

WYROK

z dnia 9 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie i FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie, Hiszpania** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę infrastruktury portowej w północnej części Półwyspu Ewa w porcie w Szczecinie”, unieważnienie czynności z dnia 19 października 2011 r. w zakresie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A. w Warszawie i FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie, Hiszpania** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykazywane przez wykonawców roboty zostały wykonane należycie
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie i FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. w Szczecinie**, na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie i FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie, Hiszpania** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowa infrastruktury portowej w północnej części Półwyspu Ewa w porcie w Szczecinie.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 22.07.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 139-231171

W dniu 19.10.2011 r. zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. w Warszawie i FERROVIAL AGROMAN S.A. w Madrycie, Hiszpania (zwanym dalej „Konsorcjum Budimex” lub „Konsorcjum”) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wartości prac *stricte* hydrotechnicznych w ramach 3 kontraktów wykazanych przez Konsorcjum na potwierdzenie spełniania warunku wykonania, co najmniej 2 prac hydrotechnicznych, polegających na budowie nadbrzeża portowego o głębokości co najmniej 7 metrów i o wartości netto co najmniej 16 000 000 PLN oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych robót.

W dniu 26.10.2011 r. Konsorcjum wniosło odwołanie od ww. czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sprawie wartości robót hydrotechnicznych wskazanych w wykazie robót budowlanych i do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ust. 4 Pzp poprzez skierowanie do odwołującego nieprecyzyjnego wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. wezwania nie wskazującego, dlaczego Zamawiający kwestionuje podaną przez Odwołującego w Wykazie robót budowlanych wartość „prac hydrotechnicznych” oraz nie określającego, w jaki sposób Odwołujący winien ustalić wartość tychże prac,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego nieprecyzyjnego wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wezwania nie wskazującego, dlaczego sformułowania zawarte w referencjach załączonych do oferty Odwołującego nie wskazują, w ocenie Zamawiającego, na należyte wykonanie umów,
- art. 26 ust. 4 Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wartości „prac hydrotechnicznych” wskazanych w Wykazie robót budowlanych złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakie roboty uważa za „prace hydrotechniczne”, a Odwołujący podał w Wykazie wartość prac uważanych przez siebie za „prace hydrotechniczne”, a nadto wartości te wynikały wprost z dokumentów referencji załączonych do oferty,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w sytuacji, gdy z referencji załączonych do oferty Odwołującego okoliczność ta jednoznacznie wynika,
- art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez dyskryminowanie wykonawców mających siedzibę poza Polską i żądanie od nich dokumentów zawierających sformowania właściwe dla polskiego prawa.

W związku z ww. zarzutami wniesiono o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości robót (prac) hydrotechnicznych wymienionych w wykazie wykonanych robót budowlanych,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w ofercie Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Ponadto Konsorcjum wskazało, iż posiada interes, w rozumieniu art. 179 Pzp, do wniesienia odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę, tj. utracić zyski z realizacji niniejszego zamówienia publicznego. Nadto jego interes w uzyskaniu zamówienia upatrywać należy w tym, iż jak wynika z informacji ogłoszonej przy otwarciu ofert, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem kryterium ceny oraz udzielonej gwarancji jakości, co powoduje, iż Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia. Skoro więc Odwołujący ocenia wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, za niezgodne z obowiązującymi przepisami Pzp, Odwołujący musi wykorzystać przysługujące mu środki ochrony prawnej nie czekając na dokonanie przez Zamawiającego oceny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez niego w wykonaniu przedmiotowego wezwania. Postępowanie o zamówienie publiczne charakteryzuje się znacznym formalizmem, a co za tym idzie zaniechanie złożenia odwołania od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego - wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów - skutkować będzie pozbawieniem Odwołującego możliwości kwestionowania zasadności wezwania na kolejnych etapach postępowania, zwłaszcza w razie złożenia odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (tak np. KIO w wyroku z dnia 30.04.2008r., sygn. akt 358/08).

Odwołujący, w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego, złożył wprawdzie Zamawiającemu dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia, niemniej okoliczność ta nie przesądza o braku interesu we wniesieniu niniejszego odwołania. Ze względu bowiem na brak precyzji Zamawiającego w określeniu zakresu swoich żądań, Odwołujący nie ma pewności, czy jego wyjaśnienia zostaną ocenione przez Zamawiającego jako wystarczające, zaś oczekiwanie na taką ocenę może spowodować wygaśnięcie prawa Odwołującego do zakwestionowania samego

wezwania (upływ terminu do wniesienia odwołania). Odwołujący musi więc w tej sytuacji podjąć wszelkie dopuszczone prawem środki służące „ochronie” swojej oferty, w razie zaś stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący wykazał spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący stosownie do przepisu art. 187 ust. 8 Pzp cofnie niniejsze odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w wezwaniu z dnia 19.10.2011r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż po analizie jego oferty stwierdził, że: „Wykonawca w wykazie robót budowlanych, przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w żadnej z trzech przedstawionych robót nie określił, jaka była wartość robót hydrotechnicznych, polegających na budowie nadbrzeży portowych, wykonanych w ramach zadań wymienionych w wykazie robót budowlanych, a referencje załączone do wykazanych robót budowlanych nie potwierdzają, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. W związku z tym stwierdzeniem, Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, „do złożenia wyjaśnień w sprawie wartości robót hydrotechnicznych, polegających na budowie nadbrzeży portowych o głębokości przynajmniej 7 m, wykonanych w ramach zadań, wskazanych w wykazie robót budowlanych dołączonym do oferty Wykonawcy i do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, podpisanych przez osoby upoważnione poprzez podmiot, na rzecz którego wykonywano roboty budowlane, do wystawienia tych dokumentów”. Na żądane przez siebie dokumenty i wyjaśnienia Zamawiający oczekiwał do dnia 24.10.2011r. do godziny 14.00, przy czym jako miejsce złożenia dokumentów Zamawiający wskazał swoją siedzibę zaznaczając, że „liczy się data dotarcia dokumentów do Zamawiającego”.

Odwołujący, licząc się z możliwością wykluczenia go z postępowania z uwagi na brak reakcji na przedmiotowe wezwanie oraz związanym z tym ryzykiem zatrzymania przez Zamawiającego wadium, przedłożył Zamawiającemu w dniu 24.10.2011r. wyjaśnienia oraz dodatkowe, posiadane przez siebie dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych wskazanych w Wykazie.

Odwołujący podkreślił, iż ze względu na powyższe, okoliczność wykonania przezeń wezwania Zamawiającego, nie stanowi przyznania, iż wezwanie to jest zgodne z obowiązującymi przepisami Pzp.

I. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości robót hydrotechnicznych.

W Rozdziale VIII ust. 3 pkt 1 SIWZ, Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do wiedzy i doświadczenia wykonawców:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej 2 prace hydrotechniczne, polegające na budowie nadbrzeży portowych o głębokości co najmniej 7 m i o wartości netto co najmniej 8.000.000 PLN każda lub przynajmniej 1 pracę hydrotechniczną, polegającą na budowie nadbrzeży portowych o głębokości co najmniej 7 m i o wartości netto co najmniej 16.000.000 PLN.” Wykazanie spełnienia warunku, o którym mowa, miało nastąpić poprzez przedstawienie przez wykonawców Wykazu robót budowlanych, przy czym w Wykazie należało podać rodzaj i wartość robót oraz daty i miejsca ich wykonania (wg wzoru formularza nr 4).

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał w Wykazie robót budowlanych trzy zadania:

- „Rozbudowa i poprawa nadbrzeży Cos Nou w Porcie Mahon”,
- „Zmodyfikowany projekt nr 1 prac polegających na budowie nadbrzeża Levante w Porcie w Walencji”,
- „Nadbrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana”, Bilbao.

Jednocześnie Odwołujący wskazał w Wykazie robót daty, miejsca, rodzaj i wartość robót, przy czym określając wartość robót Odwołujący wskazał na wartość całych kontraktów. W każdym bowiem z podanych kontraktów, przedmiotem umowy było wybudowanie nadbrzeża rozumianego jako pewna całość organizacyjno - techniczna. Rezultatem wszystkich robót objętych przedmiotowymi kontraktami był więc obiekt hydrotechniczny odpowiadający przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, iż Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia „prace hydrotechniczne, polegające na budowie nadbrzeży portowych”, w szczególności nie przesądził, które z prac zwyczajowo wykonywanych w związku z

budową nadbrzeży i niezbędnych do wykonania nadbrzeża jako pewnej całości nie będą „pracami hydrotechnicznymi” w rozumieniu wskazanego warunku. Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, a więc nie tylko Odwołujący, po analizie SIWZ, stanowiącej oświadczenie woli Zamawiającego podlegające wykładni w trybie art. 65 k.c, utożsamili więc przywołane w SIWZ prace hydrotechniczne polegające na budowie nabrzeży portowych z wykonanymi przez siebie zadaniami hydrotechnicznymi jako pewną całość, podając w Wykazie ich wartość.

W tym miejscu odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.04.2009r., sygn. akt II CSK 614/08, niepublik., w którym Sąd Najwyższy stwierdził: „Zgodnie z przyjętą na tle art. 65 k.c. kombinowaną metodą wykładni oświadczeń woli składanych innej osobie, pierwszeństwo ma znaczenie oświadczenia woli, jakie rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia. Jeżeli strony nie przyjmowały tego samego znaczenia, za prawnie wiążące należy uznać znaczenie ustalone według obiektywnego wzorca wykładni, czyli takie, jakie w świetle reguł wynikających z art. 65 § 2 k.c. powinien mu przypisać adresat. Chodzi przy tym o takie znaczenie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Zabiegi te nie obejmują obowiązku zwracania się do nadawcy o wyjaśnienie sensu złożonego oświadczenia woli, decydujący bowiem jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli”. Zasada wykładni oświadczeń woli, o której mowa w przywołanym wyroku, nabiera szczególnego znaczenia na gruncie przepisów Pzp. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok KIO z dnia 22 marca 2010r., sygn. akt: KIO/UZP 210/10).

Skoro więc wykonawcy biorący udział w postępowaniu - adresaci SIWZ - rozumieli zapisy warunku w sposób podobny, to przyjąć należy, iż SIWZ nie wykluczała możliwości podania w wykazie robót wartości „prac hydrotechnicznych” rozumianych jako wartość kontraktów obejmujących wykonanie takich właśnie zadań.

Ponadto taki sposób rozumienia SIWZ pozostaje w zgodności z przepisem art. 22 ust. 4 Pzp (opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia). Przedmiot niniejszego zamówienia polegający na rozbudowie infrastruktury portowej obejmuje bowiem szereg różnych robót, nie tylko robót *stricte* hydrotechnicznych, do których zdaje się odwoływać Zamawiający w wezwaniu z dnia 19.10.2011r., składających się jednak na jedno wspólne zadanie hydrotechniczne.

Odnosząc się natomiast do treści samego tylko wezwania odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego w przypadku zadań wskazanych w punkcie 1 i 2 Wykazu robót budowlanych wartość robót *stricte* hydrotechnicznych wynika wprost z zapisów referencji zamieszczonych odpowiednio na stronie 118 i stronie 122 oferty odwołującego (wersje polskojęzyczne). Składanie przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, ocenić należy jako zbędne.

Odnosząc się do kwestii wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, wskazano także, iż na zamawiającym kierującym do wykonawców wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp spoczywa bezwzględny obowiązek dokładnego opisanie w wezwaniu, dlaczego dokument przedstawiony przez wykonawcę Zamawiający uznaje za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (tak KIO w wyroku z dnia 29.01.2010, sygn. akt KIO 1980/09). Tak samo należy rozumieć zakres wezwania kierowanego do wykonawców w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Sporne wezwanie, nie dość, że oparte na błędnej podstawie prawnej (art. 26 ust. 3 Pzp zamiast art. 26 ust. 4 Pzp) nie wskazuje, dlaczego przyjęty przez Odwołującego sposób określenia wartości „robót/prac hydrotechnicznych” (w wezwaniu Zamawiający zamiennie posługuje się określeniem „roboty hydrotechniczne” i „prace hydrotechniczne”) jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego i w konsekwencji, w jaki sposób wartość ta powinna zostać wyliczona. Tymczasem Zamawiający dysponował bardzo szczegółowymi dokumentami referencji, które zawierały dokładny opis prac wykonanych w ramach poszczególnych kontraktów i w odniesieniu przynajmniej do dwóch z referencji (poz. 1 i 2 Wykazu) wartości poszczególnych robót. Mając takie dane Zamawiający mógł z łatwością wskazać, które z prac wliczonych przez Odwołującego do wartości robót nie uważa za „prace hydrotechniczne”.

Jak przypomina Izba w wyroku z dnia 22.04.2010r., sygn. akt KIO/UZP 545/10, „okoliczność nieprecyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, które w efekcie - w przypadku braku uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę w związku z tym, że dokumenty przedłożone w ofercie są prawidłowe - może pozbawiać szans na uzyskanie przez tego wykonawcę zamówienia z uwagi na treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Jednoznaczność wezwania do złożenia wyjaśnień, odgrywa więc istotną rolę w ocenie prawidłowości prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odnosząc się do zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, co do dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę na potwierdzenie należytego wykonania robót wymienionych w wykazie (tzw. referencji), odwołujący wyjaśnił, iż stosownie do zapisów SIWZ wykonawcy mieli przedłożyć w ofercie cyt.: „dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”, co odpowiada zapisowi § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W wykonaniu tego zobowiązania, Odwołujący do swojej oferty załączył wymagane dokumenty, a mianowicie: wykaz robót budowlanych oraz dokumenty (referencje) potwierdzające, że wymienione w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W ocenie Odwołującego nieuzasadnione i nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, że z przedłożonych referencji nie wynika, by roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W dokumencie referencji z dnia 4 maja 2009r. dotyczącej zadania „Rozbudowa i poprawa nadbrzeży Cos Nou w porcie Mahoń”, zaświadcza się, że Firma Ferrovial Agroman S.A., zleceniobiorca prac wskazanych w wykazie robót budowlanych, „rozpoczęła ich wykonywanie w grudniu 2005r. i zakończyła je w październiku 2007r., zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie niżej podpisanego”. Z treści referencji wynika również, że została ona wydana „w celu potwierdzenia doświadczenia” wykonawcy. Tożsame zapisy znajdują się również w pozostałych dokumentach referencji

przedłożonych w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego. Załączone do oferty referencje wyraźnie więc potwierdzają, że wykonane przez Ferrovia Agroman S.A. roboty spełniały oczekiwania podmiotów je zlecających i zostały wydane wykonawcy po to, by mógł on wykazywać się doświadczeniem zdobytym przy wykonywaniu tychże robót.

Odwołujący wskazał, iż dokumenty referencji, składane na potwierdzenie wykonania zgodnego z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia prac, nie pochodzą od wykonawcy składającego ofertę, ale od osoby trzeciej - podmiotu zagranicznego - działającego w tym przypadku w oparciu o przepisy prawa hiszpańskiego. W związku z tym Odwołujący nie ma wpływu na użyte w nich sformułowania, ani nie może narzucać podmiotowi wystawiającemu referencje ich zakresu i treści. Brak w spornych referencjach słów: "roboty wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone" nie stanowi jednak przeszkody w uznaniu, iż dokumenty te potwierdzają spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Obowiązujące przepisy, choć odwołują się do cytowanego sformułowania, nie wymagają, by referencje potwierdzały wykonanie robót za pomocą użycia tych konkretnych słów. Na okoliczność tę, przy okazji zmiany obowiązujących przepisów, zwracano uwagę w opinii zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzając, że pojęcie „należycie wykonane” mieści w sobie zarówno określenie „zgodne z zasadami sztuki budowlanej” jak i „prawidłowo ukończone”. Wykonawcy mogą zatem posługiwać się referencjami zawierającymi dotychczasowe sformułowanie „należycie wykonane”, co odpowiada określeniu użytemu w spornych referencjach - wykonane „zgodnie z ustaleniami” stron.

W swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że „dokumenty złożone przez Wykonawcę w ofercie muszą jasno potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, aby można to było stwierdzić bez żadnych wątpliwości. Zamawiający nie może się kierować domniemaniami w tej materii”. Referencja jest jednak oświadczeniem osoby ją wystawiającej i do ustalania właściwego znaczenia tego oświadczenia zastosowanie mieć będzie art. 65 kodeksu cywilnego, stosowany do czynności wykonawców i zamawiającego na podstawie art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie z jego brzmieniem

oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Stosowanie zasad wykładni oświadczeń woli nie jest więc stosowaniem domniemań, o którym mówi Zamawiający w swoim piśmie. Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie KIO, np. w wyroku z dnia 27.05.2011r., sygn. akt KIO 1013/11, w którym Izba stwierdziła:

„Dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu, analizie należy poddać użyte w nim słownictwo”.

Kierując się zasadami wykładni oświadczeń woli wskazać należy, iż zwyczaje panujące w branży usług budowlanych, zwłaszcza, gdy umowa zawarta przez strony podlega reżimowi krajowych i wspólnotowych przepisów dotyczących zamówień publicznych, potwierdzają, iż wszelkiego rodzaju zaświadczenia o prawidłowym wykonaniu robót winny być uważane za referencje. Istotą referencji jest bowiem to, iż ich wystawienie świadczy o prawidłowym wykonaniu zadania i w takim też celu wydawane są one wykonawcom robót budowlanych. Wystawienie referencji jest przy tym czynnością prawną jednostronną, przy wykładni której należy stosować dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 § 1 k.c, co oznacza, że przesądzającego znaczenia nie można przypisywać semantycznemu brzmieniu oświadczenia (por. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 lutego 1997r., sygn. akt I ACr 18/97). Nie ma więc podstaw, by oczekiwać, że wystawiane referencje będą zawierały konkretne sformułowania. Inaczej jest w przypadku czynności procesowych regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy (tak KIO w wyroku z dnia 8 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1401/09).

Mając na uwadze powyższe nie sposób przyjąć, iż dokumenty wystawione Odwołującemu przez podmiot zlecający mu wykonanie robót, a zawierające sformułowanie „zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie niżej podpisanego” oraz wydane „w celu potwierdzenia doświadczenia” lub „w celu akredytacji Wykonawcy”, nie stanowią w istocie referencji, tj. dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy. W konsekwencji przyjąć należy, iż Odwołujący w sposób prawidłowy

wykazał, iż spełnia określony w rozdziale VIII ust. 3 pkt 1 SIWZ warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający wezwał go „do złożenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, podpisanych przez osoby upoważnione poprzez podmiot, na rzecz którego wykonywano roboty budowlane, do wystawienia tych dokumentów”. Takie sformułowanie wezwania sugeruje, iż Zamawiający zamierza weryfikować treść dokumentów przedstawianych przez Odwołującego także pod kątem umocowania osób podpisanych pod danym dokumentem do reprezentowania podmiotu wydającego referencje. Tymczasem, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 13.06.2011r., sygn. akt KIO 1127/11, przypomnieć należy, iż: „Izba w tym składzie podtrzymuje dotychczas prezentowaną linię orzecniczą KIO, z której wynika, że "z punktu widzenia prawidłowości wystawianego dokumentu- referencji, obowiązujące przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych w zakresie delegacji ustawowej nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone prace wykazywane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu". Za wyrokiem KIO 2108/10 Izba wskazuje, że referencja jako dokument korzysta z domniemania prawdziwości zapisanych w nim stwierdzeń do czasu, dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika najczęściej z wewnętrznych uregulowań jednostki, a ewentualne podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności."

Na zakończenie tej części wywodów należy zaznaczyć, iż wezwanie z dnia 19.10.2011r. odnoszące się do dokumentów referencji również nie czyni zadość wymaganiom jednoznaczności i precyzji. Zamawiający nie wskazał bowiem w szczególności, dlaczego sformułowania zawarte w referencjach uważa za niewystarczające potwierdzenie wykonania kontraktów w sposób należyty, tj. „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Na rozprawie zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W wyznaczonym czasie Konsorcjum: BUDIMEX S.A. - FERROVIAL AGROMAN S.A. złożyło wymagane dokumenty, które w sposób wiarygodny przekonały Zamawiającego, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W pierwszej kolejności według Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”, nie zaś w celu uniknięcia konsekwencji nie złożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów lub złożenia dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania zamawiający wskazał:

I. Odwołujący napisał w odwołaniu, że „w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego, złożył wprawdzie Zamawiającemu dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia, niemniej okoliczność ta nie przesądza o braku interesu we wniesieniu niniejszego odwołania”. Pomimo takiego twierdzenia Odwołującego niezaprzeczalne jest jednak, że w działaniu Odwołującego nie sposób doszukać się spójności. Odwołujący złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego, co więcej uzupełnione dokumenty pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie złożył odwołanie kwestionując samo wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, które przesądziły o pozostaniu Wykonawcy w postępowaniu i jego szansie na uzyskanie zamówienia. Ponadto, o tym, że wezwanie Zamawiającego było zasadne i konieczne świadczą same uzupełnione dokumenty, co wykazano poniżej.

Odwołujący podnosi, że czytając wymóg, zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („siwz”) uważał, że ma wykazać fakt posiadania doświadczenia w „wybudowaniu nabrzeża rozumianego jako pewna całość organizacyjno-techniczna”. Zdaniem Zamawiającego warunek w siwz został zapisany bardzo precyzyjnie i brzmiał:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 prace

hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeży portowych o głębokości co najmniej 7 metrów i o wartości netto co najmniej 8.000.000,00 PLN każda lub przynajmniej 1 pracę hydrotechniczną, polegającą na budowie nabrzeża portowego o głębokości co najmniej 7 metrów i o wartości netto co najmniej 16.000.000,00 PLN. (Rozdział VIII ust. 3 pkt 1) siwz).

Na potwierdzenie spełniania warunku Zamawiający zażądał od Wykonawców wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru, stanowiącego załącznik nr 4 do siwz oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Precyzyjność Zamawiającego polegała zarówno na określeniu, że należy wykazać doświadczenie w wykonywaniu konkretnych robót budowlanych -hydrotechnicznych, a ponadto w zapisie dookreślającym, co Zamawiający rozumie pod pojęciem robót hydrotechnicznych, które zostaną zaliczone do doświadczenia -budowę nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m. Warunek postawiony w siwz, był bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, które Zamawiający prowadzi.

Zgodnie z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2007r., Nr 86, poz. 579)

„Ilekcć w rozporządzeniu jest mowa o:

1) budowli hydrotechnicznej - rozumie się przez to budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanyimi, słuźące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym: zapory ziemne i betonowe, jazy, budowle upustowe z przelewami i spustami, przepusty wałowe i mnichy, słuzy żeglugowe, wały przeciwpowodziowe, siłownie i elektrownie wodne, ujęcia śródlądowych wód powierzchniowych, wyloty ścieków, czasze zbiorników wodnych wraz ze zboczami i skarpami, pompownie, kanały, sztolnie, rurociągi hydrotechniczne, syfony, lewary, akwedukty, budowle regulacyjne na rzekach i potokach, progi, grodzę, nadpoziomowe zbiorniki gromadzące substancje plynne i

półpłyenne, porty, baseny, zimowiska, pirsy, mola, pomosty, nabrzeża, bulwary, pochylnie i falochrony na wodach śródlądowych, przepławki dla ryb".

Zgodnie ze słownikiem PWN budowla hydrotechniczna to „budowla stosowana w inżynierii wodnej (budowle wodne, ujęcia wody powierzchniowej, rurociągi hydrotechn., akwedukty) lub inżynierii sanitarnej (stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie i przepompownie ścieków, kanały ściekowe)".

Natomiast Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998r. Nr 101, poz. 645), stanowiący akt wykonawczy do ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane w § 2 pkt 13) jasno definiuje pojęcie nabrzeża: „Ileokroć w rozporządzeniu jest mowa o: 13) nabrzeżu - rozumie się przez to budowlę morską tworzącą obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczoną do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich, przemysłu stoczniowego albo do składowania ładunków".

W związku z powyższym, uznać należy, że warunek postawiony przez Zamawiającego w siwz, był warunkiem jasnym i precyzyjnym, nie pozostawiającym luk interpretacyjnych. Jeśli Odwołujący przed złożeniem oferty miał wątpliwości jak rozumieć warunek postawiony przez Zamawiającego mógł i powinien zażądać od Zamawiającego wyjaśnień siwz w tej materii. Jednakże Odwołujący tego nie uczynił.

Wykonawca załączył w ofercie wykaz 3 robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, z wyraźnym zaznaczeniem, że w ramach każdej z tych robót były wykonywane prace hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m. Już z tak przedstawionego zapisu można wywieść, że Odwołujący prawidłowo odczytał intencje Zamawiającego, zawarte w siwz, zgodnie, z którymi miał wykazać doświadczenie w wykonywaniu prac hydrotechnicznych, polegających na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7m o określonej wartości. Zapis Wykonawcy, zawarty w wykazie robót budowlanych świadczy też o tym, że roboty hydrotechniczne polegające na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m w każdej z trzech wymienionych robót były jedynie częścią większej całości, która nie miała znaczenia dla ocenienia przez Zamawiającego posiadania przez Wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Zaznaczyć

należy także, że z referencji wynikało, że wartość robót, które wykazał Wykonawca obejmowała także wyburzenia, prace ziemne, instalacje, nawierzchnie, a nawet bezpieczeństwo i zdrowie, które nie miały znaczenia dla oceny czy Wykonawca ma doświadczenie w wykonywaniu prac hydrotechnicznych, polegających na budowie nabrzeży portowych o głębokości przynajmniej 7 m.

Wykonawca podnosi, że całe kontrakty miały charakter robót hydrotechnicznych w rozumieniu warunku, postawionego przez Zamawiającego w siwz, jednakże w swojej ofercie, wyodrębniając roboty hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeży portowych o głębokości przynajmniej 7 m z całych kontraktów zasygnalizował Zamawiającemu, że jest inaczej.

Z dokumentów, przedstawionych na wezwanie Zamawiającego jasno wynika, że:

1. w ramach kontaktu „Rozbudowa i poprawa nabrzeży Cos Nou w Porcie Mahoń” opiewającego na kwotę 69.884.743,62 PLN zostały wykonane roboty hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m, wypełniającego warunek postawiony przez Zamawiającego w siwz na kwotę 57.481.454,89 PLN;
2. w ramach kontaktu „Zmodyfikowany projekt nr 1 prac polegających na budowie nabrzeża Levante w Porcie w Walencji” opiewającego na kwotę 57.476.961,25 PLN zostały wykonane roboty hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m, wypełniającego warunek postawiony przez Zamawiającego w siwz na kwotę 50.416.787,20 PLN;
3. kontaktu „Nabrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana, Bilbao” opiewającego na kwotę 128.117.305,54 PLN zostały wykonane roboty hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m, wypełniającego warunek postawiony przez Zamawiającego w siwz na kwotę 128.117.305,54 PLN.

Wykonawca podkreśla, że wartości prac stricte hydrotechnicznych zostały zawarte w polskiej wersji referencji, na stronach 118 i 122 oferty Wykonawcy. Zamawiający nie podziela tego poglądu i stoi na stanowisku, że z opisów i kwot zawartych na stronie 118 oferty Wykonawcy, Zamawiający nie mógł wywieść kwoty robót odpowiadających warunkowi postawionemu w siwz:

Wartości podane na stronie 118 oferty Wykonawcy: Wartość prac wyraża się w następujących kwotach:

M1 Pal betonowany in situ o średnicy zewnętrznej 1,5 m 2 932 326 euro

M1 Pal betonowany in situ o średnicy zewnętrznej 1,2 m 3 778 727.15 euro

M1 Pal betonowany in situ o średnicy zewnętrznej 1.2 m na łądzie 1 388 088.00 euro

M3 Beton HA-35/B/20/IIIa+Qb w płytach in situ 1 080 108.52 euro

M3 Beton HA-35/B/20/IIIa w belkach i płytach 873 667,09 euro

Stal B500S 3 657 096.28 euro

Wykopy pod gołym niebem 747 093,32 euro

M3 Wyburzenie nabrzeża na wypełnienie, załadunek i transport na zwałowisko
386829,32 euro

M3 Wyburzenie masowe betonu (belka falezki i bloki) 730 855,76 euro

Tym bardziej kwoty robót, zawarte na stronie 122 oferty wykonawcy (poniżej) nie określają jasno czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jak można zauważyć, w zestawieniu tym nie została podana waluta w jakiej wyrażone są kwoty.

Wartość prac wyraża się w następujących kwotach:

PRACE ZIEMNE 2 169 497,99

NABRZEŻE SKRZYNIOWE 8 918 048,03

FALOCHRON ZAMYKAJĄCY 699 268,79

INSTALACJE 245 499,92

NAWIERZCHNIA 647 963,74

RÓŻNE 3 029 304,35

USŁUGI POWIĄZANE 114 110,96

BEZPIECZEŃSTWO i ZDROWIE 166 110,96

Całkowita wartość: 15 989 805,74

Reasumując, warunek postawiony przez Zamawiającego w Rozdziale VIII ust. 3 pkt 1) siwz był precyzyjny i nie budzący wątpliwości. Zamawiający żądając doświadczenia w wykonywaniu robót hydrotechnicznych dookreślił dodatkowo, że mają być to roboty polegające na „budowie nabrzeża portowego o głębokości przynajmniej 7 m”, a nie jakiegokolwiek roboty hydrotechniczne.

Odwołujący nie zadał w tej kwestii Zamawiającemu pytania, a w swojej ofercie jasno wyodrębnił roboty hydrotechniczne, polegające na budowie nabrzeża portowego o

głębokości przynajmniej 7 m w ramach całych kontraktów, które przedstawił na potwierdzenie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 kwietnia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 281/08) „dodatkowe informacje, składane jako oświadczenie wiedzy dotyczące wartości, dat wykonania i przedmiotu zamówienia stanowią element wykazu”, wobec czego bezspornym jest że Zamawiający mógł żądać tych informacji, które nie zostały zawarte w wykazie, a które miały ponad wszelką wątpliwość świadczyć o spełnieniu przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu i z tego prawa skorzystał.

II. Zamawiający stwierdził, że dokumenty, dołączone do wykazu (referencje) opisują co prawda szczegółowo zakres prac, charakterystykę robót, fazy procesu budowlanego, przedstawiają także cel inwestycji, jednakże z ani jednego ich zdania nie wynika, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Konsorcjum BUDIMEX S.A. - FERROVIAL AGROMAN S.A. w odwołaniu podnosi, że z referencji wynika, iż roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż zostało w nich zapisane, że „zakończyły się „zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie niżej podpisanego” oraz „w celu potwierdzenia doświadczenia”. Dodatkowo Odwołujący podkreśla, że dokumenty referencji „nie pochodzą od wykonawcy składającego ofertę, ale od osoby trzeciej - podmiotu zagranicznego - działającego w tym przypadku w oparciu o przepisy prawa hiszpańskiego”. W kunkluzji Odwołujący stwierdza, że „Odwołujący nie ma wpływu na użyte w nim sformułowania ani nie może narzucać podmiotowi wystawiającemu referencje ich zakresu i treści”. Poza tym Odwołujący podkreśla, że „brak w spornych referencjach słów: roboty wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone nie stanowi jednak przeszkody w uznaniu, iż dokumenty te potwierdzają spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu”.

Z twierdzeniami Odwołującego Zamawiający się nie zgodził i uznał, że sformułowania „zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie niżej podpisanego” oraz „w celu potwierdzenia doświadczenia” są na tyle enigmatycznie, że nie można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że oznaczają one wykonanie robót terminowo, należyście, rzetelnie, bez usterek. Poza tym, jeśli nawet przyjąć stanowisko Odwołującego, to na podstawie zapisu, że „firma rozpoczęła wykonywanie prac w

grudniu 2005r. i zakończyła je w październiku 2007r. zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie niżej podpisanego" można co najwyżej wywnioskować, że prace zakończyły się w terminie, zaakceptowanym przez podpisującego referencje, nie zaś, że roboty zostały wykonane bezusterkowo.

Poza tym fakt, że referencje pochodzą od podmiotu zagranicznego wcale nie oznacza, wbrew twierdzeniem Odwołującego, że Wykonawca składający ofertę w postępowaniu i chcący wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu może przedstawić jakikolwiek dokument, niezależnie od tego co zostało zapisane w jego treści i podnosić, że nie ma wpływu na treść tego dokumentu więc należy go bezkrytycznie przyjąć mimo, że nie potwierdza on jednoznacznie warunku stawianego Wykonawcy w siwz, opartego na Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 kwietnia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 281/08) „Za dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (...) mogą być uznane zarówno referencje, jak i świadectw płatności, świadectwa przyjęcia, protokoły odbioru końcowego, kopie faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie. Ani ustawodawca nie zawarł takiego wymogu, ani zamawiający nie może wymagać, aby dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone były wyłącznie referencje”.

W kontekście robót budowlanych aby zadośćuczynić wymogowi potwierdzenia, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, przedkładane protokoły odbioru muszą jasno stwierdzać bezusterkowy odbiór (wyrok SO w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2008r. sygn.. akt XII Ga 391/08).

Wykonawca mógł więc, według własnego uznania przedstawić Zamawiającemu takie dokumenty, które będą ponad wszelką wątpliwość potwierdzać postawiony przez Zamawiającego warunek.

Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego „przedłożył posiadane przez siebie dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania robot budowlanych wskazanych w wykazie”. Rzeczywiście, Zamawiający potwierdza, że dopiero w odpowiedzi na wezwanie Odwołujący

przedłożył protokoły końcowe odbioru robót, w których jednoznacznie zostało zapisane, że roboty zostały wykonane w terminie, zgodnie z projektem i dokumentacją, w trakcie gwarancji nie zgłoszono istotnych szkód, pomimo ich pochodzenie również od podmiotu hiszpańskiego. Z dokumentów tych wynika więc, że prace zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Powyższe oznacza więc tyle, że Wykonawca, kompletując ofertę dokonał złego doboru dokumentów przedstawionych na potwierdzenie, że roboty wykonywane przez Konsorcjum zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co konwalidował w wyniku wezwania Zamawiającego.

Zamawiający w wezwaniu nie zapisał również, że w dokumentach mają być zawarte określone słowa.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca odpowiada za przedstawienie takich dokumentów, z których będzie wynikało potwierdzenie, iż roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zwłaszcza, jeśli Wykonawca znajduje się w posiadaniu różnego rodzaju dokumentów, z których może wybrać takie, które ponad wszelką wątpliwość udowodnią warunek udziału w postępowaniu. Nieuzasadnione jest przerwienie odpowiedzialności na Zamawiającego za zły dobór przez Wykonawcę dokumentów, które dołącza on do swojej oferty.

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie kwestionował podpisów złożonych pod referencjami, złożonymi w ofercie Wykonawcy wobec czego nie odniósł się do wypowiedzi Odwołującego dotyczących tej kwestii.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Treść adekwatnej dokumentacji przetargowej, adekwatnych dokumentów załączonych do oferty odwołującego oraz przebieg postępowania zostały w sposób odpowiadający rzeczywistości przytoczone w treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie, co zostało zreferowane powyżej.

Ponadto Izba wskazuje, iż w zakwestionowanych przez zamawiającego referencjach załączonych wraz z tłumaczeniami przez Konsorcjum Budimex do jego oferty, tj. w referencjach dotyczących zadań:

1. Rozbudowa i poprawa nadbrzeży Cos Nou w Porcie Mahon (str. 112 i n. oferty),
 2. Zmodyfikowany projekt nr 1 prac polegających na budowie nadbrzeża Levante w Porcie w Walencji (str. 119 i n. oferty),
 3. Nadbrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana w Bilbao (str. 123 i n. oferty),
- wystawionych odpowiednio przez:
1. Władze portowe Balearów,
 2. Władze portowe Walencji,
 3. Władze portowe Bilbao,

zamieszczono następujące informacje:

Ad. 1

Pan Armando P. G., inżynier dróg, kanałów i portów, dyrektor prac „Rozbudowa i poprawa nadbrzeży Cos Nou w Porcie Mahon” wykonanych dla Władz Portowych Balearów zaświadczył, że firma FERROVIAL AGROMAN S.A., zleceniobiorca wspomnianych prac, rozpoczęła ich wykonanie w grudniu 2005 r. i zakończyła je w październiku 2007 r zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie wyżej wymienionego.

Ponadto w referencjach tych podano wartość prac i opisano szczegółowo ich zakres, sposób przeprowadzenia i osiągnięte cele i rezultaty.

Na końcu dokumentu stwierdzono, iż wydaje się go w celu potwierdzenia doświadczenia (wykonawcy).

Ad. 2

Pan Marcelo B. T., inżynier dróg, kanałów i portów, Szef projektów, budów i prac konserwatorskich wykonywanych dla Władz Portowych Walencji, Dyrektor prac „Zmodyfikowany projekt nr 1 prac polegających na budowie nadbrzeża Levante w Porcie w Walencji” zaświadczył, że firma Nabrzeże Levante UTE, w której FERROVIAL AGROMAN S.A. posiada 70% udziałów, wykonawca wspomnianych prac, rozpoczęła ich realizację we wrześniu 2006 r. i zakończyła je w lipcu 2008 r zgodnie z ustaleniami i przy aprobacie wyżej wymienionego.

Ponadto w referencjach tych podano wartość prac i opisano szczegółowo ich zakres.

Na końcu dokumentu stwierdzono, iż wydaje się go w celu akredytacji wykonawców.

Ad. 3

Pan Jose Luis Garcia-Mochales Carralero, inżynier dróg, kanałów i portów, Szef Działu Konserwacji Władz Portowych Bilbao i Dyrektor Prac Projektu „Nadbrzeże AZ-3 przylegające do doku Zierbana” zaświadczył, że spółka UTE, składająca się z firm FERROVIAL AGROMAN S.A. oraz VDA DE SAINZ S.A., jako wykonawca wspomnianych prac, rozpoczęła ich wykonanie we wrześniu 2007 r. i zakończyła w marcu 2010 r zgodnie z ustaleniami.

Ponadto w referencjach tych podano wartość prac i opisano szczegółowo ich zakres.

Na końcu dokumentu stwierdzono, iż wydaje się go w celu potwierdzenia doświadczenia (wykonawcy).

W ramach uzupełnienia dokumentów z dnia 21.10.2011 r. Konsorcjum Budimex przekazała zamawiającemu protokoły odbioru końcowego ww. robót, w których stwierdzono, iż roboty zostały wykonane zgodnie z projektem, przepisami i bez wad (znajdują się w dobrym stanie, stan ich realizacji jest właściwy... etc.).

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący generalnie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W dalszej kolejności podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1. warunków udziału w postępowaniu,

2. przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Natomiast art. 26 ust. 1 ustawy stanowi, iż zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Następnie według dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Natomiast według ust. 4 tego przepisu zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Nadto § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem”, stanowi, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – warunku wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych oraz dokumentów

potwierdzających roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

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

Izba uznała odwołanie za zasadne w zakresie zarzutu polegającego na zakwestionowaniu zasadności i dopuszczalności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazanych przez Konsorcjum Budimex robót budowlanych. Potwierdzenie ww. zarzutu posłużyło za podstawę uwzględnienia odwołania.

Po ocenie referencji przedłożonych wraz z ofertą przez odwołującego i opisanych powyżej Izba stwierdziła, iż z ich treści wynika potwierdzenie okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Nawet jeżeli sformułowania tam zawarte dosłownie do nich się nie odnoszą, to wszelkie próby nadania im odmiennego znaczenia są nie do utrzymania.

Jak słusznie zauważył odwołujący nie sposób zakładać i wymagać od pomiotów zagranicznych aby wystawiając swoje, w znacznym stopniu wystandaryzowane (jak można wnosić z porównania dokumentów wystawianych przez poszczególne hiszpańskie władze portowe) referencje, posługiwały się sformułowaniami zaczerpniętymi z polskich przepisów. Natomiast kontekst i całość treści przedłożonych referencji nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż poświadczono w nich prawidłowe i zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie zamówionych robót. W treści referencji wyraźnie stwierdzono co zostało wykonane oraz że zostało to wykonane zgodnie z ustaleniami. Przyjęcie, iż sformułowania „zgodnie z ustaleniami” czy „przy aprobacie” potwierdzają powyższe nie jest żadną hipotezą, ale opartą o doświadczenie życiowe i zdrowy rozsądek konstatacją. Nie do pogodzenia z powyższymi jest natomiast przyjęcie, iż władze portowe zamawiały i ustalały z wykonawcą wykonanie katastrofy budowlanej, a następnie odebrały i potwierdziły satysfakcjonujące wykonanie owej katastrofy, tj. skomplikowanych, opisanych w referencjach inwestycji niezgodnie z zasadami sztuki, a tylko z dotrzymaniem umówionych terminów.

Reasumując żądanie jakichkolwiek innych dokumentów potwierdzających powyższe należało uznać za zbędne i tym samym nie mieszczące się w dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, która stanowi o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w przypadku braku ich złożenia przez wykonawcę, i jako takie stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu odwołania kwestionującego wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie wartości czy charakterystyki wykazywanych robót Izba stwierdziła, iż nie mieści się on w zakresie uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. W szczególności nie zachodzi w tym przypadku możliwość powstania po stronie wykonawcy szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, tj. powstania szkody bezpośrednio w związku z naruszeniem tego przepisu.

Zamawiający właściwie zawsze może zwrócić się o złożenie przez wykonawcę stosownych wyjaśnień w przedmiocie informacji składających się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast wykonawca może mu takich wyjaśnień w dowolnym zakresie udzielić, albo w przypadku gdy uznaje, iż wyjaśnienia takie są zbędne, a wszelkie informacje wystarczające do wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu zostały już podane, może wezwanie takie po prostu zignorować. W przeciwieństwie do wezwania do uzupełnienia dokumentów nie rodzi to dlań żadnych negatywnych skutków rzutujących na jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niezrozumiałe jest w tym kontekście w szczególności podnoszenie przez odwołującego, iż jego interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej w tym zakresie polega na tym, iż w przyszłości takiego wezwania nie będzie mógł kwestionować. Kwestionowania wezwania do wyjaśnień nie ma po prostu potrzeby. A jego rozpatrywanie prowadziłoby *de facto* do zbędnego przedsądu Izby w kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu jeszcze przed czynnością wyboru ofert – jedynie w celu zakwestionowania czynności, co do której jak wskazano, zamawiający zawsze ma prawo, i która nie wywołuje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Natomiast odmienna sytuacja związana z możliwością poniesienia szkody majątkowej (utrata wadium na podstawie art. 46 ust. 4a) oraz zagrożeniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zachodzi przy niezastosowaniu się do wezwania do uzupełnienia dokumentów, które z tych względów, w przypadku gdy jest niezasadne, może czy nawet powinno być na drodze środków ochrony prawnej

kwestionowane. Co prawda również w tym przypadku brak jest bezpośredniego skutku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z nieuzupełnieniem dokumentów żądanych przez zamawiającego. Przepisy nie ustanawiają przesłanki wykluczenia wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów, ale nakazują wykluczenie takiego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie warunków już przez złożenie dokumentów wraz z ofertą, przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wobec niego nie zajdzie, a powyższe będzie mógł wykazać w odwołaniu dotyczącym jego wykluczenia. Jednakże szkoda, którą może ponieść w związku z wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów nie polega w tym przypadku na bezpośrednim skutku wykluczenia go z postępowania, ale po pierwsze na wskazanej wyżej możliwości utraty wadium oraz na niemożliwości ponownego uzupełnienia dokumentów, gdy np. w postępowaniu odwoławczym ustalone zostanie, że pierwotnie przedłożone przezeń dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak postuluje się bowiem w doktrynie i orzecznictwie, który to pogląd skłód orzekający Izby podziela, wezwanie do uzupełnienia danych dokumentów może nastąpić tylko raz. Tym samym w przypadku gdy wykonawca po wezwaniu ich nie uzupełni, albo nie zakwestionuje wezwania na drodze środków ochrony prawnej, ustalenie, iż dokumenty przedłożone pierwotnie, których wezwanie dotyczyło, są jednak niewystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, doprowadzi do jego bezwzględnego wykluczenia z postępowania bez nakazywania ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast w przypadku braku złożenia wyjaśnień taka sytuacja nie będzie miała miejsca.

Z opisanych wyżej względów uznano, iż odwołujący miał prawo kwestionować na drodze środków ochrony prawnej czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentów, natomiast skarżenie czynności wzywającej go do złożenia wyjaśnień nie mieściło się w dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp.

W trakcie orzekania, biorąc pod uwagę dyspozycje art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi o możliwości uwzględnienia odwołania jedynie w przypadku gdy będzie to miało wpływ na wynik postępowania, nie uwzględniono oświadczenia zamawiającego złożonego w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie aktualnej (po dokonany uzupełnieniu) oceny wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w

postępowaniu. Powyższe jest jedynie deklaracją zamawiającego, a nie czynnością w postępowaniu i jako takie nie wywiera żadnego wpływu na jego wynik. Przesądającym o ostatecznym uznaniu przez zamawiającego, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu byłaby dopiero informacja o wyborze jego oferty lub odrzuceniu jego oferty z innych przyczyn niż brak przedstawienia stosownych referencji. Natomiast zamawiający nie dokonał oceny ofert, którą w istocie stanowi informacja o jej wyniku (art. 92 Pzp). Dopiero w takim przypadku, tj. dokonania takiej czynności, niezależnie od zasadności zarzutów w tym zakresie, Izba oddaliłaby odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: