a tym samym dokonał należytych starań, aby przekroczenie terminu nie miało miejsca. Wysyłając pismo pocztą 1 lipca Odwołujący zachował należyłą staranność, której można wymagać od racjonalnie postępującego wykonawcy w sytuacji, w której znalazł się Odwołujący. W chwili wysłania pisma do Zamawiającego, do upływu terminu na uzupełnienie dokumentacji pozostawało jeszcze 5 dni kalendarzowych, przy czym Odwołujący powierzył doręczenie przesyłki Poczcie Polskiej, tj. podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się taką działalnością, Odwołujący mógł zatem racjonalnie oczekiwać, iż przesłana przez niego dokumentacja dotrze na czas do Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na poglądy orzecznictwa w tej materii, m.in. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, zdaniem którego niedopuszczalna jest interpretacja rzeczzonego przepisu prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Nie można uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami opóźnieniem albo przedłożył dokument w nieodpowiedniej formie.

Odwołujący podkreślił, że w jego przypadku nie miała miejsca zmowa wykonawców, nie jest on powiązany kapitałowo z którymkolwiek z pozostałych wykonawców występujących w ramach niniejszego postępowania ani nie pozostaje z tymi wykonawcami w takim stosunku, który mógłby wpływać na samodzielność Odwołującego w zakresie ustalania warunków złożonej przez niego oferty.

Zatrzymanie wadium przy braku przesłanek do dokonania takiej czynności zaburza kształt konkurencji, w nieuzasadniony sposób nakładając bardzo dotkliwą sankcję na Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na niezgodnym z przepisami zatrzymaniu wadium niewątpliwie ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł też, że, zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia, przy czym dyrektywa nie wspomina o wpływie naruszenia prawa na wynik postępowania. Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż w razie, gdy dyrektywa nie została prawidłowo implementowana, możliwe jest powołanie się na tzw. bezpośredni skutek przepisów dyrektywy. Zgodnie z orzeczeniami Trybunału Sprawiedliwości UE brak implementacji przepisu dyrektywy prowadzi do obowiązku niezastosowania do konkretnego stanu faktycznego krajowej normy prawnej sprzecznej z dyrektywą. Zastosowanie przepisów dyrektywy jest możliwe w przypadku, gdy jej przepis jest jasny, bezwarunkowy i precyzyjny. W przypadku art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy wszystkie te przesłanki są spełnione, a tym samym możliwe i konieczne staje się powołanie się bezpośrednio na przepisy dyrektywy.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wykluczenia Odwołującego Energopol – Południe S.A. z postępowania oraz zatrzymania jego wadium oraz przyczyn podjęcia takiej decyzji. Zdaniem Zamawiającego podjęcie takich czynności było uzasadnione, a odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. W związku z tym wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie kwestionuje decyzji o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia. Bezsporna jest też kwestia, że wykonawca nie złożył stosownych dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Natomiast, zdaniem Odwołującego, brak było podstaw, żeby uznać, iż stosowne dokumenty nie zostały terminowo dostarczone do Zamawiającego z winy leżącej po stronie wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego trudno mówić o racjonalności postępowania i zachowaniu należytej staranności, skoro Odwołujący tak ważną przesyłkę wysłał zwykłym listem. Nie stanowi tłumaczenia twierdzenie Odwołującego, iż powierzył on doręczenie przesyłki Poczcie Polskiej jako podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się taką działalnością. Jak wiadomo z doświadczenia życiowego, przesyłka zwykłym listem jest obciążona największym ryzykiem, iż nie dotrze ona na czas we wskazane miejsce, dlatego Poczta Polska wprowadziła inne usługi, które dają lepsze gwarancje w tym zakresie np. przesyłki o charakterze priorytetowym. Ponadto na rynku usług pocztowych działają również inne profesjonalne podmioty, które dają większą gwarancję terminowego dostarczenia przesyłki. Trudno sobie wyobrazić, iż Odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego i postępowań o zamówienia publiczne, mógł tak ryzykować. Odwołujący wysłał przedmiotową przesyłkę bez żadnego potwierdzenia nadania pisma i przez 25 dni w ogóle nie interesował się, czy dotarła ona do Zamawiającego.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Zamawiający wyznaczył długi, jak na warunki zamówień publicznych, termin na dostarczenie dokumentów – 7 dni od otrzymania przez wykonawcę wezwania, trudno więc uznać również, że wykonawca działał po presję czasu.

W niniejszej sytuacji trudno uznać, że opóźnienie było nieznaczne (25 dni), a jeszcze trudniej przyjąć, iż opóźnienie to było uzasadnione okolicznościami. Zdaniem Zamawiającego wina Odwołującego w niniejszej sprawie jest bezsporna. Podejmując decyzję o zatrzymaniu wadium Zamawiający nie działał automatycznie, lecz wnikliwie przeanalizował przedmiotowy przypadek i podjął decyzję zgodną z prawem.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn i BORBUD Sp. z o.o. popierając stanowisko Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania podlegają oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła również, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów i okoliczności) nie jest sporny.

sygn. akt KIO 1712/11

Zgodnie z punktem 17.15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) Zamawiający żądał złożenia w ramach oferty „Formularza oferty” oraz „Załącznika do oferty”. Załącznik ten zawierał tabelę o następujących pozycjach: nazwa i adres Zamawiającego, nazwa i adres wykonawcy, nazwa i adres Inżyniera, czas na ukończenie, okres zgłaszania wad, elektroniczny system przekazywania danych, prawo rządzące kontraktem, język kontraktu, język porozumiewania się, kwota zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, normalne godziny pracy, kara umowna za zwłokę, maksymalna kwota kar za zwłokę, gwarancja jakości, minimalna kwota przejściowego świadectwa płatności, kara umowna za opóźnioną zapłatę, waluta płatności, okresy na przedłożenie: dowodów zawarcia ubezpieczeń, stosownych polis, minimalna kwota ubezpieczenia robót i sprzętu wykonawcy, minimalna kwota ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, liczba członków Komisji Rozjemczej, członkowie Komisji Rozjemczej (jeśli nie ustaleni) będą wyznaczeni przez... Pozycje te zostały uzupełnione przez Zamawiającego stosownymi postanowieniami.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego, iż brak podpisanego lub parafowanego wzoru umowy lub jej części przy zaakceptowaniu przez wykonawcę warunków zawartych w owym wzorze, jako brak formalny nie stanowi sam w sobie podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że jest ona słuszna, co do zasady. Jednak rozbieżność pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treścią oferty oceniana jest nie „co do zasady”, lecz w każdym postępowaniu indywidualnie, a analizie poddawana jest treść konkretnej oferty i wymogi konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co może skutkować tym, że dana sytuacja zostanie oceniona w sposób odmienny.

W niniejszym postępowaniu taka sytuacja zaistniała, bowiem Zamawiający w specyficznym sposób skonstruował specyfikację istotnych warunków zamówienia, w tym wzór umowy –

poprzez to, że przedmiotowa tabela nie została zamieszczona ani jej treść nie została powielona w specyfikacji jako część warunków szczegółowych czy ogólnych umowy (co Strony zgodnie potwierdziły podczas rozprawy), lecz jako część oferty. Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego – SKANSKA S., postanowień tych nie ma w warunkach umowy, lecz zostaną one do niej wprowadzone dopiero jako złożona przez wykonawcę oferta.

Odrzucenie oferty z takiego powodu – jako że był to gotowy druk sporządzony przez Zamawiającego, którego równie dobrze mógł on w ofercie nie wymagać – może być przyczyną wątpliwości, czy jego braku nie można by pominąć, lecz z prawnego punktu widzenia jest to sytuacja, w której na etapie składania oferty Zamawiający żądał przyjęcia przez wykonawcę pewnych zobowiązań, których Odwołujący – SKANSKA S.A. po prostu nie przyjął.

To, że we wzorze umowy ów „Załącznik do oferty” został wymieniony jako załącznik do umowy, nie zmienia charakteru owego dokumentu, gdyż, zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, oferta to nic innego właśnie jak postanowienia przyszłej umowy, a w przypadku zamówień publicznych – te, których wskazania wymagał zamawiający.

Tak więc w niniejszym przypadku sporny „Załącznik do oferty” stanowi nie część wzoru umowy, lecz treść oferty zawartą w formularzu ofertowym (wyłączenie do osobnego dokumentu – załącznika jest tylko zabiegiem technicznym), zatem pominięcie tego załącznika, nawet „przez przeoczenie”, jak to się zdarzyło Odwołującemu – SKANSKA S.A. należy traktować tak samo, jak przeoczenie złożenia strony „Formularza oferty” zawierającej istotne odniesienia do treści umowy. A że w pozostałej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest postanowień, które mogłyby ten brak uzupełnić lub zastąpić, oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Przy tym braku tego nie da się sanować przez zastosowanie instytucji poprawienia omyłki w ofercie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż brakuje tu „podpisu” wykonawcy, czy też uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jest to ścisła treść „merytoryczna” oferty, a nie dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

sygn. akt KIO 1714/11

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionego wykazu osób biorących udział w postępowaniu Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Należy zwrócić uwagę, iż w odwołaniu Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura i CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. nawet w szczególności sposób nie polemizowali z faktem, że z przedstawionych Zamawiającemu wykazów nie wynika 5 – letnie doświadczenie w pracy polegającej na pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, obejmującej kierowanie budową lub robotami budowlanymi przy realizacji robót elektrycznych i nie dowodzili, że Zamawiający dokonał nieprawidłowych kalkulacji (źle zsumował miesiące doświadczenia).

Przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczania miesięcy i lat doświadczenia należy uznać za prawidłowy, gdyż postawiony przez niego warunek w sposób wyraźny nie odnosił się do ogólnego doświadczenia zawodowego, czy też zatrudnienia na stanowisku kierownika budowy lub robót w rozumieniu prawa pracy, lecz do rzeczywistego pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 i nast. ustawy Prawo budowlane, a więc liczonej nie według okresu zatrudnienia, lecz trwania danych robót budowlanych.

Pomiędzy okresem zatrudnienia według prawa pracy a pełnieniem funkcji kierownika robót czy kierownika budowy występuje jednak ta sama zasada liczenia okresu pracy, tj. jeśli okresy te nakładają się na siebie i do okresu doświadczenia nie wlicza się wielokrotnie tego samego okresu niezależnie od ilości etatów lub robót, na których osoba była zatrudniona (chyba że zamawiający w warunku wskaże inaczej). Tak więc przykładowo, jeśli dana osoba była zatrudniona w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2010 r. u dwóch pracodawców na dwóch etatach lub dwa razy po pół etatu, to jej doświadczenie zawodowe wynosi rok, a nie dwa lata. Tak samo przy doświadczeniu kierownika robót/kierownika budowy – nawet jeśli w tym okresie pełnił on funkcję kierownika robót jednocześnie przy realizacji kilku budów, to jest to liczone jedynie jako rok doświadczenia.

Prawidłowe jest również stanowisko Zamawiającego, że przedstawiony przez Odwołującego dokument nie podlega wyjaśnieniom, gdyż jego treść jest jasna, a art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie służy ponownemu uzupełnianiu dokumentów w przypadku, gdy wykonawca nie uzupełni dokumentu w sposób prawidłowy. A do tego musiałoby w istocie zmierzać wyjaśnienie, którego żąda Odwołujący.

Izba stwierdziła natomiast, że na uwzględnienie zasługuje argumentacja Odwołującego dotycząca zatrzymania wadium.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że ze względu na wysoką sankcyjność i restrykcyjność tego przepisu, należy go interpretować ściśle, odnosząc do faktu

zaniechania uzupełnienia dokumentów, a w przypadku uzupełnienia dokumentu, lecz w sposób nieprawidłowy, do wzięcia pod uwagę okoliczności, które na to nieprawidłowe uzupełnienie wpłynęły, jak np. nieprawidłowe lub niejasne wezwanie, niemożliwość zdobycia dokumentu opatrzonego wymaganą datą, niespełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, źle zrozumiany warunek itp., które to okoliczności uznaje się za przyczyny, dla których wykonawca nie mógł dokumentu uzupełnić prawidłowo.

Za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać natomiast, co również wynika z przywołanego przez Stronę orzecznictwa, działanie *fraudem lege*, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy.

W niniejszej sytuacji Odwołujący niewątpliwie uzupełnił wskazane przez Zamawiającego dokumenty, jednak w stosunku do pana Marcinkiewicza w sposób niewystarczający, choć, jak błędnie uważał, dostateczny do uznania spełnienia przedstawionego warunku.

Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, a wyłącznie implikuje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokumenty, podając nowe informacje (nowe pozycje w wykazie doświadczenia zawodowego), lecz po analizie ich przez Zamawiającego okazało się, że nie potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu. W rezultacie rzeczywiście Odwołujący nie uzupełnił skutecznie dokumentów, mimo że do tego dążył – a skoro złożył dokument, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co do którego wykonawca był przekonany, że warunek ten potwierdza, nie można twierdzić, że nastąpiło nieuzupełnienie dokumentów, będące podstawą zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że uzupełnienie dokonane w ten sposób miało obejść przepisy prawa, w szczególności poprzez znowę z innymi wykonawcami lub w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną, zwłaszcza że oferta Odwołującego była trzecia w rankingu cenowym. Tym samym uznała, że nie zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednak ze względu na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba może uznać odwołanie wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a wpływu takiego nie ma zatrzymanie lub zwrot wadium wykonawcy wykluczonemu z postępowania, Izba oddaliła odwołanie również w tym zakresie. Natomiast ze względu na fakt, że nakazać Zamawiającemu dokonanie lub unieważnienie czynności Izba może jedynie w przypadku

uwzględnia odwołania, co wynika z art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie nakazała również Zamawiającemu dokonania lub unieważnienia żadnych czynności.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowej treści gwarancji wadialnej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zygmunt Seweryn prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB i Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o., Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Z treści gwarancji wynika, że InterRisk S.A. działając na zlecenie Zakładu Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę, na pierwsze pisemne żądanie, kwoty 500.000 złotych z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tym samym nie wynika z niej, jak twierdzi Odwołujący, że dotyczy ona wyłącznie oferty pana Zygmunta Seweryna – Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB, a nie całego konsorcjum.

Odwołujący przedstawił w zasadzie jedynie argumentację i dokumenty odnoszące się do etapu składania wniosku do InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group o udzielenie takiej gwarancji, które odnoszą się głównie do badania zdolności finansowej składających taki wniosek i nie są przedstawiane zamawiającym. Poza tym z ich treści nie wynika w najmniejszym stopniu, że Towarzystwo uznaje udzieloną gwarancję za nieskuteczną w stosunku do konsorcjum Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB i Przedsiębiorstwo Usługowe BORBUD Sp. z o.o., nie wynika to również z treści gwarancji, którą to treść właśnie oceniał Zamawiający.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że podstawą uznania zarzutu byłoby stwierdzenie, że czynność Zamawiającego jest niezgodną z prawem, tymczasem trudno mu taki zarzut stawiać, gdy, jak wskazał, postąpił on zgodnie ze wskazaniami orzecznictwa w tej materii.

sygn. akt KIO 1718/11

Bezsporne pomiędzy Stronami jest, że w złożonej ofercie Odwołujący dla spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego – pana Piotra Pająka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana WULKAN Piotr Pająk, jak również, że w punkcie 10.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedstawi także w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione

w punkcie 10.1 a-f IDW – dokumentów z § 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Spór pomiędzy Stronami dotyczy tego, czy wskazanie, że pan Pająk zwany przez Strony „firmą WULKAN” będzie przy realizacji zamówienia konsultantem i doradcą, a nie podwykonawcą, należy uznać za udział w realizacji części zamówienia, który powoduje obowiązek złożenia dokumentów, o których mowa w § 2 ww. rozporządzenia.

Ponieważ spór nie dotyczy tego, czy taka forma udostępniania doświadczenia, a nie podwykonawstwo, jest możliwa, Izba również nie będzie wykraczała poza granice sporu, a tym samym podniesionego w odwołaniu zarzutu.

Stanowisko dotyczące żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących pana Pajaka Izba uznała za słuszne. Samo złożenie wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia nie powoduje jeszcze nagłego i automatycznego przejścia tej wiedzy i doświadczenia na owego wykonawcę. Istotą polegania wykonawcy na cudzej wiedzy i doświadczeniu, zwłaszcza w postaci doradztwa jest to, że podmiot ten owym doświadczeniem musi się z tym wykonawcą dzielić podczas realizacji zamówienia. Tym samym co najmniej trudne do wyobrażenia jest, by podmiot oferujący swoje doświadczenie w ogóle nie brał udziału w realizacji zamówienia. Skoro zaś, w przeciwieństwie do podwykonawstwa, w którym podwykonawca wykonuje konkretne zadania, które można wskazać w kosztorysie ofertowym, doradztwo jest w tym zakresie czynnością niematerialną, ową część zamówienia, o której mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* również trudno utożsamiać z konkretnymi pozycjami kosztorysu – jak argumentował podczas rozprawy Odwołujący – lecz, w takim razie również należy uznać za niematerialną.

Należy jednak zauważyć, iż poglądy dotyczące interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i powiązanych z nim przepisów, zwłaszcza zawartych w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, są obecnie skrajnie rozbieżne, co powoduje dużą niepewność w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz konieczności przedstawiania dla tych podmiotów stosownych dokumentów zarówno wśród zamawiających, jak i wykonawców. Z tego też powodu niesłuszne jest obciążanie Odwołującego konsekwencjami tego stanu rzeczy w postaci sankcji tak dotkliwej jak utrata wadium.

Przy tym Izba podzieliła opinię Odwołującego, że do zaistniałej sytuacji, tj. nieuzupełnienia dokumentów w sposób znaczny przyczynił się sposób wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów – ze względu właśnie na powyżej wskazaną rozbieżność

interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Jak wskazał bowiem Odwołujący, Zamawiający jednocześnie zapytał się, w jakim charakterze „firma WULKAN” będzie brała udział w realizacji zamówienia oraz wezwał go do uzupełnienia i złożenia dokumentów dla tej firmy, powołując się na punkt 10.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i cytując jego treść: „jeśli będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia...”

Tak więc doszło do sytuacji, w której i Zamawiający, i Odwołujący inaczej rozumieli powyższy wymóg, jednocześnie nie wiedząc, jaki pogląd przyjmie druga strona. Tym samym, na co wskazywał Odwołujący podczas rozprawy, kwestia uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego mogłaby wyglądać odmiennie, gdyby został on wezwany już po przekazaniu Zamawiającemu informacji, że „firma WULKAN” będzie konsultantem.

Tak więc niesłuszne jest obarczanie Odwołującego winą za nieuzupełnienie dokumentów i zatrzymanie mu z tego powodu wadium.

Jednak, jak już Izba wskazała powyżej, ze względu na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, może ona uznać odwołanie, gdy naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba nie może również nakazać Zamawiającemu zwrotu wadium, gdyż nakazać dokonanie lub unieważnienie czynności Izba może jedynie w przypadku uwzględnienia odwołania, co wynika z art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

sygn. akt KIO 1719/11

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami w niniejszym odwołaniu jest wyłącznie zatrzymanie przez Zamawiającego wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazano w tym przepisie, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca 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, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W stanie faktycznym będącym podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wskazanych przez niego dokumentów w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, a jako że wykonawca otrzymał to wezwanie 29 czerwca, termin ten mijał 6 lipca. Odwołujący rzeczony dokumenty wysłał 1 lipca, co potwierdza data stempla pocztowego na kopercie okazanej z akt sprawy, natomiast dotarły one do Zamawiającego dopiero 5 sierpnia. Przy czym decyzja Zamawiającego o zatrzymaniu wadium została podjęta przed tym dniem, a Odwołujący został o niej poinformowany, jak i o wykluczeniu z postępowania, 1 sierpnia.

Izba stwierdziła, iż ze względu na stan wiedzy Zamawiającego w chwili podejmowania decyzji – było to przed otrzymaniem spóźnionych dokumentów, a więc w sytuacji, w której wiedział, że nie zostały one złożone – trudno zarzucać mu nieprawidłowe działanie, chociaż należy wskazać, że mógł on wyjaśnić z Odwołującym, jakie były powody nieuzupełnienia tych dokumentów – czy wynikały z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Jednak również obecnie Zamawiający może skorygować swoją decyzję i zrezygnować z zatrzymania wadium lub zatrzymane wadium zwrócić.

Zdaniem Izby bowiem również w tej sprawie zachodzą okoliczności, co do których można uznać, że nie wynikają z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący bowiem, co nie było kwestionowane, wysłał przesyłkę na drugi dzień po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, co nie jest terminem zbyt odległym biorąc pod uwagę, że dokumenty te należało wpierw skompletować. (Ponieważ Zamawiający nie badał, czy uzupełnienie to, gdyby dotarło w terminie, byłoby prawidłowe, Izba również pomija tę kwestię.) Co prawda wybór postańca, jak i formy przesyłki jest ryzykiem wysyłającego, jednak nawet przy zastosowaniu przesyłki ekonomicznej, dokumenty miały możliwość dotrzeć do Zamawiającego w wyznaczonym terminie (np. jak wskazały same Strony, przesyłka Zamawiającego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów dotarła już na następny dzień po wysłaniu). Natomiast opóźnienie miesięczne jest okolicznością, której w normalnych okolicznościach nie sposób przewidzieć i którą trudno obarczać wysyłającego. Również w odniesieniu do tego wykonawcy Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że przesłanie dokumentów w taki sposób miało obejść przepisy prawa, w szczególności wskazywało na zмовę z innymi wykonawcami i w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną, tym bardziej, że oferta Odwołującego w rankingu cenowym znajdowała się dopiero na siódmym miejscu.

Tym samym Izba uznała, że również w stosunku do tego wykonawcy nie zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak jak w przypadku pozostałych odwołań Izba wskazuje, że ze względu na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba może uznać odwołanie wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a wpływu takiego nie ma zatrzymanie wadium wykonawcy wykluczonego z postępowania, Izba odwołanie oddaliła. Przy tym Izba nie powzięła przekonania, że art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezgodny z prawem unijnym i nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego zastosowania przepisów prawa wspólnotowego.

W związku z powyższej opisanymi okolicznościami Izba stwierdziła jak w sentencji oddalając wszystkie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący:

.....

.....