

Sygn. akt: KIO/UZP 597/08

WYROK
z dnia 01 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Reymonta 9-11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę I Miasto Witkowo, 02-230 Witkowo, ul. Gnieźnieńska 1** protestu z dnia 2 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Reymonta 9-11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Reymonta 9-11,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., 62-200 Gniezno, ul. Reymonta 9-11**

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

Zamawiający Gmina i Miasto Witkowo prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację dróg i ulic na terenie miasta i gminy Witkowo (BZP 43272-2008 z dnia 3 marca 2008 roku).

Wobec poinformowania w dniu 26.05.2008 roku o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w dniu 2.06.2008 wniosło protest. Protestujący zarzucił Zamawiającemu, że przez nieprawidłowe wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 30.04.2008 roku (sygn. Akt KIO/UZP/ 361/08) oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAWOJ PLUS” Sp. z o.o. (STAWOJ PLUS) i odrzucenia jego oferty naruszył art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 5, art. 182 ust. 2 pkt 3a i inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655). Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty STAWOJ PLUS, wykonanie wyroku KIO i odrzucenie oferty STAWOJ PLUS, dokonanie powtórnej oceny ofert i wybór oferty Protestującego, ewentualnie o unieważnienie postępowania. W uzasadnieniu Protestujący podniósł, że wskazany wyrok KIO nakazujący dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty i zawierający stwierdzenie, że „Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp” nie został zaskarżony i stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 3a Pzp jest od daty wydania skuteczny i wykonalny. W ocenie Protestującego Zamawiający wykonał wyrok KIO wybiórczo gdyż wezwał STAWOJ PLUS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 Pzp ale zaniechał jego wykluczenia.

Protestujący stwierdził, że referencje złożone przez STAWOJ PLUS nie potwierdzają wykonania co najmniej dwóch robót drogowych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Referencje wystawione przez

Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe „STAWOJ” Sp. z o.o. (STAWOJ) z dnia 12.02.2008 roku a dotyczące modernizacji drogi powiatowej nr 2154 P na odcinku Zakrzewo-Kamionek-Imiołki (referencja nr 1) nie zostały wystawione przez Zamawiającego (lecz przez wykonawcę, który uzyskał zamówienie) i nie mogą być uwzględnione, gdyż stanowią obejście prawa. Referencje wystawione przez STAWOJ z dnia 31.07.2007 roku (referencje 2) dotyczą trzech robót budowlanych wykonanych przez STAWOJ o łącznej wartości 604.826 zł i nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez STAWOJ PLUS. Protestujący wskazał, że informacja złożona przez STAWOJ (załącznik do wyjaśnień STAWOJ PLUS), że „nie był obowiązany informować zamawiających o porozumieniach z innymi przedsiębiorstwami”, stanowi naruszenie art. 647¹. k.c. Z przepisu tego wynika obowiązek uzyskania zgody inwestora na wykonanie umowy za pomocą podwykonawców. Ponadto Protestujący wskazał, że złożone wyjaśnienia zmieniają ofertę STAWOJ PLUS, co godzi w art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż referencje 2 wskazują wykonanie nakładek masą bitumiczną w ilości 2303 m²., podczas gdy wyjaśnienia wskazują na wykonanie nakładek na 1415m². Protestujący podniósł również, że przedłożone faktury nie odnoszą się do oferty STAWOJ PLUS, gdyż nie dotyczą zadań wskazanych w referencjach.

Wskazując na powyższe Protestujący wskazał, że oferta STAWOJ PLUS nie odpowiada treści SIWZ, działania Zamawiającego uniemożliwiają mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej oraz, że udzielenie zamówienia z naruszeniem Pzp stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 9.06.2008 roku (wpływ do Protestującego 11.06.2008 roku). W uzasadnieniu wyjaśnił, że KIO nakazała powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem art. 87 ust. 1 Pzp, w celu wyjaśnienia referencji wymaganych przez Zamawiającego. STAWOJ PLUS w złożonych wyjaśnieniach potwierdził i udokumentował za pomocą faktur wystawionych dla STAWOJ, że wykonywał dla STAWOJ roboty o wartości powyżej 100.000 zł. Zamawiający wskazał, że skoro celem referencji jest wykazanie doświadczenia w danej dziedzinie, to chybiony jest zarzut naruszenia art. 647.1 k.c. i „wadliwości referencji”. Zamawiający wywiódł, że nie doszło do zmiany treści oferty, gdyż wymogiem siwz było wykazanie robót a nie powierzchni. A ewentualna nieścisłość, jako pochodząca od wystawcy referencji nie może wpływać na ocenę wiarygodności wykonawcy.

Wobec powyższego Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z zachowaniem terminu (16.06.2008 roku za pośrednictwem poczty) i wymogu przekazania kopii Zamawiającemu wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się ponowił zarzuty protestu rozszerzając argumentację dotyczącą art. 647¹ k.c. i wnosząc o nakazanie

Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty STAWOJ PLUS, wykonanie wyroku KIO i odrzucenie oferty STAWOJ PLUS, dokonanie powtórnej oceny ofert.

Pismem z dnia 18.06.2008 roku Zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania. Zamawiający oświadczył, że prawidłowo wykonał wyrok KIO wzywając STAWOJ PLUS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp. Uzyskane wyjaśnienia wskazują, na prawdziwość referencji oraz wykonanie na rzecz STAWOJ robót o wartości powyżej 100.000 zł każda, co potwierdzają złożone faktury. Referencje odnoszą się do wykazania doświadczenia, a nieprawidłowości po stronie zleceniodawcy nie mogą obarczać wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji postępowania (akta niniejszej sprawy oraz sprawy o sygn.akt KIO/UZP/361/08), wyroku KIO z dnia 30.04.2008 roku (sygn. akt KIO/UZ/361/08) oraz pism Urzędu Miejskiego w Gnieźnie, Urzędu Gminy Kiszkowo oraz Powiatowego Zarządu Dróg w Gnieźnie złożonych na rozprawie przez Odwołującego się, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ważną ofertę, ocenioną jako druga w kolejności po ofercie wybranej, i w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

W pkt G. 3 b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i wykażą wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonanie co najmniej dwóch robót drogowych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania. Przez robotę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia należy rozumieć zamówienie spełniające łącznie następujące warunki:

- wartości co najmniej 100.000 zł;
- zawierające wykonanie budowy dróg.

Pkt H 11 siwz zobowiązywał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia wraz ofertą stosownego wykazu oraz dokumentów poświadczających należyte wykonanie robót.

Uznając spełnienie powyższego warunku przez STAWOJ PLUS Zamawiający wskazał roboty budowlane, potwierdzone referencjami wystawionymi przez:

1. STAWOJ z dnia 12.02.2008r., obejmujące wykonanie robót – modernizacji drogi powiatowej nr 2154P na odcinku Kamionek-Imiołki-Zakrzewo o wartości 1.560.468,00 zł. brutto;
2. STAWOJ z dnia 31.07.2007r. z wykonania w 2007 r. odcinków drogi Szczytniki-Kędzierzyn, Karczewo-Karsewko, ul. Młyńskiej, ul. Łubowice oraz wykonania nakładki bitumicznej na ul. Biskupińskiej, Pułkowej i Kołłątaja, o wartości łącznej wykonanych robót 604.826,00 zł. brutto.

W wyroku z dnia 30.04 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 361/08) KIO ustaliła, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez STAWOJ PLUS Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz że referencje wymagają dodatkowych wyjaśnień z zastosowaniem art. 87 ust. 1 Pzp tak, „aby mogły być przydatne dla celów niniejszego postępowania”. Izba stwierdziła ponadto, że „nie można w obecnym stanie stwierdzić, czy referencje są adekwatne do przedmiotowego postępowania, jak również nie ma podstaw do definitywnego stwierdzenia o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji”.

Wykonując wyrok KIO Zamawiający pismem z dnia 8.05.2008 roku wezwał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp STAWOJ PLUS do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu ze wskazaniem, że należy wykazać koszty wykonania robót oddzielnie dla prac wskazanych w referencjach i załączyć dokumenty potwierdzające wykonanie prac przez STAWOJ PLUS.

STAWOJ PLUS w określonym terminie złożył wyjaśnienia udzielone przez STAWOJ potwierdzające wykonanie przez STAWOJ PLUS na rzecz SATAWOJ wskazanych prac oraz załączył faktury wystawione dla STAWOJ.

Ponowną pozytywną ocenę spełniania przez STAWOJ PLUS warunku udziału w postępowaniu Zamawiający, oceniając otrzymane przez siebie wyjaśnienia, oparł się na dokumentach wskazujących wynagrodzenie wykonawcy przekraczające wymagana przez niego kwotę 100.000 zł m. in na fakturze nr 63/2007 dotyczącej remontu drogi na odcinku Szczytniki-Kędzierzyn na kwotę 167 741 zł 72 gr, fakturze nr 89/2007 dotyczącej odcinka drogi Karsewo-Karczewko na kwotę 219 310 zł 12 gr, fakturze nr 101/2007 dotyczącej ulicy Biskupińskiej w Gnieźnie na kwotę 120 705 zł 01 gr oraz fakturze nr 106/2007 dotyczącej ulicy Pułkowej na kwotę 119 805 zł 22 gr.

Odwołujący się przedstawił na rozprawie pisma Zamawiających udzielających zamówień publicznych na roboty budowlane, których dotyczą referencje przedkładane przez STAWOJ

PLUS, z których wynika, że nie wyrażali oni zgody na wykonanie prac przez podwykonawców.

Izba zważyła, że:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut nie wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO. Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z obrazą art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jednak nie przesądziła, że złożone dokumenty wskazują na konieczność wykluczenia wykonawcy, bądź odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający dokonując stosownego wezwania prawidłowo wykonał wyrok Izby.

Czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą Zamawiający zobowiązany jest dokonać w razie stwierdzenia, że uzyskane wyjaśnienia potwierdzają brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiotem sporu jest dokonana przez Zamawiającego ocena uzyskanych wyjaśnień i dokumentów. W ocenie Izby w okolicznościach sprawy wyniki ich oceny nie są objęte orzeczeniem KIO lecz stanowią one następstwo jego wykonania.

Nietrafny jest zatem zarzut Odwołującego się o uniemożliwianie mu skorzystania ze środków ochrony prawnej. Z treści protestu i odwołania wynika, że Zamawiający umożliwił zapoznanie się Odwołującemu się z uzyskanymi wyjaśnieniami. Odwołujący się podnosi zarzuty z zachowaniem wymogów formalnych i stanowią one przedmiot merytorycznego rozpoznania przez Izbę. Nie należy utożsamiać oddalenia zarzutów protestu skutkujących brakiem możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego się z uniemożliwianiem dokonania czynności zmierzających do ochrony praw Odwołującego się w postępowaniu, co nie ma miejsca.

Za chybiony uznaje Izba również zarzut dotyczący braku spełnienia przez STAWOJ PLUS warunku, o którym mowa w pkt. G. 3.b siwz. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się przepisy Pzp i Rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) nie wskazują, że wystawcą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych może być wyłącznie Zamawiający (inwestor). W ocenie Izby wystawcą referencji może być, co do zasady, podmiot, który roboty zlecał, gdyż on jest ich odbiorcą i może ocenić jakość ich wykonania. Doświadczenia niezbędnego do ubiegania się o zamówienia publiczne i dającego gwarancję wykonania zamówienia publicznego z należyłą starannością można nabyć realizując umowy, o

określonym przedmiocie niezależnie od faktu czy zlecał je inwestor (zamawiający), czy też były realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Zatem wykonując z należytą starannością prace zlecane przez STAWOJ, STAWOJ PLUS nabył doświadczenia, które umożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Ustalenia powyższego nie podważa dowiedzenie przez Odwołującego się, że STAWOJ PLUS wykonał prace jako podwykonawca bez wcześniejszego poinformowania Zamawiających przez zlecającego prace STAWOJ o posłużeniu się podwykonawcami.

Istotnie art. 36 ust. 4 i 5 Pzp zobowiązuje do wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom oraz daje Zamawiającemu możliwość określenia części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcom. Jednak ewentualne naruszenie tych przepisów (nie dowiedzione na rozprawie przez Odwołującego się – brak wskazania stosownych postanowień siwz dotyczących postępowań prowadzonych przez Gminę Kiszkowo, Urząd Miejski w Gnieźnie oraz Powiatowy Zarząd Dróg w Gnieźnie) rodzić może skutki jedynie między Zamawiającymi a STAWOJ z tytułu nieuprawnionego podzlecenia prac stanowiących przedmiot zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego się naruszenie wskazanych norm Pzp oraz art. 647¹ k.c. nie skutkuje nieważnością umowy o podwykonawstwo, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego m.in. wyrok z dnia 15.01.2006 roku (sygn. Akt V CSK 256/06) oraz wyrok z dnia 20.06.2007 roku (sygn. Akt II CSK 108/07). Jak słusznie wywiódł Sąd Najwyższy w ostatnim wskazanym wyroku „nieprzekonujący jest formułowany w literaturze pogląd, zgodnie z którym zgoda inwestora w rozumieniu art. 647¹ k.c. stanowi podstawową przesłankę skuteczności umowy o roboty budowlane zawartej między wykonawcą generalnym a podwykonawcą.(...) Umowa o roboty budowlane zawarta między wykonawcą ogólnym a podwykonawcą bez zgody inwestora, jest umową skuteczną *inter partes*, ale nie tworzy skutków prawnych przewidzianych w art. 647.1 § 5 k.c.”.

Zatem uchybienia obowiązkom wynikającym z art. 647 .1 § 2 i 4 k.c nie powoduje nieważności umowy między podwykonawcą a wykonawcą, który uzyskał zamówienie a jedynie skutkuje brakiem solidarnej odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy za wypłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, o którym mowa w art., 647.1 § 5 k.c.

A skoro umowa o podwykonawstwo jest ważna, to nie ma przeszkód dla wystawienia dokumentów potwierdzających wywiązanie się przez jej stronę z ciążących na niej zobowiązaniach umownych i posługiwanie się takimi dokumentami w celu wykazania doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

STAWOJ PLUS złożył oświadczenie dotyczące prac przez niego wykonanych, co potwierdza oświadczenie wykonawcy STAWOJ, który je zlecił oraz wystawione faktury. Powyższe powoduje, że nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Uchybienia przepisom prawa oraz stosunkom zobowiązaniowym przez STAWOJ w ustalonych okolicznościach faktycznych nie wywołują skutku prawnego w sferze możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w badanym postępowaniu przez STAWOJ PLUS.

STAWOJ PLUS nie dopuścił się również zmiany treści oferty. O zmianie takiej można mówić w sytuacji, gdy wykonawca zmienia treść swojego oświadczenia woli stanowiącego ofertę. Rozbieżności między treścią referencji a wyjaśnieniami oraz fakturą VAT (oświadczenia wiedzy) nie stanowią zmiany treści oferty i nie stanowią naruszenia art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający nie naruszył art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 5, art. 182 ust. 2 pkt 3a oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*