

Sygn. akt: KIO 1875/18

WYROK

z dnia 2 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Dominik Haczykowski

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2018r. przez **P. L., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane L. P, L., Piątkowisko 49/a, 95-200 Pabianice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dobroń, ul. 11 Listopada 9, 95-082 Dobroń**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Dobroń, ul. 11 Listopada 9, 95-082 Dobroń i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez P. L., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane L. P. L., Piątkowisko 49/a, 95-200 Pabianice tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 **zasądza od Gminy Dobroń, ul. 11 Listopada 9, 95-082 Dobroń na rzecz P. L., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane L. P. L., Piątkowisko 49/a, 95-200 Pabianice kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Dobroń - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa przedszkola i sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2018r. nr 587068-N-2018.

W dniu 18 września 2018r. Odwołujący – P. L., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane L. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił niezgodne z przepisami Pzp:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznanie jego oferty za odrzuconą poprzedzone niezgodnym z przepisami Pzp wezwaniem Odwołującego do „uzupełnienia, poprawienia bądź wyjaśnienia treści złożonych dokumentów”;
2. zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył:

1. art. 26 ust 3 Pzp poprzez jego zastosowanie i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych z uwagi na to, że wskazana tam robota budowlana pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II” nie uzyskała końcowego odbioru robót, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, roboty budowlane w ramach inwestycji „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II” zostały ukończone i zgłoszone do odbioru przed terminem składania ofert, tj. przed 20 sierpnia 2018 r., a w dniu 30 sierpnia 2018 r. Zamawiający odebrał inwestycję i potwierdził jej należyte wykonanie, a zatem robota została zakończona przed upływem terminu składania ofert a inwestor potwierdził jej należyte wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznanie jego

oferty za odrzuconą:

- a. z uwagi na to, że - zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego - protokół odbioru końcowego inwestycji „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" wskazanej przez Odwołującego w wykazie robót budowlanych, „do upływu terminu składania ofert nie został podpisany przez strony, co nie potwierdzało jej należytego wykonania" podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, roboty budowlane w ramach inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" zostały ukończone i zgłoszone do odbioru przed terminem składania ofert, tj. przed 20 sierpnia 2018 r., a w dniu 30 sierpnia 2018 r. Zamawiający odebrał inwestycję i potwierdził jej należyte wykonanie, a zatem robota została zakończona przed upływem terminu składania ofert a inwestor potwierdził jej należyte wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną;
- b. z uwagi na to, że - zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego - w skład zamówienia pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" wskazanej przez Odwołującego w wykazie robót budowlanych „wchodziły dwa budynki niebędące budynkami użyteczności publicznej" podczas gdy:
 - wskazana robota budowlana spełnia wymagania Zamawiającego postawione w pkt IX 1. 3) a) SIWZ, tj. jest zamówieniem polegającym na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 7.000.000,00 zł brutto;
 - zamawiający nie poprzedził wykluczenia Odwołującego z postępowania na tej podstawie faktycznej wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia, poprawienia wykazu robót budowlanych, zatem Odwołujący nie mógł mieć świadomości, że okoliczność ta może stać się przyczyną wykluczenia go z postępowania;
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pomimo iż w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu tj. ofertę Odwołującego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i czynności uznania jego oferty za odrzuconą;

- b. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

- a. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz ogłoszenia o zamówieniu publicznym na roboty budowlane pt. „Dokończenie inwestycji pn.: „Budowa przedszkola i Sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych" Znak sprawy: 271.4.2018r. (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
- b. treści wykazu robót złożonego przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na okoliczność treści złożonego pierwotnie przez Odwołującego wykazu robót budowlanych;
- c. treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 5 września 2018 r. skierowanego do Odwołującego (w załączeniu) na okoliczność ustalenia, że jedyną uwagą, jaką Zamawiający zgłosił wobec treści wykazu robót budowlanych złożonego pierwotnie przez Odwołującego było to, że inwestycja pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" „nie uzyskała końcowego odbioru robót”;
- d. treści pisma złożonego przez Odwołującego Zamawiającego w dniu 6 września 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 września 2018 r. (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na okoliczność treści złożonych wyjaśnień i załączonych do pisma dokumentów;
- e. informacji z dnia 13 września 2018 r. o unieważnieniu postępowania (w załączeniu) na okoliczność tego, że podstawa faktyczna nieuwzględnienia przez Zamawiającego inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" jako spełniającej postawiony warunek udziału w postępowaniu była inna niż wskazana w wezwaniu Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
- f. pisma T. S. do Gminy Dobroń z dnia 15 sierpnia 2018 r. (w załączeniu) na okoliczność zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do końcowego odbioru robót budowlanych w ramach inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" w dniu 16 sierpnia 2018 r.;

- g. protokołu odbioru końcowego inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" (w załączeniu) na okoliczność tego, że w dniu 30 sierpnia 2018 r. zakończono odbiór końcowy inwestycji a Zamawiający uznał inwestycję na wykonaną należycie zgodnie ze sztuką budowlaną;
- h. umowy nr 7/PUE/2017 zawartej pomiędzy T. S. a Gminą Dobroń na wykonanie inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" (w załączeniu) na okoliczność treści stosunku prawnego łączącego strony umowy w tym zakresie przedmiotowego wskazanej inwestycji oraz tego, że dotyczy ona budynków użyteczności publicznej, a tym samym spełnia postawiony w SIWZ na „Dokończenie inwestycji pn.: „Budowa przedszkola i Sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych" warunek udziału w postępowaniu;
- i. Dzienników Budowy inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap H" (w załączeniu) na okoliczność tego, że w dniu 14 sierpnia 2018 r. inwestycja została zakończona i była gotowa do odbioru;
- j. oświadczeń Kierownika Budowy (w załączeniu) na okoliczność tego, że inwestycja pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" na okoliczność tego, że roboty budowlane na inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" zostały zakończone 14 sierpnia 2018 r.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że z zapisów pkt IX 1.3 a i pkt X 2.1 SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał, by roboty które wykazywać będzie wykonawca celem wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia zostały „wykonane” w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący, powołując się na dorobek orzecznictwa, przepisy prawa budowlanego a także zapisy umowy z dnia 12.12.2017r pomiędzy Gminą Dobroń a T. S. nr 7/PUE/2017 na realizację inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń – etap II” wskazał, że odbiór robót budowlanych następuje po ich wykonaniu, jest czynnością wtórną wobec wykonania prac. Odbiór nie jest elementem wykonywania robót budowlanych, wykonanie prac jest warunkiem dokonania odbioru, by odbiór końcowy mógł się odbyć roboty muszą zostać zakończone. Odwołujący powołał stosowne postanowienia umowy z dnia 12.12.2017r. Z treści SIWZ w tym postępowaniu jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał by do terminu składania ofert prace zostały wykonane tj. zakończone. Z zapisów nie wynika, by roboty musiały być do terminu składania ofert odebrane tj. by do upływu terminu składania ofert doszło do deklaratywnego potwierdzenie przez inwestora należytego wykonania robót.

Dokonany w dniu 30.08.2018r. odbiór potwierdził, że prace zgłoszone do odbioru 16.08.2018r. tj. wykonane przed 16.08.2018r zostały należycie wykonane. Odwołujący wskazał, że nie widzi żadnych przeciwwskazań by posiłkować się doświadczeniem przy wykonywaniu robót budowlanych zakończonych przed upływem terminu składania ofert, których należyte wykonanie zostało deklaratorywnie stwierdzone przez Inwestora już po upływie terminu składania ofert. Mimo to, Odwołujący został wezwany pismem z dnia 5.09.2018r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych, Zamawiający uznał bowiem, że wykaz złożony na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdza spełniania przez Odwołującego postawionego warunku udziału w postępowaniu bowiem inwestycja pn. Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń- etap II” nie uzyskała końcowego odbioru robót.

W dniu 13.09. 2018r.Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający podał nową – w porównaniu z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp podstawę faktyczną ustalenia, że inwestycja pn. Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń- etap II” nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem w ramach inwestycji wykonano dwa budynki niebędące budynkami użyteczności publicznej. Jest to okoliczność nowa, nie wskazana w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że żadna z okoliczności faktycznych podanych w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego nie mogła stać się przesłanką wykluczenia:

1. po pierwsze, dlatego że roboty budowlane w ramach w/w inwestycji zostały ukończone i zgłoszone do odbioru przed terminem składania ofert, tj. przed 20 sierpnia 2018 r. a w dniu 30 sierpnia 2018 r. Zamawiający odebrał inwestycję i potwierdził jej należyte wykonanie, a zatem robota została zakończona przed upływem terminu składania ofert a inwestor potwierdził jej należyte wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną,
2. po drugie, dlatego że przywołana inwestycja dotyczy budynków użyteczności publicznej na co wskazuje chociażby treść umowy nr 7/PUE/2017 zawarta pomiędzy T. S. a Gminą Dobroń na wykonanie inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II”.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W pkt IX 1.3 a SIWZ wskazał, że uzna warunek posiadanego doświadczenia za spełniony jeśli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizował w sposób należyty minimum 2 zamówienia polegające na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 7 000 000 zł brutto każdy.

Zgodnie z pkt X 2. 1) SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wykazu robót budowlanych, zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, spełniających wymagania określone w rozdziale IX ust. 1 pkt 3) lit. a) SIWZ wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 lit. a SIWZ zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót.

W postępowaniu o udzielenie tego zamówienia wpłynęła jedna ofert złożona przez Odwołującego. Termin składania ofert został wyznaczony na 20.08.2018r.

Celem potwierdzenia ww. warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.08.2018r. w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, przedstawił wykaz robót budowlanych, w którym powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego T. S. . Tym samym Odwołujący dokonał zmiany podmiotu, na którego zasoby pierwotnie (w ofercie) powoływał się. W wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp wskazał na dwie roboty budowlane:

1. Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 109 w Łodzi, data odbioru końcowego – październik 2015r. (wykonywane od stycznia 2015 do października 2015r) na rzecz Urzędu Miasta Łodzi o wartości 7 323 072,49zł
2. Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń, data odbioru końcowego – sierpień 2018r. (wykonywane od 12.12.2017 do 15.08.2018r) na rzecz Gminy Dobroń o wartości 7 842 660 zł.

W dniu 5.09. 2018r. Odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów w postaci uzupełnienia wykazu

robót. Zamawiający wskazał, że przedstawiony w trybie art. 26 ust.2 Pzp wykaz nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem inwestycja pn. Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń- etap II” nie uzyskała końcowego odbioru robót.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący przedłożył ponownie ten sam wykaz i załączył referencję dla realizacji nr 1 z wykazu oraz protokół odbioru robót dla realizacji nr 2 z wykazu oraz umowę z dnia 12.12.2017r. pomiędzy Gminą Dobroń a T. S. na realizację inwestycji Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń – etap II.

W dniu 13.09.2018r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 24 ust.4 Pzp.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, że inwestycja przedstawiona w wykazie (Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń – etap II) była realizowana na rzecz Zamawiającego, to posiada on wiedzę, iż protokół odbioru końcowego do upływu terminu składania ofert nie został podpisany przez strony, co nie potwierdzało jej należytego wykonania. Ponadto w skład zamówienia wchodziły dwa budynki użyteczności publicznej, co dodatkowo potwierdza brak spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba z urzędu dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również te wnioskowane w lit a-e odwołania.

Izba dopuściła wnioskowe w lit f- j odwołania dowody z dokumentów w postaci:

- a. pisma T. S. do Gminy Dobroń z dnia 15 sierpnia 2018 r. (w załączeniu) na okoliczność zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do końcowego odbioru robót

- budowlanych w ramach inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" w dniu 16 sierpnia 2018 r.;
- b. protokołu odbioru końcowego inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" (w załączeniu) na okoliczność tego, że w dniu 30 sierpnia 2018 r. zakończono odbiór końcowy inwestycji a Zamawiający uznał inwestycję na wykonaną należycie zgodnie ze sztuką budowlaną;
 - c. umowy nr 7/PUE/2017 zawartej pomiędzy T. S. a Gminą Dobroń na wykonanie inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" (w załączeniu) na okoliczność treści stosunku prawnego łączącego strony umowy w tym zakresie przedmiotowego wskazanej inwestycji oraz tego, że dotyczy ona budynków użyteczności publicznej,
 - d. Dzienników Budowy inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap H" (w załączeniu) na okoliczność tego, że w dniu 14 sierpnia 2018 r. inwestycja została zakończona i była gotowa do odbioru;
 - e. oświadczeń Kierownika Budowy (w załączeniu) na okoliczność tego, że inwestycja pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" na okoliczność tego, że roboty budowlane na inwestycji pn. „Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń - etap II" zostały zakończone 14 sierpnia 2018 r.

Niespornym między stronami było, że w dniu 16.08.2018r, tj. przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu, wykonawca T. S., na którego zasoby powołuje się Odwołujący, zgłosił gotowość do końcowego odbioru robót budowlanych w ramach inwestycji Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Dobroń – etap II. Ze zgromadzonych w sprawie dowodów: dziennika budowy, oświadczenia Kierownika budowy a także samego protokołu odbioru z dnia 30.08.2018r. wynika, że inwestycja została zakończona przed 16.08.2018r. Okoliczności tej Zamawiający nie zaprzeczył.

Jedynie sam termin odbioru prac na podstawie protokołu odbioru końcowego został wyznaczony przez Zamawiającego na 30.08.2018r. Z treści protokołu odbioru końcowego sporządzonego dnia 30.08.2018r. wynika, również, że zgłoszenie zakończenia robót oraz potwierdzenie gotowości do odbioru przez nadzór inwestorski nastąpiło w dniu 16 sierpnia 2018r.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do charakteru protokołu odbioru końcowego. Istotnie dokument ten (protokół odbioru końcowego) potwierdza jedynie fakt należytego

wykonania robót, które w rzeczywistości zostały ukończone w sposób należyty wcześniej tj. przed upływem terminu składania ofert. Protokół odbioru końcowego ma jedynie charakter deklaratoryjny w stosunku do daty faktycznie wykonanych i ukończonych prac i może być on wystawiony w terminie późniejszym uzgodnionym przez strony po zakończeniu inwestycji i zgłoszeniu robót do obioru. Oznacza to, że jako datę należytego wykonania prac nie można przyjąć daty sporządzenia, spisania przez strony protokołu odbioru końcowego, która to czynność ma charakter formalny, ale datę faktycznego ukończenia robót.

Zauważyć także należy, że na dzień składania ofert tj. 20.08.2018r. roboty zostały zakończone, o czym Zamawiający miał pełną wiedzę. Ponadto w dniu 30.08.2018r. tj. w dniu wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, istniał także protokół odbioru końcowego. Zatem Zamawiający jako podmiot, na rzecz którego przedmiotowe roboty były wykonane posiadał na dzień złożenia dokumentów wiedzę o należyтым wykonaniu robót i ich ukończeniu.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że podniesiona przez niego okoliczność, iż w skład inwestycji wchodziły dwa budynki nie będące budynkami użyteczności publicznej, nie była faktyczną podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Z uwagi jednak na to, że okoliczność ta została wskazana w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i objęta zarzutami odwołania, Izba widzi potrzebę odniesienia się również do tej podstawy faktycznej wykluczenia. Zdaniem Izby, gdyby nawet uznać, że w zakres inwestycji pn. Kompleksowa termomodernizacja budynków użyteczności publicznej, wchodziły dwa budynki mieszkalne, nie będące budynkami użyteczności publicznej, to okoliczność ta nie powoduje, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. Zauważyć trzeba, że w ramach tej inwestycji wykonano termomodernizację szeregu budynków użyteczności publicznej tj. Szkoły Podstawowej w Dobroniu, Zespołu Szkół czy Gminnego Ośrodka Kultury, które spełniają wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018r. poz. 972).

Przewodniczący: