Sygn. akt: KIO 1112/13
Sygn. akt: KIO 1113/13
Sygn. akt: KIO 1114/13

WYROK

z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Sylwester Kuchnio**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2013 r. przez:

a) A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (sygn. akt: KIO 1112/13 oraz KIO 1113/13),
b) J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (sygn. akt: KIO 1114/13),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Skrzyszów z siedzibą w Skrzyszowie;

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża:
   a) A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART. Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (sygn. akt: KIO 1112/13 oraz KIO 1113/13),
   b) J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (sygn. akt: KIO 1114/13),

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

a) A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (sygn. akt: KIO 1112/13 oraz KIO 1113/13),
b) J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (sygn. akt: KIO 1114/13),

- tytułem wpisów od odwołania,

2.2. zasądza:

a) od A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (sygn. akt: KIO 1112/13 oraz KIO 1113/13),
b) od J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (sygn. akt: KIO 1114/13),

na rzecz Gminy Skrzyszów z siedzibą w Skrzyszowie, kwotę 10 800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysiące osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowań odwoławczych poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:

- od A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (sygn. akt: KIO 1112/13 oraz KIO 1113/13) kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),
- od J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (sygn. akt: KIO 1114/13) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

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 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 Tarnowie.

Sygn. akt: KIO 1112/13
Sygn. akt: KIO 1113/13
Sygn. akt: KIO 1114/13

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Skrzyszów z siedzibą w Skrzyszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2024 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

1) zagospodarowanie przestrzeni publicznej w Górnym Skrzyszowie (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 28.03.2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 124086),
2) budowę parkingu i chodnika w Łękawicy (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 28.03.2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 126630).

W dniu 7 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku przetargu na zagospodarowanie przestrzeni publicznej w Górnym Skrzyszowie, w tym o wykluczeniu z udziału w postępowaniu A..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TRANS-ART Artur Trytko" w Bobrownikach Wielkich (zwanego dalej „TRANS-ART") oraz w dniu 8 maja br. o zatrzymaniu wniesionego przez ww. wykonawcę wadium.

W dniu 7 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku przetargu na budowę parkingu i chodnika w Łękawicy, w tym o wykluczeniu z udziału w postępowaniu TRANS-ART oraz J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BRATKO Brukarstwo i Budownictwo" w Radłowie (zwanego dalej „BRATKO") oraz w dniu 8 maja br. o zatrzymaniu wadiów wniesionych przez ww. wykonawców.

Sygn. akt: KIO 1112/13

W dniu 13 maja 2013 r. TRANS-ART wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (oznaczone sygn. akt Izby KIO 1112/13) względem ww. czynności zamawiającego, dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zagospodarowanie przestrzeni publicznej w Górnym Skrzyszowie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez wykluczenia P.P.H.U. “TRANS-ART”, pomimo wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. Art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium złożone przez P.P.H.U. “TRANS-ART” w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienie czynności badania i oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert,
3) unieważnienie czynności wykluczenia P.P.H.U. “TRANS-ART” z postępowania,
4) uznanie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
5) unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego dokonanej przez Zamawiającego w dniu 08 maja 2013 r.
6) dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego jako niepodlegającej wykluczeniu,
7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podniósł, iż Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 maja 2010 r. (V CSK 456/09) wskazał, iż „nie ma wątpliwości co do tego, że czynność zatrzymania wadium jest czynnością związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym na zasadach określonych w ustawie PZP przysługują od niej środki ochrony prawnej.”

Ponadto w uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[…]

Pismem z dnia 07 maja 2013 r., - znak: IR.271.8.2013 Zamawiający - Gmina Skrzyszów zawiadomił, że w przetargu nieograniczonym na: „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w Górnym Skrzyszowie” Wykonawca P.P.H.U. “TRANS-ART” z/s w Bobrownikach Wielkich został na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4) Ustawy PZP wykluczony z postępowania gdyż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający wskazał, iż

ofertę wykluczonego Wykonawcy uznaje za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy PZP w skutek nieuzupełnienia dokumentów pomimo jego wezwania do uzupełnienia. Brak jednocześnie rozwinięcia uzasadnienia faktycznego powodów wykluczenia ze strony Zamawiającego a jedynie krótkie stwierdzenie.

Uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający skierował do Wykonawcy odrębnym pismem z dnia 08 maja 2013 r. przesłanym faxem i wskazał, iż Wykonawca pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w odpowiedzi nie złożył wymaganych dokumentów a jedynie złożył wyjaśnienia, że do oferty złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę został załączony wykaz najważniejszych robót wg załącznika nr 4 do SIWZ, spełniający warunki zapisane w rozdz. V ust. 1.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a roboty tam wykazane są wg interpretacji Wykonawcy zbieżne z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w swoim uzasadnieniu oświadczył, iż w skutek nie uzupełnienia dokumentów działając na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy PZP, Zamawiający zatrzymuje wadium wykluczonemu wykonawcy.

Zarówno z czynnością Zamawiającego wykluczenia P.P.H.U. “TRANS-ART” jak również zatrzymaniem wadium w świetle wskazanych poniżej powodów nie sposób się zgodzić.

Jednym z wymagań Zamawiającego stawianych wykonawcom było posiadanie wiedzy i doświadczenia a Zamawiający uzna, że warunek wiedzy i doświadczenia będzie spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie 5 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę odpowiadającą robotom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna robotę budowlaną polegającą na budowie boiska z nawierzchnią poliuretanową o wartości co najmniej 200 tyś zł oraz budowę chodnika (lub innych robót brukarskich) o wartości co najmniej 100 tyś zł każda lub po 2 roboty polegające na budowie chodnika (lub innych robót brukarskich) o wartości co najmniej 100 tyś zł każda (w tym przypadku 4 roboty) - [rozdz. V ust. 1.1.2 SIWZ].

Należy również wskazać, iż załączony do SIWZ załącznik nr 4 wskazuje wyraźnie, iż Zamawiający żądał do spełnienia warunków od Wykonawców „Wykazu najważniejszych robót” a w świetle komentarzy i interpretacji do nowelizacji ustawy Pzp to Wykonawca a nie Zamawiający decyduje, które roboty budowlane są dla niego „najważniejsze” .

Wykonawca P.P.H.U. “TRANS-ART” z/s w Bobrownikach Wielkich w złożonej w przetargu ofercie dołączył wykaz: 2 robót na wykonanie boiska z nawierzchni poliuretanowej oraz 4 roboty brukarskie wszystkie o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dlatego działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Wykonawcy, który uznał, iż

prawidłowo złożył wykaz „najważniejszych” wykonanych przez siebie robót w załączniku nr 4 należy uznać za nie prawidłowe lub wynikające z nadinterpretacji zapisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Szeroka linia orzecznicza oraz wykładnie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp potwierdzają tylko stanowisko Odwołującego a mianowicie w przypadku kiedy Wykonawca potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, przy czym sposób takiego potwierdzenia, w tym treść przedstawianych na tą okoliczność dokumentów nie odpowiada wymaganiom, określonym w SIWZ, dopuszczalna jest kompleksowa ocena spełnienia takiego warunku, która może pozwolić na zaniechanie wszczynania postępowania uzupełniającego.

Zgodnie z dominującą linią orzeczniczą KIO, treść przedstawionego w ofercie wykazu wykonanych robót oraz treść referencji powinny być analizowane łącznie, jednak z treści każdego z tych dokumentów bezwzględnie powinno wynikać, jaki podmiot zrealizował zamówienie (KIO 2148/11). Referencje mogą stanowić uzupełnienie informacji zawartych w wykazie i tym samym stanowić wypełnienie obowiązku podania szczegółowych informacji na temat zakresu poszczególnych zadań. Sam fakt uszczegółowienia zakresu przedmiotowego w listach referencyjnych, a nie w wykazie robót ma jedynie charakter formalny.

W ocenie KIO, czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. ze względu na jej cel i konsekwencje jest czynnością ostateczna i winna być stosowana w wypadku. gdy brak jest wątpliwości co do faktu, że przedstawione przez wykonawcę dokumenty zawierają braki lub błędy, jak również gdy brak jest wątpliwości, że wskazane w wykazie pożycie nie potwierdzają spełnienia warunku i brak jest możliwości ustalenia tego faktu w inny sposób, ti. choćby poprzez złożenie wyjaśnień (KIO 2683/11).

Skoro więc wykaz robót wykazany przez Odwołującego spełnia wymogi określone SIWZ wykluczenie P.P.H.U. “TRANS-ART” i odrzucenie oferty tego wykonawcy należy uznać za dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy PZP i powinno zostać uchylone.

Odnośnie zatrzymania przez Zamawiającego wadium złożonego przez Odwołującego, w pierwszej kolejności podnieść należy, iż w piśmie z dnia 24 kwietnia 2013 r., nr IR.271.8.2013 Zamawiający wezwał do uzupełnienia złożonych dokumentów nie wskazując czego konkretnie się domaga pisząc wymijająco, iż Wykonawca złożył tylko 6 robót a należy złożyć pełen wykaz zrealizowanych robót przez Odwołującego z ostatnich 5 lat. Reasumując Wykonawca nie wiedział dokładnie jakie konkretne roboty powinien uzupełnić, czy to mają być roboty zbieżne z przedmiotem zamówienia a takie zostały złożone czy też wykaz wszystkich rodzajów robót jakie wykonał Wykonawca w ciągu ostatnich 5 lat nawet tych nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Można sobie jedynie wyobrazić jak byłaby objętość dokumentów w takim wykazie a nie mających przy tym żadnego wpływu na wynik tego postępowania.

Powód kwestionuje również by podstawą prawną zatrzymania przez pozwanego wadium w niniejszej sprawie mógł być art. 46 ust. 4a PZP. Zgodnie z tym przepisem 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 wykonawca udowodni, ze wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. Z treści przytoczonego przepisu wynika, że jedną z jego przesłanek jest zasadne i prawidłowe wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów. A contrario można wnosić, że jeżeli wezwanie było nieprawidłowe, to jedna z przesłanek art. 46 ust. 4a PZP nie została spełniona.

Ponadto wskazać należy, iż już wykładnia językowa art. 46 ust. 4a PZP prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż ma on zastosowanie wyłącznie w takim przypadku, gdy dokumenty, o których złożenie wzywał zamawiający lub wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Odwołujący w ustawowo określonym terminie złożył wyjaśnienia Zamawiającemu, nie zaistniały więc żadne podstawy do zastosowania zacytowanego przepisu z tak drastycznymi dla Wykonawcy konsekwencjami (kwota zatrzymanego wadium wynosi 10.000,00 zł).

Przedstawiony stan faktyczny prowadzi do wniosków, iż Zamawiający nie określając czego konkretnie domaga się od Wykonawcy, następnie zaskakuje Wykonawcę stwierdzeniem, iż Wykonawca złożył wyjaśnienia a zdaniem Zamawiającego powinien uzupełnić dokumenty, co prowadzi do zadziwiających wniosków, iż prowadzone | postępowanie nie opiera się na określonych zasadach lecz jest swoistą loterią bądź też w żaden sposób nieograniczoną swobodą uznaniową Zamawiającego, co nie może spotkać się z akceptacją.

Jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r., o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, „Istotna z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego jest propozycja zawarta w art. 46 ust. 4a, Wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do

zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych.” Należy mieć zatem na uwadze, iż celem dla którego ustawodawca uchwalił art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych było przeciwdziałaniu działaniom wykonawców, którzy dokonywali tzw. „zmowy” celem uzyskania zamówienia publicznego o znacznie wyższej wartości niż faktycznie można było je wykonać. Dlatego też w doktrynie oraz orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych przyjęte jest, iż przepis ten jako wprowadzający normę o charakterze restrykcyjnym powinien być interpretowany w sposób ścisły i zawężający. W ten sposób | wypowiedziała się m. in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r.

(w sprawie do sygn. akt KIO/UZP/1530/08).

Podkreślić należy, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż złożona oferta cenowa przez P.P.H U. “TRANS-ART” klasyfikowała ją na miejscu drugim.

W powołanym orzeczeniu wskazano również na różnice pomiędzy treścią art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 46 ust. 4a PZP, które przemawiają, również w opinii Odwołującego, za restrykcyjną wykładnią tego ostatniego przepisu. Konsekwencją różnicy, jaka zachodzi w treści obu przepisów jest to, że zamawiający będzie uprawniony do wykluczenia danego wykonawcy zarówno wówczas, gdy wykonawca ten w ogóle nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak i wówczas, gdy dokumenty te zawierają błędy, natomiast uprawnienie do zatrzymania wadium powstanie po stronie zamawiającego jedynie w pierwszej sytuacji. O błędach w złożonych dokumentach można „mówić gdy dokument został dołączony, ale nie spełnia wymagań formalnych | stawianych przez zamawiającego (np. dokument nieaktualny, tj. wystawiony wcześniej niż w wymaganym terminie, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu czy potwierdzenia za | zgodność z oryginałem, nieczytelny) lub gdy nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także warunków przedmiotowych” (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2009, Legalis). W pojęciu złożenia dokumentów zawierających | błędy mieszczą się więc zarówno braki merytoryczne jak i formalne. Natomiast zwrot „nie złożenie” należy w taki przypadku ograniczyć do sytuacji fizycznego braku dokumentów lub oświadczeń. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zawartej w orzeczeniu z dnia 16 stycznia 2009 r. odmienna interpretacja art. 46 ust. 4a PZP prowadziłaby do sytuacji, w której każda nieścisłość lub niejasność w SIWZ lub dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkowałaby zatrzymywaniem wadium przez zamawiającego.

Za stanowiskiem, że uzupełnienie w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3, które | jest niekompletne lub zawiera inne wady formalne nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 46 ust. 4a PZP przemawiają również dalsze argumenty. Dokonując interpretacji przepisów prawa w pierwszej kolejności należy zastosować metodę wykładni językowej a dopiero gdy posłużenie się nią nie przyniesie jednoznacznych rezultatów co do treści przepisu można

odwołać się do pozostałych dwóch metod wykładni - funkcjonalnej i systemowej. Ponad to powszechnie akceptowana jest też zasada, że przepisów wyjątkowych nie można wykładać rozszerzająco. Niewątpliwie przepis art. 46 ust. 4a PZP ma charakter wyjątkowy i przewiduje bardzo dotkliwą sankcję dla wykonawcy w postaci utraty w całości wniesionego wadium. Przepisu o takim charakterze nie należy wykładać rozszerzająco nawet wówczas, gdy literalne jego brzmienie nie wypełnia w całości intencji ustawodawcy i nie zapobiega wszystkim patologiom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby rozumieć art. 46 ust. 4a PZP rozszerzająco tak jak czyni to Zamawiający, przepis uderzałby nie tylko w nieuczciwych wykonawców (którzy zostali wykluczeni na własne życzenie tracąc zainteresowanie zamówieniem po otwarciu ofert), ale również w wykonawców, którzy popełnili jakikolwiek nawet bardzo drobny błąd formalny przy składaniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też objęcie art. 46 ust. 4a PZP w drodze zastosowania wykładni celowościowej również złożenia dokumentów zawierających braki czy to merytoryczne czy formalne nie może zostać uznane za uzasadnione, gdyż jak wynika z cytowanego powyżej uzasadnienia do ustawy wprowadzającej ust. 4a w art. 46, nie to było intencja ustawodawcy, a co za tym idzie interpretacja tego przepisu zastosowana przez Zamawiającego jest niezgodna nie tylko z wykładnią językową ale również funkcjonalną.

Niezależnie od podniesionych powyżej argumentów mając na uwadze cel wprowadzenia do polskiego systemu prawnego art. 46 ust. 4a PZP, stwierdzić należy, iż zatrzymanie tytułem wadium kwoty 10.000,00 zł. w okolicznościach niniejszej sprawy stanowi sankcję rażąco wysoką w stosunku do samej rangi czynności dokonanych przez Odwołującego (złożenie wyjaśnień, które nie zostały uznane przez Zamawiającego) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też zatrzymanie w tych okolicznościach wadium przetargowego należy oceniać jako czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (naruszającą art. 5 KC).

[…]”

Sygn. akt: KIO 1113/13

W dniu 13 maja 2013 r. TRANS-ART wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (oznaczone sygn. akt Izby KIO 1113/13) względem ww. czynności zamawiającego, dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę parkingu i chodnika w Łękawicy – z zarzutami, wnioskami i argumentacją na ich poparcie, analogicznymi do sformułowanych w odwołaniu oznaczonym sygn. akt Izby KIO 1112/13.

Przy czym w treści odwołania wskazano, iż „wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż złożona

oferta cenowa przez P.P.H U. “TRANS-ART” klasyfikowała ją na miejscu trzecim.”

Opisując stan fatyczny sprawy, w odwołaniu wskazano:

„Jednym z wymagań Zamawiającego stawianych wykonawcom było posiadanie wiedzy i doświadczenia a Zamawiający uzna , że warunek wiedzy i doświadczenia będzie spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie 5 ostatnich iat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę odpowiadającą robotom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna robotę w zakresie robót brukarskich o wartości co najmniej 200 tyś. zł każda - [rozdz. V ust. 1.1.2 SIWZ],

Należy również wskazać, iż załączony do SIWZ załącznik nr 4 wskazuje wyraźnie, iż Zamawiający żądał do spełnienia warunków od Wykonawców ***„Wykazu najważniejszych robót”*** *a w świetle komentarzy i interpretacji do nowelizacji ustawy Pzp to Wykonawca a nie Zamawiający decyduje, które roboty budowlane są dla niego* ***„najważniejsze” .***

Wykonawca P.P.H.U. “TRANS-ART” z/s w Bobrownikach Wielkich w złożonej w przetargu ofercie dołączył wykaz trzech robót brukarskich o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Sygn. akt: KIO 1114/13

W dniu 13 maja 2013 r. BRATKO wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (oznaczone sygn. akt Izby KIO 1114/13) względem ww. czynności zamawiającego, dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę parkingu i chodnika w Łękawicy, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez wykluczenia P.P.H.U. „BRATKO”, pomimo wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. Art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium złożone przez P.P.H.U. „BRATKO” w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienie czynności badania i oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert,
3) unieważnienie czynności wykluczenia P.P.H.U. „BRATKO" z postępowania,
4) uznanie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
5) unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego dokonanej przez Zamawiającego w dniu 08 maja 2013 r.
6) dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego jako niepodlegającej wykluczeniu,
7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania zawarto twierdzenia analogiczne do przedstawionych w uzasadnieniach odwołań oznaczonych sygn. akt Izby KIO 1112/13 i KIO 1113/13.

Przy czym w treści odwołania zaznaczono, iż „wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż złożona oferta cenowa przez P.P.H.U. „BRATKO" klasyfikowała ją na dalszym miejscu."

Natomiast opisując stan faktyczny sprawy, w odwołaniu wskazano:

Jednym z wymagań Zamawiającego stawianych wykonawcom było posiadanie wiedzy i doświadczenia a Zamawiający uzna, że warunek wiedzy i doświadczenia będzie spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie 5 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę odpowiadającą robotom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna robotę w zakresie robót brukarskich o wartości co najmniej 200 tyś. zł każda - [rozdz. V ust. 1.1.2 SIWZ],

Należy również wskazać, iż załączony do SIWZ załącznik nr 4 wskazuje wyraźnie, iż Zamawiający żądał do spełnienia warunków od Wykonawców „Wykazu najważniejszych robót" a w świetle komentarzy i interpretacji do nowelizacji ustawy Pzp to Wykonawca a nie Zamawiający decyduje, które roboty budowlane są dla niego „najważniejsze" .

Wykonawca P.P.H.U. „BRATKO" z/s w Radłowie w złożonej w przetargu ofercie dołączył wykaz dwóch robót brukarskich o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Uwzględniając treść dokumentacji przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia, treść odwołań oraz odpowiedzi na odwołania, a także oświadczenia i stanowiska stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość przedmiotowych zamówień jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, co jest pomiędzy stronami bezsporne.
W obu postępowaniach o udzielenie zamówienia, których odwołania dotyczą, oferty odwołujących nie są ofertami najkorzystniejszymi według kryteriów oceny ofert (co zostało przyznane w treści odwołań).

KIO 1112/13
W postępowaniu o udzielenie zamówienia na zagospodarowanie przestrzeni publicznej w Górnym Skrzyszowie, którego dotyczyło odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 1112/13, zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu (od dnia 22 grudnia 2009 r. określane w terminologii ustawowej jako „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków"):
Rozdz. V pkt 1. ppkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu (SIWZ):
„…Zamawiający uzna, że warunek wiedzy i doświadczenia będzie spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie 5 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę odpowiadającą robotom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna robotę budowlaną polegającą na budowie boiska z nawierzchnią poliuretanową o wartości co najmniej 200 tyś zł oraz budowę chodnika (lub innych robót brukarskich) o wartości co najmniej 100 tyś zł każda lub po 2 roboty polegające na budowie chodnika (lub innych robót brukarskich) o wartości co najmniej 100 tyś zł każda (w tym przypadku 4 roboty)".
Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, w rozdz. VI pkt 1 lit a) SIWZ zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawców wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – według załącznika nr 4 do SIWZ – „Wykaz najważniejszych robót".

TRANS-ART do złożonej w przetargu oferty dołączył wykaz robót budowlanych zawierający: 2 roboty na wykonanie boiska z nawierzchni poliuretanowej oraz 4 roboty brukarskie,

wszystkie o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Fakt spełniania przez TRANS-ART warunku opisanego w rozdz. V pkt 1. ppkt 1.2 SIWZ jest pomiędzy stronami bezsporny i nie jest przez zamawiającego kwestionowany (co oświadczył zamawiający m.in. w odpowiedzi na odwołanie).

Pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał TRANS-ART do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, wskazując, iż do oferty *dołączono wykaz zawierający tylko 6 robót. Należy dołączyć pełen wykaz robót z okresu ostatnich pięciu lat.* Zamawiający wskazał przy tym, iż *w przypadku gdy w okresie ostatnich pięciu lat Wykonawca wykonał tylko 6 robót, winien złożyć wyjaśnienie o tym zakresie.*

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. TRANS-ART wskazał, że do oferty został załączony wykaz najważniejszych robót według zał. nr 4 do SIWZ potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu TRANS-ART z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, jako całość uzasadnienia faktycznego dla powyższego wskazując: *„Wykonawca, pomimo wezwania, nie złożył uzupełnienia”*.

Pismem z dnia z dnia 8 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił TRANS-ART o zatrzymaniu wniesionego przez wykonawcę wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp w związku z nieuzupełnieniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego był przez zamawiającego wzywany.

KIO 1113/13 i KIO 1114/13

W postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę parkingu i chodnika w Łękawicy, którego dotyczyły odwołania oznaczone sygn. akt KIO 1113/13 i KIO 1114/13, zamawiający postawił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

Rozdz. V pkt 1. ppkt 1.2 SIWZ:

„… Zamawiający uzna, że warunek wiedzy i doświadczenia będzie spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie 5 ostatnich lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za robotę odpowiadającą robotom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna

robotę w zakresie robót brukarskich o wartości co najmniej 200 tyś. zł każda."
Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, w rozdz. VI pkt 1 lit a) SIWZ zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawców wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – według załącznika nr 4 do SIWZ – „Wykaz najważniejszych robót".

TRANS-ART do złożonej w przetargu oferty dołączył wykaz robót budowlanych zawierający: trzy roboty brukarskie o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
BRATKO do złożonej w przetargu oferty dołączył wykaz robót budowlanych zawierający: dwie roboty brukarskie o wartościach spełniających warunek udziału w postępowaniu potwierdzone dokumentami, iż wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Fakt spełniania przez ww. wykonawców warunku opisanego w rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ jest pomiędzy stronami bezsporny i nie jest przez zamawiającego kwestionowany (co oświadczył zamawiający m.in. w odpowiedziach na odwołanie).

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał TRANS-ART do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, wskazując, iż do oferty *dołączono wykaz zawierający tylko 3 roboty. Należy dołączyć pełen wykaz robót z okresu ostatnich pięciu lat.* Zamawiający wskazał przy tym, iż *w przypadku gdy w okresie ostatnich pięciu lat Wykonawca wykonał tylko 3 roboty, winien złożyć wyjaśnienie o tym zakresie.*

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. TRANS-ART wskazał, że do oferty został załączony wykaz najważniejszych robót według zał. nr 4 do SIWZ potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu TRANS-ART z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, jako całość uzasadnienia faktycznego dla powyższego wskazując: *„Wykonawca, pomimo wezwania, nie złożył uzupełnienia"*.

Pismem z dnia z dnia 8 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił TRANS-ART o zatrzymaniu wniesionego przez wykonawcę wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp w związku z nieuzupełnieniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego był przez zamawiającego wzywany.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał BRATKO do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, wskazując, iż do oferty *dołączono wykaz zawierający tylko 2 roboty. Należy dołączyć pełen wykaz robót z okresu ostatnich pięciu lat.* Zamawiający wskazał przy tym, iż *w przypadku gdy w okresie ostatnich pięciu lat Wykonawca wykonał tylko 2 roboty, winien złożyć wyjaśnienie o tym zakresie.*

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 2 maja 2013 r. BRATKO wskazał, że żądanie pełnego wykazu robót nie jest „*kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu*" – zamawiający wymagał dwóch robót i dwie roboty mu przedstawiono, co jest wystarczające do potwierdzenia minimalnych wymagań zamawiającego.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu BRATKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, jako całość uzasadnienia faktycznego dla powyższego wskazując: *„Wykonawca, pomimo wezwania, nie złożył uzupełnienia"*.

Pismem z dnia z dnia 8 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił BRATKO o zatrzymaniu wniesionego przez wykonawcę wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp w związku z nieuzupełnieniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego był przez zamawiającego wzywany.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej według art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp 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 ustawy.

Według z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.
Następnie, według art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu

zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp, warunki, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Ponadto zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Wskazany jako podstawa prawna czynności wykluczenia odwołujących z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia, przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według wydanych na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp, przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – konkretnie § 1 ust. 1 pkt 3, zamawiający w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, może żądać od wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Analiza przywołanych przepisów prowadzi do wniosku, iż w treści art. 22 ust. 1 Pzp nie określono żadnego normatywnego wzorca dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W powołanym przepisie jedynie „mówi się" (według wskazania z art. 22 ust. 4 Pzp) o warunkach udziału w postępowaniu „dotyczących" wskazanych tam cech podmiotowych wykonawcy, w odniesieniu do których weryfikacja wykonawców jako zdolnych do wykonania zamówienia może się odbyć. Natomiast ustawodawca nie ustanawia tam żadnych konkretnych warunków udziału w postępowaniu (zwłaszcza w zakresie wiedzy i doświadczenia), w oparciu o które, mogłaby zostać dokonana kwalifikacja wykonawców do postępowania. Ustawodawca w przepisie art. 22 ust. 1 Pzp nie wskazuje, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają np. odpowiednią dla wykonania danego zamówienia wiedzę i doświadczenie, ale tacy, którzy spełniają (jakieś, bliżej nieokreślone) warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia. Tym samym ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustanawia więc jedynie zakres możliwego badania, tj. wskazuje jakich „obszarów" cech podmiotowych

wykonawcy mogą dotyczyć warunki, które opisuje zamawiający w treści dokumentów przetargowych w celu weryfikacji wykonawcy jako zdolnego do wykonania jego zamówienia – w sposób określony w art. 22 ust. 4 Pzp oraz w celu wskazanym w art. 22 ust. 5 Pzp.

Rzeczone warunki stawiane przez zamawiającego (określane w terminologii ustawowej „opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków"), np. w zakresie wiedzy i doświadczenia, winny być więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4) oraz mieć na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia (art. 22 ust. 5).

Nowo wprowadzona regulacja ww. przepisu, podkreślająca cel weryfikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zakres takiego badania, nie zmienia formalnych zasad stawiania warunków udziału w postępowaniu w dokumentach przetargowych. Każdy warunek udziału w postępowaniu, w celu umożliwiania jego egzekwowania przy pomocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, winien być przez zamawiającego należycie opisany. Reguły opisu warunków udziału w postępowaniu weryfikujących np. rzetelność i efektywność wykonawców winny więc być takie same, jakie obowiązują i obowiązywały w przypadku dotychczas stawianych warunkach udziału w postępowaniu, w ramach których badano np. kwalifikacje i doświadczenie wykonawców. Warunki te mają więc być nie tylko materialnie jasne i dookreślone, niedyskryminujące, nieograniczające nadmiernie konkurencji… *etc*, ale także określony winien być adekwatny do warunków, wymagany przez zamawiającego sposób ich wykazywania i dokumentowania. Przy czym zrozumiałe samo przez się, nawet bez odwoływania się do regulacji art. 25 ust. 1 pzp obowiązującej w tym zakresie, winno być przyjęcie, iż zamawiający weryfikuje i bada spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które sformułował w swoich dokumentach przetargowych, natomiast warunków, których nie postawił egzekwować nie może. Niezależnie od jakichkolwiek zmian legislacyjnych w zakresie katalogu dokumentów ustanawianych przepisami ww. rozporządzenia Prezesa Ray Ministrów rozszerzających możliwości zamawiającego w zakresie badania sytuacji wykonawców, nadrzędną i obowiązującą pozostaje norma z art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy – dokumenty, które nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w danym postępowaniu, są w tym postępowaniu zbędne i w świetle ww. przepisu nie powinny być egzekwowane.

Zamawiający w ramach postępowań o udzielenie zamówienia, których rozpatrywane odwołania dotyczą, postawił niejako tradycyjne warunki udziału w postępowaniu referujące do doświadczenia wyrażanego w określonej ilości wykonanych robót o wskazanej wartości i przedmiocie, do których zweryfikowania wystarczające było przedstawienie wykazu robót tego typu, w ilości odpowiadającej warunkowi. W przedmiotowych postępowaniach zamawiający nie postawił natomiast żadnych warunków, których weryfikację przeprowadzałby w oparciu o wykaz wszystkich robót wykonanych przez wykonawców oraz nie był wstanie wskazać na rozprawie w jakim celu informacja na temat wszystkich robót wykonywanych przez wykonawców, była mu potrzebna i jakie konsekwencje prawne względem wykonawców i ich udziału w postępowaniach, mógłby wyciągnąć po jej uzyskaniu.

Ponadto przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ustanawiający przesłankę wykluczenia, na którą jako podstawę swoich czynności wskazał zamawiający, odnosi się do braku wykazania spełniania warunków

udziału w postępowaniu, a nie braku uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego. Z faktu, iż zamawiający już na podstawie pierwotnie przedłożonych wykazów robót był w stanie stwierdzić, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu (co zamawiający potwierdził przed Izbą), wynika, że wykonawcy w sposób wystarczający wykazali spełnianie tych warunków. Natomiast formalistyczne egzekwowanie od wykonawców podania informacji, które nie miały znaczenia dla postępowań i ich wyniku – zwłaszcza z tak daleko idącym skutkiem jak zatrzymanie wadium – nie znajduje oparcia w przepisach ustawy.

Tym samym zarzuty dotyczące wykluczenia odwołujących z postępowań o udzielenie zamówienia uznano za zasadne – zamawiający dokonał w tym zakresie czynności z naruszeniem przepisów ustawy.

Jednakże pomimo potwierdzenia ww. zarzutów, odwołania oddalono w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, według której Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario* Izba oddala odwołanie nawet jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, gdy naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

W rozpatrywanych przypadkach przywrócenie odwołujących się wykonawców do postępowań nie prowadziłoby bezpośrednio do zakwalifikowania ich ofert jako najkorzystniejszych i w tym znaczeniu nie miałoby wpływu na wynik postępowań. Powyższe rozumienie wpływu na wynik postępowania potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt V Ca 3270/12), gdzie wpływ na wynik postępowania utożsamiono z wpływem na wynik wyboru najkorzystniejszej oferty i wskazano, iż nawet potwierdzenie zarzutów dotyczących oferty, która najkorzystniejsza nie jest, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Nie rozpoznano zarzutów naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp, tj. nieprawidłowego zastosowania ww. przepisu i zatrzymania wadiów wniesionych przez odwołujących. Zgodnie art. 180 ust. 2 ustawy - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

Tym samym odwołanie względem czynności zatrzymania wadium, w związku z wartością postępowań o udzielenie zamówienia, w ramach których zatrzymanie to miało miejsce, w świetle powołanych wyżej przepisów nie przysługuje.

Uwzględniając powyższe, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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).