

Sygn. akt: KIO/UZP 1315/08

WYROK
z dnia 2 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Jolanta Markowska Luiza Łamejko
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A. 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. 01-613 Warszawa, ul. Bohomolca 21** protestu z dnia 28 października 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zamówienie sektorowe na „Budowę pod klucz Tłoczni Jarosław II dla zadania inwestycyjnego „Modernizacja Tłoczni Jarosław II”, w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2008 roku pod numerem 2008/S 129 - 172312.

Zamawiający pismem z dnia 17 października 2008 roku (przesłanym Wykonawcom w dniu 21 października 2008 roku poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu Konsorcjum: ABB Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Odwołującym).

Dnia 28 października Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu z postępowania Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego Odwołujący wniósł o:

- 1) dokonanie ponownej oceny złożonych wniosków,
- 2) przywrócenie Odwołującego do postępowania, bowiem spełnia On wszystkie wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym w szczególności spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Uzasadniając odwołujący wskazał, iż Zamawiający uznał, iż przedstawione w wykazie zamówienie zostało należycie wykonane dopiero w dniu 4 września 2008 roku, co z punktu widzenia wszczęcia postępowania w dniu 30 czerwca 2008 roku nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia.

Wskazać bowiem należy, że w przedmiotowym postępowaniu oprócz Odwołującego, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło również Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo wielobranżowe STALBUD Tarnów Sp. z o.o., BIATEL S.A. Budownictwo Urządzeń Gazowniczych GAZOBUDOWA Sp. z o.o., GAZOMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Uslugowe TECHMADEX Sp. z o.o., Zakład Remontowy Urządzeń Gazowniczych Sp. z o.o. oraz EDS Gazpetro Poland Sp. z o.o. -

zwane w dalszej części - Konsorcjum Stalbud. Jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III 2.3) pkt. 1 ogłoszenia Konsorcjum Stalbud w pkt 1 wykazu wskazało "wykonanie w ramach Generalnej Realizacji Inwestycji zadania pn. Rozbudowa Tłoczni Wilków, wskazując daty realizacji od 27.07.2006 r. do 29.02.2008 r. i załączając referencję wstawioną przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. Oddział w Zielonej Górze z dnia 15.04.2008 r.

Z referencji wystawionych dla firmy Stalbud Tarnów Sp. z o.o. wynika, że *"Powierzone prace zostały wykonane z zachowaniem należytej staranności oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. Fachowe wykonanie robót przy zachowaniu standardów jakościowych pozwala nam polecić firmę Stalbud Tarnów Sp. z o.o. jako rzetelnego i wiarygodnego partnera w realizacji podobnych przedsięwzięć"*.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że ta sama realizacja (gdzie Odwołujący był podwykonawcą) stała się podstawą wykluczenia z postępowania Odwołującego, co jego zdaniem stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Realizacja pn. Rozbudowa Tłoczni Wilków, której Inwestorem było Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. Oddział w Zielonej Górze została zakończona podpisaniem protokołu obioru końcowego z dnia 27.03.2008 r.

Z niniejszego protokołu wynika, że prace rozpoczęły się w dniu 27.07.2006 r. a zakończyły w dniu 29.02.2008 r., prawdą jest, że w treści niniejszego protokołu znajduje się uwaga dotycząca braku wykonania zadania zgodnie z umową w zakresie wydajności agregatu sprężającego, jednakże obiekt po podpisaniu protokołu odbioru końcowego został przekazany do eksploatacji. Co oznacza, że brak jest w jakichkolwiek wad czy usterek uniemożliwiających prawidłowe funkcjonowanie obiektu.

W niniejszym protokole znajduje się, bowiem pkt., 8 w którym strony opisują warunki przekazania obiektu do eksploatacji. Czytamy tam, że:

- usunięcie wad, niedoróbek, usterek - nie dotyczy,
- uzyskanie stosownych dopuszczeń - nie dotyczy,
- pozytywny wynik rozruchu - nie dotyczy

i dodatkowa uwaga *"Usterki wymienione w załączniku nr 2 nie warunkują przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji"*. I co istotne w punkcie widzenia należytego wykonania umowy, strony w protokole stwierdzają, że: *"Niniejszy protokół stanowi podstawę do rozliczenia robót w zakresie rzeczowo-finansowym w terminie zgodnym z umową"*.

Zatem, skoro Inwestor - czyli końcowy odbiorca realizacji inwestycji stwierdza, że realizacja została wykonana w terminie i została wykonana należyście dziwi stanowisko Zamawiającego, który podważa tę samą realizację w stosunku do Odwołującego.

W tym miejscu wskazać należy, że postanowienia protokołu Odbioru końcowego z dnia 8.05.2008 r. są analogiczne z protokołem opisanym powyżej, które wskazują na należyte wykonanie inwestycji pn. "Rozbudowa Tłoczni Wilków".

W punkcie dotyczącym Przedmiotu odbioru strony stwierdzają: Odbiór Końcowy przedmiotu umowy zgodnie z § 7 pkt. 3 umowy. Cytując w tym miejscu postanowienia umowy w tym zakresie, w § 7 umowy zawartej pomiędzy Stalbud Tarnów Sp. z o.o., a ABB Sp. z o.o. zawarto "zasady odbioru inwestycji" w pkt 3 stwierdza się: *"Po zrealizowaniu Inwestycji uzyskaniu niezbędnych dopuszczeń i przeprowadzeniu rozruchu instalacji, uprawomocnieniu się decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Strony dokonają odbioru końcowego i podpiszą Protokół Odbioru Końcowego. Protokół Odbioru Końcowego zostanie podpisany przez Zamawiającego po usunięciu usterek i braków wykazanych w protokole odbioru technicznego. Od tej daty ryzyko utraty lub uszkodzenia przedmiotu umowy obciąża Zamawiającego, przy czym ryzyko to nie obejmuje rzeczy Wykonawcy, znajdujących się na placu budowy"*.

Tak więc, skoro został podpisany protokół to oznacza, że zakończyła się realizacja inwestycji, a także, że wszelkie wady i usterki mogące mieć wpływ na funkcjonowanie inwestycji zostały usunięte.

Dodatkowo stwierdzić należy, że uwaga w pkt 1 odnosząca się do wykonania obiektu zgodnie z umową, a dotycząca wydajności agregatu sprężającego jest uwagą identyczną jak w protokole podpisanym pomiędzy PGNiG a Stalbud.

Również w przedmiotowym protokole (podobnie jak w poprzednio opisywanym) stwierdza się, że: pkt.5 *"Dostawę uważa się za odebraną i przekazaną do eksploatacji"*, a także strony stwierdzają, że *"Niniejszy protokół stanowi podstawę do wystawienia faktury VAT i płatności (...)"*.

Uwagi znajdujące się w protokole odbioru Odwołującego jak i protokole odbioru końcowego podpisanego przez Stalbud i PGNiG w zakresie wydajności agregatu sprężającego, która została usunięta 4.09.2008 r. i która jak twierdzi Zamawiający wykluczając Odwołującego z przedmiotowego postępowania z uwagi na jego zakończenie dopiero w tym dniu inwestycji, stoją w sprzeczności z czynnościami Zamawiającego w postępowaniu pn. Rozbudowa Tłoczni Wilków. Ostateczny Inwestor - PGNiG podpisał bowiem referencję dając tym samym dowód należytego wykonania inwestycji w dniu 15.04.2008 r. (referencja dla Stalbudu).

Przeciwnie działanie Zamawiającego w sposób ewidentny narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Nie można, bowiem w różny sposób traktować tej samej inwestycji stwierdzając, że Konsorcjum Stalbud spełnia warunek, a Odwołujący, legitymując się tą samą realizacją, warunku nie spełnia.

Pismem z dnia 29 października 2008 roku (przesłanym Wykonawcom w dniu 30 października 2008 roku) Zamawiający wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 roku Konsorcjum firm: Control Process S.A., PBG S.A., GAS & OIL Engineering as z siedzibą w Tarnowie zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie wszystkich żądań i zarzutów znajdujących się w proteście, jako niezasadnych.

Pismem z dnia 7 listopada 2008 roku (przekazanym Wykonawcy w tym samym dniu) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

Zgodnie z sekcją III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną dostawę wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW.

Na potwierdzenie spełnienia w/w warunku, Zamawiający żądał dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu wykonanych zamówień, zgodnie z wymaganiami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.30 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu). Do każdego zamówienia, wymienionego w wykazie, Wykonawca zobowiązany był podać wartość zamówienia, przedmiot zamówienia, datę wykonania i odbiorców. Ponadto do każdego zamówienia wymienionego w wykazie należało załączyć dokument potwierdzający, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Załączony do wniosku Odwołującego: wykaz wykonanych zamówień wraz z listem referencyjnym i dokumentem protokołem odbioru końcowego, w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały spełnienia przez Odwołującego wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 wezwał Odwołującego do uzupełnienia rzeczonego wykazu.

W odpowiedzi Odwołujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące realizacji omawianego projektu oraz dołączył protokół z prac modernizacyjnych sprężarki z dnia 4 września 2008 roku podpisany przez przedstawicieli spółki ABB Sp. z o.o. oraz Kierownika Kopalni Wilków.

Wobec powyższych okoliczności, Zamawiający uznał, iż zamówienie zostało należycie zrealizowane, ale po dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. po dniu 5 lipca 2008 roku.

Ponadto Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia pn. „Rozbudowa Tłoczni Wilków” na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa Oddział w Zielonej Górze, Konsorcjum Stalbud dołączyło referencje z dnia 15 kwietnia 2008 roku. Jak wynika z treści ww. dokumentu, odbiorca PGNiG S.A. z siedzibą w Zielonej Górze potwierdziło należyte wykonanie zamówienia, którego przedmiotem była m.in. dostawa, montaż i rozruch zestawu sprężarkowego.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 12 listopada 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, podtrzymując swoje zarzuty przytoczone w treści protestu, wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych wniosków,
- 2) nakazanie Zamawiającemu przywrócenia Odwołującego do postępowania, bowiem spełnia wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu,
- 3) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w oparciu o fakturę przedstawioną na rozprawie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu, treścią wniosków, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.2.3) pkt 1, wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną dostawę wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku, Zamawiający żądał dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu wykonanych zamówień, zgodnie z wymaganiami zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu - sekcja III.2.30 pkt 1. Do każdego

zamówienia wymienionego w wykazie Wykonawca zobowiązany był podać wartość zamówienia, przedmiot zamówienia, datę wykonania i odbiorców. Ponadto do każdego zamówienia wymienionego w wykazie należało załączyć dokument potwierdzający, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył wykaz wykonanych zamówień, w którym wskazał, iż w wymaganym przez Zamawiającego okresie wykonał dostawę, montaż oraz rozruch agregatu sprężającego (1x1,1 MW) „Rozbudowa Tłoczni Wilków” o wartości zamówienia 5 346 000,00 zł z terminem realizacji od lipca 2006 roku do marca 2008 roku. Jako Zamawiającego wskazał, w tym postępowaniu STALBUD Tarnów Sp. z o.o. W/w informacje zawarte zostały w załączniku Nr 3a do wniosku stanowiącego jego 77 i 78 stronę.

Na stronie 79 wniosku Odwołujący załączył dokument – List Referencyjny, wystawiony przez STALBUD Tarnów, w którym poświadczono zostało, iż „firma ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa dostarczyła (wraz z montażem) zestaw sprężarkowy gazu ziemnego do Kopalni Gazu Ziemnego Wilków. [...]. Dostawa i montaż w/w zestawu zostały zrealizowane sprawnie oraz należycie”.

Jednocześnie, do wniosku, strona 80 i 81 Odwołujący dołączył „Protokół odbioru końcowego” z dnia 8 maja 2008 roku. W pkt 1 w/w protokołu znajduje się stwierdzenie, że „Obiekt zgłoszony do odbioru został wykonany zgodnie z umową 01/ABB/WILKÓW/06 z dnia 27.07.2006”. Poniżej Zamawiający zawarł uwagę o treści „Stwierdza się nie osiągnięcie zakładanej wydajności agregatu sprężającego – patrz protokół Nr 1/T/08 z pomiarów testowych agregatu”. W punkcie 2 znajduje się stwierdzenie, iż „Zakres rzeczowy wykonanego zadania jest zgodny z umową z zastrzeżeniem pkt 1 – uwaga”. Ponadto w punkcie 8 protokołu – Inne ustalenia, zapisano, że „ABB przedstawi procedurę wraz z technologią dojścia do gwarantowanego parametru wydajności niespełnionego podczas testu 72 h, w terminie do 30.06.2008 r. Do tego czasu ABB zobowiązuje się do pełnienia serwisu gwarancyjnego”.

Dodatkowo, poniżej znajduje się zapis stanowiący, że niniejszy protokół stanowi podstawę do wystawienia faktury VAT i płatności w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, zgodnie z pkt 6 zał. Nr 2 do umowy.

Tak przedstawione dokumenty, zdaniem Zamawiającego nie potwierdziły stawianego warunku, dlatego też pismem z dnia 16 września 2008 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym

postępowaniu, zakreślając termin na ich uzupełnienie do dnia 26 września 2008 roku do godziny 10.00.

Pismem z dnia 23 września 2008 roku, Odwołujący złożył wyjaśnienia, wskazując, iż „przedmiotem umowy Nr 01/ABB/Wilków/06 było wykonanie, dostawa wraz z montażem i rozruchem agregatu sprężarkowego dla zadania [...]. Punkt 5 w/w umowy obejmuje również rozruch agregatu, co potwierdza fakt spełnienia wymogu podanego w sekcji III pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu [...]. Protokół odbioru końcowego z dnia 8 maja 2008 roku [...] jednoznacznie potwierdza fakt, że dostawa przedmiotu umowy wraz z rozruchem została zrealizowana, odebrana i przekazana do eksploatacji [...]”. Do w/w wyjaśnienia Odwołujący załączył stosowne dokumenty potwierdzające realizację zastrzeżeń zgłaszanych w uwadze w pkt 1 protokołu (tj. pełne osiągnięcie zakładanych wydajności agregatu).

I tak, w protokole z prac modernizacyjnych sprężarki z dni 2-4 września 2008 roku zostało stwierdzone, że (ust. 3 – Wnioski) „a) testy wydajnościowe pracy sprężarki wykonane po w/w pracach modernizacyjnych potwierdzają uzyskanie oczekiwanych parametrów aktualnej eksploatacji KGZ Wilków. Sprężarka w obecnej konfiguracji nadaje się do eksploatacji w warunkach wymaganych przez PGNiG o/Zielona Góra”.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a stanowisko Zamawiającego uznać należy za prawidłowe.

Zgodnie, bowiem z treścią Ogłoszenia o zamówieniu, w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia [...] zrealizowali, co najmniej jedną dostawę wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu.

Obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 22 ust. 1 oraz wszelkich dokumentów podmiotowych wymaganych przez Zamawiającego. Nieodchowanie powyższego obowiązku skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uzasadnia także twierdzenie o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp). Wykluczenie następuje w razie nie złożenia oświadczenia oraz dokumentów podmiotowych zawierających błędy. Od powyższej zasady istotny wyjątek znajduje się w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazujący Zamawiającemu w pewnych okolicznościach wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji. Stwierdzić należy, że Zamawiający temu obowiązkowi nie uchybił.

Zwrócić, bowiem należy uwagę na fakt, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 16 września 2008 roku wskazał na dwa aspekty wadliwości złożonych dokumentów. Po pierwsze – ze

złożonego listu referencyjnego wynika, iż realizacja wskazanego zamówienia obejmowała jedynie dostawę i montaż przedmiotu zamówienia – brak wymaganego w ogłoszeniu rozruchu zestawu sprężarkowego. Po drugie – z załączonego do wniosku protokołu odbioru wynika wprost, że nie osiągnięto zakładanej wydajności agregatu sprężającego – czyli brak potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 23 września 2008 roku stwierdził, że przedmiotem umowy Nr 01/ABB/Wilków/06 pomiędzy nim, a Zamawiającym P.W. Stalbud Tarnów Sp. z o.o. było wykonanie, dostawa wraz z montażem i rozruchem agregatu sprężarkowego. Punkt 5 w/w umowy obejmował również rozruch agregatu, co zdaniem Odwołującego spełnia stawiany warunek z sekcji III pkt 1 ogłoszenia.

Protokół odbioru końcowego z 8 maja 2008 roku, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie potwierdza, że dostawa przedmiotu umowy wraz z rozruchem, została zrealizowana, odebrana i przekazana do eksploatacji zgodnie z postanowieniami w/w umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że dokumenty, jakie Odwołujący załączył zarówno do wniosku, jak i do wyjaśnień z dnia 23 września 2008 roku nie potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należyście.

Protokół odbioru końcowego z dnia 8 maja 2008 roku zawiera zastrzeżenia do wykonanych robót – brak osiągnięcia zakładanej wydajności agregatu sprężającego. Nie zrealizowanie tego wymogu do dnia podpisania protokołu wyklucza możliwość uznania, że zamówienie zostało zrealizowane należyście. Nie potwierdza również tego fakt, który wywodził na rozprawie Odwołujący, że zgodnie z umową Nr 01/ABB/Wilków/06 wraz z aneksem Nr 1 § 7 „Zasady odbioru inwestycji” ust. 3 w treści *„Po uruchomieniu agregatu oraz przeprowadzeniu 72-godzinnego testu sprawności oraz osiągnięciu przez agregat parametrów gwarantowanych, Strony dokonają odbioru końcowego i podpiszą Protokół Odbioru Końcowego. Protokół Odbioru Końcowego zostanie podpisany przez Zamawiającego po usunięciu usterek i braków wykazanych w protokole odbioru technicznego. [...]”*.

Jak bowiem wynika z treści w/w umowy, koniecznym do podpisania Protokołu Odbioru Końcowego jest usunięcie usterek i braków wskazanych w protokole odbioru technicznego, jak i fakt osiągnięcia przez agregat parametrów gwarantowanych. Uznać należy, że skoro Zamawiający podpisał Protokół Odbioru Końcowego to wszystkie ustereki i braki wykazane w protokole odbioru technicznego zostały usunięte. Jednakże są to warunki dotyczące „Zasad Odbioru Inwestycji” – tytuł § 7 w/w umowy. Tak więc warunkują one jedynie przekazanie wykonanej inwestycji, nie potwierdzają jednak jej należytego wykonania – uwaga dotycząca nie osiągnięcia zakładanej wydajności agregatu sprężającego – wyklucza uznanie wykonanej inwestycji za wykonaną należyście.

Odwołujący na rozprawie powoływał się również na okoliczność, iż usterka ta została usunięta, na potwierdzenie czego do wyjaśnień z dnia 23 września dołączył PROTOKÓŁ Z PRAC MODERNIZACYJNYCH SPRĘŻARKI.

Protokół ten potwierdza wykonanie prac modernizacyjnych sprężarki oraz przeprowadzenie testu z wnioskami, iż testy wydajnościowe pracy sprężarki wykonane po pracach modyfikacyjnych potwierdzają uzyskanie oczekiwanych parametrów aktualnej eksploatacji KGZ Wilków. Sprężarka w obecnej konfiguracji nadaje się do eksploatacji w warunkach wymaganych przez PGNiG o/Zielona Góra.

Protokół został podpisany przez dwóch przedstawicieli firmy ABB Sp. z o.o. Ze strony Kopalni KGZ Wilków – protokołu nikt nie podpisał, widnieje jedynie potwierdzenie odbioru protokołu. Tak więc protokół ten stanowi jednostronne oświadczenie wiedzy nie potwierdzone przez drugą stronę. Możliwość wystawienia takiego dokumentu tylko przez jedną stronę umowy, zdaniem Odwołującego reguluje § 7 ust. 2 lit. c.

§ 7 ust. 2 lit. c) stanowi, iż *„nie przystąpienie Zamawiającego w terminie 5 dni od wyznaczonej daty odbioru lub nieuzasadnione odstąpienie od uczestnictwa w odbiorze upoważnia Wykonawcę do wystawienia jednostronnego protokołu odbioru technicznego i wystawienia faktury”*.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Odwołujący, na podstawie w/w przepisu umowy mógł jednostronnie wystawić taki protokół, ale tylko Protokół odbioru technicznego, którym Protokół z prac modernizacyjnych sprężarki - nie jest. Ponadto, protokół ten nie został potwierdzony przez Zamawiającego, a tym bardziej nie zostało potwierdzone, że prace modernizacyjne zostały wykonane należycie. Nadmienić należy również, że stroną Zamawiającą dla Odwołującego w przedmiocie zamówienia, który był realizowany na rzecz Kopalni Wilków było Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Stalbud Tarnów Sp. z o.o. Tak więc legitymowanie się protokołem, którego odbiór potwierdził Kierownik kopalni, uznac należy za niewłaściwe.

Podkreślić należy, iż nakaz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podnoszony przez Odwołującego, nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty, lub którzy nie są w stanie wykazać spełnienia warunku za pomocą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

Tym samym, skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku stawianego przez Zamawiającego dotyczącego zrealizowania, co najmniej jednej dostawy wraz z montażem i rozruchem zestawu sprężarkowego podobnego typu (gazowy silnik wraz ze sprężarką tłokową) o mocy jednostkowej powyżej 1 MW, a dokumenty na

potwierdzenie spełnienia tego warunku nie potwierdzają, że zostało one wykonane należycie. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała za chybione.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*