

WYROK
z dnia 24 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2016 r. przez wykonawcę **K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług "ZOMER" K.N., Skokowa Prusice** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Inwestycji Miejskich, Wrocław**

przy udziale wykonawcy **A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "ZACHARA" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych A.Z., Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 757/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług "ZOMER" K.N., Skokowa, Prusice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług "ZOMER" K.N., Skokowa ul. ,Prusice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług "ZOMER" K.N., Skokowa, Prusice** na rzecz **Zarządu Inwestycji Miejskich, Wrocław** kwotę 916 zł 04 gr (słownie: dziewięćset szesnaście złotych cztery

1

gorsze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*rozbudowa, przebudowa i remont Szkoły Podstawowej nr 9 wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Nyskiej we Wrocławiu, w podziale na zadania*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 kwietnia 2016 r. pod numerem 34179-2016.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4, art. 45

ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 – 92, art. 91 ust. 1, art. 2 pkt 5, art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie badania i brak oceny oferty Odwołującego skutkował wadliwym wynikiem postępowania. W ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego doprowadziły również do naruszenia przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie art. 17 poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który zaoferował za wykonanie zamówienia cenę wyższą niż Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że wymienione wyżej czynności Zamawiającego godzą w interes Odwołującego, bowiem Zamawiający w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami naruszył przepisy ustawy Pzp, co doprowadziło do złamania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron postępowania. Powyższe naruszyło również, w ocenie Odwołującego, dobre imię Odwołującego i naraziło go na utratę sporych korzyści. Zdaniem Odwołującego, jego oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Odwołujący naruszenie zasady równego traktowania stron postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp upatruje w wyeliminowaniu z postępowania wykonawcy, który może zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne zgodnie z wymogami co stanowi o naruszeniu zasady i Zamawiającego, jednocześnie obiektywizmu bezstronności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej z dniem 11 maja 2004 r. władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań

3

prowadzących do przeciwdziałania udzieleniu zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu, w konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Odwołujący wskazał na przepis art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG, który stanowi: *„Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych”*. Na kanwie powyższego zauważył, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania;
- 2) powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenia tej czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego;
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega regulacji przepisu art. 24 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, jego oferta podlega ocenie, gdyż nie jest niezgodna z ustawą Pzp, a jej treść odpowiada treści SIWZ, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, posiada oczywiste omyłki pisarskie,

jednakże Odwołujący oświadczył, że wyraża zgodę na poprawienie nieistotnej omyłki opisu formularza ofertowego zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego w zakresie wskazanych w decyzji o odrzuceniu oferty pozycji formularza ofertowego. Nadto, Odwołujący podał, że spełnia wszystkie warunki przedmiotowego postępowania określone w SIWZ i ustawowe.

4

Dalej Odwołujący podał, że jako podstawę wykluczenia i odrzucenia oferty z przedmiotowego postępowania Zamawiający przyjął, iż „załączone referencje nie spełniają warunku udziału w postępowaniu”. W ocenie Odwołującego, dołączone do oferty referencje z robót remontowych być może nie potwierdzały warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2016 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia nowego Wykazu robót i nowych referencji, ponieważ według jego oceny, załączone do oferty nie wypełniały warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podał, że nie posiadając swoich referencji z zadań dotyczących budowy i rozbudowy posłużył się, zgodnie z przepisami ustawy, zasobami innego wykonawcy i „uzupełnił ofertę o nowy wykaz z trzema realizacjami i dołączył dokumenty potwierdzające wymagane były dwa zadania”. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający dokonał negatywnej weryfikacji przedmiotowych dokumentów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami rozdziału V pkt 1.6 SIWZ Zamawiający wymagał, w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, aby wykonawcy wykazali się, że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali minimum 2 roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o minimum 3 kondygnacjach oraz powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 750 m² każdy”.

Na tle przedmiotowego postanowienia Odwołujący podniósł, że przytoczone postanowienie SIWZ nie odnosi się do obiektu użytku publicznego czy też zamieszkania zbiorowego w rozumieniu definicyjnym stosownych ustaw, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że wolno było Odwołującemu rozumieć rzeczony wymóg w sposób potoczny. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, gdyby nawet przyjąć, że chodzi o definicje ustawowe użytych pojęć, to „uzupełnione referencje wypełniają warunek wiedzy i doświadczenia”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie zaakceptował zadania wybudowania 16-lokalowego apartamentowca w Grudziądzu przy ul. Zachodniej stojąc na stanowisku, iż nie należy do obiektów zamieszkania zbiorowego. Odwołujący w tym zakresie odwołał się do definicji zawartej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., Nr 75, poz. 690 ze zm.), podając, że: „budynek zamieszkania zbiorowego - budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom

5

zakonny”. Odwołujący wyjaśnił, że sporny budynek został wybudowany do stałego pobytu ludzi wraz z terenem okolicznym, który obejmuje: chodniki, drogi dojazdowe, plac zabaw dla mieszkańców, wspólny parking podziemny - tym samym, zdaniem Odwołującego, spełnia również warunki obiektu użytku publicznego. Na dowód powyższego przedłożył fotografię rzeczonoego budynku.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający uznał, iż obiekt handlowy Biedronka, wybudowany w Olsztynie przy ul. Pstrowskiego nie stanowi obiektu użytku publicznego i nie posiada trzech kondygnacji. Odwołujący podniósł, że zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 powołanego rozporządzenia „budynkiem użyteczności publicznej jest budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub

telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny". Tym samym, zdaniem Odwołującego, budynek typu placówka handlowa jest budynkiem użytku publicznego w pojęciu definicyjnym ww. rozporządzenia wykonawczego. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowy obiekt handlowy, jak wskazano w Wykazie, posiada 3 kondygnacje: parking podziemny, parter, piętro. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył fotografię.

Dalej Odwołujący podał, że zadania polegającego na rozbudowie i przebudowie obiektu biurowego w Grudziądzu Zamawiający również nie uznał jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu, przyjmując, że robota ta stanowiła modernizację. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający posłużył się terminem niefunkcjonującym w prawie budowlanym.

Odwołujący zauważył, że podstawowym celem wskazanego zadania była przebudowa i rozbudowa budynku administracyjnego, znajdującego się w Grudziądzu przy ul. Waryńskiego, umożliwiającą wykorzystanie obiektu przez jednostki podległe Urzędowi Miasta, udostępnienie budynku niepełnosprawnym oraz poprawa wskaźników energetycznych budynku - zgodnie z założeniami projektowymi:

OPIS TECHNICZNY

1.0. Inwestor

Gmina- miasto Grudziądz Ul. Ratuszowa Grudziądz

2.0. Jednostka Projektowa

USPOL - VISION j. m. p. Z i J. P. s.cGrudziądz

6

4.0. Informacje ogólne

Podstawowym celem projektu jest przebudowa i rozbudowa budynku administracyjnego, znajdującego się w Grudziądzu przy ul. Waryńskiego, umożliwiającą wykorzystanie obiektu przez jednostki podległe pod Urząd Miasta, udostępnienie budynku niepełnosprawnym oraz poprawa wskaźników energetycznych budynku. Wejście główne do budynku znajduje się od strony ulicy Remont z przebudową byłego budynku biurowego „Stomil” w Grudziądzu ul. Waryńskiego w połowie długości budynku. Wyjście awaryjne od strony zachodniej poprzez klatkę schodową.

Jak podał Odwołujący przedmiotowe zadanie było zamówieniem publicznym o numerze referencyjnym sprawy: IN.272.20.2013, prowadzonym przez Zamawiającego: gmina - miasto Grudziądz z/s Urzędu Miejskiego Grudziądz.

Zadanie obejmowało rozbudowę i przebudowę dawnego biurowca zakładu produkcyjnego na obiekt użytku publicznego. Obiekt, zgodnie z dokumentacją projektową rozbudowano o pomieszczenia poczekalni kas i kasy o powierzchni 50m² i kubaturze 128 m³, na dowód czego Odwołujący przedłożył fotografię budynku przed rozbudową.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, przedmiotowe zamówienie odpowiadało definicji budowy i rozbudowy, określonej w Prawie budowlanym, gdzie przez „budowę” - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zaś „rozbudowa obiektu budowlanego” to zmiana charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (wniosek *a contrario* z definicji legalnej „przebudowy” - art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane);

Odwołujący wskazał również, że przykłady prac, które zazwyczaj uznaje się za remonty podaje M.B. (M. B.: *Wybrane aspekty procesu inwestycyjno-budowlanego*, Warszawa 2009, str. 341-343). Autor ten wskazuje:

- 1) wyburzenie niektórych ścian nośnych (jednak na tym tle, w zależności od regionu Polski mogą powstawać wątpliwości, czy nie należy takiego wyburzenia kwalifikować jako np. rozbiórki elementów budynków, o których mowa w art. 31 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego, a taka rozbiórka wymaga zgłoszenia, a nie uzyskania pozwolenia),
- 2) budowę nowych ścian wewnętrznych (działowych), jeśli prowadzi to do zmiany parametrów użytkowych budynku (jednak w Prawie budowlanym brak jest definicji „parametrów użytkowych”, a w konsekwencji będą powstawały wątpliwości, czy budowa każdej nowej ściany-działowej zmienia te parametry),

- 3) przebudowę stropów i ścian nośnych,
4) wyburzenie wewnętrznych ścian działowych (przy czym z powodu braku definicji „parametrów użytkowych” w Prawie budowlanym będą powstawały wątpliwości, czy

7

wyburzenie każdej ściany działowej zmienia te parametry; można niekiedy twierdzić, że wyburzenie takiej ściany przywraca stan pierwotny, a w konsekwencji jest remontem),
5) zmianę lub wymianę konstrukcji dachu (za przebudowę uważa się zwykle zmianę lub wymianę więźby dachowej, a także roboty dotyczące konstrukcji dachu, jak np. montaż okien dachowych, budowa lukarny; remontem pozostanie np. wymiana dachówek, czy wymiana izolacji dachowej),
6) wykonanie otworów okiennych lub drzwiowych w budynku, ich likwidację (zamurowanie) lub zmianę wymiarów tych otworów w ścianach nośnych (np. powiększenie aktualnych otworów okiennych, powiększenie otworów drzwiowych),
7) docieplenie budynku powyżej 12 m wysokości (choć to może być też traktowane jako budowa),
8) wymianę wewnętrznych instalacji (przewodów) gazowych, zmianę usytuowania gazomierza, termy, kotła (wymaga podkreślenia, że pogląd ten opiera się głównie na praktyce organów nadzoru budowlanego sprzed 28.7.2005 r., gdyż aktualnie Prawo budowlane nie zawiera dostatecznej podstawy prawnej, aby traktować wymianę instalacji gazowej inaczej niż wymianę wewnętrznych instalacji: elektrycznej, wod.-kan. i c.o. - która to wymiana traktowana jest jako remont),
9) tynkowanie i malowanie elewacji budynku powodujące zmianę wyglądu fasady budynku w sposób istotnie odbiegający od stanu pierwotnego (jeśli malowanie ma przywracać wygląd pierwotny to należy uznać, że jest to remont, jednak kwestie związane z robotami przy elewacjach wywołują zwykle spory kwalifikacyjne),
10) przebudowę wewnętrznych schodów prowadzącą do zmian parametrów użytkowych (wydaje się, że powiększenie stopni i zastosowanie nowych spoczników mogłoby zostać zakwalifikowane jako przebudowa),
11) wzmocnienie fundamentów lub ich zabezpieczenie (to może być także kwalifikowane jako budowa),
12) przebudowę układu funkcjonalnego budynku obejmującą: sanitariaty, kuchnie, wjazdy, podjazdy, zabezpieczenia i wykonanie innych elementów związanych z udostępnieniem i przystosowaniem budynku dla osób niepełnosprawnych (w razie kwalifikacji jako budowa nie zmienia to procedury, gdyż zarówno budowa jak i przebudowa wymagają pozwolenia na budowę).

Zdaniem Odwołującego wykazano, że „referencja z danego zadania w pełni wyczerpuje zapisy warunku wiedzy i doświadczenia”.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona, bowiem wykazał trzy referencyjne zadania, spełniające warunek wiedzy i doświadczenia, podczas gdy Zamawiający wymagał tylko dwóch.

8

W ocenie Odwołującego, nie bez znaczenia jest fakt, że Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie danych referencji na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, lecz zaocznie wykluczył. Odwołującego.

Odwołujący podniósł również zarzut bezzasadnego zaboru wadium w danym postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że ma świadomość, iż jeśli wartość zamówienia nie przekracza progu, o którym mowa w przepisie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza nie musi się zajmować rozstrzygnięciem danego zarzutu, ze względu na przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący wniósł o zajęcie stanowiska przez Izbę w tej sprawie.

Odwołujący podniósł, że w samej ofercie pokazał, że osobiście nie posiada referencji z budowy i przebudowy podobnych obiektów 3-kondygnacyjnych o wymaganej powierzchni. Jednak na wezwanie Zamawiającego uzupełnił ofertę o referencje pochodzące od podmiotu trzeciego, pokazując Zamawiającemu, że innych, swoich zdań referencyjnych nie posiada.

Nie jest w stanie więc uzupełnić swojej oferty o inne referencje i pomimo wszelkich starań innych nie zdobędzie. Jego działania dążyły do pozyskania danego zamówienia publicznego, a nie jego „oddania w systemie zmowy przetargowej”.

Odwołujący zwrócił uwagę na poglądy prezentowane w orzecznictwie w tym przedmiocie. W wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1026/14, KIO 1034/14, stwierdzono: „W kwestii zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Izba wyraża pogląd, iż Zamawiający nie rozważył należycie wszystkich okoliczności tej sprawy, ani nie uzasadnił w sposób wyczerpujący zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp [aktualnie art. 46 ust. 4a uległ pewnej zmianie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr poz. 1232). W nowej regulacji w dalszym ciągu zwraca się uwagę na zatrzymanie wadium w przypadku nieuzupełniania określonych dokumentów, których katalog uległ znacznemu poszerzeniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - przyp. red.]. Zasadnie należało uznać w tym względzie argumenty pełnomocnika Odwołującego dotyczące samej istoty i celu instytucji zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu. W szczególności, okoliczności sprawy nie dają podstaw do uznania, iż nieuzupełnienie dokumentów było działaniem celowym i zwinionym lub związanym z dokonaniem zmowy przetargowej. Brak uzupełnienia dokumentów spowodowany był odmienną, błędną interpretacją treści SIWZ i spóźnioną oraz nie posiadającą uzasadnionych podstaw próbą przeformułowania swojego rozumienia wymogów SIWZ. W wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 531/12, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp i zatrzymanie wadium, ponieważ

9

ocenie w kontekście zwinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania o uzupełnienie m. in. dokumentów i wpływu tego uchybienia na przebieg postępowania przetargowego.

Odnosząc się do problematyki dotyczącej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, orzecznictwo sądowe jest jednak rozbieżne. Warto zwrócić uwagę, iż stanowiło to jeden z powodów wniesienia skargi kasacyjnej przez Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie o sygn. akt: I ACa 684/12, w której wskazano m.in., że „Generalna kategoria „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, które mogą przesądzić o braku zatrzymania wadium, pozwala na znaczny margines ocenności przy określeniu zastosowania przepisu, czyli przeprowadzenia subsumcji rzeczywistości do zrekonstruowanej normy prawnej. Niemniej jednak zbadanie konkretnych okoliczności sprawy musi jednocześnie zmierzać do ustalenia, czy doszło do zwinionego zachowania wykonawcy, do którego konieczna jest zgodnie z orzecznictwem całkowita bierność, umyślność, celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego, jak również czy miało miejsce dążenie do obejścia prawa poprzez zwinę z innymi wykonawcami. Nie bez znaczenia, dla oceny czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania - tak: wyrok SN z dnia 10 maja 2013 r. (sygn. akt: I CSK 422/12), z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt: I CSK 444/12), z dnia 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: II CSK 448/12) oraz z dnia 7 lipca 2011 r. (sygn. akt: II CSK 675/10), a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt: I ACa 357/10)

Skład orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do powyższego kierunku wykładni. Okoliczności niniejszej sprawy nie potwierdziły, by zaistniały powyższe przesłanki uzasadniające zastosowanie sankcji w postaci zatrzymania wadium. Zamawiający bynajmniej nie uzasadnił w sposób należyty swojej decyzji w tym zakresie. Pominął okoliczności, że Odwołujący starał się o przedłużenie terminu. Postulaty te zasadnie nieuwzględnione przez Zamawiającego powinny jednak mieć znaczenie przy ocenie, co do sposobu zachowania Odwołującego, który starał się pozostać w postępowaniu, a nie dążył do obejścia prawa, czy celowego niepodporządkowania się wezwaniu Zamawiającego.”

Zdaniem Odwołującego, zatrzymanie wadium jest całkowicie bezpodstawne. Odwołujący podał, że w kwestii stosowania w praktyce art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przeważa pogląd, iż nieuzupełnienie dokumentów i oświadczeń w rozumieniu tego przepisu ma miejsce tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, w ogóle tego dokumentu nie przedkłada. Teza taka wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1149/13. Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym orzeczeniu podkreśliła, iż intencją ustawodawcy nie było zatrzymanie wadium w każdym przypadku niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów

W ocenie Odwołującego, należy wspomnieć również o wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 września 2012 r., sygn. akt: KIO 1856/12, zgodnie z którym złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy, nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Izba ponadto stwierdziła, że przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionej rozszerzającej wykładni przesłanek zatrzymania wadium, na co nie pozwala charakter normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że również Sąd Najwyższy dokonał w wielu orzeczeniach interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Szczególnie w wyroku z 7 lipca 2011 r., sygn. akt: II CSK 675/10 stwierdził, że wykładnia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, umożliwiającego zatrzymanie wadium, powinna uwzględniać cel, dla którego został on wprowadzony do systemu prawnego, tj. zapobieganie znikom wykonawców. Odwołujący podkreślił, iż Sąd Najwyższy wielokrotnie w swoich orzeczeniach, dotyczących art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, wskazywał na znaczenie celu, w jakim został przepis ten wprowadzony do ustawy Prawo zamówień publicznych, na przykład:

- wyrok SN z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: II CSK 448/12, z którego wynika, że interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców,
- wyrok SN z 14 marca 2014 r., sygn. akt: I CSK 444/12, zgodnie z którym przepis ten musi być wykładany ściśle i chodzi w nim o fizyczny brak dokumentów lub oświadczeń, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał również, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak również w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma przeciwdziałać znowi przetargowej wykonawców. Tytułem przykładu Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11 (opubl. LEX numer 788353), zgodnie z którym: „*Celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p. było wyłącznie zapobieżenie znikom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów, podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p., a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili*”.

Tym samym, mając na względzie powołane wyżej orzeczenia, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że zamawiający powinien korzystać z instytucji, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp tylko i wyłącznie w celu zapobieżenia znikom wykonawców. Jeżeli okaże się, że w okolicznościach konkretnej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, iż mamy do czynienia ze znową przetargową, to tym samym brak jest również podstaw do zatrzymania wadium.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na okoliczności, które mogą wskazywać na istnienie ryzyka znowi przetargowej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 11 września 2012 r., sygn. akt KIO 1856/12, (opubl. LEX numer 1218056): „*O istnieniu ryzyka znowi wykonawców - czemu przeciwdziałać ma art. 46 ust. 4a P.z.p. - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego*”.

Zdaniem Odwołującego, działanie polegające na zatrzymaniu wadium należy również rozpatrywać z innej perspektywy. W każdym bowiem przypadku należy sprawdzić, czy działanie takie nie stanowi nadużycia przysługującego zamawiającemu prawa. Problem ten był sygnalizowany przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 20 maja 2010 r., sygn. akt: I ACa 357/10, (opubl. LEX nr 756566). W przywoływanym wyroku wyraźnie stwierdzono, że „*zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródła dochodu*”.

Odwołujący podkreślił, że celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp było wyłącznie zapobieżenie znikom wykonawców - którzy działając razem i w porozumieniu, celowo nie załączali do oferty dokumentów, podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego

warunku, czy też wymogu nie spełnili (wyrok KIO z 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11, opubl. LEX).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił A.Z. wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, również wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył pismo procesowe, w którym w szczególności zwrócił uwagę na błędną ocenę oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami rozdziału V ust. 1 pkt. 1.6 SIWZ Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o minimum 3 kondygnacjach oraz powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 750 m² każdy.

12

W celu wykazania spełnienia powyższych warunków Wykonawca zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdziale V ust. 2 tabela wiersz 12 SIWZ, miał dołączyć do oferty Wykaz robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, czy te roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednocześnie w przypadku, gdyby Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia ww. warunków, polegał, stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, Wykonawca musiałby dołączyć do oferty pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z aktualnym odpisem z właściwego rejestru tego podmiotu oraz oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tabela wiersz 16).

Zamawiający przygotował wzór formularza Wykaz robót budowlanych – doświadczenie zawodowe (wzór 1.5), w którego treści zamieszczono następujące informacje: „Należy podać wszystkie informacje niezbędne do oceny spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 1.6. Rozdziału V SIWZ” oraz „Wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszystkie rubryki, podając kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnienie warunku, którym mowa w rozdziale V pkt. 1.6 niniejszej SIWZ”.

W związku z faktem, iż Odwołujący w złożonym w ofercie Wykazie robót budowlanych nie wykazał potwierdzenia ww. warunku udziału, Zamawiający działając, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 21 kwietnia 2016 r. wezwał Odwołującego do: „Uzupełnienia oferty zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V SIWZ pkt 1.6., tj.: wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o minimum 3 kondygnacjach oraz powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 750 m² każdy.

Wskazane w załączonym do oferty załączniku „Wykaz robót budowlanych - doświadczenie zawodowe” (wzór 1.5.) :

w pozycji 1 realizacja - „Remont z dociepleniem dachu i elewacji... ZSP-7 ul. – Koszykarska 2-4 Wrocław” - nie spełnia ww warunku w zakresie budowy obiektu, ponieważ „remont” nie mieści się w definicji „budowy lub rozbudowy”.

w pozycji 2 realizacja - „Remont pomieszczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu ...” - nie spełnia ww warunku w zakresie budowy obiektu, ponieważ „remont” nie mieści

13

się w definicji „budowy lub rozbudowy”.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia oferty o wykaz zawierający realizacje spełniające warunek określony w SIWZ w Rozdziale V pkt 1.6 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Jeżeli będą Państwo polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w tym zakresie, ofertę należy uzupełnić o pisemne zobowiązanie (w oryginale) tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem wzór 1.1.A i wypisem z rejestru działalności gospodarczej. (...)

Nieuzupełnienie powyższych dokumentów spowoduje wykluczenie Państwa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, a w przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zatrzymanie wadium wraz z odsetkami.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 26 kwietnia 2016 r.) Odwołujący przedłożył uzupełniony Wykaz robót budowlanych – doświadczenie zawodowe wraz dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W rzeczonym Wykazie zamieszczono w poz. 1 -2 roboty budowlane uprzednio negatywnie zweryfikowane przez Zamawiającego oraz nowe, stanowiące potencjał podmiotu trzeciego. I tak w pozycji 3 omawianego Wykazu wskazano: „W formule zaprojektuj i wykonaj zrealizowała 8 budynków wielolokalowych w systemie deweloperskim dla indywidualnych użytkowników. Budynki powstały w Grudziądzu przy ul. Zachodniej. Budowa od podstaw apartamentowców: garaż podziemny, parter, piętro, poddasze. Powierzchnia przebudowywana lub remontowana 220 m²”. W pozycji 4 podano: „Budowa od podstaw zaplecza Biedronki (3 kondygnacje). Powierzchnia przebudowywana lub remontowana 2800 m²”. W pozycji 5 odnotowano: „Zadanie obejmowało: remont z modernizacją byłego budynku biurowego „Stomil” w Grudziądzu wraz z dobudową wejścia bocznego oraz podjazdu dla osób niepełnosprawnych z przeznaczeniem na siedzibę Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie oraz Zarządu Dróg Miejskich. (4 kondygnacje). Zakres wykonywania prac obejmował: - wyburzenie ścianek działowych wraz z przebudową układu pomieszczeń, - poszerzenie otworów drzwiowych oraz wykucie nowych, - wykonanie robót murarskich, wykonanie nowych tynków i gładzi, roboty malarskie, - wykonanie wentylacji pomieszczeń, wykonanie remontu pokrycia dachu, wymianę stolarki okiennej, montaż stolarki drzwiowej wraz z kurtynami ppoż., wykonanie robót posadzkowych, wykonanie robót instalacji sanitarnych, - wykonanie instalacji elektrycznej wewnętrznej, - wykonanie instalacji strukturalnych, - wykonanie instalacji SAP, CCV, SSWIN i KD. Powierzchnia przebudowywana lub remontowana 858,93 m²”.

14

Pismem z dnia 2 maja 2016 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w konsekwencji ofertę Odwołującego, w świetle przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznaje się za odrzuconą.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał: „Zamawiający, pismem NZ.3620.14.228.2016 SP-9.AG z dnia 21.04.2016 r. wezwał Pana do uzupełnienia oferty o wykaz zawierający brakujące realizacje spełniające warunek określony w SIWZ w Rozdziale V pkt 1.6 tj: wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o minimum 3 kondygnacjach oraz powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 750 m² każdy, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, oraz jeżeli będzie Pan polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w tym zakresie, o pisemne zobowiązanie (w oryginale) tych podmiotów do oddania Panu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem wzór 1.1.A i wypisem z rejestru działalności gospodarczej. Wskazane w ofercie realizacje nie spełniały warunków określonych w SIWZ w rozdziale V pkt 1.6.

W wyznaczonym terminie tj. do dnia 26.04.2016 r. złożył Pan uzupełnienie oferty, w

tym wykaz robót budowlanych doświadczenie zawodowe zawierający następujące realizacje:

1. „Remont z dociepleniem dachu i elewacji ... ZSP-7 Wrocław” - nie spełnia w/w warunku w zakresie budowy obiektu, ponieważ „remont” nie mieści się w definicji „budowy lub rozbudowy”.
2. Remont pomieszczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu ...” - nie spełnia w/w warunku w zakresie budowy obiektu, ponieważ „remont” nie mieści się w definicji „budowy lub rozbudowy”.
3. „W formule zaprojektuj i wybuduj zrealizowano 8 budynków wielolokalowych w systemie deweloperskim dla indywidualnych użytkowników. Budynki powstały w Grudziądzu przy ul. Zachodniej” – nie spełnia w/w warunku ponieważ budownictwo mieszkalnictwa wielorodzinnego nie mieści się w definicji budynku użyteczności publicznej, lub zamieszkania zbiorowego.
4. Budowa od podstaw zaplecze Biedronki (3 kondygnacje) - nie spełnia w/w warunku ponieważ załączone referencje, poświadczają budowę obiektu usługowo -

15

handlowego, a nie jak wpisano w wykazie budowę 3 kondygnacyjnego zaplecza Biedronki.

5. „Remont z modernizacją byłego budynku biurowego STOMIL w Grudziądzu na Ośrodek Pomocy Rodzinie oraz Zarząd Dróg Miejskich ... (4 kondygnacje)” - nie spełnia w/w warunku w zakresie budowy obiektu, ponieważ „remont z modernizacją” nie mieści się w definicji „budowy lub rozbudowy”.

Ponadto Zamawiający poinformował Odwołującego, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz pouczeniem zawartym w piśmie z dnia 21.04.2016 r., Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego z odwołaniem oraz przy piśmie procesowym uznając, że inicjatywa dowodowa na tym etapie postępowania jest spóźniona z uwagi na ograniczenia wynikające z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem wykazanie warunków udziału w postępowaniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nie w toku postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że legitymacja do wniesienia odwołania nie budzi wątpliwości. Wywody Odwołującego na temat traktowania interesu do wniesienia odwołania nie wymagają więc komentarza.

Dalej stwierdzić należy, że Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż użyte przez Zamawiającego pojęcia, takie jak „budowa”, „rozbudowa”, „budynek użyteczności publicznej”, „budynek zamieszkania zbiorowego”, stanowiące w istocie o treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy interpretować z uwzględnieniem ich potocznego znaczenia. Kilka powodów, zdaniem Izby, stoi na przeszkodzie, aby zaakceptować koncepcję zaproponowaną przez Odwołującego.

Po pierwsze, nie trudno dostrzec, że pojęcia „budynek użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” nie należą do języka potocznego, bowiem w życiu codziennym w ten sposób nie definiuje się i nie rozróżnia się budynków.

Po drugie, użycie podanych pojęć, a przynajmniej tych dwóch, wskazuje, że pojęcia te należą do języka prawnego. W ocenie Izby, osoba posługująca się językiem polskim potrafi odróżnić słowa powszechnie funkcjonujące w obrocie (w języku) od słów jakkolwiek zrozumiałych, to jednak niosących pewien walor znaczenia, które nie do końca jest rozpoznawalne i konieczne jest jego poszukiwanie na gruncie norm prawnych.

16

Po trzecie, użycie pojęć „budynek użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” wespół z pojęciem „budowy” i „rozbudowy”, w ocenie Izby, przemawia za przyjęciem, że wszystkie te pojęcia nie mają swojego źródła w języku

potocznym, a ich znaczenie należy ustalać na gruncie przepisów prawa.

Po czwarte, spornych pojęć nie sposób definiować w oderwaniu od celu i przedmiotu, w związku z którym zostały użyte. Otóż, nie można pomijać, że stanowią treść warunku udziału w postępowaniu, który stanowi narzędzie do zweryfikowania doświadczenia zawodowego i w konsekwencji umiejętności wykonawcy do wykonania zamówienia. Trudno więc przyjąć, że Zamawiający chcąc udzielić zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, a które to pojęcie ma zakotwiczenie w przepisach prawa, na gruncie tego zamówienia, a w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu, odwołuje się do pojęć potocznych.

Po piąte, nie sposób też stracić z pola widzenia i tej okoliczności, że mówiąc o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mówimy o profesjonalnym obrocie w danym segmencie rynku. Nie można też zapominać, że zamówienie jest kierowane do profesjonalnych uczestników tego rynku, zatem oczekiwanie, że będą się oni komunikować w istotnych kwestiach językiem potocznym jest niezrozumiałe.

Po szóste wreszcie, wspomniany profesjonalny obrót każe odwołać się do przepisu art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, na gruncie którego panuje przekonanie, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika - specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (wyrok SN z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt: IV CK 100/05, LEX nr 187120).

Reasumując stwierdzić należy, iż nie ma racji Odwołujący, że wobec braku zdefiniowania przez Zamawiającego spornych pojęć, wystarczającym było odwołanie się do języka potocznego. Zdaniem Izby, okoliczności niniejszej sprawy winny naprowadzać przeciętnego człowieka, że chodzi o pojęcia prawne. Natomiast żadnych wątpliwości nie pozostawia sposób rozumienia przedmiotowych pojęć, jeśli uwzględni się fakt, że w stosunkach gospodarczych, budując wzorzec należytej staranności, uwzględnić należy wyższe wymagania z uwagi na zawodowy charakter działalności. Uzasadnieniem dla takiego „surowszego” wzorca jest okoliczność, że działalność przedsiębiorcy, mająca charakter gospodarczy lub zawodowy, prowadzona jest w sposób ciągły i powinna być oparta na szczególnych umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy oraz skrupulatności osoby ją prowadzącej (wyrok SA w Białymstoku z dnia 6 marca 2015 r., sygn. akt: I ACa 867/14).

17

Izba stoi na stanowisku, że profesjonalista nie powinien mieć wątpliwości, jakie znaczenie winien nadać wykonawca spornym pojęciom i nie przekonuje argument, że wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, ze względu właśnie na profesjonalny charakter jego działalności. Stanowisko to znajduje swoje odzwierciedlenie również w orzecznictwie sądów powszechnych, gdzie wyrażono przekonanie, że „artykuł 38 ust. 1 p.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie powyższych co do treści SIWZ wątpliwości, a zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia przyjmującemu zamówienie braku dochowania należytej staranności przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § 2 k.c.” (wyrok SA w Krakowie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 1666/14).

W związku z powyższym, zdaniem Izby, na gruncie pojęć prawnych należy oceniać spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Znaczenie tych pojęć odnajdujemy w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290 j.t.) oraz rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015, poz. 1422 j.t.).

Zgodnie z powołaną ustawą pod pojęciem "budowa" (art. 3 pkt 6) należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego. Można zatem stwierdzić, że w wyniku budowy powstaje zawsze nowa substancja budowlana - obiekt budowlany lub jego część. Do 11 lipca 2003 r. w skład definicji pojęcia „budowa” wchodziła również przebudowa. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku przebudowy nie mamy do czynienia z powstaniem nowej substancji budowlanej, a ze zmianą już istniejącej i to w taki sposób, że nie zmieniają się jej rozmiary.

Przebudowa jest zatem inną formą robót budowlanych niż budowa (odbudowa, rozbudowa i nadbudowa). Przebudową (art. 3 pkt 7a powołanej ustawy) jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Zmiana któregokolwiek z tych parametrów oznaczać będzie, że nie mamy wówczas do czynienia z przebudową a rozbudową lub nadbudową obiektu budowlanego (R. Dowodów, P. Z., *Prawo budowlane. Komentarz, ABC, 2006*). Zatem, rozbudową jest zmiana charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość, co wynika *a contrario* z definicji legalnej „przebudowy”, o której stanowi art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane.

Zaś w przedmiotowym rozporządzeniu zdefiniowano pojęcie „budyńku zamieszkania zbiorowego” - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi,

18

w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny (§ 3 pkt 5 powołanego rozporządzenia) oraz określono znaczenie pojęcia „budynek użyteczności publicznej” - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny (§ 3 pkt 6 powołanego rozporządzenia). Przy czym nie można pomijać, że w rzeczonym rozporządzeniu wyodrębniono kategorię budynku mieszkalnego - należy przez to rozumieć: a) budynek mieszkalny wielorodzinny, b) budynek mieszkalny jednorodzinny.

Mając na względzie powołane definicje nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że apartamentowiec jest obiektem zamieszkania zbiorowego. Okoliczność, że desygnatem pojęcia budynek zamieszkania zbiorowego jest budynek do stałego pobytu ludzi nie przesądza, zdaniem Izby, że mamy do czynienia z budynkiem zamieszkania zbiorowego, jeśli idzie o apartamentowiec. Po pierwsze bowiem Odwołujący pomija, że normodawca na gruncie powoływanej ustawy dokonał wyraźnego rozróżnienia pomiędzy budynkiem mieszkalnym a budynkiem zamieszkania zbiorowego. Skoro zaś normodawca wyodrębnił te pojęcia to oznacza, że ich zakresy nie są tożsame. Co więcej, normodawca ustanawiając wymogi w odniesieniu do budynków konsekwentnie zachowuje owo rozróżnienie (dla przykładu: § 68, § 72, § 192a, § 296 przedmiotowej ustawy), co potwierdza, że są to dwa odrębne rodzaje budynków. Po drugie, zdaniem Izby, przeznaczenie budynku na pobyt, nawet stały lub na cele mieszkalne uwidacznia różnice pomiędzy tymi budynkami i powoduje, że ich utożsamianie jest nieuzasadnione.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości, że apartamentowiec jest budynkiem mieszkalnym a nie budynkiem zamieszkania zbiorowego, co starał się wykazać Odwołujący. Zatem należy uznać, że prawidłowo Zamawiający przeprowadził weryfikację przedmiotowego zadania referencyjnego.

Na marginesie wskazać należy, że wydaje się, iż dla przeciętnego człowieka te pojęcia również nie stanowią synonimów i nie stoi temu na przeszkodzie nawet brak znajomości pojęć prawnych, ale doświadczenie życiowe i pewna ogólna wiedza.

19

Jeśli idzie o zdanie referencyjne z pozycji 4 *Wykazu robót budowlanych* – doświadczenie życiowe, to w ocenie Izby, Zamawiający nie sprostął obowiązkowi przeprowadzenia prawidłowej weryfikacji przedmiotowego zadania. Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika, że przyczyną negatywnej oceny rzeczowego zamówienia była sprzeczność pomiędzy treścią *Wykazu* a treścią referencji.

Zamawiający wskazał bowiem, że „załączone referencje poświadczają budowę obiektu usługowo-handlowego, a nie jak wpisano w wykazie budowę 3 kondygnacyjnego zaplecza Biedronki”. Zdaniem Izby, powyższa rozbieżność, z uwagi na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, winna być wyjaśniona. Sprzeczność pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie a tymi, które znajdują się w referencjach nie powinna prowadzić do negatywnej oceny, tym bardziej, że oba dokumenty służą potwierdzeniu różnych okoliczności, pierwszy – wykazaniu warunków udziału w postępowaniu, drugi – wykazaniu wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną i ich prawidłowego ukończenia. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, w związku z zaistniałą rozbieżnością nie można przyjąć, że referencje w istocie nie odnoszą się do budowy zaplecza sklepu Biedronka, bowiem należy mieć na uwadze, że treść referencji odnosi się do obiektu usługowo – handlowego, zatem nie można wykluczyć, iż wystawca referencji miał na myśli również zaplecze. Powyższe potwierdza, zdaniem Izby, że wyjaśnienie w tym przedmiocie było niezbędne. Zatem, powyższe daje podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny ostatniego zadania referencyjnego wskazać należy, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia.

Reasumując, wykonawca na etapie składania ofert, ewentualnie uzupełniając dokumenty w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, ani wyjaśnienia (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) ani postępowanie odwoławcze nie służy wykazaniu tych okoliczności, sprzeciwiałoby się to bowiem regulacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

20

Nadto, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający we wzorze formularza *Wykaz robót budowlanych – doświadczenie zawodowe* zastrzegł, że wykonawca winien podać wszystkie informacje niezbędne do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucając błędną ocenę zadania z pozycji 5 *Wykazu* w istocie dopiero w odwołaniu podjął starania celem wykazania spełniania przez rzeczoną robotę wymogów określonych przez Zamawiającego. Zamieszczony opis techniczny zadania, fotografie obiektu, a także opis wykonanej rozbudowy rodzą pewne wątpliwości co do kwalifikacji spornego zamówienia przez Zamawiającego, jednakże działania te należy uznać za spóźnione i jako takie niedopuszczalne, a nadto nieskuteczne z uwagi na powierzchnię rozbudowy.

Na marginesie należy dodać, że jeśli Odwołujący chciałby wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o rozbudowę określonego obiektu, to nie budzi wątpliwości Izby, w świetle spornego warunku udziału w postępowaniu, że Odwołujący musiałby wykazać w ramach przedmiotowego zadania powierzchnię rozbudowy nie mniejszą niż 750 m², podczas gdy Odwołujący podał, że chodzi o powierzchnię 50 m².

Zarzut Odwołującego, na kanwie powyższego zadania, iż Zamawiający używa pojęcia modernizacji, nieznanego ustawie Prawo budowlane budzi zdziwienie, bowiem w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający w istocie posługuje się powołanym pojęciem, ale jedynie z tego powodu, że w treści *Wykazu* użył go sam Odwołujący i dla podkreślenia, że pojęcie to nie mieści się w definicji „budowy” i „rozbudowy”.

Wart odnotowania jest również fakt, że Odwołujący odnosząc się do treści *Wykazu* obejmującego zakres prac składających się na sporne zamówienie nie stara się wykazać, że stanowią one o wykonaniu „budowy” lub „rozbudowy”, co zdaniem Izby, dodatkowo potwierdza wraz z podjętą inicjatywą dowodową w toku postępowania odwoławczego, że w oparciu o *Wykaz* brak było podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, zakres prac składających się na przedmiotowe zadanie, a wymienionych w treści *Wykazu* jako katalog zamknięty, pozwalało Zamawiającemu na ocenę, że Odwołujący nie wykonał budowy lub rozbudowy.

Podsumowując, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp okazał się chybiony, bowiem Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, z przyczyn, o których była mowa wyżej. W konsekwencji, zdaniem Izby zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy ocenić jako bezprzedmiotowy, bowiem Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

21

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego na podstawie innych kryteriów niż te, ustalone w SIWZ.

Sformułowanie zarzutu poprzez wskazanie przepisu, tj. art. 91 – 92 ustawy Pzp bez podania konkretnej normy prawnej, zawartej w określonej jednostce redakcyjnej przepisu nie poddaje się ocenie. Nie jest rolą Izby odkodowywanie intencji Odwołującego co do przedmiotu zarzutu. Nadto, należy zauważyć, że trudno w ogóle mówić o zarzucie, skoro Odwołujący w tym zakresie odstąpił od podania jego uzasadnienia faktycznego.

Zdaniem Izby, ocenie nie poddaje się również zarzut naruszenia przepisów art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ze względu na brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie, o czym była mowa wyżej, jednakże wobec stwierdzenia prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania nie mógł skutkować uwzględnieniem odwołania, bowiem stwierdzone naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Jeśli idzie o naruszenie przepisu art. 45 ust. 4a ustawy Pzp, to jak dostrzegł sam Odwołujący, Izba mając na względzie przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie powinna obejmować swoją oceną czynności niewymienionych w powołanym przepisie. Izba zatem rozstrzygnięcia w tym względzie nie dokona, wyrazi jedynie, niejako na marginesie swoje stanowisko, biorąc pod uwagę doniosłość prawną tego zagadnienia i skutki faktyczne przedmiotowej czynności dla Odwołującego.

Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odnotować należy, że w judykaturze zaistniał pogląd, nawiązujący do tego literalnego brzmienia, zgodnie z którym przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy

22

rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Nie można jednak nie zauważyć, że poprzestanie li tylko literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. U źródła nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) leżała potrzeba

przeciwdziałania zgomom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnieniu bądź uzupełnieniu tylko przez tego wykonawcę, który - w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów - przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy zмовы mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (druk sejmowy VI kadencji nr 471).

Z tej przyczyny Izba przy interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dostrzega potrzebę stosowania reguł wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu *in casu* podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (zob. wyroki SN: z 7 listopada 2013 r., sygn. akt: V CSK 531/12; z 10 maja 2013 r., sygn. akt: I CSK 422/12; z 4 marca 2013 r., sygn. akt: I CSK 444/12). W uzasadnieniu ww. wyroku z 7 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zdaniem Izby w obowiązującym stanie prawnym nie sposób, zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu.

Przenosząc te rozważania na grunt sprawy niniejszej stwierdzić należy, że uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego, które nie potwierdzały spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu nie cechowała ani umyślność ani zła wola. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że Odwołujący dysponował dokumentami podmiotu trzeciego

23

opatrzonymi datą przypadającą przed dniem składania ofert, bowiem nie jest to relewantne dla sprawy, a ponadto nie ma pewności, że Odwołujący w tej dacie rzeczonymi dokumentami dysponował.

Izba stoi na stanowisku, że za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie *fraudem lege*, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty, podając nowe informacje, lecz po ich analizie okazało się, że wykonawca tego warunku nie spełnia (tak też w wyrokach: z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, Lex nr 951203 i 13 czerwca 2011 r., sygn. akt 1134/11, Lex nr 846367).

Reasumując, z podanych przyczyn Izba wyraża przekonanie, że Zamawiający nie miał podstaw do zatrzymania wadium Odwołującemu, a zatem powinien jej zwrócić.

W piśmie procesowym Odwołujący zwrócił uwagę na wadliwą ocenę oferty Odwołującego, jednakże z uwagi na ograniczenia, wynikające z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, procedowanie w tym przedmiocie jest niedopuszczalne. Niezależnie od powyższego, gdyby nawet rzeczonego ograniczenia nie było, to zarzuty w tym zakresie nie podlegałyby rozpoznaniu, bowiem nie objęto ich treścią odwołania. Z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wynika zaś, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w tym kontekście, a więc w istocie sformułowanie zarzutu w tym przedmiocie nastąpiło dopiero w piśmie procesowym, należy więc zastosować analogiczną ocenę do powyższego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 916,04

zł.

Przewodniczący: