

Sygn. akt: KIO 1507/11

WYROK

z dnia 27 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Żarach**

przy udziale wykonawcy **Hydrobudowa Polska S.A. w Wysogotowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Sutco- Polska sp. z o.o. w Katowicach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pytania nr 16 zamieszczonych w piśmie z dnia 5 lipca 2011 r. pn „odpowiedź na pytanie wykonawcy nr 31”, oraz powtórzenie czynności udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Żarach** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zakładu Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Żarach** na rzecz **Polimex Mostostal S.A. w Warszawie** kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Żarach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest projektowanie i budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Marszów, Gmina Żary dla Projektu pn. Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2011 r. Nr 2011/S 105-171853.

W dniu 5 lipca 2011 r. zamawiający przesłał wykonawcy Polimex Mostostal S.A. w Warszawie zwanemu dalej „odwołującym” wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pytania nr 16 zamieszczone w piśmie z tego samego dnia pod nazwą „odpowiedź na pytanie wykonawcy nr 31”. Zamawiający w ww. piśmie wyjaśnił, że jeżeli w Świadectwie przejęcia znajduje się zastrzeżenie, że mimo zakończenia robót, pozostały do wykonania zaległe prace, wykonawca, w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powinien dołączyć do Świadectwa przejęcia dodatkowy dokument potwierdzający należyte wykonanie prac, np. „Protokół odbioru bez uwag”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na udzieleniu wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący wniósł w dniu 15 lipca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisu:

- a) art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c.,
- b) art. 38 ust. 4 i ust. 4a ustawy Pzp,
- c) art. 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, przywołując orzecznictwo sądów okręgowych i Izby, że wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią zarówno rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ.

Wywodził, że dokonana przez zamawiającego interpretacja treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest nieprawidłowa. Przywoływał treść art. 353¹ k.c. i podnosił, że strony kształtując treść łączącej je umowy mogą posłużyć się gotowymi wzorcami funkcjonującymi w obrocie prawnym, np. Warunkami Kontraktowymi FIDIC. Po włączeniu danej klauzuli Warunków Kontraktowych FIDIC do umowy, staje się ona jej integralną częścią, a jej postanowienia stają się wiążące dla zamawiającego/inwestora i wykonawcy.

Jeżeli zatem strony prowadzą daną inwestycję w oparciu o umowę skonstruowaną na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC, to dokumentem potwierdzającym zakończenie realizacji przedmiotu umowy, jest Świadectwo przejęcia wystawione zgodnie z odpowiednią klauzulą Warunków Kontraktowych FIDIC. W myśl klauzuli 10.1 „żółtego” FIDIC-a, Świadectwo przejęcia wystawiane jest wykonawcy, gdy roboty zostały zakończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. Podnosił, że w świadectwie przejęcia wskazywana jest data ukończenia robót. Ponadto wydanie Świadectwa przejęcia jej poprzedzone przeprowadzeniem udanych prób końcowych, ukończeniem robót zgodnie z kontraktem i przekazaniem inwestorowi (zamawiającemu) wymaganych dokumentów. Natomiast w sytuacji, gdy stan realizacji robót uniemożliwia wydanie Świadectwa przejęcia następuje odrzucenie wniosku o wydanie tego dokumentu połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do wystawienia Świadectwa przejęcia. Przywoływał treść wyroku Izby z dnia 11 maja 2011r., sygn. akt: KIO 902/11. Podnosił, że wystąpienie usterek czy pozostanie do wykonania drobnych prac, nie uprawnia zatem do przyjęcia, że wykonawca nie ukończył inwestycji czy wykonał ją nieprawidłowo. Świadectwo przejęcia wystawiane jest bowiem wykonawcy, gdy roboty zostały zakończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem.

Podnosił także, że nieprawidłowa jest dokonana przez zamawiającego interpretacja przepisu art. 643 i art. 647 k.c. W myśl art. 643 k.c., zamawiający zobowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swoim zobowiązaniem. Jednak zgodnie z art. 656 § 1 k.c., do umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło w zakresie skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu. Nie stosuje się zatem art. 643 k.c. Natomiast zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca

zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wystąpienie usterek w zakończonych robotach budowlanych nie powoduje powstania po stronie zamawiającego prawa do powstrzymania się z odbiorem wybudowanego obiektu lub wykonaniem innych obowiązków spoczywających na zamawiającym. Przywołał treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007r. (sygn. akt: V CSK 99/07) oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: V ACa 88/2009) i podnosił, że ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp podnosił, że poprzez treść wyjaśnienia zamawiający eliminuje z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego wykonawców, którzy posiadają prawidłowe dokumenty potwierdzające wykonanie przedmiotu umowy (Świadectwa przejęcia), co w istotny sposób ogranicza konkurencję oraz stanowi niezgodną z przepisami ustawy Pzp modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca przedstawiający Świadectwo przejęcia (nawet zawierające zastrzeżenie, że pozostały do wykonania zaległe prace) spełnia postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności polegającej na udzieleniu wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie pytania nr 16 zamieszczonych w piśmie z dnia 5 lipca 2011r. pn. „Odpowiedź na pytanie wykonawcy (31)” (znak: AS.ZZO.271.1/2011-281JRP),
- 2) powtórzenia czynności udzielenia wyjaśnień na pytanie nr 16 dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamieszczone w piśmie z dnia 5 lipca 2011r. pn. „Odpowiedź na pytanie wykonawcy (31)” (znak: AS.ZZO.271.1/2011-281JRP), z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w dniu 18 lipca 2011 r.

W dniu 21 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia następujących wykonawców:

- a) Sutco- Polska sp. z o.o. w Katowicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- b) Hydrobudowa Polska S.A. w Wysogotowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- c) Warbud S.A. w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wykonawca Sutco – Polska sp. z o.o. w Katowicach wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegających na udzieleniu wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na udzieleniu wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Podniósł, iż zamierza przedłożyć Świadcstwo przejęcia uzyskane na jednej z inwestycji, która prowadzona była na podstawie tzw. warunków kontraktowych FIDIC. Wskazywał, że zgodnie z ww. Warunkami Kontraktowymi FIDIC (klauzula 10.1.), gdy w opinii wykonawcy roboty budowlane są gotowe do przejęcia, występuje on do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o wystawienie Świadcstwa Przejęcia. Świadcstwo Przejęcia wystawiane jest przez Inżyniera Kontraktu na wniosek Wykonawcy złożony nie wcześniej niż na 14 dni przed tym, kiedy roboty budowlane będą w opinii Wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia. Zgodnie z literalną treścią klauzuli 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC Inżynier Kontraktu w terminie 28 dni od otrzymania wniosku ma prawo:

a) wystawić świadectwo przejęcia dla wykonawcy, ustalając datę z jaką roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem.

lub

b) W przypadku odrzucenia wniosku złożonego przez wykonawcę, Inżynier podaje powody takiego odrzucenia oraz wskazuje prace wymagane do przeprowadzenia, aby roboty budowlane mogły zostać uznane za ukończone zgodnie z umową, a tym samym aby było możliwe wystawienie Świadcstwa Przejęcia.

Wywodził, że użyte w Świadcstwie Przejęcia sformułowania nie oznaczają wadliwie czy nienależycie wykonanych robót, a potwierdzenie ich wykonania zgodnie z kontraktem. Jednocześnie sformułowanie o „drobniejszych zaległych pracach czy wadach, których

dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem" jest sformułowaniem wprost wynikającym z FIDIC.

Wykonawca Hydrobudowa Polska S.A. wniósł o oddalenie odwołania. Argumentował, że w jego ocenie dokumentem potwierdzającym ukończenie prawidłowo robót budowlanych (zgodnie z zasadami sztuki budowlanej) może być wyłącznie taki dokument, który potwierdza zarówno ukończenie wszystkich robót objętych umową, jak również potwierdzający należyte wykonanie tych robót. Ukończenie robót nie może nastąpić jeśli pozostały jeszcze do wykonania jakiegokolwiek zaległe roboty objęte umową.

Przywoływał treść wyroków Izby z dnia 19 kwietnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 502/10), z dnia 2 października 2008r. (sygn. akt: KIO/UZP 995/08), z dnia 7 lipca 2011r. (sygn. akt: KIO 1318/11). Odnosząc się do przywołanego przez odwołującego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. (sygn. akt.: V CSK 99/07) wskazywał, że wyrok ten wyjaśnia zatem jedynie kiedy następuje obowiązek odbioru robót budowlanych, a nie kiedy można je uznać za całkowicie i prawidłowo ukończone i wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Wykonawca Warbud S.A. wniósł o oddalenie odwołania. Argumentował, że dokumentem potwierdzającym wykonanie robót budowlanych jest dokument zawierający w sobie dwie informacje, pierwszą o wykonaniu robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, drugą o ich prawidłowym ukończeniu. Dokument z którego wynika, że zostały do wykonania zaległe prace oraz usterki do usunięcia nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu 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.

Przywoływał treść wyroku Izby z dnia 2 listopada 2010 roku sygn. akt KIO 2253/10, Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2008 roku sygn. akt XII Ga 391/08, wyroku Izby z dnia 4 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 659/10.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, pismo z dnia 5 lipca 2011 r. zatytułowane „odpowiedź na pytanie wykonawcy nr 31”, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w pkt 9 SIWZ sposób dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 9.1.2 ppkt a części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, fakt posiadania przez wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia potwierdza wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie następujących robót:

- a) co najmniej jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i budowie zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych zmieszanych o całkowitej przepustowości tego zakładu min. 50.000 Mg/rok wraz ze zlokalizowaną w hali, stacjonarną instalacją do segregacji odpadów komunalnych niesegregowanych, o wartości łącznej minimum 40 000 000,00 PLN netto,
- b) co najmniej jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i budowie zamkniętej instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej i przetwarzania (kompostowania) biofrakcji wydzielonej z odpadów komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 18.000 Mg/rok.

W celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wymagał od wykonawców załączenia do oferty dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, stosownie do przepisu §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. z dnia 31 grudnia 2009 r.).

Zamawiający w piśmie z dnia 5 lipca 2011r. pn. „Odpowiedź na pytanie wykonawcy (31)” (znak: AS.ZZO.271.1/2011-281JRP) w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie SIWZ o treści:

Czy uzna za wystarczające przedłożenie dokumentu (potwierdzenie wiedzy i doświadczenia) na dowód wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich

ukończenia w postaci Świadectwa Przejęcia w którym wskazano, i roboty zasadniczo ukończono, ale wskazano jednocześnie, iż pozostały do wykonania zaległe prace oraz usterki do usunięcia, czy też do takiego Świadectwa Przejęcia należy dodatkowo załączyć dokumenty potwierdzające usunięcie wad i usterek i zakończenie wszystkich zaległych prac

udzielił wyjaśnień, w których przytoczył treść klauzul 10.1, 11.1, 8.2. warunków kontraktowych FIDIC. Uznał jednak, że niniejsze zamówienie będzie realizowane zgodnie z prawem polskim, a więc przepisów prawa budowlanego i kodeksu cywilnego regulujących umowę o roboty budowlane. Zamawiający powołał art. 643 i art. 647 k.c. i wyjaśnił, że odbiór końcowy ma na celu ostateczne przekazanie zamawiającemu ustalonego w umowie przedmiotu zamówienia po sprawdzeniu jego należytego wykonania. Wyjaśnił, że w myśl polskiego prawa uznać za należyte wykonane roboty, dla których wskazano, iż roboty zasadniczo ukończono, ale wskazano jednocześnie, iż pozostały do wykonania zaległe prace. W konsekwencji zdaniem zamawiającego, gdy w Świadectwie Przejęcia znajduje się zastrzeżenie, że mimo zasadniczego zakończenia robót, pozostały do wykonania zaległe prace, wykonawca, w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych w SIWZ, powinien przedłożyć dodatkowy dokument potwierdzający iż te prace zostały wykonane należyte, np. „Protokół odbioru bez uwag”.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że opisywane przez zamawiającego doświadczenie którym miał się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, polegające na zaprojektowaniu i budowie zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych a także na zaprojektowaniu i budowie zamkniętej instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej i przetwarzania (kompostowania) biofrakcji jest na gruncie ustawy Pzp doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych. W świetle ustawy Pzp zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a także realizacja obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, traktowane jest jako robota budowlana (art. 2 pkt 8 ustawy Pzp).

Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymagało zatem dokonania interpretacji przepisu § 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. z dnia 31 grudnia 2009 r.), zgodnie z którym wykonawcy w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W drugiej kolejności dostrzec należy, że sformułowanie użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala więc na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast brak jakiegokolwiek wady w chwili oddania robót budowlanych. Wykryte wady oczywiście podlegają usunięciu co jednak nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Ponadto podkreślić należy że w pojęciu tym nie mieści się również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w okresie gwarancji i rękojmi.

Stosownie do przepisu art. 354 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Z przepisu tego wywodzi się, że dla wykonania zobowiązania, a więc zaspokojenia interesu wierzyciela i zwolnienia się z długu, dłużnik powinien spełnić świadczenie przede wszystkim zgodnie z łączącą strony umową. Jest to równoznaczne z wygaśnięciem zobowiązania. W przypadku unormowanej w Kodeksie Cywilnym umowy o roboty budowlane uznaje się, że data odbioru jest datą wykonania zobowiązania przez wykonawcę, co powoduje jego wygaśnięcie. Odbiór robót jest czynnością, skutkującą przejściem wszystkich ciężarów i korzyści oraz niebezpieczeństwa przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu odbioru na inwestora. Od tej daty liczy się terminy rękojmi i przedawnienia roszczeń. Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe ukończenie robót uznaje się protokół odbioru robót.

W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c"

(wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt: V ACa 88/2009). Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie robót niekoniecznie musi być uznawany wyłącznie bezusterkowy protokół odbioru.

Jednakże, zgodnie z art. 353¹ KC *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.* Wynikająca z tego przepisu tzw. zasada swobody umów stwarza kontrahentom możliwość kształtowania stosunków zobowiązaniowych innych niż typowe. Strony uzyskują kompetencję do tworzenia zupełnie nowych typów umów odmiennych ni uregulowane w kodeksie cywilnym lub innych ustawach. Mogą dokonywać pewnych modyfikacji umów nazwanych tworząc najbardziej odpowiadającą im formułę stosunku zobowiązaniowego. Ustawodawca ogranicza swobodę umów m.in. poprzez formułowanie norm prawnych bezwzględnie wiążących (*ius cogens*). W przypadku norm dyspozytywnych strony mogą skorzystać z kompetencji do odmiennego, umownego ukształtowania stosunku. Nie ulega wątpliwości zatem, że w kompetencji do odmiennego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego mieści się także możliwość posłużenia się przez strony gotowymi wzorcami umów.

Jeśli chodzi o wzory umów o prace projektowe i roboty budowlane, najbardziej rozpowszechnione są publikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*). W przypadku kontraktów obejmujących budowę wraz z projektowaniem jest to *Conditions of Contract for Plant and Design-Built*, Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem (tzw. *Yellow Book* – żółta książka).

Zatem dla oceny czy Świadczenie Przejęcia tj. dokument wystawiany na podstawie tzw. żółtego FIDIC-a może być uznane za dowód iż roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone i wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej należy dokonać interpretacji – w zakresie braku sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa krajowego, klauzul warunków kontraktowych FIDIC z uwzględnieniem postanowień łączącej strony umowy, które mogą wszak Warunki Kontraktowe FIDIC przyjąć z modyfikacjami.

W myśl klauzuli 10.1 „żółtego” FIDIC-a, Świadczenie przejścia wystawiane jest wykonawcy na jego wniosek, gdy roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. W Świadczeniu przejścia wskazywana jest data ukończenia robót. W tym miejscu zauważyć należy, że wystawienie przez Inżyniera Kontraktu Świadczenia Przejęcia ma, podobnie jak protokół odbioru, charakter akceptujący. Inżynier nie ma bowiem obowiązku wystawienia takiego dokumentu, pomimo złożenia stosownego wniosku przez wykonawcę, jeżeli stan realizacji robót uniemożliwia jego wydanie. W takim bowiem przypadku Inżynierowi przysługuje prawo

do odrzucenia wniosku o wydanie tego dokumentu połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do wystawienia Świadcstwa Przejęcia.

Ponadto wydanie Świadcstwa Przejęcia poprzedza przeprowadzenie udanych prób końcowych, które obejmują próby przedodbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania że roboty odpowiadają kryteriom sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1). Wydanie Świadcstwa Przejęcia poprzedza przekazanie Inżynierowi Kontraktu dokumentacji powykonawczej (klauzula 5.6). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie Świadcstwa Przejęcia kończy okres Czasu na Ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 warunków kontraktowych. Ponadto Świadcstwo Przejęcia pozwala zamawiającemu na przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu ich używanie, zgodnie z założonym celem.

Należy zwrócić uwagę, że wykonawca realizujący kontrakt w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC (podobnie jak przy protokole odbioru) zyskuje z wydaniem Świadcstwa Przejęcia podstawę do żądania wynagrodzenia od zamawiającego potwierdzonego Świadcstwem Płatności (klauzula 14). W ciągu bowiem 84 dni po otrzymaniu Świadcstwa Przejęcia Wykonawca wystawia tzw. Oświadczenie po Ukończeniu wraz z wnioskiem o płatność (klauzula 14.10).

Ponadto wystawienie Świadcstwa Przejęcia rozpoczyna bieg kolejnego etapu w procesie budowlanym na gruncie FIDIC, tj. Okresu Zgłaszania Wad, stanowiącego odpowiednik okresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę. W okresie tym zgłasza się i usuwa usterki i wady, które wykonawca ma obowiązek usunąć (klauzula 11). Co istotne, w okresie tym, zgodnie z wolą stron wyrażoną w świetle klauzuli 11.1, wykonuje się też drobne zaległe prace i usuwa wady wskazane w Świadcstwie Przejęcia. Prace te są wykonywane przed upływem okresu zgłaszania wad, w ciągu takiego rozsądnego czasu jaki jest polecony przez Inżyniera. Co istotne, z czynności wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia usterek ujawnionych w Świadcstwie Przejęcia nie sporządza się odrębnego protokołu.

Na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC zgodnie z klauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia Świadcstwa Wykonania. Dopiero ten dokument uważany jest za akceptację robót, jako właściwie wykonanych. Na uwagę zasługuje jednak okoliczność, że Świadcstwo Wykonania jest wystawiane dopiero po upływie Okresu Zgłaszania Wad, z reguły kilkuletnim, który rozpoczyna się wydaniem Świadcstwa Przejęcia. Okres Zgłaszania Wad zaś, jak wspomniano wcześniej, jest zaś odpowiednikiem okresu udzielonej gwarancji jakości. Świadcstwo Wykonania jako dokument wystawiany po upływie Okresu Zgłaszania Wad odnosi się przede wszystkim do wydarzeń z tego okresu.

Analiza przytoczonych klauzul Warunków Kontraktowych FIDIC prowadzi do wniosku, iż sposób dokumentowania przez Strony realizacji poszczególnych etapów procesu budowlanego w sposób istotny różni się od stosowanego w praktyce dokumentowania za pomocą protokołu odbioru. Podzielić należy zatem stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 11 maja 2011 r. sygn. akt 902/11. Po drugie cechy Świadcstwa Przejęcia tj. umożliwienie przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora, zgodnie z założonym celem, przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad, świadczą o jego podobieństwie do protokołu odbioru Ponadto, charakterystyczną cechą procedur FIDIC jest po pierwsze przeniesienie do okresu zgłaszania wad fazy wykonania drobnych zaległych prac, a po drugie brak dokumentu potwierdzającego bezusterkowy odbiór robót, który mógłby również potwierdzać że zostały wykonane drobne zaległe prace ujawnione w Świadcstwie Przejęcia. Wreszcie stwierdzić należy, że wymaganie od wykonawcy, który realizował zamówienie zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC złożenia Świadcstwa Wykonania wydaje się nadmierne, z uwagi na okoliczność, iż dokument ten wystawiany jest przez Inżyniera dopiero po zakończeniu Okresu Zgłaszania Wad i de facto dotyczy zdarzeń wynikłych w tym okresie.

Należy zatem stwierdzić, że Świadcstwo Przejęcia może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru, jeśli strony na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC przeniosły do okresu zgłaszania wad etap wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia drobnych wad uznając, że nie stoi to na przeszkodzie przejęciu obiektu do eksploatacji i zapłaty wynagrodzenia. Tym samym Izba stwierdza, że wymóg obligatoryjnego dostarczenia przez wykonawcę obok Świadcstwa Przejęcia także dokumentu potwierdzającego wykonanie drobnych zaległych prac i usunięcie wszystkich wad w nim wskazanych jest nieuzasadniony. Świadcstwo przejęcia może być bowiem, w okolicznościach danej sprawy i na gruncie konkretnej umowy, uznane przez zamawiającego za wystarczający dokument potwierdzający posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ.

Co do takiego rozumienia charakteru dokumentu jakim jest Świadcstwo Przejęcia podzielono stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 11 maja 2011 r. sygn. akt KIO 902/11.

Tym samym Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Wyjaśnienia treści SIWZ wiążą zamawiającego i wykonawców, biorących udział w postępowaniu, a więc wykazane naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania poprzez uniemożliwienie wykonawcom możliwości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo posiadania przez nich dokumentu, który może potwierdzać prawidłowe ukończenie i wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: