

Sygn. akt KIO 2253/10

**WYROK**  
**z dnia 2 listopada 2010 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska**  
**Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 października 2010 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z Siedzibą w Katowicach przy ulicy Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Stawki 40, 01-040 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z Siedzibą w Katowicach przy ulicy Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania E1, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „ Katowice ” w Pyrzowicach realizowanych w ramach zadania pod nazwą: „Port lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”* (nr sprawy: 8/JRP/2010). opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 czerwca 2010 roku pod numerem 2010/S 124-190207.

7 października 2010 roku Zamawiający wezwał (faks) wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Stawki 40, 01-040 Warszawa** na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów tj. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w Wykazie robót.

18 października 2010 roku Odwołujący - wykonawca **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Stawki 40, 01-040 Warszawa** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego dotyczącej wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentów, podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- ~ art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył w terminie wszystkie dokumenty wymagane przez

Zamawiającego wskazane w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),

- ~ art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy - poprzez uznanie, iż dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- ~ art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 5 i 6, a także art. 41 pkt 7 ustawy - poprzez dokonanie, w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów, modyfikacji (rozszerzenia) opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo, iż Zamawiający ma obowiązek wskazania ww. opisu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ i nie ma możliwości ich zmiany po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- ~ unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- ~ stwierdzenia, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu poprzez przedłożenie dokumentów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
- ~ dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący, wykazuje w odwołaniu, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący może bowiem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. W skutek nieuprawnionego uznania, iż przedłożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a zatem pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy na roboty budowlane obejmujące rozbudowę płaszczyzny postoju samolotów PPS 1 w kierunku wschodnim wraz z modernizacją dróg kołowania E1, E2 i D w Międzynarodowym Porcie Lotniczym „Katowice” w Pyrzowicach realizowanych w ramach zadania pod nazwą „Port lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania.

Odwołujący uzasadnia następująco swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu:

Zamawiający jako jeden z warunków udziału w postępowaniu wskazał, iż wykonawca winien wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej budowę nowej nawierzchni lotniskowej w technologii betonu cementowego o powierzchni co najmniej 50 000 m<sup>2</sup> z robotami odwodnieniowymi i elektrycznymi. Zamawiający wskazał ponadto, iż powyższa robot budowlana musi zostać potwierdzona dokumentem, z którego wynika, iż została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

Odwołujący zaznaczył, iż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu a otwarcie ofert nastąpiło 9 sierpnia 2010 roku.

Odwołujący podniósł, iż na potwierdzenie spełniania powyższego warunku załączył do oferty *Wykaz wykonanych robót*, w którym wskazał roboty budowlane zrealizowane w latach 2002-2007 jako samodzielne części inwestycji mającej na celu rozbudowę Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa - Okęcie. Z uwagi na fakt, iż użytkowanie tych części obiektu zgodnie z ich przeznaczeniem możliwe jest bez konieczności zakończenia innych robót budowlanych składających się na całą inwestycję, należy uznać je jako wykonane zamówienie. Zostały one bowiem zakończone i oddane Inwestorowi, a w rezultacie oddane do użytkowania na mocy decyzji właściwych organów. Roboty te, wyjaśnił Odwołujący, zgodne są z wymaganiami zawartymi w SIWZ, co też nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego. W celu wykazania, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, iż powyższe roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, Odwołujący załączył do oferty kopie decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, na mocy których wydane zostały pozwolenia na użytkowanie „części zamierzenia inwestycyjnego” wskazane w decyzjach (oraz w Wykazie wykonanych robót). Okoliczność wydania ww. decyzji w sposób bezspreczny potwierdza, w ocenie Odwołującego, iż roboty budowlane wskazane w ich treści były wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w przeciwnym bowiem wypadku nie nastąpiłoby oddanie ich do użytkowania.

Odwołujący uznał, iż wezwanie Zamawiającego z 7 października 2010 roku do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w Wykazie robót stanowi czynność sprzeczną z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r.

Nr 223, poz. 1655, z późn. zm. – dalej ustawa), z uwagi na fakt, iż Zamawiający w oparciu o powyższy przepis ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia dokumentu wyłącznie w sytuacji, gdy nie został on złożony w terminie (tj. w przedmiotowym przypadku - wraz z ofertą) lub złożony dokument zawiera błędy.

Odwołujący podniósł, że powyższa okoliczność nie zachodzi, ponieważ Odwołujący złożył wszystkie dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu oraz w SIWZ, a w szczególności dokumenty potwierdzające, iż roboty budowlane wskazane w Wykazie wykonanych robót wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący argumentował, że z treści złożonych dokumentów (kopii decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego) wyraźnie wynika, iż wraz z wnioskami o wydanie pozwolenia na użytkowanie oddawanych części obiektu przedłożone zostały wszystkie wymagane dokumenty (dzienniki budowy, oświadczenie kierownika budowy, protokoły badań i sprawdzeń, inwentaryzacje geodezyjne powykonawcze) i brak było zastrzeżeń co do tych dokumentów. Ponadto w treści decyzji zacytowano również treść protokołów z obowiązkowej kontroli budowy, które potwierdzają, iż roboty budowlane wykonane są zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę, z zatwierdzonym projektem budowlanym, z Prawem budowlanym, a także uporządkowano teren budowy w sposób umożliwiający korzystanie z oddawanych płyt lotniskowych, części parkingów oraz układu drogowego. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę treść ww. dokumentów, a także z uwagi na okoliczność wydania decyzji zezwalających na użytkowanie oddawanych części obiektu, nie może budzić wątpliwości fakt, iż dokumenty złożone wraz z ofertą potwierdzają, iż roboty wskazane w Wykazie wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ich ukończenie.

Dodatkowo, Odwołujący podkreślił, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt IV.2 SIWZ) Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wykonawca ma obowiązek przedłożyć dokument potwierdzający wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie. W powyższym punkcie SIWZ zawarta została dodatkowa uwaga, z której wynika, iż za dokument spełniający wymagania Zamawiającego uznany zostanie również dokument referencyjny potwierdzający należyte wykonanie roboty budowlanej. Zapis ten określa *de facto* katalog dokumentów w ten sposób, iż dokument referencyjny potwierdzający należyte wykonanie roboty budowlanej jest jednym z rodzajów dokumentów potwierdzających wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe

ich ukończeniu. W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego, w sytuacji, gdy Zamawiający w piśmie wzywającym do uzupełnienia brakujących dokumentów zarzuca, iż „z załączonych do oferty Decyzji Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nie wynika, że roboty zostały wykonane należyście, a zatem w terminie, w pełnym zakresie, itp.”, Odwołujący wywiódł, iż Zamawiający formułuje na etapie oceny ofert dodatkowe wymagania, które nie zostały uprzednio zawarte ani w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu ani w SIWZ. Zachowanie takie jest całkowicie nieuprawnione i sprzeczne z przepisami ustawy a w szczególności z art. 7 ust. 1 oraz 25 ust. 1 ustawy.

Odwołujący w oparciu o SIWZ uznał, iż jako należyte wykonanie robót budowlanych Zamawiający rozumiał wykonanie ich zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie - i informacje w takim zakresie winny być zawarte w dokumentach składanych wraz z ofertą. Dlatego też zarzut braku informacji odnośnie terminowości wykonania robót, a tym bardziej pełnym zakresie, jest w ocenie Odwołującego nieuprawniony, jako nie oparty na żadnych wymaganiach Zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu ani w SIWZ.

Odwołujący argumentował, iż uwzględniając treść przedkładanych dokumentów, potwierdzających zgodnie z żądaniem Zamawiającego, iż roboty wskazane w Wykazie wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, spełnił wymóg przedłożenia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, a rezultacie wykazał spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też, brak uznania złożonych wraz ofertą dokumentów - decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego jako potwierdzających należyte wykonanie robót poprzez stwierdzenie ich wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie, a w rezultacie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, stanowi naruszenie przepisów ustawy i jako takie winno skutkować unieważnieniem ww. czynności.

**27 października 2010 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcę MAX-BÖGL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Światowida 6, 71-726 Szczecin.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 18 października 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu (18 października 2010 roku).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym Zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcę MAX-BÖGL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Światowida 6, 71-726 Szczecin, bowiem przystąpienie zostało zgłoszone z uchybieniem ustawowego terminu.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne: *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpływie odwołania 18 października 2010 roku.

Po drugie, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło 27 października 2010 roku (Zgłaszający przystąpienie przesłał zgłoszenie przystąpienia faksem 21 października 2010 roku). Wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. zgodnie z art. 185 ust 2 ustawy - *Wykonawca może*

*zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy 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 wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 7 października 2010 roku (pismo GTL/DZM/2631/2010).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone pisemnie w tym: Odpowiedź na odwołanie złożoną przez Zamawiającego oraz Pismo procesowe Odwołującego wraz z przedstawionymi dowodami tj.: szczegółowe warunki kontraktu na rozbudowę Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie, Aneks nr 2 do aktu umowy na rozbudowę Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie, Harmonogram rzeczowo – finansowy rozbudowy Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie z 25 sierpnia 2004 roku, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzucając przez Odwołującego Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6, a także art. 41 pkt 7 ustawy Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, że Zamawiający niewłaściwie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w ocenie Izby nie potwierdziło się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w części IV pkt 2 został sprecyzowany następujący warunek:

*„ 2. Posiadają wiedzę i doświadczenie. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą budowę nowej nawierzchni lotniskowej w technologii betonu cementowego o powierzchni co najmniej 50 000 m<sup>2</sup> wraz z robotami odwodnieniowymi i elektrycznymi. Pod pojęciem nawierzchni lotniskowej należy rozumieć drogę startową, drogę kołowania lub płaszczyznę postoju statków powietrznych. Powyższa robota budowlana musi zostać potwierdzona dokumentem, z którego wynika, że została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Uwaga: jeżeli z treści powyższego dokumentu będzie wynikało, że robota została wykonana należycie, Zamawiający uzna taką treść referencji za potwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”*

W części V pkt 7 SIWZ Zamawiający określił dokumenty jakie ma złożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia powyżej wskazanego warunku:

*„Wykaz wykonanych robót budowlanych, o których mowa w punkcie IV.2 SIWZ w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że robota ta została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona – załącznik nr 5 do SIWZ”.*

W złożonej ofercie Odwołujący na stronie 71 i 72 zawarł wykaz wykonanych robót budowlanych następnie na stronach 73 do 81 załączył Decyzje Mazowieckiego Inspektora

Nadzoru Budowlanego (Decyzja Nr 1437/06, Decyzja Nr 1180/05, Decyzja Nr 1372/06) w przedmiocie wydania pozwolenia na użytkowanie odpowiednich części zamierzenia inwestycyjnego oraz na stronach 82-84 oferty załączył trzy strony aktu umowy zawartej z Przedsiębiorstwem Państwowym „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, której treść potwierdza wartość kontraktu.

Zamawiający pismem z 7 października 2010 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wykazanych w wykazie robót. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż *„z załączonych do oferty Decyzji Mazowieckiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nie wynika, że roboty zostały wykonane należyście, a zatem w terminie, w pełnym zakresie itp., (...)”*

Zamawiający złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie” uzasadniając, iż stanowisko Odwołującego jest niezasadne tym bardziej, iż w dniu 18 października 2010 roku Odwołujący przedłożył Zamawiającemu kopie Protokołów Kontroli Obowiązkowej dotyczących robót budowlanych wskazanych w Wykazie wykonanych robót budowlanych załączonym do oferty Odwołującego – tym samym, wskazał w piśmie Zamawiający, Odwołujący uczynił zadość wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów.

Odnosząc się do zarzutów z odwołania Izba na wstępie wskazuje, że zgodnie art. 25 ust. 1 ustawy *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją art. 25 ust. 2 Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem*

*niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną – w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie).*

Na podstawie § 1 pkt 1 ppkt 2 rozporządzenia *W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 2) wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Rozporządzenie powyżej wymienione obowiązuje od 30 grudnia 2009 roku, a jego wprowadzenie związane było z nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych dokonaną ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).*

Obowiązujące do 30 grudnia 2009 roku Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 pkt 2 ppkt* uprawniało Zamawiającego do żądania, w celu potwierdzenia przez wykonawców posiadanej niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wykazu wykonanych robót budowlanych oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych robót budowlanych.

Izba wskazuje, że już sama językowa wykładnia obowiązującego przepisu rozporządzenia, przy jednoczesnym uwzględnieniu dotychczasowego brzmienia prowadzi do wniosku, iż dokumenty składane przez wykonawców wraz z ofertą na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia muszą potwierdzać wykonanie wykazanych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a zarazem wykonawca musi wykazać prawidłowe ukończenie tychże robót. Koniunkcja zawarta w tym przepisie pozwala na sformułowanie wniosku niezbędności kumulatywnego spełnienia dwóch warunków tj. realizacji roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (co niewątpliwie potwierdzi Decyzja w przedmiocie wydania pozwolenia na użytkowanie) oraz prawidłowego ukończenia roboty budowlanej. W ocenie Izby istotnym jest również fakt, iż wykazanie przez wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia wymagań ukształtowanych przez Zamawiającego ma znaczenie dalekosiężne, bowiem stanowi kluczowy element wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zamawiający zobowiązany do oceny dokumentów składanych przez wykonawców opiera się na przedstawionym materiale i nie może domniemywać, że zostały wypełnione przesłanki niezbędne do oceny tych dokumentów przesłanki.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał badania dokumentów złożonych wraz z ofertą, które potwierdzały: po pierwsze, wykonanie wykazanej roboty zgodnie ze sztuką budowlaną – czyli potwierdzały pierwszy, z dwóch niezbędnych do spełnienia elementów należytego potwierdzenia robót zwartych w wykazie zrealizowanych robót; po drugie, wartość kontraktu w oparciu o jaki była owo robota realizowana. Dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą stanowiły jedynie częściowe potwierdzenie wymagań, bowiem z żadnego z tych dokumentów nie wynikało potwierdzenie prawidłowości ukończenia roboty. W tym stanie rzeczy Zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust 3 ustawy, który definiuje obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego. Izba wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany jest, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków*

*udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert – wezwać wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów jednoznacznie podał jaki zakres informacji nie został potwierdzony w złożonych dokumentach: „Z załączonych do oferty Decyzji Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nie wynika, że roboty zostały wykonane należycie, a zatem w terminie, w pełnym zakresie itp.(...)”*

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia zawarty w odwołaniu zarzut, iż poprzez użycie zwrotu „*wykonane należycie*” w wezwaniu do złożenia dokumentów Zamawiający formułuje nowy wcześniej nie określony warunek poprzez rozszerzenie dotychczasowo ukształtowanego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący nie wziął, bowiem pod uwagę całości oświadczenia złożonego w wezwaniu przez Zamawiającego, lecz odniósł się do poszczególnych słów zawartych w tym dokumencie. Zamawiający w Wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 7 października 2010 roku wykazał podstawy prawne swojego działania oraz uzasadnił faktyczne powody wezwania: „*Z załączonych do oferty Decyzji Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nie wynika, że roboty zostały wykonane należycie, a zatem w terminie, w pełnym zakresie itp. zatem wnosimy o uzupełnienie oferty we wskazanym zakresie*”.

Uwzględniając powyższe, to jest prawidłowość dokonanej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia w świetle obowiązujących przepisów oraz regulacji SIWZ i treści Wezwania do uzupełnienia dokumentów, Izba uznała, iż czynność Zamawiającego wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów była właściwa.

Poza rozstrzygnięciem w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu pozostaje interpretacja ewentualnie składanych przez wykonawców w postępowaniu tzw. referencji zawierających w swej treści zwrot „*należycie wykonane*”, bowiem nie stanowi to przedmiotu sporu pomiędzy stronami. Izba zaznacza jedynie, iż w treści rozporządzenia nie został zdefiniowany katalog dokumentów jaki mają posługiwać się wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Istotne natomiast jest aby dokumenty, którymi posługują się

wykonawcy potwierdzały, iż roboty budowlane którymi się wykazali zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący przedstawił na rozprawie Pismo procesowe Odwołującego wraz z następującymi dokumentami: szczegółowe warunki kontraktu na rozbudowę Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie, Aneks nr 2 do aktu umowy na rozbudowę Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie, Harmonogram rzeczowo – finansowy rozbudowy Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie z 25 sierpnia 2004 roku, które, jak podniósł pełnomocnik Odwołującego, wskazują na terminowość realizacji inwestycji oraz realizacje w zakresach zgodnych z warunkami kontraktu. Uzasadniając stanowisko Odwołujący wykazał, iż zgodnie z zawartą umową w przedmiocie rozbudowy Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa – Okęcie jednym z postanowień kontraktu było, iż roboty jak i każdy z odcinków prac zostaną przejęte przez Zamawiającego, kiedy zostaną ukończone zgodnie z kontraktem. Terminy realizacji inwestycji, uzasadniał pełnomocnik Odwołującego, wynikają natomiast ze złożonych na rozprawie harmonogramów rzeczowo – finansowych. Harmonogramy te wraz ze szczególnymi warunkami kontraktu, wskazującymi, na gruncie tej konkretnej umowy, kiedy roboty uznane są za prawidłowo ukończone w zestawieniu z decyzjami załączonymi do oferty pozwalają ocenić prawidłowe ukończenie poszczególnych etapów zamierzenia inwestycyjnego wskazanego w Wykazie wykonanych robót budowlanych. Odwołujący na rozprawie wykazał się posiadaniem dokumentów, które pozwolą Zamawiającemu na dokonanie oceny prawidłowości ukończenia wykazanych w wykazie robót budowlanych, czyli spełnienie drugiej z przesłanek zawartych w przepisie § 1 pkt 1 ppkt 2 rozporządzenia. W ocenie Izby, argumentacja podnoszona przez Odwołującego potwierdza, iż Zamawiający dokonał prawidłowo analizy i badania oferty Odwołującego. Niewątpliwie Zamawiający nie miał możliwości w oparciu o załączone do oferty dokumenty uznać, iż Odwołujący potwierdził złożonymi dokumentami poprawność ukończenia inwestycji.

Izba wskazuje, iż w świetle powyższego, uwzględniając materiał dowodowy przedstawiony na rozprawie, ofertę i złożone w dniu 18 października 2010 roku przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnione dokumenty, Zamawiając zobowiązany jest do dokonania oceny wymienionych powyżej dokumentów łącznie w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6, a także art. 41 pkt 7 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu, bowiem Zamawiający przedłożył na rozprawie jedynie spis kosztów nie składając rachunków w zakresie wyszczególnionych pozycji w spisie kosztów. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) 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* - „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy” – Izba uwzględniła wniosek o zasądzenie kosztów jeżeli jest on poparty stosownymi rachunkami.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....