

Sygn. akt: KIO 442/13

WYROK
z dnia 13 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Bogdan Artymowicz
Protokolant : Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2013 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Inżynierii Miejskiej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czechowicach- Dziedzicach, ul. Szarych Szeregów 2**

przy udziale wykonawcy **INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 442/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę**

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15** na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Miejskiej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czechowicach- Dziedzicach, ul. Szarych Szeregów 2** kwotę 4 131,63 zł. 00 gr (słownie : cztery tysiące sto trzydzieści

jeden złotych sześćdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na kontrakt VIII – modernizację (przebudowę i rozbudowę) oczyszczalni ścieków w Czechowicach Dziedzicach zostało wszczęte przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Inżynierii Miejskiej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czechowicach – Dziedzicach, ul. Szarych Szeregów 2 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2012r. za numerem 2012/S 233-382976.

W dniu 18 lutego 2013r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1, oraz o wykluczeniu wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Adama Branickiego 15 – dalej odwołującego i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w uwagi na niespełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) – Instrukcji dla wykonawców (IDW) w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. dwie realizacje dotyczące modernizacji (przebudowy i rozbudowy) oczyszczalni ścieków, budowy lub modernizacji mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50 000 RLM/dobę każda wraz z robotami towarzyszącymi i wartości nie niższej jak 30 mln PLN brutto każda, w szczególności nie przedstawił w ofercie i nie uzupełniał na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających, że przedstawione w wykazie roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo i ukończone nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 28 lutego 2013r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. zamawiającemu zarzucił

- naruszenie prawa materialnego - art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez uznanie, iż odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 8.3 siwz, tj. nie wykazał prawidłowego wykonania i ukończenia robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wymaganych zgodnie z pkt 8.3 siwz

- naruszenie prawa materialnego - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia PRM z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że dokumenty i oświadczenia złożone przez wykonawcę potwierdzały spełnienie tych warunków;
- naruszenie prawa materialnego - art. 92 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez nie wskazanie odwołującemu uzasadnienia dlaczego uznał przedłożone przez wykonawcę dokumenty (referencje) za wadliwe w zakresie wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał prawidłowo i ukończył co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia określone w pkt 8.3. siwz i bezzasadne nieuwzględnienie dokumentów załączonych do oferty oraz wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 09.02.2013 r.;
- naruszenie prawa materialnego - art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór innej oferty;
- naruszenie prawa materialnego - art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego i uczciwej konkurencji.

Wskazał, że w wyniku naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy może ponieść szkodę, gdyż zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert oraz zgodnie z kryterium najniższej ceny przyjętym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu to oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i opiewa na kwotę 51 885 000,00 PLN brutto, podczas gdy wybrana przez zamawiającego oferta wynosi 53 757 050,37 PLN brutto. Z powyższego wynika według odwołującego, że gdyby zamawiający nie naruszył postanowień ustawy i nie dokonał niezgodnie z ustawy wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą i tym samym odwołujący uzyskałby zamówienie w postępowaniu. Oznacza to zdaniem odwołującego, iż odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu;
- unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryterium wyboru określonym w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 28.02.2013 drogą elektroniczną oraz w tym samym dniu kopia odwołania została wysłana kurierem. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji w dacie wystawienia pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z pkt 8.3 Instrukcji dla wykonawców (TOM I siwz) zamawiający w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem do wykonania zamówienia wymagał, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia każda, [tj. co najmniej dwie realizacje dotyczące modernizacji (przebudowy i rozbudowy) oczyszczalni ścieków budowy, lub modernizacji mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50 000 RLM/dobę każda i wartości nie niższej jak 30 000 000 PLN brutto każda], co winno wynikać z wykazu robót budowlanych o treści załącznika nr 5 i załączonych dokumentów (referencji). Ponadto zamawiający sprecyzował, że jako referencje dotyczące realizacji z ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, zamawiający uzna takie, które dotyczą realizacji zadań, których zakończenie miało miejsce nie wcześniej jak 5 lat przed upływem terminu składania ofert, zamawiający uzna takie, które dotyczą realizacji zadań, których zakończenie miało miejsce nie wcześniej jak 5 lat przed upływem terminu składania.

Na potwierdzenie warunków uczestnictwa w przetargu odwołujący wskazał w ofercie, iż spełnia wymagania w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem poprzez załączenie wykazu o treści załącznika nr 5 i dwóch referencji.

W dniu 06.02.2013r. zamawiający wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia załącznika nr 5 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (pkt 4 wezwania).

W odpowiedzi na pkt 4 wezwania odwołujący pismem z dnia 09.02.2013r., doręczonym osobiście do zamawiającego w dniu 11.02.2013r.:

- a) wyjaśnił, że wskazane w załączniku nr 5 roboty budowlane spełniają wymóg zamawiającego wskazany w siwz pkt 8.3 ponieważ:

i) zadanie pn. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola” zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, prawidłowo ukończone i odebrane przez zamawiającego w dniu 31.01.2008r. na podstawie Protokołu Odbioru, a

ii) zadanie pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, prawidłowo ukończone i odebrane przez zamawiającego w dniu 22.02.2008r. na podstawie Świadectwa Przejęcia Robót

- co oznacza, że oba zadania były zakończone nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił, że przytoczone powyżej dane potwierdza treść obu referencji załączonych do oferty,

b) złożył poprawiony wykaz wykonywanych robót budowlanych - załącznik nr 5 z uwagi na oczywistą pomyłkę pisarską we wskazaniu daty zakończenia realizacji zadania pod nr Lp. 2, tj. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek”,

c) ponadto, niezależnie od przedłożonych wyjaśnień i poprawionego załącznika nr 5, Odwołujący dołączył z ostrożności dodatkowe referencje dla zadania pn. „Główny Projekt Kanalizacji Shanganagh-Bray w gminie Shankill”, potwierdzające, że zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, prawidłowo ukończone i odebrane przez zamawiającego w dniu 30.04.2012r. na podstawie Protokołu Odbioru co potwierdza treść przedmiotowych referencji. Referencje te dodatkowo potwierdzają dysponowanie przez odwołującego wiedzą i doświadczeniem do wykonania zamówienia z uwagi na wykonanie w okresie ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

W dniu 18.02.2013r. faxem odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego to wynikało, iż zamawiający wykluczył odwołującego się z postępowania oraz odrzucił ofertę odwołującego się. Jako podstawę wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, zgodnie z którymi z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wskazał na niespełnienie przez odwołującego warunku w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem do wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, że w każdym przypadku uznanie nie spełnienia przez uczestnika/ów warunków udziału w postępowaniu nie może budzić najmniejszych wątpliwości. Takie stwierdzenie powinno opierać się na pewnych dowodach. Ciężar dowodu ponosi w tym zakresie zamawiający.

Zamówienie o nazwie „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola” było udzielone na rzecz spółki DRAGADOS S.A. (spółka dominująca dla odwołującego się w rozumieniu art. 4 KSH) - użyczającej odwołującemu na zasadach art. 26 pkt 2b ustawy

wiedzę i doświadczenie oraz oddającej do dyspozycji odwołującego swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia. DRAGADOS S.A. udostępnił odwołującemu się referencje zamawiającego potwierdzające rozpoczęcie wykonania robót budowlanych dla ww. zadania w dniu 9 grudnia 2004 roku i ukończenie ich w dniu 30 września 2007 roku, z datą odbioru robót w dniu 31 stycznia 2008 roku, po wykonaniu ich zgodnie z warunkami oraz wykazaniu posiadania odpowiednich zdolności technicznych. Zaświadczenie zostało wydane przez zamawiającego w dniu 01 września 2008 roku na wniosek DRAGADOS S.A. dla celów klasyfikacji kontrahentów, jako poświadczenie dobrego wykonania robót.

Jako dowód odwołujący przedstawił kopię referencji z dnia 01.09.2008r.

Zdaniem odwołującego się, popartym powszechną praktyką, w umowach o roboty budowlane dokumentem potwierdzającym wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe zakończenie realizacji całego zadania (wymóg zamawiającego wskazany w siwz pkt 8.3 ostatni akapit) jest protokół odbioru robót, a zatem datą ukończenia realizacji całego zadania jest data podpisania protokołu odbioru robót - w przypadku tego zadania jest to dzień 31 stycznia 2008 roku - i taką też datę Odwołujący wskazał w wykazie stanowiącym Załącznik nr 5. Zgodnie z literalnym brzmieniem protokołu odbioru z dnia 31 stycznia 2008 roku, dokonanie wcześniejszego odbioru robót nie było możliwe z powodu konieczności rozwiązania kilku przeszkód technicznych pomimo wskazania przez wykonawcę dnia 30 września 2007 roku jako daty ich zakończenia. W dniu 1 października 2007 roku nie doszło do odbioru robót. Do odbioru robót doszło dopiero w dniu 31 stycznia 2008 roku, kiedy to przedstawiciel zamawiającego zatwierdził funkcjonowanie obiektu w sposób prawidłowy, wykonanie robót zgodnie z przepisami Dekretu Królewskiego i podpisał protokół odbioru, przekazując tym samym obiekt do użytku publicznego, rozpoczynając w ten sposób okres gwarancji z dniem wypisania Protokołu.

Jako dowód odwołujący przedstawił kopię protokołu odbioru z dnia 31 stycznia 2008 roku wraz z tłumaczeniem.

Wskazał na treść art. 647 kc i podkreślił, że w przypadku umowy o roboty budowlane uznaje się, że data odbioru jest datą wykonania zobowiązania przez wykonawcę, co powoduje jego wygaśnięcie. Tym bardziej, że w okresie od zgłoszenia przez protokołu odbioru przez inwestora, mogą mieć miejsce różne zdarzenia, przede wszystkim inwestor może stwierdzić wady i usterki robót uniemożliwiające ich odbiór i użytkowanie. Zatem dopóki inwestor nie podpisze protokołu odbioru końcowego nie można uznać robót za wykonane i prawidłowo zakończone. Odbiór robót jest czynnością, skutkującą przejściem wszystkich ciężarów i korzyści oraz niebezpieczeństwa przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu odbioru na inwestora. Z protokołu odbioru wynika kto, kiedy i jakie prace wykonał oraz wskazanie daty ich przyjęcia przez drugą stronę. Protokół stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron. Od daty odbioru robót liczy się terminy rękojmi,

gwarancji i przedawnienia roszczeń. Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe ukończenie robót uznaje się protokół odbioru robót. Powołał się także na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 lipca 2009r., sygn. III CSK 341/2008 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach w wyroku z dnia 17 lutego 2000r., sygn. akt I ACa 1027/99 „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, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady.”

Zdaniem odwołującego się nie budzi żadnych wątpliwości, że zadanie o nazwie „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola” DRAGADOS S.A. wykonał i prawidłowo ukończył z dniem 31 stycznia 2008 roku, czyli nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a fakt umieszczenia w referencjach również daty 30 września 2007 roku jako ukończenia robót nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia ponieważ jest oderwane od rzeczywistego stanu faktycznego i stanowiska, że to protokół odbioru jest dokumentem potwierdzającym prawidłowe wykonanie i odebranie robót przez zamawiającego. W szczególności nie może służyć jako podstawa do wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Drugie zamówienie o nazwie „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek (Kontrakt realizowany wg Warunków Kontraktowych FIDIC tzw. „czerwony FIDIC”)” było udzielone na rzecz Konsorcjum, w którego skład wchodził odwołujący się. Referencje zamawiającego potwierdzają zrealizowanie robót przez Konsorcjum w okresie od 10 maja 2006 roku do 10 stycznia 2008 roku potwierdzone Świadectwem Przejęcia wystawionym z datą 22 lutego 2008r. Zaświadczenie zostało wydane przez zamawiającego w dniu 03 marca 2010 roku jako potwierdzenie, że roboty będące przedmiotem umowy, zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jako dowód odwołujący przedstawił kopię referencji z dnia 03.03.2010r.

W opinii odwołującego się dokumentem potwierdzającym zakończenie realizacji całego zadania (wymóg zamawiającego wskazany w SIWZ IDW pkt 8.3 ostatni akapit) i prawidłowe wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej dla umów o roboty budowlane realizowanych wg Warunków Kontraktowych FIDIC jest Świadectwo Przejęcia jako odpowiednik protokołu odbioru wystawione zgodnie z klauzulą 10.1 FIDIC, a Datą Ukończenia zadania jest data podpisania Świadectwa Przejęcia - w tym przypadku dzień 22 lutego 2008 roku. Jako dowód powołał kopię Świadectwa Przejęcia z dnia 22 lutego 2008 roku i Warunki Szczególne Kontraktu do Aktu umowy - Kontraktu nr JRP.3420-01/05 z dnia 10.04.2006r.

Dla oceny poglądu czy Świadczenie Przejęcia, tj. dokument wystawiany na podstawie „czerwonego” FIDIC-a, może być uznane za dowód, iż roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone i wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej należy dokonać interpretacji - w zakresie braku sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa krajowego, klauzul warunków kontraktowych FIDIC z uwzględnieniem postanowień łączącej strony umowy. W myśl klauzuli 10.1 „czerwonego” FIDIC-a i przedmiotowej umowy, Świadczenie Przejęcia wystawiane jest wykonawcy na jego wniosek, gdy roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. Świadczenie Przejęcia wystawiane jest przez Inżyniera Kontraktu na wniosek Wykonawcy złożony nie wcześniej niż na 14 dni przed tym, kiedy roboty budowlane będą w opinii Wykonawcy ukończone i gotowe do przejścia. Zgodnie z literalnym brzmieniem klauzuli 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC Inżynier Kontraktu w terminie 28 dni od otrzymania wniosku ma prawo wystawić Świadczenie Przejęcia dla wykonawcy lub odrzucić wniosek, gdy stan realizacji robót uniemożliwia jego wydanie. W przypadku kontraktu pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” klauzula 10.1 została dodatkowo zmodyfikowana poprzez dodanie obowiązku uzyskania przez wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie do czasu wystawienia Świadczenia Przejęcia. Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie jest czynnością administracyjną po faktycznym zakończeniu robót budowlanych. Bez spełnienia tego wymogu wykonawca nie otrzymałby Świadczenia Przejęcia, co oznacza że nie uzyskałaby od inwestora skwitowania wykonanych robót i prawidłowego ich zakończenia. Zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC i przedmiotową umową wydanie Świadczenia Przejęcia jest poprzedzone przeprowadzeniem udanych prób końcowych, które obejmują próby przedodbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania, że roboty odpowiadają kryteriom sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1). Wydanie Świadczenia Przejęcia poprzedza też przekazanie Inżynierowi Kontraktu dokumentacji powykonawczej (klauzula 5.6). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie Świadczenia Przejęcia kończy okres Czasu na Ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 warunków kontraktowych. Ponadto Świadczenie Przejęcia pozwala zamawiającemu na przejście przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu ich używanie, zgodnie z założonym celem. Odwołujący zwrócił uwagę, że uwagę, że wykonawca realizujący kontrakt w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC (podobnie jak przy protokole odbioru) zyskuje z wydaniem Świadczenia Przejęcia podstawę do żądania wynagrodzenia od zamawiającego potwierdzonego Świadczeniem Płatności (klauzula 14). W ciągu bowiem 84 dni po otrzymaniu Świadczenia Przejęcia wykonawca wystawia tzw. Oświadczenie po Ukończeniu

wraz z wnioskiem o płatność (klauzula 14.10). Dodatkowo zgodnie z klauzulą 4.2 w terminie 30 dni od dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia zamawiający ma obowiązek zwrócić wykonawcy 70% zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu.

Wystawienie Świadectwa Przejęcia rozpoczyna bieg kolejnego etapu w procesie budowlanym na gruncie FIDIC, tj. Okresu Zgłaszania Wad, stanowiącego odpowiednik okresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę (klauzula 11).

Analiza przytoczonych klauzul Warunków Kontraktowych FIDIC i przedmiotowej umowy, w ocenie odwołującego, prowadzi do wniosku, iż sposób dokumentowania przez strony realizacji poszczególnych etapów procesu budowlanego różni się od stosowanego w praktyce dokumentowania za pomocą protokołu odbioru. Jednocześnie cechy Świadectwa Przejęcia, tj. umożliwienie przejęcia przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora, zgodnie z założonym celem, przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad, świadczą o jego podobieństwie do protokołu odbioru. Odwołujący wskazał, że co do takiego rozumienia charakteru dokumentu jakim jest Świadectwo Przejęcia wypowiadała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 27 lipca 2011 r. KIO 1507/11 i z dnia 11 maja 2011 r. KIO/UZP 902/11.

Zdaniem odwołującego poprzez wskazanie daty podpisania Świadectwa Przejęcia jako zakończenia realizacji zadania spełnił postawione w pkt. 8.3 IDW warunki udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, ponieważ wykonał i prawidłowo ukończył realizację tego zadania z dniem 22 lutego 2008 roku, czyli nie wcześniej jak 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a wystawienie tego dokumentu przez zamawiającego potwierdza wykonanie i prawidłowe ukończenie robót. Fakt umieszczenia w dokumencie daty 10 stycznia 2008 roku jako ukończenia robót nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia ponieważ stanowi datę powiadomienia Inżyniera przez Wykonawcę o zasadniczym wykonaniu robót budowlanych i możliwości wszczęcia procedury wystawiania Świadectwa Przejęcia, którego wystawienie poprzedzone jest jeszcze szeregiem czynności technicznych i sprawdzających. W szczególności nie może służyć jako podstawa do wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Co, zdaniem odwołującego, istotne sam zamawiający określił w pkt 8.2 UWAGA IDW (TOM I SIWZ), że „Przez wykonanie robót budowlanych należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przyjęcia/Protokołu odbioru (w przypadku podmiotów krajowych dla podmiotów zagranicznych dokumenty równoważne).”

1W wykazie stanowiącym Załącznik nr 5 pod pozycją Lp. 2 opisującą zadanie o nazwie „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” odwołujący przez omyłkę nie wpisał daty 22 lutego 2008 roku jako terminu zakończenia zadania tylko

wskazał inną nieprawidłową datę. Odwołujący się skorygował swoją pomyłkę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 06.02.2013r. poprzez sporządzenie nowego poprawionego wykazu stanowiącego Załącznik nr 5 i wysłał go wraz z wyjaśnieniami z dnia 09.02.2013r. Omyłka ta nie wpływa w żaden sposób na ocenę okresu niezbędnego do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez odwołującego się z punktu widzenia wymagań zamawiającego. Uwzględniając datę wystawienia Świadectwa Przejęcia dla tego zadania, odwołujący się spełnił warunek wykonania odpowiednich robót w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji omyłka ta nie ma i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, tj. kwalifikację odwołującego się jako nie spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

W okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego złożony przez odwołującego się wykaz robót budowlanych (Załącznik nr 5) mógł być skorygowany lub uzupełniony w trybie i na zasadach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do uwzględnienia skorygowanego wykazu dołączonego wraz z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 09.02.2013r.

W oficjalnej opinii Urzędu Zamówień Publicznych zostało jednoznacznie stwierdzone, że dopuszczalne jest złożenie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy skorygowanego dokumentu w związku z uprzednim złożeniem dokumentu wadliwego, nie wskazującego na spełnianie warunków udziału postępowaniu (opinia Urzędu Zamówień Publicznych dostępna pod linkiem:

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/paae/7D:863:obowiazekzadaniauzupelnieniaoświadczzeńlubdokumentowzart.26ust.3ustawyprawozamówieńpublicznvch.html>

Podkreślił, że zgodnie z pkt 8.3 IDW zamawiający w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem do wykonania zamówienia wymaga, aby wykonawcy wykazali wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia każda, co winno wynikać z wykazu robót budowlanych o treści załącznika nr 5 i załączonych dokumentów (referencji). Ponadto zamawiający sprecyzował w ostatnim akapicie tego pkt, że jako referencje dotyczące realizacji z ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, uzna takie, które dotyczą realizacji zadań, których zakończenie miało miejsce nie wcześniej jak 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W opinii odwołującego się pojęcie realizacji zadania jest szersze, niż stricte wykonanie robót budowlanych. Pojęcie realizacji zadań zawiera w sobie zarówno wykonanie robót budowlanych, jak i sprawdzenie ich, uzyskanie stosownych decyzji i pozwoleń, skompletowanie dokumentacji, etc. co winno być skwitowane odbiorem. Niemniej zamawiający nie sprecyzował dokładnie tego pojęcia, a uczestnicy postępowania nie powinni domyślać się nie wyjaśnionych w siwz sformułowań. W szczególności, że w innym miejscu

siwz, tj. pkt 8.2 UWAGA IDW zamawiający określił, że „przez wykonanie robót budowlanych należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przyjęcia/Protokołu odbioru (w przypadku podmiotów krajowych dla podmiotów zagranicznych dokumenty równoważne).”

Odwołujący wskazał na rolę siwz w postępowaniu, powołał wyroki Izby: z dnia 21 września 2012 KIO 1902/12, z dnia 2 sierpnia 2012 roku KIO 1533/12, z dnia 30 września 2010 KIO 2007/10, z dnia 9 kwietnia 2009 KIO/UZP 396/09, z dnia 28 stycznia 2009 KIO/UZP 60/09, z dnia 28 stycznia 2009 KIO/UZP 67/09. Wątpliwości co do postanowień SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawców - wyrok KIO z 26 lipca 2011 roku KIO 1528/11, wskazał, że przepisy ustawy nie przewidują także zakazu przedłożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dodatkowych dokumentów (referencji) innych niż pierwotnie wskazane, jeśli mogą istnieć wątpliwości co do wcześniej załączonych jako nie spełniających wymogów przewidzianych przez zamawiającego. Istotne jest bowiem spełnienie warunku udziału przez podmiot ubiegający się o udzielenie danego zamówienia. Potwierdza to orzecznictwo KIO (KIO/UZP 622/08, KIO/UZP 723/08). Przepisy ustawy nie zawierają także zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentów lub oświadczeń wadliwych. Teza ta znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie KIO (KIO 1169/11). Nie było zatem żadnych formalnych przeszkód dla akceptacji przez zamawiającego złożonych dodatkowo przez odwołującego się referencji dla zadania pn. „Główny projekt kanalizacji Shanganagh-Bray w gminie Shankill”.

Zamówienie o nazwie „Główny projekt kanalizacji Shanganagh-Bray w gminie Shankill” było udzielone na rzecz spółki DRAGADOS S.A. (spółka dominująca dla Odwołującego się w rozumieniu art. 4 KSH) - użyczającej Odwołującemu się na zasadach art. 26 pkt 2b ustawy wiedzy i doświadczenia oraz oddającej do dyspozycji Odwołującego swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia. DRAGADOS S.A. udostępnił Odwołującemu się referencje zamawiającego potwierdzające rozpoczęcie wykonania robót budowlanych dla ww. zadania w dniu 20 października 2008 roku i ukończenie ich w dniu 30 kwietnia 2012 roku, z datą odbioru robót w dniu 30 kwietnia 2012 roku, po wykonaniu ich zgodnie z warunkami oraz wykazaniu posiadania odpowiednich zdolności technicznych. Jako dowód odwołujący powołał kopię referencji dla zadania pn. „Główny projekt kanalizacji Shanganagh-Bray w gminie Shankill wraz z tłumaczeniem. Odwołujący stwierdził, iż w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości, odwołujący się był uprawniony do złożenia wykazu z dopisaniem dodatkowego zadania. Dokument (referencje) dla zadania pn. „Główny projekt kanalizacji Shanganagh-Bray w gminie Shankill” złożone w dniu 09.02.2013r. potwierdzają jednoznacznie wymagane doświadczenie i wiedzę. Tym samym potwierdzają fakt spełniania przez odwołującego się warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Wskazał, że mechanizm określony w art. 26 ust. 3 ustawy stanowi rozwiązanie, które ma przyczynić się do podniesienia efektywności i racjonalności wydatkowania środków

publicznych, tak aby nastąpiło zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę faktycznie najkorzystniejszą ekonomicznie, chociaż niekoniecznie od razu oferta jego była poprawna formalnie. Oferta odwołującego się na kwotę 51 885 000,00 PLN brutto jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym. Oferta wybrana po bezzasadnym wykluczeniu odwołującego się opiewa na kwotę 53 757 050,37 PLN brutto i jest o 1 872 050,37 PLN brutto wyższa od oferty odwołującego się. W konsekwencji odwołujący wskazał, iż zamawiający nie zrealizował celów stawianych mu przez ustawodawcę. W szczególności nie zadbał o to, aby powierzone mu środki publiczne zostały wydatkowane w sposób efektywny i racjonalny. Poprzez zaniechanie analizy całokształtu okoliczności związanych z wykazaniem przez odwołującego spełnienia warunku zamawiający dopuścił się także naruszenia zasad równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i uczciwej konkurencji, tj. art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 28 lutego 2013r. zamawiający drogą elektroniczną i za pośrednictwem operatora publicznego przekazał wykonawcom kopię odwołania wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 4 marca 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Konstantego Brandla 1 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w sposób prawidłowy, a zarzuty odwołującego się nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Zgłaszający załączył także dowody otrzymania faksem kopii zgłoszenia przez zamawiającego i odwołującego się z dnia 1 marca 2013r.

W dniu 8 marca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający stwierdził, że spór pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia pojęcia „wykonanie robót”. Wskazał na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz na dokonaną czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także na treść pkt. 8.3 siwz- IDW. Podniósł, że w świetle art. 22 ust. 1 ustawy, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że z referencji przedłożonych przez odwołującego wynika, że roboty wykazywane na

potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia zostały wykonane wcześniej niż przed upływem 5 lat przed terminem składania ofert. W tej sytuacji zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący przedłożył nowy wykaz, w którym znalazła się jedna dodatkowa pozycja, co do której załączono dokument potwierdzający jej wykonanie, który zawiera klauzulę, że został wydany dla celów klasyfikacji kontrahentów w Hiszpanii. Gdyby przyjąć, że tym dokumentem można posługiwać się w Polsce, to jest to jedyny dokument, z którego w ocenie zamawiającego wynika, że roboty zostały ukończone nie wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert. Odwołujący nadto wyjaśnił, że pozostałe dwie referencje potwierdzają spełnianie warunku, gdyż datą wykonania przedmiotowych zadań są daty :

- zadanie pn. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola” na podstawie protokołu odbioru – 31 stycznia 2008r.,

- zadanie pn. „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” – na podstawie świadectwa przejęcia – 22 lutego 2008r.

W ocenie zamawiającego bezspornym jest, że termin składania ofert upłynął w dniu 28 stycznia 2013r. Z klauzuli 10.1 tzn. Żółtego Fidica wynika, że świadectwo przejęcia winno zawierać ustalenie daty, z jaką roboty lub odcinek zostały ukończone. Zdaniem zamawiającego oznacza to, że data wystawienia świadectwa przejęcia, czy protokołu odbioru nie może być równoznaczna z datą ukończenia robót. Zgodnie z akapitem drugim klauzuli 10.1 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. Wskazał na wyrok Izby z dnia 6 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 316/10, z którego wynika, że liczy się termin faktycznego zakończenia robót jako znaczący dla wiedzy nabytej w związku z realizacją inwestycji odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W Referencjach dla inwestycji w Santa Pola wpisano, jako datę zakończenia robót 30 września 2007r., a data 31 stycznia 2008r. to data podpisania protokołu odbioru, a w referencji dla zadania Radocha II wpisano zrealizowano roboty w okresie od 10 maja 2006r. do 10 stycznia 2008r. i dalej ustalono datę zasadniczego zakończenia robót 10 stycznia 2008r. W ocenie zamawiającego zatem złożone dokumenty oraz wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu, gdyż odwołujący nie udowodnił, że przedstawione w wykazie robót roboty budowlane zostały ukończone nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 marca 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu zamawiającego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odpowiedzi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 6 lutego 2013r., odpowiedzi odwołującego z dnia 12 lutego 2013r. dokumentów załączonych do odwołania oraz złożonych na rozprawie przez przystępującego.

Na podstawie siwz Izba ustaliła :

Zamawiający wskazał. w pkt 8.2 Osoby zdolne do wykonania zamówienia w uwadze, że przez doświadczenie zawodowe należy rozumieć okres od daty uzyskania uprawnień do daty ukazania się ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Przez wykonanie robót budowlanych należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przyjęcia/Protokołu odbioru (w przypadku podmiotów krajowych dla podmiotów zagranicznych dokumenty równoważne).

W pkt. 8.3 Wiedza i doświadczenie postawił wymóg, że z zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, w szczególności o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia każda, co winno wynikać z dokumentów określonych w pkt. 9.1.9.

Jako roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający rozumiał co najmniej dwie realizacje dotyczące modernizacji (przebudowy i rozbudowy) oczyszczalni ścieków budowy, lub modernizacji mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 50 000 RLM/dobę każda, wraz z robotami towarzyszącymi i wartości nie niższej jak 30 000 000,00 PLN brutto każda.

W uwadze wskazał, że :

W przypadku inwestycji, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP, obowiązującego w dniu ukazania się ogłoszenia o niniejszym przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Narodowy Bank Polski nie opublikuje tabeli kursów NBP, Wykonawca winien przyjąć kurs przeliczeniowy według ostatniej tabeli kursów NBP, opublikowanej przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jako referencje (inne dokumenty) dotyczące realizacji z ostatnich 5 lat

przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający uzna takie, które dotyczą realizacji zadań, których zakończenie miało miejsce nie wcześniej jak 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 9. Dokumenty lub oświadczenia, jakie w szczególności musi zawierać oferta – wymagał złożenia pkt 9.1.9. - wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania o treści załącznika nr 5, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zgodnie z wymaganiami pkt. 8.3

Zgodnie z pkt 9.2. w sytuacji, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Określając zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pkt 11.3.8. wskazał, że zabezpieczenie wnoszone w innej formie niż w pieniądzu winno być bezwarunkowe, nieodwołalne, nieprzenośne i płatne na pierwsze żądanie, winno zawierać nazwę i adres Zamawiającego i Wykonawcy oraz winno uzyskać moc obowiązującą od podpisania Kontraktu przez obie Strony, tj. przez Wykonawcę i Zamawiającego i być ważne w części równej 100% kwoty zabezpieczenia do 30 dni od daty wykonania całości robót, tj. wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia w ramach kontraktu, a w części równej 30% kwoty zabezpieczenia do 15 dni po zakończeniu 36-miesięcznego okresu rękojmi (liczonego od wykonania całości robót, tj. wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia w ramach kontraktu). Zamawiający akceptuje również wniesienie zabezpieczenia przed podpisaniem umowy w wysokości równej 100% kwoty zabezpieczenia z terminem ważności do 30 dni od daty wykonania całości robót, tj. wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia w ramach kontraktu a następnie wniesienie nowego zabezpieczenia (przedłużenia/zamiany zabezpieczenia) na kwotę 30% kwoty zabezpieczenia z terminem ważności do 15 dnia po zakończeniu 36- miesięcznego okresu rękojmi (liczonego od wykonania całości robót, tj. wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia w ramach kontraktu).

W pkt 11.4. Zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający podał – pkt 11.4.1., że zwróci 70% kwoty zabezpieczenia wykonania w terminie 30 dni od daty wykonania całości robót, tj. wystawienia Świadczenia Wykonania, a pozostałe 30 % kwoty

zabezpieczenia wykonania w terminie 15 dni po zakończeniu 36 – miesięcznego okresu rękojmi (liczonego od wykonania całości robót, tj. wystawienia Świadectwa Wykonania).

W ramach szczególnych warunków kontraktu zamawiający wprowadził :

Subklauzula 11.10 Niewypełnione zobowiązania

Na końcu klauzuli 11.10 dodaje się następujący zapis: „Roboty objęte są 36-miesięcznym okresem rękojmi zgodnie z Prawem Kraju. Okres rękojmi rozpoczyna się od daty przejęcia całości robót (odbior końcowy) przez Zamawiającego tj. wystawieniem ostatniego Świadectwa Przejęcia w ramach kontraktu. Na materiały i urządzenia zakupione przez Wykonawcę, Wykonawca udziela gwarancji zgodnej z gwarancją jaką dają ich producenci, lecz nie krótszej niż 36-miesiące. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na całość Robót będących przedmiotem Kontraktu.

Okres gwarancji wynosi 36 miesięcy i rozpoczyna się od daty przyjęcia całości robót (odbior końcowy) przez Zamawiającego tj. wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia w ramach Kontraktu.

Subklauzula 14.7 Zapłata

Wprowadza się następujące zmiany w niniejszej klauzuli 14.7:

Podpunkty (a), (b) i (c) skreśla się i zastępuje następująco:

- (a) kwotę poświadczoną w Przejściowym/Końcowym Świadectwie Płatności w ciągu 60 dni od daty otrzymania kompletu dokumentów uzasadniających żądanie zapłaty, w tym prawidłowo wystawionej faktury Wykonawcy.

W ofercie POL-AQUA na str. 32-33 znajduje się wykaz wykonanych robót budowlanych, gdzie w poz. 1 wskazano rozbudowę oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola za cenę 53 998 364,66 PLN brutto, w okresie od 03.12.2004r. do 31.01.2008r. , w poz. 2 modernizację oczyszczalni ścieków Radocha II i budowę kolektora Bobrek za cenę 103 962 468, 53 PLN brutto w okresie 10.05.2006r. – 10.01.2008r.

Na str. 34-38 w języku oryginału i str. 39-44 w tłumaczeniu na język polski złożono zaświadczenie Inżyniera Budowy Dróg, Kanałów i Portów, dyrektora robót Rozbudowy Oczyszczalni Ścieków, usytuowanej w gminie Santa Pola, z którego wynika, że firma Dragados SA rozpoczęła wykonanie robót 9 grudnia 2004r., ukończyła je 30 września 2007r., wykonując prace w okresie 33 miesięcy, z datą odbioru robót 31 stycznia 2008r. Zaświadczenie wystawiono w dniu 1 września 2008r.

Na str. 47-54 złożono referencje Urzędu Miejskiego w Sosnowcu z dnia 3 marca 2010r., z których wynika, że odwołujący w konsorcjum z firmą ALTKOM zrealizował roboty w okresie od 10 maja 2006r. do 10 stycznia 2008r. (potwierdzone świadectwem przejęcia wystawionym z datą 22 lutego 2008r.

W dniu 6 lutego 2013r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający wskazał na treść pkt 8.3 siwz oraz podał, że termin składania ofert upłynął w dniu 28 stycznia 2013r., a z załączonych dokumentów wynika, że rozbudowę oczyszczalni ścieków w gminie Santa Pola ukończono 30 września 2007r., zaś modernizację oczyszczalni ścieków Radocha II i budowę kolektora Bobrek ukończono dnia 10 stycznia 2008r. tj. wcześniej niż w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 12 lutego 2013r. odwołujący przedstawił następujące stanowisko :

- powołał się na pkt. 8.2 IDW i wskazał, że robota w poz. 1 wykazu została zakończona i odebrana w dniu 31 stycznia 2008r., co potwierdza data podpisania przez strony świadectwa przejęcia, zaś robota w poz. 2 wykazu została zakończona i odebrana w dniu 22 lutego 2008r., co potwierdza data podpisania świadectwa przejęcia, zaś data 10 stycznia 2008r. została w załączniku podana omyłkowo. Wskazał, że termin zakończenia robót budowlanych nie jest ustawowo zdefiniowany, ale strony powszechnie uznają przedmiot umowy za ukończony w dniu podpisania protokołu końcowego odbioru, taki odbiór jest bezwzględny i obowiązkowy uczestników procesu budowlanego. Wskazał, że od tego momentu rozpoczyna się bieg gwarancji i rękojmi. Zatem w ocenie odwołującego obie roboty spełniają wymagania zamawiającego. Załączył nowy wykaz, gdzie w poz. 2 zmienił datę zakończenia z daty 10 stycznia 2008r. na 22 lutego 2008r. oraz dodał poz. 3 – główny projekt kanalizacji Shanganagh-Bray Kontrakt I zrealizowany w gminie Shankill za cenę 324 107 511,09 PLN brutto w okresie od 20.10.2008r. – 30.04.2012, do którego załączono referencje wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, że SDD Shanganagh (Uzdatnianie Wody) Ltd. (joint venture składające się z firm John Sisk and Sons LTD (50% udziału) DRAGADOS S.A. (25% udziału) i Drace Infraestructuras SA (25% udziału) rozpoczęło wykonywanie robót 20 października 2008r., za zakończyło je 30 kwietnia 2012r, a roboty zostały odebrane w dniu 30 kwietnia 2012r.

Ponad wyżej wskazane dokumenty do odwołania załączono dla poz. 1 wykazu protokół odbioru robót, z którego wynika, że w dniu 1 października 2007r. zawarto Negatywny Protokół Odbioru. Dokończono wszystkie niezbędne roboty dla rozwiązania kwestii, które utrudniały odbiór robót. Jeśli chodzi o pracę wirówek odwadniających osad osiągnięto wymagany przepływ 10m³/h. W przypadku wysokich stężeń SH₂, wykonano następujące roboty: przykryto kanał wlotowy i kraty, skorygowano system dezodoryzacji i dozowania azotanu wapnia w pompowni. , a na dzień sporządzania tego protokołu tj. 31 stycznia 2008r. obiekt funkcjonuje w sposób prawidłowy i zgodnie z wcześniejszymi uzgodnieniami, roboty uznaje się za odebrane niniejszym protokołem.

Dla poz. 2 załączono świadectwo przejęcia, z którego wynika, że wykonawca powiadomił o zasadniczym wykonaniu całości robót w dniu 27 grudnia 2007r., tj. na 14 dni przed planowanym ukończeniem, co zostało potwierdzone wpisem w Dzienniku Budowy. Procedura przejęcia prowadzona była od 10 stycznia 2008r. do 22 lutego 2008r., a przejęcie całości robót nastąpi w dniu 25 lutego 2008r. Niniejszym dokumentem Inżynier poświadcza, iż roboty zasadnicze zostały ukończone w terminie wynikającym z kontaktu tj. do 10.01.2008 roku. Inżynier w trybie Przejęcia Robót z uwagi na spory dotyczące zakresu wad i usterek oraz z powodu braków i błędów merytorycznych w dokumentacji powykonawczej i porozruchowej wydłużył z przyczyn formalnych procedurę przejęcia do dnia 22.02.2008 roku. Inżynier uznał, iż powody wydłużenia procedury nie obciążają wykonawcy w rozumieniu kl. 8.7. Odwołujący załączył także warunki ogólne tego kontraktu.

Z pisma odwołującego do Urzędu Miejskiego w Sosnowcu z dnia 10 stycznia 2008r. wynika, że odwołujący ukończył wszystkie roboty objęte kontraktem „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek” i wnioskuje o wystawienie świadectwa przejęcia.

Z pisma z 11 lutego 2008r. – wystąpienie inżyniera – przejęcie robót – wynika, że inżynier w interpretacji wniosku wykonawcy uznaje termin 10.01.2007 jako termin zgłoszenia zakończenia robót ustalonych w kontrakcie i koniecznych do rozpoczęcia użytkowania robót zgodnie z ich przeznaczeniem. Inżynier informuje, że od dnia 10 stycznia 2008r. rozpoczyna weryfikację poprawności wykonania kontraktu w zakresie warunków niezbędnych do wydania świadectwa przejęcia.

Z pisma Urzędu Miejskiego w Sosnowcu z dnia 28 lutego 2013r. do Instal Kraków wynika, że Urząd przekazał przystępującemu m. in. dokument wystąpienie inżyniera – przejęcie robót, w którym inżynier uznał termin 10.01.2008r jako termin zgłoszenia zakończenia robót ustalonych w kontrakcie.

Z tłumaczenie przysięgłego z języka angielskiego certyfikatu zadowolającego tłumaczenia prac wynika, że spółka SDD Shanganagh (Water Treatment) [Uzdatnianie Wody] Ltd (wspólne przedsięwzięcie joint venture składające się ze spółek John Sisk and Sons LTD (50% udziałowiec) DRAGADOS S.A. (25% udziałowiec) i Drace Infraestructuras SA (25% udziałowiec) otrzymała (..), zakończyła(...) wykonała roboty.

Z deklaracji rocznej nr 460253 złożonej w Urzędzie Rejestracji Spółek wynika, że firma SDD Shanganagh (Water Treatment) Limited posiada następujących udziałowców : Dragados SA (1 udział), John Sisk and Sons (Holdings) Limited (2 udziały w tym jeden przeniesiony od John Sisk and Sons Limited), Drace Infraestructuras (1 udział przeniesiony od Drace Medio Ambiente SA).

Z pisma z 30 października 2012r. wynika, że John Sisk and Sons złożył sprawozdanie za rok finansowy 01.01.2011r. – 31.12.2011 elektronicznie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że wniesione przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, z uwagi na niewniesienie odwołania na czynność zamawiającego jaką było wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby, aby wykonawca mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że poniósł lub może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego. Dopiero wystąpienie przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy daje prawo wniesienia odwołania, czyli dopóki czynność zamawiającego, choćby nieprawidłowa nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania. W ocenie Izby czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie zagrażała odwołującemu. Wprawdzie miał on interes w uzyskaniu zamówienia, ale nie było jeszcze zagrożenia szkodą, bo zamawiający mógł pozytywnie dla odwołującego zweryfikować poprawioną datę i ocenić nową pozycję wykazu i referencję i uznać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu albo na skutek wyjaśnień odwołującego przyjąć, że obie pozycje pierwotnego wykazu potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Stąd odwołanie wnoszone na czynność wezwania do wyjaśnień nie byłoby odwołaniem pochodzącym od podmiotu legitymowanego materialnoprawnie w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Tym samym odwołujący prawidłowo ocenił, że pierwszą czynnością zamawiającego, w której materializował się zarówno interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia jak i możliwość poniesienia szkody była informacja o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Z tych względów odwołujący nie uchybił terminowi na wniesienie odwołania i był podmiotem uprawnionym do jego wniesienia.

Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę tańszą od oferty wybranej i gdyby nie został wykluczony uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez uznanie, iż odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 8.3 siwz, tj. nie wykazał prawidłowego wykonania i ukończenia robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wymaganych zgodnie z pkt 8.3 siwz, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia PRM z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że dokumenty i oświadczenia złożone przez wykonawcę potwierdzały spełnienie tych warunków oraz art. 92 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez nie wskazanie odwołującemu uzasadnienia dlaczego uznał przedłożone przez wykonawcę dokumenty (referencje) za wadliwe w zakresie wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał prawidłowo i ukończył co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia określone w pkt 8.3. siwz i bezzasadne nieuwzględnienie dokumentów załączonych do oferty oraz wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 09.02.2013 r.;

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Bezspornym jest, że zgodnie z art. 647 kc stosowanym z mocy art. 14 ustawy do postępowań o roboty budowlane, że świadczenie wykonawcy robót budowlanych polega na oddaniu przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, zaś świadczenie wzajemne zamawiającego na przekazaniu terenu budowy i dostarczeniu projektu, oraz odebraniu obiektu i zapłacie umówionego wynagrodzenia. Jednak § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) wskazuje, że dokumentem potwierdzający opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest wykaz robót budowlanych wykonanych oraz dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Definicja roboty budowlanej zawarta w słowniczku ustawy art. 2 pkt 8 wskazuje na wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, gdzie roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego- czyli świadczenie wykonawcy w rozumieniu art. 647 kc. Ustawa Prawo budowlane nie daje jednak odpowiedzi kiedy następuje zakończenie roboty budowlanej. Jediną wytyczną w tym zakresie stanowi wskazanie, że do użytkowania obiektu budowlanego można przystąpić jeśli zgłosiło się zakończenie robót budowlanych, a właściwy organ wydał albo pozwolenie na

użytkowanie, albo nie zgłosił sprzeciwu w drodze decyzji. Wyraźnie jednak czynności te następują po zakończeniu robót budowlanych. Tym samym na gruncie ustawy Prawo budowlane brak jest jednoznacznego stwierdzenia kiedy następuje wykonanie robót budowlanych, czyli świadczenia wykonawcy. Co więcej w ocenie Izby odbiór przez zamawiającego należy do elementu świadczenia wzajemnego zamawiającego i nie musi być przesądzający dla przyjęcia, że wykonawca ukończył roboty budowlane, bo wprawdzie w myśl art. 488 § 1 kc świadczenia wzajemnego powinny być spełnione jednocześnie, ale jest to przepis o charakterze dyspozytywnym i strony mogą tę dyspozycję zmienić umową. W ocenie Izby zatem rację należy przyznać odwołującemu, co do tego, że każdorazowo o tym kiedy doszło do wykonania robót budowlanych będą decydować okoliczności faktyczne i treść umowy zawartej z inwestorem. Biorąc to pod uwagę Izba dokonała analizy złożonych przez odwołującego dokumentów tak załączonych do oferty, jak i załączonych w dniu 11 lutego 2013r. oraz załączonych do odwołania.

Izba uznała, że analiza wykazu robót, referencji i protokołu odbioru dla poz. 1 wykazu tj. inwestycji w Santa Pola prowadzi do wniosku, że roboty budowlane nie zostały przez używającego zasobu doświadczenia ukończone w dacie 30 września 2007r. Wprawdzie taka data została zarówno w referencjach jak i w protokole odbioru robót podana, jednak jak wynika z protokołu odbioru z dnia 31 stycznia 2008r. w dniu 1 października 2007r. inwestor stwierdził, że roboty nie zostały w całości wykonane i zachodzą trudności w odbiorze robót. Wynika to z protokołu odbioru robót, gdzie wskazano datę negatywnego protokołu odbioru – 1 października 2007r. oraz z następujących fragmentów tego protokołu „Dokończono wszystkie niezbędne roboty dla rozwiązania kwestii, które utrudniały odbiór robót. Jeśli chodzi o pracę wirówek odwadniających osad osiągnięto wymagany przepływ 10m³/h. W przypadku wysokich stężeń SH₂, wykonano następujące roboty: przykryto kanał wlotowy i kraty, skorygowano system dezodoryzacji i dozowania azotanu wapnia w pompowni” „(...) Zgodnie z powyższym oraz jako że obiekt funkcjonuje w sposób prawidłowy i zgodnie ze wcześniejszymi uzgodnieniami, wyznaczony przedstawiciel, po zatwierdzeniu robót przez wszystkich uczestników spotkania, uznaje roboty za odebrane niniejszym protokołem(...)”. Z protokołu tego wynika zatem, że po dacie 30 września 2007r. roboty budowlane na obiekcie były kontynuowane, czyli w dacie 30 września 2007r. nie zostały ukończone. Brak jest natomiast jakiegokolwiek dowodu, że ukończenie tych prac nastąpiło wcześniej niż 31 stycznia 2008r. Tym samym w ocenie Izby, nie było podstaw do przyjęcia innej daty wykonania robót budowlanych niż podana w wykazie data 31 stycznia 2008r., a zatem pierwsza z wskazanych przez odwołującego robót, co do czasookresu wymaganego przez zamawiającego w pkt 8.3. siwz spełniała te wymagania.

W zakresie pozycji 2 Izba wzięła pod uwagę wykaz, referencje, świadectwo przejęcia, a także dokumenty przedłożone przez przystępującego na rozprawie. W ocenie Izby z

dokumentów tych wynika, że zarówno odwołujący jak i inwestor w inwestycji Radocha II zgodnie uznali, że ukończenie robót budowlanych nastąpiło w dniu 10 stycznia 2008r. Taką datę wskazują referencje – „(...) realizowało roboty na terenie miasta Sosnowca w okresie od 10 maja 2006 do 10 stycznia 2008r.”, świadectwo przejęcia „planowanym ukończeniem, w zgodnie z klauzulą 10.1 Warunków Kontraktu, potwierdzone wpisem do Dziennika Budowy w dniu 10.01.2008r.” „Procedura Przejęcia Robót prowadzona była w okresie od 10.01.2008r. do 22.02.2008 roku” „Niniejszym Dokumentem Inżynier poświadczają, iż roboty budowlane zasadnicze zostały ukończone w terminie wynikającym z Kontraktu tj. do 10.01.2008 roku. Inżynier w trybie Przejęcia Robót, z uwagi na spory dotyczące zakresu wad i usterek oraz z powodu braków i błędów merytorycznych w dokumentacji powykonawczej i porozruchowej wydłużył z przyczyn formalnych procedurę przejęcia do dnia 22.02.2008 roku. Inżynier uznał, iż powody wydłużenia procedury nie obciążają wykonawcy w rozumieniu kl. 8.7.” Z załącznika nr 1 do świadectwa przejęcia wynika, że wady i usterek nie były usuwane w okresie prowadzenia procedury przejęcia robót, a miały być usunięte już po wystawieniu świadectwa przejęcia. W ocenie Izby z tych postanowień wynika, że obie strony uznawały termin 10 stycznia 2008r. jako termin ukończenia robót. Potwierdzają to także pisma złożone przez przystępującego, w szczególności pismo odwołującego do Urzędu Miejskiego w Sosnowcu z dnia 10 stycznia 2008r. i wystąpienie inżyniera z dnia 11 stycznia 2008r.. W tej sytuacji Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że ukończenie robót budowlanych nastąpiło w innej dacie, a w szczególności, że nastąpiło w dacie wykonania zobowiązania wzajemnego zamawiającego, jakim był odbiór obiektu. Zatem skoro wykonanie robót budowlanych nastąpiło przed 28 stycznia 2008r. (czyli 10 stycznia 2008r.) to doświadczenie wskazane przez odwołującego w poz. 2 wykazu nie odpowiada wymaganiom zamawiającego wynikającym z pkt. 8.3 siwz.

W zakresie uzupełnionej poz. 3 wykazu i inwestycji w Shankill, to Izba podziela stanowisko przystępującego, że odwołujący nie wykazał, że ma prawo powoływać się na doświadczenie Dragados nabyte przy realizacji tej inwestycji. Z przedstawionej referencji wynika, że podmiot (tłumaczony przez odwołującego jako przedsiębiorstwo, a przez przystępującego jako spółka) o nazwie SDD Shanganagh LTD jako joint venture – czyli wspólne przedsięwzięcie, składające się z określonej ilości udziałów - u odwołującego należących do trzech podmiotów, a u przystępującego - trzech udziałowców zrealizował inwestycję w Shankill.

W doktrynie wyróżnia się podmiot nazywany joint venture – podmiot stworzony wspólnie przez więcej niż jedną firmę w celu realizacji określonego zadania lub prowadzenia konkretnej działalności, przy czym joint venture może być osobno powołaną spółką, a więc podmiotem o odrębnej osobowości prawnej od podmiotów go tworzących np. spółką kapitałową lub jedynie polegać na bliskiej współpracy kilku podmiotów na podstawie zawartej umowy, wówczas zbliżony będzie do współpracy podmiotów wspólnie ubiegających się o

dane przedsięwzięcie jak na gruncie prawa polskiego spółka cywilna, czy nienazwana umowa konsorcjum. W ocenie Izby zarówno z referencji przedstawionej przez odwołującego jak i z deklaracji rocznej 460253 wynika, że dla realizacji inwestycji w Shankill firmy John Sisk and Sons Ltd, Dragados SA i Drace Infraestructuras SA powołały joint venture poprzez utworzenie odrębnego od nich bytu prawnego tj. spółki oznaczonej jako Limited, co odpowiada pojęciu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na gruncie polskim. Spółka ta została zarejestrowana w Urzędzie Rejestracji Spółek w Carlow w Irlandii pod numerem 8321870. Spółka ta jest osobnym bytem prawnym, a więc nabywa prawa i obowiązki w imieniu własnym i na własną rzecz. Na gruncie ustawy byłaby utożsamiana z pojęciem wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy, w nie z grupą wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w rozumieniu art. 23 ustawy. W ocenie Izby rację należy zatem przyznać przystępującemu, że to właśnie ta celowo powołana spółka nabyła doświadczenie przy realizacji inwestycji w Shankill, w nie podmioty ją tworzące (udziałowcy). Tym samym, aby móc polegać na wiedzy i doświadczeniu SDD Shanganagh LTD odwołujący powinien był wykazać zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami tego właśnie podmiotu w trakcie realizacji zamówienia przedstawiając w tym celu np. pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobu. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom przystępującego, że SDD Shanganagh LTD jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością zarejestrowaną w Urzędzie Rejestracji Spółek w Carlow. Nie wykazał także, iż na gruncie prawa irlandzkiego spółka taka nie ma osobowości prawnej i stanowi jedynie luźne powiązanie podmiotów ją tworzących i jako taka może być uznana za grupę podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. Nie wykazał również, że ma dostęp do zasobów tej spółki na czas realizacji zamówienia. W ocenie Izby prawidłowo zatem zamawiający ocenił, że to doświadczenie nie może być przez niego uznane za spełniające warunek doświadczenia opisany w pkt 8.3. siwz.

Izba uznała natomiast za nieprawidłowe stanowisko zamawiającego, że przydatność dokumentu referencji dotycząca inwestycji w Shankill jest wątpliwa z uwagi na wskazanie celu jej wystawienia tj. kwalifikacji wykonawców w Hiszpanii. Na gruncie polskiego prawa istotne jest to czy dany dokument potwierdza czy też nie, ukończenie robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo. Referencja dotycząca inwestycji w Shankill wyraźnie wskazuje na wykonanie robót zgodnie z warunkami i ku pełnej satysfakcji wystawcy referencji, natomiast cel w jakim taki dokument był wystawiony jest irrelevantny z punktu widzenia oceny jego przydatności na gruncie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile dokument stwierdza okoliczności wymagane polskim prawem dla kwalifikacji wykonawcy. Stanowisko zamawiającego prowadziło do dyskryminacji podmiotów uzyskujących doświadczenie poza granicami Polski, co godzi w zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę dokonaną przez Izbę analizę, Izba uznała, że odwołujący wykazał jedynie jedną robotę budowlaną spełniającą warunek opisany przez zamawiającego w pkt 8.3. siwz, podczas gdy zamawiający wymagał wykazania się dwiema robotami, tym samym prawidłowo zamawiający dokonał czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 i nie dopuścił się naruszenia tych przepisów. Jak również Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył także art. 92 i art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem w uzasadnieniu faktycznym zamawiający zgodnie ze stanem rzeczywistym podał, że odwołujący nie przedstawił w ofercie i nie uzupełnił na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających, że przedstawione w wykazie roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo i ukończone nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. To uzasadnienie faktyczne odpowiadało rzeczywistym powodom wykluczenia, gdyż zmiana daty ukończenia inwestycji w poz. 2 wykazu nie znajdowała pokrycia w dokumencie referencji, a z kolei ani z wykazu ani z referencji przedstawionej dla poz. 3 nie wynikało, że odwołujący ma prawo posłużyć się doświadczeniem przy realizacji inwestycji w Shankill. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 92 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór innej oferty

Zarzut nie potwierdził się. Skoro oferta odwołującego została przez zamawiającego prawidłowo potraktowana jako oferta odrzucona – złożona przez wykonawcę prawidłowo wykluczonego, to oferta INSTAL Kraków była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych przez zamawiającego w siwz. Stąd zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia publicznego i uczciwej konkurencji.

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający ocenił wykazy innych wykonawców uwzględniając jako datę wykonania robót budowlanych wyłącznie datę wystawienia świadectwa przejęcia czy protokołu odbioru robót. Nie wykazał zatem, że jego oferta została potraktowana w sposób odmienny od ofert innych wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył zatem art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b i § 5 ust. 3 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) zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą, zgodnie z przedłożoną przez odwołującego fakturą, ograniczając tę kwotę do wysokości maksymalnej dopuszczonej przez cyt. rozporządzenie oraz zwrot kosztów dojazdu na podstawie przedstawionego rachunku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....