

Sygn. akt KIO/UZP 316/10

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący : Barbara Bettman**

**Członek: Bogdan Artymowicz**

**Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., z siedzibą w Piasecznie Korporacja Budowlana BUDMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach reprezentowane przez: Piotra Szporek adres do korespondencji: P.R.I. POL-AQUA S.A. ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o. o. ul. Wesoła 7, 58-150 Strzegom, protestu z dnia 5 lutego 2010 r.,**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy **INSTAL KRAKÓW S.A. ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, po stronie zamawiającego**

**orzeka**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie, Korporacja Budowlana BUDMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: **cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A., z siedzibą w Piasecznie Korporacja Budowlana BUDMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach adres do korespondencji: P.R.I. POL-AQUA S.A. ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX,00 gr (słownie: XXX złote zero groszy) przez XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A. z siedzibą w Piasecznie, Korporacja Budowlana BUDMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach, adres do korespondencji: P.R.I. POL-AQUA S.A. ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontrakt VI Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Strzegomiu przy ul. Rybnej w ramach projektu pn. „Zapewnienie prawidłowej gospodarki ściekowej w gminie Strzegom,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 198 284341 z 14.10.2009 r.), w dniu 5 lutego 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A., z siedzibą w Piasecznie, Korporacja Budowlana BUDMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 28 stycznia 2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy: INSTAL KRAKÓW S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Wodociągom i Kanalizacji Sp. z o. o. ze Strzegomia naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 ustawy; § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), oraz innych przepisów przywołanych w treści protestu, polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy - INSTAL KRAKÓW S.A. (zwanego dalej „INSTAL”), który nie wniósł wadium, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty INSTAL, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

2. wyborze oferty INSTAL,

W związku z czym odwołujący wnosił o:

- a) unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania,
- b) unieważnienie czynności wyboru oferty INSTAL jako najkorzystniejszej,
- c) powtórzenie badania i oceny ofert i w konsekwencji:
- d) wykluczenie INSTAL z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- e) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podał, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp powodują uszczerbek dla interesu prawnego odwołującego, bowiem odstąpienie przez zamawiającego od wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych. Wybór przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę - INSTAL, podlegającego wykluczeniu powoduje, iż odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, zgodną z ustawą i postanowieniami SIWZ jest pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podnosił, iż wybrany wykonawca nie wniósł wadium. Wskazał, iż wymagania zamawiającego co do wadium, określone w SIWZ stanowią wierne odwzorowanie przepisów ustawy Pzp. INSTAL w celu zabezpieczenia swojej oferty wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, której wystawcą i gwarantem jest

Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. (Gwarancja bankowa przetargowa Nr 291/2009 z dnia 15 grudnia 2009 r.). W opinii odwołującego, gwarancja wadialna przedłożona przez INSTAL zawiera dwa istotne odstępstwa od odpowiednich postanowień SIWZ, a tym samym od właściwych przepisów ustawy:

1. W zakresie przesłanek utraty wadium określonych w art. 46 ust. 5 Pzp i powtórzonych w pkt 11.2.2 lit. e) oraz pkt 11.6 ppkt 1-3 w SIWZ – IDW (instrukcji dla wykonawców), wprowadzono ponadstandardowy warunek wypłaty kwoty gwarancji, wymagający od beneficjenta gwarancji, tj. zamawiającego, wykazania dodatkowej, niejasno określonej okoliczności, że „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty.”

2. W zakresie przesłanek utraty wadium określonych w art. 46 ust. 4a Pzp i powtórzonych w pkt 11.6 ppkt 4 SIWZ - IDW, dokonano modyfikacji powodującej przeniesienie na beneficjenta gwarancji, tj. zamawiającego, ciężaru udowodnienia, iż nie przedstawienie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

W ocenie odwołującego, powyższe uchybienia zabezpieczenia wadialnego złożonego przez INSTAL powodują, iż gwarancja na dzień złożenia oferty (oraz po tej dacie) nie zabezpieczała w pełni roszczeń zamawiającego, a tym samym nie mogła być przyjęta jako wadium w przedmiotowym postępowaniu, na co przytoczył następujące argumenty:

Ad. 1. Gwarancja bankowa złożona przez INSTAL zawiera niekorzystną dla zamawiającego modyfikację, utrudniającą lub uniemożliwiającą skorzystanie z tego zabezpieczenia w przypadku zajścia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. W świetle tych przepisów, zamawiający winien mieć prawo i obowiązek zatrzymania wadium w przypadku gdy w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta, została wybrana, stwierdzono zaistnienie jednej z okoliczności opisanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 Pzp. W przekonaniu odwołującego, zawarte w treści gwarancji złożonej przez INSTAL - stwierdzenie przez zamawiającego (potwierdzone w oświadczeniu przekazanym do banku) zaistnienia jednej z powyższych okoliczności dotyczących wybranego wykonawcy, nie jest wystarczające do uzyskania wypłaty z gwarancji. Na zamawiającego został bowiem nałożony dodatkowy obowiązek wykazania, że „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty.” W kwestionowanym sformułowaniu poprzez użycie spójnika „i” zachodzi koniunkcja, co oznacza, iż żądając wypłaty z gwarancji zamawiający musi wykazać istnienie - po stronie wykonawcy, którego ofertę wybrano - zarówno jednej z przesłanek określonych w przepisach art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 Pzp jak i dodatkową okoliczność, iż ten „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty.” Ze względu na to, iż zwrot „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty” połączono spójnikiem „i” z następnymi trzema alternatywnymi zdarzeniami, które powodują wypłatę z gwarancji odwołujący przyjął, iż „niezastosowanie się przez wykonawcę do warunków oferty” - stanowi zdarzenie odmienne od trzech alternatyw

wskazanych przepisem. W prawidłowym stanie opisanym ustawą Pzp i SIWZ do zatrzymania wadium danego wykonawcy przez zamawiającego wystarczyłoby zaistnienie dwóch zdarzeń: (I) oferta tego wykonawcy została wybrana oraz (II) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Do zatrzymania wadium wniesionego przez INSTAL, zdaniem odwołującego, konieczne jest zaistnienie trzech zdarzeń: (I) oferta tego wykonawcy została wybrana oraz (II) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz (III) wykonawca nie zastosował się do warunków oferty (przy czym niezastosowanie się do warunków oferty musiałoby polegać na działaniu lub zaniechaniu innym niż opisane w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Podkreślił, iż samo sformułowanie: „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty,” tworzy wiele problemów interpretacyjnych. Nie sposób bowiem jednoznacznie stwierdzić co oznaczają „warunki oferty,” zarówno w rozumieniu ogólnym jak i na gruncie niniejszego postępowania. Powołał się na formularz oferty składany w przedmiotowym przetargu, zawierający szereg oświadczeń wykonawcy dotyczących m.in. dokonania wizji lokalnej terenu przewidzianego do budowy, terminu wykonania zamówienia, powierzenia części zamówienia podwykonawcom, etc. Oświadczenia te mogą być również oceniane jako warunki oferty, co skutkuje obowiązkiem wykazania przez zamawiającego - w przypadku zamiaru skorzystania z gwarancji - niezastosowania się do nich przez INSTAL. Przez co gwarancja wadium jest niezgodna z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp i ograniczona w możliwości jej realizacji.

Ad. 2. W odniesieniu do modyfikacji w treści gwarancji przekazanej przez INSTAL przesłanek zatrzymania wadium w stosunku do zdarzeń przewidzianych w art. 46 ust. 4a ustawy oraz opisanych w pkt 11.6 ppkt 4 SIWZ – IDW, odwołujący powołał się na przedstawioną Opinię Departamentu Prawnego UZP z dnia 19.11.2009 r. dotyczącą gwarancji wadium, zdaniem odwołującego o treści w kwestionowanym fragmencie niemal identycznej z przedłożoną w przedmiotowym postępowaniu przez INSTAL, z której wynika, iż modyfikowanie opisu zdarzeń w taki sposób - jak w gwarancji złożonej przez INSTAL jest niedopuszczalne i skutkuje wykluczeniem z postępowania. Na poparcie swoich twierdzeń, odwołujący przytoczył poglądy orzecznictwa, wskazujące na obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium, ale także wówczas, gdy wadium zostało formalnie wniesione, jednak nie odpowiada ono postanowieniom SIWZ oraz przepisom ustawy Pzp, w tym stanowisko Izby w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (KIO/UZP/62/09). W wymienionym orzeczeniu stwierdzono, iż: „wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r. II CRN 123/95 OSNC 1996/2 poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji

ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione."

Z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł kolejne zarzuty dotyczące INSTAL, tj. nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, które uzasadnił następująco:

W pkt 9.2 części I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców, zamawiający, wśród warunków udziału w postępowaniu, wskazał że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi: a) wykonać w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej: jedną robotę, której przedmiotem jest budowa, rozbudowa lub przebudowa (modernizacja) oczyszczalni ścieków o przepustowości min.  $Q_{\text{śrd}} = 4\,500\text{ m}^3/\text{d}$ , o wartości zamówienia co najmniej 18 000 000 PLN (bez podatku od towarów i usług). W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku należało przedłożyć wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik Nr 8 do SIWZ - IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie." Odwołujący wskazywał, iż wykaz wykonanych robót złożony przez INSTAL zawierał jedną robotę pn. „Modernizacja i rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu," która wedle oświadczenia INSTAL wykonywana była w okresie od 25.07.2008 r. do 31.10.2009 r. na zlecenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu. Na potwierdzenie, iż ww. robota została wykonana należycie INSTAL przedstawił list referencyjny, w którym potwierdzono fakt wykonania tej roboty w określonych wyżej terminach. Z powyższych informacji, których prawdziwość została potwierdzona zarówno przez wykonawcę jak i zlecającego, wynika, iż INSTAL nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż roboty powinny być wykonane przed dniem wszczęcia postępowania. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 października 2009 r., przez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej. Z treści warunku opisanego w pkt 9.2 SIWZ - IDW wynika, iż za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu można uznać roboty, które zostały zakończone przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Jako że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „wykonanych robót," odwołujący przytoczył przepis Kodeksu cywilnego, który w art. 471, znajdującym zastosowanie również do robót budowlanych, posługuje się pojęciem „wykonanie zobowiązania." Podał, iż w doktrynie prawa cywilnego „wykonanie zobowiązania" utożsamiane jest z momentem, w którym wykonawca spełnił świadczenie. W świetle powyższego oraz dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez INSTAL, z których wynika iż zakończenie robót nastąpiło 31 października 2009 r., odwołujący stwierdził, iż INSTAL nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 9.2. IDW i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10

ustawy Pzp, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie był zobowiązany ani uprawniony do żądania od INSTAL uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału określonego w pkt 9.2 IDW w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W opinii odwołującego, oferta INSTAL podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, wskutek braku zabezpieczenia oferty wadium, a ponadto INSTAL przedstawił dokument prawidłowy pod względem formalnym, jednak jego treść nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu i z tych względów nie podlegający uzupełnieniu. Odwołujący zarzucił, iż INSTAL podpisując dokument, w którym oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, m.in. poprzez posiadanie niezbędnego doświadczenia do wykonania zamówienia (załącznik nr 2), złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta INSTAL została uznana za najkorzystniejszą. W opinii odwołującego stanowi to podstawę wykluczenia wykonawcy wybranego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2010 r., do postępowania wywołanego protestem w dniu 11 lutego 2010 r. przystąpił wybrany wykonawca INSTAL KRAKÓW S.A., który wnosił o utrzymanie czynności wyboru jego oferty, uznając zarzuty odwołującego za bezpodstawne. Załączył wyjaśnienie Banku wystawcy gwarancji PKO BP SA z dnia 9 lutego 2010 r., iż wystarczające dla uruchomienia kwestionowanej gwarancji było samo oświadczenie zamawiającego, co do ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w tym dokumencie, obejmującym wszystkie ustawowo przewidziane okoliczności zatrzymania wadium. Złożył dokumenty świadczące o faktycznym terminie zakończenia inwestycji - wskazanej na potwierdzenie doświadczenia zawodowego. Przedstawione dowody w ocenie przystępującego, świadczą iż na dzień 6 października 2009 r. wszystkie roboty zostały wykonane, co potwierdził inwestor w zgłoszeniu do odbioru przekazanym Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Państwowej Inspekcji Pracy i Państwowej Straży Pożarnej. Przystępujący ponosił, iż skoro zakończył roboty budowlane przy modernizacji oczyszczalni ścieków w Raciborzu w dniu 6.10.2009 r., to tym samym w wymienionej dacie nabył też wymagane doświadczenie w prowadzeniu robót w rodzaju jak przedmiot zamówienia.

Pismem z dnia 16 lutego 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości. W ocenie zamawiającego, wniesione wadium formie Gwarancji Bankowych w pełni zabezpiecza złożoną ofertę INSTAL KRAKÓW S.A. i ewentualne roszczenia zamawiającego - zgodne z ustawą Pzp. Pomimo tego, iż dokument gwarancji nie zawiera treści literalnie tożsamej z określoną w SIWZ, nie można uznać, że gwarancja nie spełnia wymagań SIWZ. Na potwierdzenie słuszności takiego stanowiska powołał wyrok

KIO z dnia 19 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1564/09), który stwierdza, że „ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje zakresu treści dokumentu będącego podstawą ustanowienia wadium, nie wymaga też precyzyjnego zapisania przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium. Treść dokumentu musi być oceniana pod kątem celu wniesienia wadium tj. skutecznego zabezpieczenia oferty. Pomimo, iż treść gwarancji nie zawiera treści literalnie tożsamej z określoną w specyfikacji, nie można uznać, że gwarancja nie spełnia wymagań SIWZ. Zobowiązanie gwaranta zawarte w treści ww. dokumentu jest bezwarunkowe i nieodwołalne, obejmuje zapłatę na pierwsze pisemne żądanie pełnej kwoty wadium po spełnieniu się każdego z warunków zatrzymania wadium, które są określone w ustawie - obejmuje tym samym zakres zdarzeń uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, co najmniej w takim zakresie, jak tego żądał zamawiający w specyfikacji.” Powołał się również na treść uzasadnienia wyroku z dnia 5 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 202/09 w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia iż: "gwarancja wadium nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust 1 Pzp - tym samym nie znajduje do niej zastosowania dyspozycja art. 26 ust 3 Pzp, - potwierdzenie wniesienia wadium nie jest również częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia - nie znajduje więc do niej zastosowania dyspozycja art. 87 ustawy, - wobec jasnej i jednoznacznej treści gwarancji, co do zakresu wyrażonego w niej zobowiązania banku-gwaranta, zamawiający nie musiał prowadzić żadnych dodatkowych postępowań wyjaśniających.”

W odniesieniu do zarzutu, iż wybrany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, podanego w punkcie 9).1.2)a) SIWZ zamawiający uznał, iż z przedłożonych dokumentów przez firmę INSTAL KRAKÓW S.A. wynika, że firma ta wykonała jedną robotę polegającą na modernizacji i rozbudowie oczyszczalni ścieków w Raciborzu o wartości 49 911 335, 10 zł netto i przepustowości 15 000 m<sup>3</sup>/d. Podkreślał, iż wartość robót wykonanych na oczyszczalni podanej w wykazie w stosunku do wartości robót na oczyszczalni stanowiącej przedmiot zamówienia jak i przepustowość wynosi blisko 3:1. Zamawiający potwierdził, iż INSTAL dnia 11.02.2010 r., przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dołączył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku, że roboty przy oczyszczalni ścieków w Raciborzu zostały zakończone przed wszczęciem przedmiotowego postępowania. W takim razie uznał, iż INSTAL KRAKÓW SA. posiada wymagane doświadczenie w wykonywaniu robót, stanowiących przedmiot zamówienia. Podkreślił, iż nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że zgodnie z art. 44 Pzp wraz z ofertą wykonawca złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania o spełnieniu warunków udziału w



postępowaniu, zatem oświadczenie oraz złożone dokumenty w pełni potwierdzają spełnienie przez firmę INSTAL KRAKÓW S.A. wymaganego warunku doświadczenia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 26 lutego 2010, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania,
- b) unieważnienia czynności wyboru oferty INSTAL jako najkorzystniejszej,
- c) powtórzenia badania i oceny ofert i w konsekwencji:

wykluczenia INSTAL z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 Pzp oraz odrzucenia oferty INSTAL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dokonania wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powoływał się na doznanie uszczerbku interesu prawnego, bowiem odstąpienie przez zamawiającego od wymagań określonych w ustawie i w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów oraz SIWZ prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu odwołujący ponowił zarzuty i argumentację protestu. Ponadto podnosił, iż dokonane rozstrzygnięcie w sprawie braku wniesienia wadium przez INSTAL, nie odnosiło się do istoty podnoszonych zarzutów. Odwołujący zaprzeczył, aby twierdził, iż bankowa gwarancja wadialna złożona przez INSTAL powinna być uznana za nie wniesioną, z uwagi na fakt, iż nie potwierdza okoliczności ustawowych, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Podobnie, zarzutem odwołującego się nie była okoliczność, iż treść gwarancji „nie zawiera treści literalnie tożsamej z określoną w SIWZ.” Podstawą zarzutów, jakie podnosił była modyfikacja dokonana w treści gwarancji wadialnej INSTAL, powodująca istotne ograniczenia możliwości zamawiającego skorzystania z tej gwarancji. Treść gwarancji, według zapatrywań odwołującego, nakłada na zamawiającego dodatkowe obowiązki, które musi wypełnić w celu skutecznego żądania wypłaty z gwarancji. Uzupełniając argumentację, odniósł się do twierdzeń zawartych w treści przystąpienia. W ocenie odwołującego, gwarancja wadialna wniesiona przez INSTAL nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp, bowiem w swej treści zawiera postanowienia, które mogą ograniczać możliwość wypłaty z gwarancji. Zaznaczył, iż wyjaśnienie PKO BP S.A. dotyczące gwarancji, nie powinno być brane pod uwagę, albowiem gwarancja wadialna nie stanowi treści oferty ani oświadczenia lub dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem nie podlega czynnościom wyjaśnień, przewidzianym w tej ustawie. Odwołujący za nieprawdziwe uznał tezy zawarte w piśmie PKO BP S.A., iż przedstawiona Opinia Departamentu Prawnego UZP „odnosi się do zupełnie innego zapisu.” W przekonaniu odwołującego jest ona aktualna w odniesieniu do

gwarancji złożonej przez INSTAL, gdyż w obu przypadkach sformułowanie użyte w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie” zostało zastąpione zwrotem „oraz/i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,” co powoduje w obu przypadkach przeniesienie ciężaru dowodu z wykonawcy na zamawiającego. Argumentację wyrażoną w stanowisku PKO BP S.A. zmierzającą do udowodnienia, iż zwrot „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty,” poprzedzający enumeratywnie wymienione przesłanki jest tożsamy z tymi przesłankami poczytał za niespójną. Gdyby bowiem było tak jak wywodzi PKO BP S.A. w swoich wyjaśnieniach, zwrot „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty” byłby całkowicie zbędny, a jednak znalazł się on w treści gwarancji i może być interpretowany jedynie jako dodatkowy, ponadstandardowy warunek realizacji gwarancji.

W odniesieniu do oddalonych zarzutów zawartych w proteście – dotyczących braku spełnienia przez INSTAL warunków udziału w postępowaniu – w zakresie doświadczenia. Odwołujący podał, że nie kwestionował w proteście oraz nie kwestionuje nadal faktu, że robota pod nazwą: „Modernizacja i rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu,” której inwestorem był Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu została przez INSTAL wykonana. Istotę zarzutów odwołującego stanowiła okoliczność, iż zadanie to zostało wykonane po dacie wszczęcia postępowania o zamówienie, co wobec warunków określonych przez zamawiającego w pkt 9.2 IDW oznacza, iż INSTAL nie posiada wymaganego doświadczenia. Ocena zamawiającego, iż ze względu na okoliczność, że „wartość robót wykonanych na oczyszczalni podanej w wykazie w stosunku do wartości robót na oczyszczalni stanowiącej przedmiot zamówienia jak i przepustowość wynosi blisko 3:1” przesądza, iż INSTAL posiada wymagane doświadczenie, jest w opinii odwołującego, nietrafna. Taki sposób oceny spełniania warunków stanowiłby w istocie zmianę postawionych wcześniej warunków i jako taki jest niedopuszczalny. W myśl wyroku KIO z dnia 25 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP293/09, KIO/UZP294/09): „Dopasowywanie warunków udziału w postępowaniu do dokumentów, jakie złoży wykonawca, na potwierdzenie ich spełniania stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 tej ustawy, który jako jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień nakazuje zamawiającemu przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Takie zachowanie prowadzi bowiem do sytuacji, gdy wykonawca, który zamierza wziąć udział w danym postępowaniu stwierdza, zapoznając się z warunkami udziału w postępowaniu, że nie jest ich w stanie spełnić - wobec czego nie składa oferty, po czym zamawiający na etapie oceny ofert „łagodzi” jeden z warunków, który akurat po tej modyfikacji wykonawca mógłby spełnić i mógłby złożyć ważną ofertę.” Dokonując analizy argumentacji przystępującego,

zdiagnozował, iż istota sporu sprowadza do ustalenia daty wykonania zadania, co w szerszej perspektywie rodzi konieczność analizy pojęcia „wykonanie robót” na gruncie prawa zamówień publicznych. Wyjaśnienia INSTAL w tym zakresie przyjął jako niekonsekwentne, bowiem:

1. Wedle stanowiska INSTAL przy złożeniu oferty, za datę wykonania zadania Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu należy przyjąć datę 31 października 2009 r., bowiem taką datę zakończenia INSTAL ujawnił w wykazie wykonanych robót, złożonym w ramach oferty i tę datę wskazał inwestor w liście referencyjnym.

2. Według wyjaśnień INSTAL w przystąpieniu do protestu, za datę wykonania zadania należy uznać dzień 21 września 2009 r., bowiem zgodnie z twierdzeniami przystępującego w tym dniu „w rzeczywistości roboty kontraktowe związane z realizacją tego kontraktu zostały fizycznie zakończone,” tzn. w tym dniu wystąpiono do Inżyniera Kontraktu zgłaszając gotowość do przeprowadzenia prób końcowych.

3. Wedle stanowiska INSTAL przyjętego w tym samym przystąpieniu, za datę wykonania zadania należy uznać dzień 6 października 2009 r., bowiem w tym dniu ZWiK Racibórz przekazał w trybie art. 56 ust. 1 Prawa budowlanego zawiadomienia do Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Państwowej Inspekcji Pracy oraz Państwowej Straży Pożarnej.

Z uwagi na okoliczność, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie definiują pojęcia „wykonanych robót”, wskazał na przepisy Kodeksu cywilnego, które w art. 471 posługują się pojęciem „wykonania zobowiązania.” Zgodnie z prawem cywilnym, uznaniem świadczenia wynikającego z umowy za wykonane jest odbiór tych robót, który stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 462 K.c. Na znaczenie czynności odbioru wskazywał Sąd Najwyższy, chociażby w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 12 lutego 1991 r. III CRN 500/90 (OSNCP 1992/7-8 poz. 137). W treści tegoż orzeczenia, w ramach którego rozpatrywano kwestię rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych z tytułu umowy o roboty budowlane, Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, iż za termin spełnienia świadczenia przez wykonawcę należy uznać datę odbioru przedmiotu zobowiązania przez wierzyciela. Doniosłość odbioru robót jako potwierdzenia wykonania zobowiązania podkreślano w szeregu orzeczeń, między innymi w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r. I ACa 1027/99 (Prawo Gospodarcze 2001/2 str. 48), w którego uzasadnieniu stwierdzono, iż odbiór robót jako jednostronna czynność zamawiającego (inwestora) stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia, a tym samym uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania. W ocenie Sądu: „odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie

zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze." Wywodził dalej, iż pogląd taki, że za datę wykonania robót należy uznać datę ich odbioru końcowego jest również niekwestionowany w piśmiennictwie. W opracowaniu poświęconemu kwestiom związanym z inwestycjami budowlanymi stwierdzono: „Odbiór wywołuje określone skutki prawne. Przede wszystkim więc przyjmuje się stwierdzoną w protokole datę odbioru za datę wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Należy domniemywać, że dokonany odbiór stanowi złożenie przez inwestora oświadczenia woli stwierdzającego, że wykonawca wykonał świadczenie w sposób umożliwiający jego przyjęcie.” (Ireneusz Weiss, Robert Jurga „Inwestycje budowlane” 4. wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, str. 264 - 265). Odwołujący dodał, iż zapatrywania doktryny i orzecznictwa, przytoczone powyżej znajdują swoje odzwierciedlenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP710/08 zapadłym w postępowaniu, w ramach którego zamawiający również wymagał wykazania od wykonawców, iż w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonali określone roboty budowlane, skład orzekający wyraźnie stwierdził, iż: z treści warunku jak również z brzmienia § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605) wynika bowiem, iż roboty budowlane wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia muszą być wykonane, tj. cały kontrakt musi być zrealizowany, zakończony.” Zwrócił uwagę na fakt, iż INSTAL w ramach przystąpienia złożył szereg dokumentów, nie załączając najistotniejszego, tj. protokołu odbioru końcowego lub dokumentu tożsamego z takim protokołem. W ocenie odwołującego brak przedłożenia tego dokumentu nie jest przypadkowy. Zgodnie z powszechnie dostępną wiedzą wynikającą z jawności postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz oświadczeniem INSTAL zawartym w przystąpieniu, zadanie wykazane przez przystępującego realizowane było w oparciu o Warunki Kontraktowe dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego opracowanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów - Konsultantów, zwane dalej „Warunkami Fidic”. W zamówieniach realizowanych w oparciu o Warunki Fidic dokumentem potwierdzającym wykonanie przedmiotu umowy jest Świadectwo Przejęcia Robót. Warunki Fidic dokładnie określają, który dzień winien być uznany za datę zakończenia robót. Zgodnie z akapitem drugim Klauzuli 10.1 Warunków Fidic „Wykonawca może złożyć Inżynierowi wniosek o wystawienie Świadectwa Przejęcia nie wcześniej niż 14 dni przed tym, kiedy Roboty będą zdaniem wykonawcy ukończone i gotowe do przejęcia.” W myśl kolejnego akapitu tej Klauzuli „w ciągu 28 dni od otrzymania wniosku od wykonawcy

Inżynier winien: (a) wystawić Świadczenie Przejęcia dla wykonawcy, ustalając datę z jaką roboty lub odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy też usunięcia nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót lub odcinka zgodnie z przeznaczeniem." W umowie na wykonanie zadania, ZWiK Racibórz uzupełnił powyższe zapisy o zdanie: „Wykonawca wykona takie drobniejsze zaległe prace i/lub usunie wady we wskazanym terminie i w porozumieniu z Inżynierem." Z powyższego wynika, iż data ukończenia robót powinna wynikać z treści Świadczenia Przejęcia. Jak podkreślał wyżej, wśród szeregu dokumentów przedstawionych przez przystępującego, brak wniosku INSTAL o wystawienie Świadczenia Przejęcia jak i samego Świadczenia Przejęcia, a są to dokumenty, które pozwoliłyby na ustalenie w sposób jednoznaczny terminu, w którym zadanie zostało wykonane. Ponadto odwołujący wskazywał, iż w załączniku do oferty, który ZWiK Racibórz zawarł w SIWZ „Modernizacji i rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu" Czas na ukończenie (tj. termin końcowy) został zakreślony na dzień 31.10.2009 r. Data ta koresponduje z terminem wykonania zadania wskazanym w Liście Referencyjnym wystawionym przez ZWiK Racibórz oraz z oświadczeniem INSTAL złożonym w ramach oferty.

Odwołujący podsumował, iż INSTAL KRAKÓW SA nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego roboty nie zostały wykonane przed wszczęciem postępowania, a taki warunek postawił zamawiający w SIWZ.

Pismem z dnia 29 marca 2010 r., przekazany stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca INSTAL KRAKÓW S.A., który ponowił stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić INSTAL KRAKÓW S.A. do udziału w sprawie, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, gwarancji wadialnej wystawionej przez Bank PKO S.A., wyjaśnień Banku z dnia 9 lutego 2010 r., dokumentów złożonych przez przystępującego na potwierdzenie faktycznej daty wykonania zadania „Modernizacji i rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu,” tj. zgłoszenia z 21.09.2009 r. do prób końcowych, zgłoszenia gotowości do odbioru inwestycji

wysłane przez inwestora do Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Państwowej Inspekcji Pracy i Państwowej Straży Pożarnej z dnia 6 10.2009 r., wniosek inwestora z dnia 20.10.2009 r. o pozwolenie na użytkowanie obiektu, uzupełniony wykaz wykonanych robót – na wezwanie zamawiającego, wyjaśnienie ZWiK w Raciborzu z dnia 5 marca 2010 r., świadectwo przejęcia robót z dnia 17 listopada 2009 r.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający w pkt 11 Części I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców (po modyfikacji z dnia 11.12.2009 r.) zobowiązał wszystkich wykonawców do zabezpieczenia składanych przez nich ofert wadium. W pkt 11.2.2 IDW wskazał, iż w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji powinna ona być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy: lit e), aby gwarancja zawierała zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie, iż lit. e1) wykonawca, którego ofertę wybrano:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy

e2) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Dodatkowo, w pkt 11.6 IDW wskazano przypadki, w których zamawiający zatrzymuje wadium - następuje to jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- 4) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie."

Wykonawca wybrany INSTAL KRAKÓW SA w celu zabezpieczenia swojej oferty wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, której wystawcą i gwarantem jest Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. (Gwarancja bankowa przetargowa Nr 291/2009 z dnia

15 grudnia 2009 r.) Z treści tego dokumentu wynika, iż bank zobowiązał się do wypłaty sumy 500 000 PLN z gwarancji na pisemne żądanie zapłaty podpisane przez zamawiającego i zawierające oświadczenie:

1) że wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, lub

2) że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W SIWZ – IDW pkt 9.2a (instrukcji dla wykonawców zamawiający żądał, aby wykonawca spełnił następujące warunki:

a) „wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej: - jedną robotę, której przedmiotem jest budowa, rozbudowa lub przebudowa (modernizacja) oczyszczalni ścieków o przepustowości min.  $Q_{\text{śrd}} = 4.500 \text{ m}^3/\text{d}$ , o wartości zamówienia, co najmniej 18 000 000 PLN (bez podatku od towarów i usług).

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

Wykonawca wybrany złożył wykaz według wzoru załącznika nr 7 do SIWZ, zawierający oświadczenie, że firma INSTAL wykonała jedną robotę polegającą na modernizacji i rozbudowie oczyszczalni ścieków w Raciborzu o wartości 49 911 335, 10 zł netto i przepustowości 15 000  $\text{m}^3/\text{d}$  z podaniem daty rozpoczęcia 25.07.2008 r. i daty zakończenia 31.10.2009 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12.02.2010 r. o uzupełnienie dokumentów i wyjaśnienie terminu zakończenia realizacji modernizacji oczyszczalni ścieków w Raciborzu – po dniu wszczęcia postępowania, przystępujący w piśmie z 14 lutego 2010 r. podał, iż roboty zostały zakończone przed dniem wszczęcia postępowania, zaś w formularzu załącznika wykazu robót została podana data zakończenia kontraktu, realizowanego według wzorców Fidic (czerwona książka). Do wyjaśnień przystępujący załączył uzupełniony wykaz

robót, dowody potwierdzające datę zakończenia robót w dniu 6 października 2009 r. Dodatkowo wykazał modernizację Oczyszczalni Ścieków zrealizowaną w Częstochowie wraz z referencjami.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż datą wszczęcia postępowania, był dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, tj: 14 października 2009 r. Datą składania ofert podaną protokole - był dzień 17 grudnia 2009 r.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena. Z załącznika do protokołu Druku ZP – 12 wynika, iż najkorzystniejszą ofertę złożył przystępujący INSTAL KRAKÓW S.A. z ceną 19 257 286,15 zł. Konsorcjum odwołującego zostało sklasyfikowane na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, z ceną 19 858 103,94 zł. Zatem odwołujący legitymuje się interesem prawnym w skarżeniu czynności zamawiającego, gdyż uznanie zarzutów wobec wybranego wykonawcy mogło prowadzić do wyboru oferty odwołującego.

Izba zważyła co następuje.

Oceniając przedłożoną przez przystępującego gwarancję bankową wystawioną przez PKO BP SA Nr 291/2009 z dnia 15 grudnia 2009 r., izba stwierdza, że z treści tego dokumentu wynika, iż Bank ten zobowiązał się do wypłaty wymaganej sumy gwarancyjnej 500 000 PLN: nieodwołanie, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne żądanie zapłaty podpisane przez zamawiającego i zawierające oświadczenie, że:

1. wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

2. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub pełnomocnictw, i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zawarte zostały zatem wszystkie przesłanki zatrzymania wadium przez zamawiającego, przewidziane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Sens oświadczenia, które zobowiązany był złożyć zamawiający gwarantowi, w celu przekazania mu kwoty wadium nie odbiega od treści określonej powołanym przepisem ustawy Pzp. W ocenie Izby, wymieniona gwarancja nie nakłada na zamawiającego żadnego innego obowiązku, jak tylko złożenia bankowi pisemnego żądania wypłaty kwoty wadium z powołaniem się na stosowną do sytuacji okoliczność, uprawniającą zamawiającego do zatrzymania wadium. Zupełne dowolne i nie znajdujące oparcia w treści wymienionego dokumentu, są dywagacje odwołującego, iżby zamawiający miał udowadniać Bankowi



zaistnienie zdarzeń od których uzależniona jest wypłata wadium. Przeczyłoby to samej istocie gwarancji, gdzie gwarant nie ma nawet prawa badać, czy zdarzenie faktycznie nastąpiło i może się wyłącznie opierać na samym oświadczeniu beneficjenta gwarancji. Nie jest nieodzwonne, aby dokument gwarancji wadialnej postugiwał się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Zwrot „wykonawca nie zastosował się do warunków oferty” został dookreślony przez enumeratywne wymienienie wszystkich ustawowych przesłanek, które warunkują zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Wymieniona gwarancja nie nakłada na zamawiającego obowiązku udowadniania zaistnienia zdarzeń nią przewidzianych, ani nie przenosi ciężaru dowodu na zamawiającego w odniesieniu do okoliczności wskazanych art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Takie rozumienie postanowień wymienionej gwarancji potwierdził Bank PKO BP SA w swoim piśmie z dnia 9 lutego 2010 r. Z tych względów Izba uznała, iż złożona przez przystępującego gwarancja bankowa jest prawidłowa i w sposób dostateczny zabezpiecza interesy zamawiającego jako beneficjenta gwarancji. Nie zachodzi zatem przesłanka wykluczenia przystępującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wadium zostało skutecznie wniesione w wymaganej kwocie na wskazany okres, ma charakter bezwarunkowy, nieodwoalny i na pierwsze żądanie. Nie zawiera żadnych ograniczeń i nie nakłada na zamawiającego innych obowiązków poza złożeniem stosownego oświadczenia, co jest warunkiem dopuszczalnym i koniecznym w świetle odrębnych uregulowań ustawy – Prawo bankowe.

Faktem przyznanym jest, iż przystępujący złożył oświadczenie o realizacji zadania referencyjnego – Oczyszczalni Ścieków w Raciborzu w okresie od 25.07.2008 r. do 31.10.2009 r., zatem nie mieszczącego się w okresie pięcioletnim przed wszczęciem postępowania. Dodatkowo okoliczność, iż inwestycja była odebrana w wymienionej dacie potwierdza list referencyjny wystawiony dnia 26 listopada 2009 r. przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Raciborzu Sp. z o. o., pismo inwestora z dnia 5 marca 2010 r. oraz Świadectwo Przejęcia Robót. Zdaniem Izby, należy jednak odróżnić okoliczność zakończenia robót i daty zgłoszenia ich do odbioru, od okoliczności wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót jako przejęcia składnika majątkowego przez inwestora i wywiązania się przez wykonawcę z umownego terminu realizacji kontraktu.

W złożonych wyjaśnieniach oraz w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, INSTAL KRAKÓW S.A. wskazywał, iż faktycznie wykonał zadanie inwestycyjne, które ujął w wykazie robót w okresie pięciu lat przed wszczęciem niniejszego postępowania w dniu 6 listopada 2009 r., co potwierdził oświadczeniem własnym w uzupełnionym wykazie robót. Na udowodnienie swego stanowiska przedłożył dokumenty: w szczególności zgłoszenia gotowości do przeprowadzenia prób końcowych z dnia 21 września 2009 r.,

zgłoszenia przez inwestora gotowości do odbioru inwestycji z dnia 6.10.2009 r. kierowanego do stosownych organów - w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Wniosku o pozwolenie na użytkowanie z 20.10.2009 r. zawierającego oświadczenie inwestora i kierownika budowy, że wszystkie roboty zostały wykonane.

Co do zasady, Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż jednym z dokumentów jednoznacznie potwierdzającym fakt wykonania robót jest protokół odbioru. Nie jest to jednak dokument wyłączny, przy pomocy którego wykonawca może dowodzić, iż zrealizował roboty referencyjne w określonym terminie. Należy mieć na uwadze, iż wykaz robót ma służyć weryfikacji doświadczenia zawodowego wykonawcy. Z tych względów liczy się termin faktycznego zakończenia robót jako znaczący dla wiedzy nabytej w związku z realizacją inwestycji - odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W uzupełnionym wykazie robót przystępujący oświadczył, iż data zakończenia robót – zgłoszenia gotowości inwestycji do odbioru przypadła na dzień 6 października 2009 r., natomiast data umownego zakończenia kontraktu na dzień 31 października 2009 r. Dokumenty przedstawione w tym zakresie są spójne i potwierdzają przebieg zdarzeń przedstawiony przez zamawiającego i przystępującego. Pismem z dnia 21 września 2009 r. przedstawiciel Inżyniera kontraktu pan Robert Kawka (wystawca Świadectwa Przejęcia), potwierdził w odpowiedzi na zgłoszenie wykonawcy rozpoczęcie prób końcowych w dniu 1.10.2009 r. Inwestor zgłosił gotowość do odbioru inwestycji do Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Państwowej Inspekcji Pracy i Państwowej Straży Pożarnej w dniu 6 10.2009 r. Wobec nie zgłoszenia zastrzeżeń, w ustawowym terminie 14 dni, inwestor w dniu 20.10.2009 r. wystąpił o pozwolenie na użytkowanie obiektu. Przedmiotowy wniosek w załączeniu zawierał oryginał dziennika budowy, protokoły badań sprawdzeń i odbioru. Zawierał oświadczenie inwestora, że wszystkie roboty zostały wykonane oraz także oświadczenie kierownika budowy. Wobec zgłoszenia do odbioru inwestycji w dniu 6 października 2009 r., w ocenie Izby, datę tą należy przyjąć jako wykonanie robót. Wobec wieloetapowości czynności składających się na odbiór inwestycji, za datę zakończenia inwestycji i zgłoszenia do odbioru, możliwe jest przyjęcie innego terminu niż podany w protokole odbioru – Świadectwie Przejęcia Robót. Stosownie do art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) inwestor obowiązany jest zawiadomić odpowiednie organy np. Państwową Inspekcję Sanitarną o zakończeniu budowy. Zgodnie z art. 57 ustawy Pzp do zawiadomienia o zakończeniu budowy są załączane dokumenty podane w tym przepisie, który nie wymienia protokołu odbioru. Obowiązkiem zamawiającego jest odebranie robót, w ustalonym w umowie terminie, od zgłoszenia przez wykonawcę zakończenia robót i ich gotowości do odbioru. Sam zaś odbiór robót może trwać pewien okres i termin jego rozpoczęcia i zakończenia nie jest wyłącznie uzależniony od wykonawcy, ale zależy także od współdziałania zamawiającego w tym zakresie, uczestnictwa osób reprezentujący właściwe

organy administracji w zakresie sprawdzenia obiektu przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie, służb: Inspekcji Sanitarnej, Inspekcji Pracy, Straży Pożarnej, czy dostawców mediów, w odniesieniu do odbioru instalacji. W wyroku z dnia 22.06.2007 r. sygn. akt V CSK Sąd Najwyższy zaaprobował pogląd, iż: „Istnienie zapisu dokonanego przez wykonawcę w dzienniku budowy o gotowości do odbioru budynku, nakładało na inwestora obowiązek dokonania czynności odbiorczych.” Z samego brzmienia § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605) nie wynika bezpośrednio, iż roboty budowlane wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia muszą być zakończone tj. cały kontrakt musi być zrealizowany, zakończony. Można zdaniem Izby, wywodzić taką okoliczność pośrednio, z żądania potwierdzenia należytego wykonania robót referencyjnych, które zostaje wystawione, po ich odbiorze i dla tego celu. Nie jest zatem konieczne, aby termin zakończenia robót ujętych w wykazie wykonawcy, pokrywał się dokładnie z terminem wydania pokwitowania ich należytej realizacji, nie wcześniejszym niż w dacie odbioru. Przepis art. 462 K.c., który przywołuje odwołujący, mówi o wydaniu pokwitowania spełnienia świadczenia przez wierzyciela, ale nie określa daty wydania takiego dokumentu, w odniesieniu do daty spełnienia świadczenia, a w szczególności nie statuuje warunku koniecznej jednoczesności jego wydania ze spełnieniem świadczenia. Wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót. Zamawiający żądał jedynie wykazu z oświadczeniem własnym wykonawcy oraz referencji. Dokumenty takie zostały złożone i uwzględniając wyjaśnienia, są w ocenie Izby prawidłowe. Skoro przystępujący zakończył roboty budowlane przy modernizacji oczyszczalni ścieków w Raciborzu w dniu 6.10.2009 r., to tym samym w wymienionej dacie nabył też wymagane doświadczenie w prowadzeniu robót w rodzaju jak przedmiot zamówienia. Bowiem dla wykazania spełnienia warunku określonego w SIWZ – nabytego doświadczenia zawodowego i związanej z tym wiedzy, przez wykonanie określonych robót budowlanych w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania - istotne jest samo zakończenie robót we wskazanym terminie. W ocenie Izby INSTAL KRAKÓW S.A. wykazał, iż wykonał roboty modernizacyjne oczyszczalni ścieków na zlecenie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Raciborzu Sp. z o.o. - z terminem ich zakończenia przed wszczęciem niniejszego postępowania, tj przed 14.10.2009 r.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego i stawianych zarzutów, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, skoro obecnie powołuje się na odmienne okoliczności i dowody, iż zadanie referencyjne faktycznie zostało zakończone w terminie wcześniejszym, niż podał w wykazie doświadczenia zawodowego. Przystępujący wyjaśnił pismem z 14

lutego 2010 r. iż roboty zostały zakończone przed dniem wszczęcia postępowania, zaś w formularzu załącznika wykazu robót została podana data zakończenia kontraktu, realizowanego według wzorców Fidic. Przedłożone dokumenty potwierdzają taką okoliczność i nie dają podstaw do czynienia przystępującemu zarzutów podania nieprawdziwych informacji. O deklaracji zakończenia inwestycji i jej gotowości do odbioru decyduje bowiem jednostronnie wykonawca. Natomiast sam odbiór inwestycji, co zasady jest czynnością dwustronną, w wyniku której możliwa jest ocena czy roboty zostały wykonane należycie. Niewątpliwie przedstawiona referencja potwierdza na dzień złożenia ofert, tj. 17 grudnia 2009 r., iż zadanie ujęte w wykazie przystępującego zostało wykonane należycie. Nie przeczy twierdzeniom przystępującego wskazanie daty zakończenia realizacji kontraktu 31.10.2009 r., ustalanego według wskazań Fidic, które nie stanowią prawa, ale zbiór „dobrych praktyk” polecany do stosowania przy realizacji zamówień na roboty budowlane, współfinansowane ze środków Unii Europejskiej i przyjęty w warunkach niniejszego postępowania.

Izba uznała, iż granice swobody w zakresie badania i oceny ofert wyznaczone tak postanowieniami SIWZ jak i ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada zapewnienia uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ustawy Pzp, nie zostały przez zamawiającego przekroczone – nie nastąpiła zmiana zasad i wymagań zamawiającego po upływie terminu składania ofert w odniesieniu do oceny oferty przystępującego. Skoro w trakcie rozpatrywania protestu, zarzuty odwołującego zostały zbadane, a wyjaśnienia wybranego wykonawcy wraz z przedłożonymi dokumentami potwierdziły spełnienie warunków udziału, nie zachodziły podstawy do wzruszenia czynności wyboru oferty przystępującego. Zamawiający zasadnie uznał, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest prawidłowa i oddalił protest.

Postępowanie dowodowe nie wykazało, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp; § 1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....