

**WYROK**  
z dnia 7 grudnia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2012 r. przez wykonawcę

**Saltex OY Sahatie 1, 62-900 Alajarvi, Finlandia**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Akademię Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego**

**ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Moris-Sport Sp. z o.o. ul. Równoległa 1, 02-235 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Akademię Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Saltex OY Sahatie 1, 62-900 Alajarvi, Finlandia tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Akademii Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego ul. Marymoncka 34, 00-968 Warszawa na rzecz Saltex OY Sahatie 1, 62-900 Alajarvi, Finlandia**

**kwotę 13 731 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy siedemset trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Akademia Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację (remont) stadionu lekkoatletycznego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 8 października 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 214093, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

26 listopada 2012 r. odwołujący – Saltex Oy wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego i bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, że spełniają m.in. warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tzn. wykażą, nie później niż na dzień składania ofert, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, co najmniej jedno roboty budowlane, polegające na budowie, remoncie, rozbudowie bieżni lekkoatletycznych o syntetycznej nawierzchni minimum 6-torowej i o długości minimum 400 metrów, popartą dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący dołączył do oferty „Protokół końcowego odbioru robót” z 22 lipca 2011 r. dotyczący zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja bazy sportowej dla potrzeb dzieci i młodzieży przy stadionie im. Orła Białego w Legnicy – boiska boczne”, w ramach którego wykonał bieżnię okólną, sześciotorową o długości 400 m. Tym samym wykazał spełnienie ww. warunku. Jednak zamawiający wezwał odwołującego m.in. do wykazania spełnienia

tego warunku, bowiem w jego ocenie z załączonego protokołu końcowego odbioru robót nie wynika wykonanie robót objętych przedmiotowym zadaniem w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ich ukończenie. Zamawiający zwrócił uwagę na zalecenia komisji odbiorowej zawierające wyszczególnienie prac, które winny zostać wykonane w określonym terminie, zaś ten nie przedstawił dowodu na ich wykonanie.

W związku z tym odwołujący przedłożył m.in. dokumenty i protokoły w zakresie żądanym przez zamawiającego, tj. protokół przekazania kluczy, protokół przekazania z załącznikiem nr 1, pismo P.U.B. Cobex Sp. z o.o. z 1 sierpnia 2011 r. i protokół z 25 października 2011 r. Jednak zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia i powołał się na uzasadnienie faktyczne zawarte w piśmie z 16 listopada 2012 r.

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne. Z treści protokołu końcowego odbioru robót z 22 lipca 2011 r. wynika bezspornie, iż „komisja stwierdziła, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową w zakresie rzeczowym, kary umowne: nie dotyczy, potrącenia: nie dotyczy, roboty wykonano w sposób właściwy i odpowiadają przeznaczeniu, dokonany odbiór uważa się za ostateczny, z dniem odbioru końcowego robót przez inwestora przekazuje się jednocześnie obiektu użytkownikowi, odbiór końcowy został zakończony, a obiekt przekazany jest i nadaje się do eksploatacji, co komisja stwierdziła przez podpisanie niniejszego protokołu”.

Z treści ww. protokołu nie sposób przyjąć, iż roboty objęte zadaniem nie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Sama nazwa oraz treść przedłożonego przez odwołującego dokumentu zaprzecza takiemu stanowisku. Protokół z czynności odbioru robót stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczenia stron. Umowę o roboty budowlane zalicza się bowiem do umów rezultatu i stąd czynność odbioru jest traktowana jako czynność aprobująca. Skoro zatem w protokole odbioru końcowego brak jakiegokolwiek uwagi przeciwnej, oznacza to, że roboty zostały wykonane w całości i prawidłowo. Analogiczne stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 17 lutego 2000 r. (sygn. akt I ACa 1027/99) stwierdzając, że „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 jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady.” Nigdzie w treści ww. protokołu z 22 lipca 2011 r. nie ma jakiegokolwiek wzmianki o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu robót objętych zadaniem inwestycyjnym pn. „Modernizacja bazy sportowej dla potrzeb dzieci i młodzieży przy stadionie im. Orła Białego w Legnicy – boiska boczne”, a wręcz przeciwnie, inwestor dokonał

odbioru wykonanych przez odwołującego prac w dacie sporządzenia protokołu, w całości i bez uwag, zaś zawarte w treści protokołu zalecenia komisji nie prowadzą do wniosków przeciwnych i mają wyłącznie charakter porządkowy.

W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że podtrzymuje argumentację stanowiącą uzasadnienie wykluczenia z postępowania dodając, że sytuacja faktyczna sprawy wyklucza możliwość zawarcia prawnie ważnej i skutecznej umowy bez względu na wynik postępowania. Postępowanie obarczone jest bowiem wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – w rozdziale IV ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i § 5 wzoru umowy zamawiający wskazał bowiem termin realizacji całego zakresu przedmiotu zamówienia na 9 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak ze względu na terminy rozliczeń z instytucją współfinansującą określił też zakres robót, który musi być wykonany oraz zafakturowany do 20 grudnia 2012 r. Wykonanie robót do 20 grudnia 2012 r. stało się niemożliwe, nie ma również możliwości przesunięcia tych terminów. W przypadku zawarcia umowy z uwzględnieniem ww. terminu stanie się ona umową o świadczenie niemożliwe w myśl art. 387 Kodeksu cywilnego i z tego powodu nieważną od chwili jej podpisania. Względy te uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Moris-Sport Sp. z o.o. Jego zdaniem załączony przez odwołującego protokół odbioru jest nieważny, z jego treści nie wynika, jaki był zakres wykonywania robót przez firmę Saltex, a – zgodnie z jego wiedzą – wobec wykonawców przedmiotowego zamówienia toczy się postępowanie sądowe.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą odpowiednio, nie później niż na

dzień składania ofert, że wykonali co najmniej jedne roboty budowlane polegające na budowie, remoncie, rozbudowie bieżni lekkoatletycznych o syntetycznej nawierzchni minimum sześciotorowej i długości minimum 400 metrów, poparte dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący wskazał na wykonanie „Modernizacji bazy sportowej dla potrzeb dzieci i młodzieży przy stadionie im. Orła Białego w Legnicy”, którą wykonało konsorcjum wykonawców, w skład którego wchodziło Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dołączając jednocześnie zobowiązanie Saltex Europa Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia oraz wykonania jako podwykonawca robót związanych z wykonaniem bieżni poliuretanowej.

Odwołujący załączył do oferty również protokół końcowego odbioru robót z 22 lipca 2011 r., w którym komisja odbiorowa stwierdziła, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową w zakresie rzeczowym, planowany umowny termin rozpoczęcia i zakończenia robót odpowiednio 21 czerwca 2010 r. i 13 czerwca 2011 r. – roboty nie zostały wykonane w terminie, kar umownych się nie nalicza. Jednocześnie komisja zaleciła wykonawcy dokonanie kilku czynności: oczyszczenie trawników z chwastów i dosianie trawy – w ciągu 2 tygodni, uporządkowanie górkę z humusem – w ciągu 2 tygodni, przekazanie kluczy do boisk – w dniu protokołu, zakup i dostarczenie nieodpłatnie sprzętu do usuwania wody z nawierzchni syntetycznych – niezwłocznie.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów wyjaśniając w wezwaniu, iż załączony dokument protokołu odbioru końcowego robót z 22 lipca 2012 r. nie potwierdza, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż protokół zawiera zalecenie komisji odbiorowej, w których komisja wyznacza dwutygodniowy termin, w którym wyszczególnia prace, które ma wykonać wykonawca, brakuje informacji potwierdzającej, że wykonawca zrealizował wszystkie zalecenia komisji.

W odpowiedzi odwołujący przedstawił zamawiającemu kopię pisma P.U.B. Cobex Sp. z o.o. (lidera konsorcjum) do inwestora z 1 sierpnia 2011 r. informujące o odchwaszczeniu trawników i zasianiu trawy, protokół przekazania kluczy z 22 lipca 2011 r., protokół przekazania wyposażenia lekkoatletycznego użytkownikowi z 22 lipca 2011 r. (w poz. 30. figuruje osuszacz – ściągacz wody Bowdry) oraz protokół z 25 października 2011 r. dotyczący oczyszczenia górkę humusowej (w związku z tym, że na górcę znalazły się odpady niewiadomego pochodzenia – nie pochodzące od wykonawcy – strony doszły do porozumienia, że jej uprzątnięcie nie należy do wykonawcy i uznały ten protokół za „kończący sprawę górkę”).

W informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający powtórzył wywód z wezwania i skonkludował, że z uzupełnionych dokumentów nie wynika, że roboty zostały prawidłowo ukończone.

Analizując stanowisko zamawiającego Izba zwróciła uwagę na trzy zasadnicze dla rozstrzygnięcia kwestie.

Po pierwsze – do dnia rozprawy zamawiający nie unieważnił przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem z formalnego punktu widzenia jego wywody dotyczące ewentualnego zaistnienia podstaw do takiego unieważnienia – nawet gdyby były poprawne (tego Izba obecnie nie ocenia) – nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, również w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wpływu na wynik postępowania.

Po drugie – zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego nie podał konkretnych podstaw, dla których uznał, że odwołujący nieprawidłowo uzupełnił dokumenty, tj. w sposób, który nie potwierdza należytego wykonania przedmiotowych robót. Nie wskazał tego również w odpowiedzi na odwołanie ani podczas rozprawy (brak pełnomocników). Tym samym Izba, nie znając podstaw podjęcia tej decyzji, nie jest w stanie ustosunkować się do jego stanowiska.

W protokole komisji przetargowej z 12 listopada 2012 r. znajduje się co prawda informacja, że protokół odbioru technicznego potwierdza tylko, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a nie, że zostały prawidłowo ukończone (jak Izba domniemywa – chodzi tu o pozabudowlane aspekty umowy, jak np. umówiony termin wykonania), jednak okoliczności te nie zostały wskazane w żadnym z pism zamawiającego do odwołującego.

Należy bowiem zwrócić uwagę również na trzecią istotną kwestię, tj. że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wskazywał jedynie na konieczność wykazania, że spełnione zostały zalecenia komisji odbiorowej, które obejmowały: oczyszczenie trawników z chwastów i dosianie trawy, uporządkowanie górki z humusem, przekazanie kluczy do boisk, zakup i dostarczenie sprzętu do usuwania wody z nawierzchni syntetycznych.

Materiały w tym zakresie odwołujący dostarczył. Zamawiający nie wskazał w informacji o wykluczeniu na ich ewentualne – w jego mniemaniu – mankamenty. Jeśli zaś podstawą wykluczenia odwołującego były inne okoliczności niż nieudowodnienie wykonania zaleceń komisji odbiorowej, to należy wskazać, że nie były one objęte wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, a tym samym wykluczenie – bez wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie – było przedwczesne.

Nie został potwierdzony również fakt, aby pomiędzy inwestorem inwestycji w Legnicy a konsorcjum wykonującym inwestycję toczyła się jakakolwiek sprawa sądowa – odwołujący przedstawił oświadczenie złożone w imieniu inwestora, że brak jest takiego sporu.

W związku z powyższym Izba uznała, że wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji również odrzucenie jego oferty, nie zostało dokonane poprawnie i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 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:** .....