

Sygn. akt: KIO 981/11

WYROK

z dnia 17 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., 44-240 Żory, ul. Stodolna 31** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, al. Jana Pawła II 70.**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych Sp. z o.o., 42-200, Częstochowa, ul. Jaracza 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 981/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., 44-240 Żory, ul. Stodolna 31** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., 44-240 Żory, ul. Stodolna 31** tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą przy ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw.

Publikacja przedmiotowego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nastąpiła w dniu 17.02.2011r. pod numerem 2011/S 33-54803.

W dniu 29 kwietnia 2011 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego - Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne Vertical Sp. z o.o. z siedzibą Żory 44-240, ul. Stodolna 31 o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części XIX - województwo śląskie.

Z powyższą czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 9 maja 2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie, przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjnych spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie, pomimo, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu ponownej czynności badania i oceny ofert czynności oceny oferty, a w jej wyniku nakazanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjnych Spółki z o.o. z siedzibą w Częstochowie;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wprowadził postanowienie (pkt 1.1 a) Rozdziału VI), zgodnie z którym, o zamówienie mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunek, iż posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych

również realizują usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia dla każdej części o podobnym charakterze do zakresu prac niniejszego zamówienia.

Zauważył, że Zamawiający zażądał (rozdział VII pkt 1 lit. h SIWZ) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (według załącznika nr 3 do Specyfikacji).

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ wykonawca, Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie w swojej ofercie w oświadczeniu o wykazie zamówień w poz. 1 wskazał, iż wykonywał na rzecz Zamawiającego, tj. Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa przeprowadzanie kontroli powierzchniowych na łączną kwotę zamówienia wynoszącą 864.567,15 PLN brutto. Do wykazu tego wykonawca załączył list referencyjny sporządzony przez Zamawiającego o wykonaniu przedmiotowych prac terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami oraz przyjętymi warunkami technicznymi.

Odwołujący zakwestionował złożone przez Wykonawcę referencje jako nie polegające na prawdzie, bowiem – jego zdaniem - prace w nich wymienione nie zostały wykonane należycie, albowiem z wiedzy posiadanej przez Odwołującego wynika, iż Zamawiający podczas odbioru końcowego prac naliczył wykonawcy kary umowne.

Reprezentuje on pogląd, że jeśli nałożono karę umowną na dłużnika, jego świadczenie w istocie nie może zostać uznane za spełnione należycie i w takim wypadku powinno się wykluczyć wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający posiada „z urzędu” wiedzę o nienależyтым (bo obciążonym karami umownymi) wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę, to winien negatywnie zweryfikować w postępowaniu złożony przez wykonawcę dokument.

Jednocześnie stwierdził, że nieprawdziwa informacja przedstawiona przez wykonawcę o posiadaniu stosownej wiedzy i doświadczenia miała wpływ na wynik postępowania, albowiem doprowadziła do wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Na okoliczność posiadanej wiedzy przez Odwołującego o naliczaniu przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy kar umownych wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia oryginału lub poświadczoną przez siebie za zgodność z oryginałem kopii protokołu odbioru końcowego robót zrealizowanych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych Spółki z o.o. z siedzibą w Częstochowie na rzecz Zamawiającego w ramach łączącej strony umowy dotyczącej usługi wykonanej w okresie 15.06.2009 do 23.02.2010 r. polegającej na przeprowadzeniu kontroli powierzchniowych wytypowanych przez Zamawiającego 2.647 gospodarstw rolnych znajdujących się na terenie województwa śląskiego oraz sporządzeniu dokumentacji pokontrolnej dla poszczególnych gospodarstw rolnych wytypowanych do kontroli powierzchniowych oraz przekazaniu Zamawiającemu do odbioru pakietów zwrotnych na zasadach określonych w umowie.

W dniu 13.05.2011r. Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjnych spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjnych spółka z o.o., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Prawo

zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że złożona referencja stanowiła nieprawdziwą informację mającą wpływ lub mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zdaniem Izby załączony przez Przystępującego list referencyjny z dnia 2.12.2010r. wystawiony przez Zamawiającego potwierdził, iż prace realizowane przez tego pierwszego zostały terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami oraz przyjętymi warunkami technicznymi.

Przystępujący, składając ofertę, posłużył się dokumentem wystawionym przez Zamawiającego nie mając żadnych podstaw do jego podważania, skoro Zamawiający ocenił wykonanie zobowiązania jako zrealizowanego terminowo, z należytą starannością.

Na rozprawie Zamawiający potwierdził prawdziwość złożonego przez siebie oświadczenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, iż na tle wykonania umowy nr 37/DKM/20009/2611 z dnia 15.06.2009r. doszło do nienależytego wykonania przedmiotu umowy.

W rozpoznawanej sprawie można co najwyżej przyjąć, iż doszło do naruszenia poszczególnych, jednostkowych obowiązków umownych, co wynika z protokołu końcowego podpisanego w dniu 23.02.2010r. wskazującego, iż zachodzą okoliczności skutkujące naliczeniem kary umownej na podstawie § 9 ust.3 i 6 Umowy, w wysokości 7.458,79 zł. Przedmiotowa kara miała zostać skompensowana z wynagrodzenia, a nie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Okoliczności te jednak nie zostały w przedmiotowym protokole opisane jako nienależyte wykonanie zobowiązania, a brak wystąpienia okoliczności nienależytego wykonania umowy zgodnie przyznali zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący.

Poza tym Odwołujący nie wykazał, że naruszenie poszczególnych obowiązków umownych było następstwem okoliczności za które odpowiada Odwołujący, a to mogłoby implikować odpowiedzialność kontraktową na zasadzie art.471 kodeksu cywilnego.

Należy zauważyć również, iż zastrzeżona w § 9 ust.3 kara została w sytuacji naruszenia poszczególnych obowiązków umownych(pierwsze cztery odrzucenia danego pakietu zwrotnego), a nie nienależytego wykonania umowy jako całości(łącznie 2647 kontroli na zlecenie).

Dodatkowo należy wskazać, iż także na gruncie § 1 komentowanej umowy – „definicje umowne” pojęcie nienależytego wykonania umowy nie zostało przez strony zdefiniowane, co może świadczyć o tym, że jego rozumienie zostało pozostawione woli stron, a w razie sporu na tym tle, stosownie do postanowień § 15 ust.5 cyt. umowy, interpretacja tego pojęcia, została przekazana do właściwości sądu powszechnego siedziby Zamawiającego.

Jeżeli zatem wadliwe wykonanie poszczególnych obowiązków umownych nie stanowiło nienależytego wykonania umowy, co wyżej wykazano, to należy przyjąć, że nazwa kara umowna określona w § 9 ust.3 nie odpowiadała rzeczywistej intencji stron i była ona w istocie karą finansową, która stanowi instytucję będącą następstwem swobodnego wyboru stron, a nie kodeksową karą umowną w rozumieniu art.483 § 1 i art.484 § 1 kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W rozpoznawanej sprawie ustanowiona przez strony umowy kara finansowa przysługująca z tytułu odrzucenia pakietu zwrotnego nie pozostaje – w ocenie Izby – w kolizji z ustawową karą umowną, która może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zaś kara finansowa może być zastrzeżona odrębnie, niezależnie od kary umownej. Jednak w rozpoznawanej sprawie takie nienależyte wykonanie umowy nie miało miejsca.

Powyższą argumentację wspiera również fakt pobrania kary poprzez kompensatę z wynagrodzenia, a nie z zabezpieczenia należytego wykonania umowy(§ 12 umowy).

Nadto w ocenie Izby nie może stanowić samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepis art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro w istocie chodzi Odwołującemu o wykazanie nienależytego wykonania zobowiązania, a to jest już objęte dyspozycją przepisu art.24 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, któremu dodatkowo towarzyszy przesłanka zaistnienia szkody, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca.

Reasumując należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, że podane w referencji informacje są nieprawdzie i mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: