Sygn. akt: KIO 1088/11

WYROK
z dnia 2 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.05.2011 r. przez wykonawcę **MULTISPORT Karina Komornicka, ul. Podhalańska 20/24, 40-215 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Powiat Kłobucki, ul. Rynek im. Jana Pawła II 13, 42-100 Kłobuck** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kompleksu boisk sportowych w ramach programu Moje boisko – Orlik 2012 (boisko piłkarskie oraz boisko wielofunkcyjne wraz z zapleczem sanitarno – szatniowym) w powiecie Kłobuckim w Krzepicach przy ul. A. Ryły 26”

przy udziale wykonawcy **InterHall Spółka z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 10 411,21 zł (słownie: dziesięć tysięcy czterysta jedenaście złotych i dwadzieścia jeden groszy) obciąża wykonawcę **MULTISPORT Karina Komornicka, ul. Podhalańska 20/24, 40-215 Katowice** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000** zł **00** gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **MULTISPORT Karina Komornicka, ul. Podhalańska 20/24, 40-215 Katowice,**
2) dokonać wpłaty kwoty 411 zł 21 gr (słownie: czterysta jedenaście złotych dwadzieścia jeden groszy) przez **MULTISPORT Karina Komornicka, ul. Podhalańska 20/24, 40-215 Katowice** na rzecz **Powiatu Kłobuckiego, ul. Rynek im. Jana Pawła II 13, 42-100 Kłobuck** stanowiącej uzasadnione koszty z tytułu dojazdu pełnomocników na rozprawę.

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

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1088/11

Zamawiający – Powiat Kłobucki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kompleksu boisk sportowych w ramach programu Moje boisko – Orlik 2012 (boisko piłkarskie oraz boisko wielofunkcyjne wraz z zapleczem sanitarno – szatniowym) w powiecie Kłobuckim w Krzepicach przy ul. A. Ryły 26".

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **11.04.2011 r.** Zamawiający zamieścił ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z 2011 r. pod pozycją 72088.

W dniu 20.05.2011 r. Zamawiający przekazał droga mailową Odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty;

W dniu 25.05.2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ustawy 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez wykluczenie naszej firmy, pomimo ze złożyliśmy wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty świadczące o spełnieniu warunków,
- art. 46 ust. 4a ustawy PZP poprzez zatrzymanie wadium przez Zamawiającego wraz z odsetkami.

Odwołujący wskazał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia wynika z faktu, iż złożona przez niego oferta ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż jest to oferta z najniższą ceną. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SIWZ, natomiast w wyniku bezprawnej decyzji Zamawiającego firma MULTISPORT - Karina Komornicka może ponieść szkodę, gdyż bezpodstawnie może zostać pozbawiona możliwości realizacji zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty InterHall Sp. z o.o. z Katowic,
- unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołującego,
- unieważnienie czynności polegającej na zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium wniesionego przez MULTISPORT - Karina Komornicka wraz z odsetkami w trybie art. 46 ust. 4a PZP.

- nakazania wyboru oferty firmy MULTISPORT - Karina Komornicka jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający pismem z dnia 12.05.2011 wezwał firmę MULTISPORT - Karina Komornicka do uzupełnienia dokumentów dotyczących nawierzchni poliuretanowej, trawy syntetycznej oraz wykazu osób do wykonania zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniła ofertę o wszystkie wymienione dokumenty zgodnie z SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 20.05.2011 poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy InterHall Sp. z o.o. oraz wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że nie on wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczącego warunku zawartego w rozdziale 4 ust.1 pkt.1 lit. c SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem 4 ust. 1 pkt 1) lit. c) SIWZ dysponuje on „przynajmniej 1 osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej lub z nawierzchnią poliuretanową, która będzie brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia". W uzupełnieniu oferty firma MULTISPORT - Karina Komornicka przedstawiła wykaz osób, którymi dysponuje oraz które będą brały udział w realizacji zamówienia.

W związku z wątpliwościami Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, że Marian P. posiada doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej oraz z nawierzchnią poliuretanową.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że z Rozdziału 4 ust. 1 pkt 1) lit. c) SIWZ wynika że w przedstawionym wykazie osób na formularzu przygotowanym przez zamawiającego należy wskazać „przynajmniej 1 osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi o specjalności:

- konstrukcyjno-budowlanej,
- instalacyjne w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Zamawiający warunek ten przedstawił w lit. c.1), tj.: „która będzie kierowała robotami i ma co najmniej trzyletnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w ww. specjalnościach; warunek uznaje się za spełniony jeżeli Wykonawca przedstawi co najmniej jedną osobę posiadającą wszystkie wymienione uprawnienia lub kilka osób posiadających

jedno lub kilka z wymienionych uprawnień, osoby te łącznie powinny dysponować wszystkimi wymaganymi w specyfikacji uprawnieniami".

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale 4 ust. 1 pkt 1) lit. c2) nie sprecyzował, iż przy wymienionej w wykazie osobie należy wpisać jej doświadczenie w kierowaniu robotami nawierzchniowymi. Znajduje się tam jedynie stwierdzenie: „która będzie brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia."

W świetle powyższego należy, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie stwierdzić, że dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych jak i rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym stanem faktyczno – prawnym, w ocenie Odwołującego, czynność zatrzymania wadium jest czynnością nie wypełniającą przesłanki z art. 46 ust.4a ustawy Pzp.

W podsumowaniu Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności powtórnej oceny ofert, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego zgodnie z przesłankami art. 91 ust. 1 ustawy, unieważnienie czynności zatrzymania wadium oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

W dniu 27.05.2011 r. po postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca InterHall Spółka z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzuceniu w konsekwencji powyższego złożonej przez niego oferty oraz czynność zatrzymania wadium.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która w oparciu o kryteria oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie jednak wskutek wykluczenia z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym unieważnienia czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego w odniesieniu do Odwołującego umożliwiłoby uzyskanie przez niego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, oferty Odwołującego, korespondencji prowadzonej w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu zawnioskowanego przez Odwołującego w toku rozprawy, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskutek dokonania wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III, pkt 3.2. ppkt 2 – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków – wiedza i doświadczenie) oraz w SIWZ (rozdział 4 ust. 1 pkt 1 lit. c) wskazał, iż w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia żądał dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie lub pisemnym zobowiązaniem innych podmiotów do udostępnienia tych osób, w tym przynajmniej 1 osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej lub nawierzchnią poliuretanową, która będzie brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Po drugie Izba ustaliła, iż zgodnie z sekcją III.4 (Informacja o oświadczeniach lub dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy) ogłoszenia o zamówieniu pkt 4.1. oraz rozdziału 5 pkt 7 SIWZ Zamawiający żądał w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu także wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia; zakres ww. dokumentów musi potwierdzać spełnianie odpowiednio warunku określonego w Rozdziale 4 ust. 1 pkt 1) lit. c SIWZ.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący (MULTISPORT Karina Komornicka) w złożonej w postępowaniu ofercie nie dołączył wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWZ). Wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 12.05.2011 r. (znak IR.272.1.10.2011.III) wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów o wykaz osób potwierdzający spełnienie warunku określonego w Rozdziale 4 ust. 1 pkt 1 lit. c SIWZ wyznaczając termin na dokonanie powyższej czynności do dnia 19.05.2011 r. do godziny 10.00.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący dostarczył Zamawiającemu do upływu wyznaczonego terminu wykaz osób przewidzianych do wykonania zamówienia sporządzony w oparciu o załącznik nr 6 do SIWZ.

Analiza powyższego dokumentu wskazuje, iż Odwołujący wskazał w jego treści z imienia i nazwiska 4 osoby (1 kierownika budowy i 3 kierowników robót), wskazując na rodzaj posiadanych uprawnień budowlanych, numer decyzji dotyczącej posiadanych uprawnień budowlanych, wykształcenie oraz doświadczenie w latach. Izba ustaliła, iż w powyższym dokumencie brak jest informacji potwierdzającej spełnienie warunku wskazującego na dysponowanie przynajmniej 1 osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy

syntetycznej lub nawierzchnią poliuretanową, która będzie brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż obowiązkiem ciążącym każdorazowo na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Zgodnie z normą prawną wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy obowiązek potwierdza również treść art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który stanowi, że: „Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”. Oznacza to, iż istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca spełnia warunki. Biorąc powyższe pod uwagę to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia przed Zamawiający w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż wykonawca w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności aby wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje. Powyższe jest konsekwencją przerzucenia przez ustawodawcę ciężaru udowodnienia powyższych okoliczności na wykonawcę.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z argumentacją zaprezentowaną przez Odwołującego w treści odwołania. Odwołujący wskazał, iż skoro przedstawił wykaz osób, którymi dysponuje i które będą brały udział w realizacji zamówienia to należy tym samym uznać, iż wykazał, iż dysponuje przynajmniej jedną osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej lub nawierzchnią poliuretanową, która będzie brała udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe nie znajduje jednak potwierdzenia w uzupełnionej przez Odwołującego dokumentacji. Biorąc pod uwagę treść warunku sformułowanego przez Zamawiającego (sekcja III, pkt 3.2. ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział 4 ust. 1 pkt 1 lit. c SIWZ), jak również żądanie aby wykaz osób obejmował m.in. informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia to brak potwierdzenia w uzupełnionym wykazie

wszystkich elementów składających się na treść warunku powoduje, iż nie sposób uznać, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby żaden z dokumentów znajdujących się pierwotnie w ofercie, jak również żaden z dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego na wezwanie nie potwierdza spełnienia spornego warunku. Również Odwołujący w toku rozprawy nie kwestionował powyższego faktu twierdząc jedynie, iż miał wątpliwości czy w uzupełnionym wykazie należy takie informacje załączyć, jak również wskazał, że Zamawiający mógł powyższe wątpliwości wyjaśnić w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie nie podziela stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

W ocenie Izby tytuł kolumny nr 4 wykazu osób jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca winien w tabeli zamieścić informacje obejmujące zakres i okres doświadczenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, podniesionym w toku rozprawy, nie można uznać, iż powyższa kolumna winna zawierać informacje o zakresie czynności, które osoby wskazane w wykazie będą wykonywały na etapie realizacji zamówienia. W ocenie Izby układ i treść tabeli załącznika nr 6 do SIWZ (wykaz osób) nie pozostawia żadnych trudności interpretacyjnych. W kolumnie drugiej wykonawca winien wskazać imię i nazwisko osoby, w kolumnie nr 3 funkcję przewidywaną dla poszczególnych osób na etapie realizacji zamówienia, w kolumnie nr 4 wszelkie informacje dotyczące posiadanego przez wskazane osoby doświadczenia zawodowego (jego zakres przedmiotowy i zakres czasowy), zaś w ostatniej kolumnie informacje dotyczące posiadanych kwalifikacji zawodowych.

Należy również wskazać, wbrew twierdzeniom Odwołującego podniesionym w toku rozprawy, iż samo oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie jest dokumentem wystarczającym dla oceny spełnienia warunków, w okolicznościach gdy zamawiający żądał, oprócz oświadczenia, dokumentów potwierdzających ich spełnienie. Powyższe wynika jednoznacznie z normy prawnej wyrażonej w art. 44 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. W niniejszym postępowaniu do dokumentów tych należał m.in. wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, którego żądał Zamawiający.

Wskazać należy, wbrew oczekiwaniom Odwołującego, iż potwierdzenie spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie może być przedmiotem domniemań. Biorąc pod uwagę zasadę pisemności postępowania wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz fakt, iż dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest m.in. oświadczenie własne wykonawcy składane w formie wykazu osób to właśnie z tego

dokumentu winno niezbicie wynikać, iż wykonawca spełnia postawiony w postępowaniu warunek.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w treści odwołania należy również wskazać, iż czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością jednorazową i wyczerpanie tej drogi uzupełnienia oferty odbiera Zamawiającemu prawo do dalszych wezwań w tym samym zakresie. Odwołujący w treści odwołania nie wskazuje innych możliwości konwalidacji dokonanych przez niego czynności żądając unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i wskazując, iż w związku z wątpliwościami Zamawiającego wyjaśnia, że Marian P. posiada doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej oraz nawierzchnią poliuretanową. Odwołujący na dowód powyższego przedstawił oświadczenie pana Mariana P., które wskazuje, że posiada on stosowne doświadczenie.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż niezależnie od prawdziwości powyższego oświadczenia, jego złożenie na etapie postępowania odwoławczego pozostaje bez wpływu na decyzję Zamawiającego. Powyższa czynność jest czynnością spóźnioną, nie została dokonana w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to z faktu, iż z żadnego z dokumentów załączonych pierwotnie do oferty Odwołującego oraz uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego nie wynika powyższy fakt.

Po drugie przedłożone jako dowód w toku rozprawy oświadczenie nie zostało wystawione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. MULTISPORT Karina Komornicka lecz przez nieuprawniony podmiot, który nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający słusznie uznał, iż Odwołujący nie wykazał, iż dysponuje przynajmniej 1 osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej lub nawierzchnią poliuretanową. Powyższy fakt, wbrew obowiązkom wynikającym z przepisów ustawy Pzp, nie został przez Odwołującego wykazany w toku postępowania przetargowego, lecz dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Nie zasługuje również na aprobatę podniesiony przez Odwołującego w toku rozprawy argument, że jeżeli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości, czy Odwołujący spełnia sporny warunek to winien wezwać go dodatkowo do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający, stwierdzając brak w ofercie Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wyczerpał dopuszczalną w ustawie procedurę uzupełnienia dokumentów. W ocenie Izby uzupełnione przez Odwołującego dokumenty (wykaz osób) nie pozastawiają żadnych wątpliwości uprawniających do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Z

uzupełnionych dokumentów jednoznacznie wynika, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach faktycznych i celem realizacji zamierzonego przez Odwołującego skutku zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp byłoby *de facto* powtórnym uzupełnieniem dokumentów, gdyż nie wyjaśniałoby istniejących w treści złożonych lub uzupełnionych dokumentów wątpliwości lecz stanowiłoby uzupełnienie treści tychże dokumentów o nowe informacje – nie znajdujące się w nich pierwotnie.

Możliwość wezwania do wyjaśnień istniałaby w przypadku, gdyby Odwołujący wskazał w złożonej ofercie lub w uzupełnionych dokumentach, że dysponuje osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na budowie boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy syntetycznej lub nawierzchnią poliuretanową, lecz nie określiłby do której z osób wskazanych w wykazie ten zapis się odnosi. W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący w ogóle nie potwierdził, iż dysponuje osobą posiadającą wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a więc brak jest podstaw do wyjaśniania jakichkolwiek wątpliwości.

Tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp Zamawiający był zobligowany do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania. Powyższe powoduje, iż nie doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jak również nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wskutek zatrzymania wadium Izba uznała, iż nie zasługuje on również na uwzględnienie.

Po pierwsze Izba ustaliła, w oparciu o treść pkt 9 (zestawienie ofert) zawartego w druku ZP-PN, iż Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę z ceną 1.054.597,48 zł brutto, zaś oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wskutek wykluczenia Odwołującego z postępowania oferowała realizację przedmiotu zamówienia za cenę 1.064.000,00 zł brutto (InterHall Spółka z o.o.).

Po drugie Izba ustaliła, iż zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%). Tym samym Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 20.05.2011 r. znak IR.272.1.10.2011.III poinformował Odwołującego, iż wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucił złożoną przez tego wykonawcę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiajacy w powyższym piśmie wskazał, iż w następstwie złożenia dokumentu nie potwierdzającego

spełnienie warunku udziału w postępowaniu zatrzymuje wadium wraz z odsetkami zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W powyższym stanie faktycznym Izba podziela w całej rozciągłości argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 01.06.2011 r.). Jednakże, w ocenie Izby, zawarte tam argumenty i przywołaną opinię Urzędu Zamówień Publicznych należy odnieść jedynie do wykonawcy, którego oferta, w przypadku skutecznego uzupełnienia dokumentów, byłaby ofertą najkorzystniejszą ekonomiczne. W przypadku wykonawcy, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie w danym postępowaniu, uzupełnienie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy zrównać z brakiem uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe wynika z roli jaką pełni instytucja zatrzymania wadium uregulowana w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, która został wprowadzona celem eliminacji tzw. „zmów przetargowych".

Izba w niniejszym składzie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 409/10, w którego wynika, iż „Artykuł 46 ust. 4 p.z.p. ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy. Dlatego też powinien być interpretowany w sposób zgodny z wykładnią celowościową, a mianowicie z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony, tj. wyłącznie w celu zapobiegania zmowom wykonawców". Takie było *ratio legis* ustawodawcy wprowadzającego instytucję uregulowaną w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i takie też przesłanki winny być brane pod uwagę w stosowaniu powyższej instytucji.

Istniejące rozbieżności interpretacyjne dotyczące instytucji uregulowanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp znalazły swoje odzwierciedlenie w pkt 8 zatytułowanym „zmiany dotyczące wadium" uzasadnienia projektu założeń projektu zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z implementacją Dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. (skierowanego do uzgodnień międzyresortowych) opublikowanego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (www.uzp.gov.pl), w zakładce „Serwis informacyjny" – „Aktualności" (http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1186).

W uzasadnieniu tym zostało na str. 75 i 76 wskazane, że: „Obecna regulacja dotycząca zatrzymania wadium w związku z nieuzupełnieniem dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, przewidziana w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie spełnia oczekiwań w zakresie realizacji celu tego przepisu. Zdarzają się przypadki, zatrzymania wadium z powodu obawy przed poniesieniem odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w okolicznościach, w których nieuzupełnienie dokumentu w żaden sposób nie mogło być podyktowane nieuprawnionym wpływem na przebieg postępowania. Przepis ten podważa zasadę otwartości systemu zamówień publicznych na konkurencję. Zatrzymanie wadium w okolicznościach w których wykonawca

składa ofertę w dobrej wierze i z okoliczności nie wynika nastawienie na utrudnienie konkurencji zniechęca przedsiębiorców do udziału w postępowaniach przede wszystkim ze szkodą dla samych zamawiających, którzy w warunkach ograniczonej konkurencji mają mniejsze szanse na uzyskanie rzeczywiście korzystnej oferty. Stąd też, proponuje się modyfikację ww. przepisu w ten sposób, aby zatrzymanie wadium wraz z odsetkami miało miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, iż wykonawca w celu udaremnienia lub utrudnienia postępowania o udzielenie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pełnomocnictw lub oświadczeń nie złożył albo złożył je i nie wykazał spełniania warunków lub wymagań określonych przez zamawiającego". Powyższe uzasadnienie projektu wskazuje, iż rozumienie instytucji uregulowanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w ten sposób, iż każde nieuzupełnienie dokumentów, niezależnie od jego wpływu na wynik postępowania i niezależnie od okoliczności mających miejsce w postępowaniu, powinno skutkować zatrzymaniem wadium jest sprzeczne z zasadą otwartości systemu zamówień publicznych, tj. sprzeczne z jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych Wspólnot Europejskich. Powyższe zostało dostrzeżone przez krajowego ustawodawcę, który postanowił dokonać zmiany art. 46 ust. 4a ustawy Pzp celem eliminacji istniejących działań naruszających zasady systemu zamówień publicznych.

W ocenie Izby z uzasadnionym przypuszczeniem, iż nieuzupełnienie dokumentów lub ich uzupełnienie w sposób nie wskazujący na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ma na celu udaremnienia lub utrudnienie postępowania, jak również wpływ na jego wynik mamy do czynienia w przypadku, gdy dotyczy ono wykonawcy, którego oferta zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, gdyby doszło do skutecznego uzupełnienia dokumentów.

W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zatem gdyby Odwołujący dokonał skutecznego uzupełnienia dokumentów, tj. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu to jego oferta zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert, gdyż złożył on ofertę z najniższą ceną.

Izba wskazuje również, iż na powyższą okoliczność nie ma wpływu fakt, iż Odwołujący w toku rozprawy przedstawił dowód, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jak zostało wskazane w pkt II niniejszego uzasadnienia za takie przyczyny nie może być uznana niejednoznaczna treść postanowień SIWZ. Jak wskazała Izba w uzasadnieniu oddalenia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zapisy SIWZ oraz wzór wykazu osób nie mogły budzić wątpliwości interpretacyjnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż istniały podstawy do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i tym samym zatrzymania wadium. Wobec

powyższego Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Należy wskazać również, iż nawet potwierdzenie się tego zarzutu nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż na przeszkodzie temu stoi art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……