

Sygn. akt: KIO 1834/12

**WYROK**

**z dnia 7 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Kuciak**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę „**ENERGOPOL-POŁUDNIE**” S.A., ul. **Jedności 2, 41-208 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Oławie, ul. 3 Maja 30, 55-200 Oława**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „**ENERGOPOL-POŁUDNIE**” S.A., ul. **Jedności 2, 41-208 Sosnowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez „**ENERGOPOL-POŁUDNIE**” S.A., ul. **Jedności 2, 41-208 Sosnowiec** 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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dokończenie budowy sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej - Nowy Otok.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 127-210959.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2010 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 153, poz. 113 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91- 92, wnosząc o:

1. „powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie Naszej oferty do postępowania
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do Naszej ważnej oferty,
3. wskazanie wyniku postępowania na Naszą ofertę,
4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.”

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie stosowania art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy Pzp, dla wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest kumulatywne zaistnienie następujących przesłanek: rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego, rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy następuje z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi, co najmniej 5% wartości umowy. Łączne wystąpienie wymienionych przesłanek obliuguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający powołał się na postanowienie klauzuli 15.2

Warunków Szczególnych Kontraktu (WSK) jako podstawy wypowiedzenia kontraktu, tj. „*podzleci roboty w zakresie innym niż dopuszczony w klauzuli 4.4 /podwykonawcy/ lub sceduje Kontrakt lub jakąkolwiek jego część stronie trzeciej bez wymaganej zgody.*”

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że Zamawiający może wypowiedzieć kontrakt w następujących sytuacjach:

- a) wykonawca podzleci roboty podwykonawcy poza zakresem przedmiotowym określonym w klauzuli 4.4 bez zgody Zamawiającego na zmianę danego zakresu,
- b) wykonawca sceduje kontrakt stronie trzeciej bez zgody Zamawiającego,
- c) wykonawca sceduje część kontraktu stronie trzeciej bez zgody Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący stoi na stanowisku, iż żadna z powyższych sytuacji nie zaszła i pisma, na które się Zamawiający powołuje (z dnia 7.04.2011 r., z dnia 22.12.2011 r. i z dnia 7.03.2012 r.) tego nie dowodzą. Nadto, wobec wypowiedzenia Odwołujący wniósł sprzeciw.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, iż nie próbował ani nie scedował kontraktu ani jego części na stronę trzecią. Nadto, nie próbował zlecić i nie zlecił zabronionej zakresowo części robót podwykonawcy i w tym względzie Zamawiający nie posiada żadnych dowodów.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający, wypowiedział umowę za brak skutecznego wprowadzenia podwykonawcy, to Zdaniem Odwołującego, zgodnie z wystąpieniami wykonawcy nr 002 z dnia 3.12.2010 r., nr 005 z dnia 15.12.2010 r., nr 14/2011 z dnia 3.02.2011 r., z dnia 7.04.2011 r. oraz stanowiskiem Inżyniera Kontraktu z dnia 13.12.2010 r. i z dnia 8.04.2011 r. - działania Odwołującego były wystarczające i zgodne z zapisami WSK w celu zatwierdzenia podwykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie podał żadnego prawidłowego faktycznego uzasadnienia wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego, co może jedynie świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym, od samego początku, odrzuceniem oferty Odwołującego, która zajmuje 1. miejsce w kryterium „cena”, stanowiącym jedyne kryterium oceny ofert. Konsekwencją wadliwych czynności Zamawiającego jest wskazanie wadliwego wyniku postępowania i wybór oferty o 63 998.56 zł droższej. Powyższe narusza zasadę równego traktowania stron postępowania oraz zasadę obiektywizmu i bezstronności.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący realizował na rzecz Zamawiającego

kontrakt pn. „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej – Nowy Otok”, zawarty w dniu 28.10.2010 r. (dalej „Kontrakt”). Przedmiotowa umowa została wypowiedziana przez Zamawiającego na mocy Klauzuli 15.2 lit. d Warunków Szczególnych Kontraktu.

Zamawiający wskazał, iż „zgodnie z Klauzulą 15.2 (d) Warunków Szczególnych Kontraktu, Zamawiający był uprawniony do wypowiedzenia realizowanej umowy w przypadku, gdy Wykonawca: *„podzleci Roboty w zakresie innym niż dopuszczony w klauzuli 4.4 [Podwykonawcy] lub sceduje Kontrakt lub jakąkolwiek jego część stronie trzeciej bez wymaganej zgody”*, co miało miejsce w realizowanej umowie. (...) Zamawiający wyjaśnił, iż istniała możliwość podzlecenia części zamówienia podwykonawcy, jednakże wiązała się z koniecznością zatwierdzenia podmiotu proponowanego na podwykonawcę na zasadach określonych w szczególności w klauzuli 4.4. Dalej Zamawiający wskazał, iż wypowiedzenie realizowanego Kontraktu poprzedzone było pisemnymi próbami wyjaśnienia informacji o zatrudnieniu podwykonawcy. Próby takie podejmowane przez Zamawiającego od 27.02.2012 r., były tym bardziej nieodzowne w świetle złożonych przez Odwołującego pisemnych oświadczeń (w dniach: 07.04.2011 r. i 22.12.2011 r.) o niezatrudnianiu żadnych podwykonawców podczas realizacji umowy. Jak podał Zamawiający, do dnia wypowiedzenia Kontraktu Odwołujący nie odniósł się do zapytań Zamawiającego, a także nie udzielił informacji o zatrudnieniu podwykonawców, stąd Zamawiający zmuszony został do wypowiedzenia umowy jako realizowanej niezgodnie z jej zapisami, tj. z przyczyn, za które Odwołujący ponosi odpowiedzialność.

Zamawiający podkreślił również, że istotnym w sprawie jest, iż regulacje dotyczące zlecenia części robót podwykonawcom zostały zawarte w klauzuli 4.4 Warunków Kontraktowych, zgodnie z którą:

*„Wykonawca nie może zlecić jakichkolwiek Robót bez zgody Zamawiającego.*

*Wykonawca przejmuje pełną odpowiedzialność względem Zamawiającego za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, jego przedstawicieli lub pracowników, jakby to były działania lub uchybienia Wykonawcy, w tym za wszelkie roszczenia podwykonawców do Zamawiającego, dotyczące ich wynagrodzenia za roboty budowlane; płatności w stosunku do Podwykonawców muszą być zgodne z przepisami ustawy Kodeks Cywilny.*

*O ile w Warunkach Szczególnych nie ustalono inaczej, to:*

- (a) nie będzie się wymagało od Wykonawcy uzyskania uprzedniej zgody Inżyniera na dostawców Materiałów;*
- (b) dla proponowanych Podwykonawców będzie wymagana uprzednia zgoda Zamawiającego wydana w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę umowy z Podwykonawcą (lub jej projektu) oraz części dokumentacji projektowej*

*dotyczącej robót określonych w w/w umowie lub jej projekcie;*

- (c) Wykonawca powiadomi Inżyniera z wyprzedzeniem nie mniejszym niż 2e dni o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy przez każdego Podwykonawcę i o rozpoczęciu takiej pracy na Terenie Budowy; oraz*
- (d) każde podzlecenie będzie zawierało postanowienia upoważniające Zamawiającego do wymagania, aby podzlecenie zostało scedowane na Zamawiającego na mocy klauzuli 4.5 [Cesje korzyści z podzlecenia] jeżeli lub kiedy zajdą okoliczności tam przewidziane, lub w przypadku wypowiedzenia Kontraktu na mocy klauzuli 15.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego].*
- (e) zmiana Podwykonawcy w trakcie realizacji Kontraktu może nastąpić wyłącznie za zgodą Zamawiającego;*
- (f) zgoda Zamawiającego jest wymagana do zawarcia przez Wykonawcę umowy o roboty budowlane z Podwykonawcą; Wykonawca z odpowiednim wyprzedzeniem winien przedłożyć Zamawiającemu umowę (lub projekt umowy, jaką ma zamiar zawrzeć) z Podwykonawcą oraz część dokumentacji projektowej dotyczącej robót określonych w w/w umowie lub jej projekcie. Jeżeli Zamawiający, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą (lub jej projektu) wraz z częścią dokumentacji projektowej dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub w projekcie umowy, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń będzie się uważało, że Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy. Rozpoczęcie biegu terminu 14-dniowego nie następuje, jeżeli o udziale w robotach podmiotu trzeciego, Zamawiający nie został poinformowany z uwzględnieniem wymogów opisanych powyżej. W szczególności, termin ten nie rozpoczyna biegu, jeżeli Zamawiający dowiedział się o tym udziale we własnym zakresie lub od Inżyniera;*
- (g) przed zawarciem przez Podwykonawcę umowy, na której zawarcie musi wyrazić zgodę Wykonawca lub inny podmiot zgodnie z obowiązującym Prawem, Podwykonawca wraz z umową (lub projektem umowy) oraz częścią dokumentacji projektowej dotyczącej robót określonych w w/w umowie (lub jej projekcie) przedstawia Zamawiającemu zgodę Wykonawcy lub innego podmiotu, których zgoda zgodnie z obowiązującym Prawem jest konieczna do zawarcia tej umowy oraz ustanowione przez Wykonawcę Zabezpieczenie Zapłaty Podwykonawcy;*
- (h) Wykonawca, w terminie do 5 dni od przedstawienia Zamawiającemu umowy z Podwykonawcą (lub jej projektu) oraz części dokumentacji projektowej dotyczącej robót określonych w w/w umowie lub jej projekcie, ustanawia Zabezpieczenie Zapłaty Podwykonawcy. Brak ustanowienia Zabezpieczenia Zapłaty Podwykonawcy w terminie 5*

dni od przedstawienia Zamawiającemu umowy z Podwykonawcą (lub jej projektu) oraz części dokumentacji projektowej dotyczącej robót określonych w w/w umowie lub jej projekcie, będzie równoznaczny brakowi zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą, Niniejsze postanowienie stosuje się także do sytuacji wskazanej w lit. (g) powyżej;

- (i) wszystkie umowy zawierane z Podwykonawcami, muszą zawierać postanowienie, uprawniające Podwykonawcę do występowania do Zamawiającego, o dokonanie bezpośredniej zapłaty faktur obejmujących wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane i nie zapłaconych przez kontrahenta Podwykonawcy w terminie ustalonym dla danej płatności, z załączeniem kopii niezapłaconej faktury I z powołaniem się na niniejsze postanowienie klauzuli 4.4 (i). Postanowienie takie musi mieć charakter przechodni to znaczy, że analogiczne postanowienie musi być zawarte w każdej kolejnej umowie z Podwykonawcami Zamawiający może zapłacić Podwykonawcy bezpośrednio całość lub część kwot uprzednio potwierdzonych (niespornych), minus odpowiednie potrącenia należne Wykonawcy i dla których Wykonawca nie dokonał przedstawiania dowodów o których mowa w klauzuli 14.6. Wykonawca musi w takich przypadkach zwrócić Zamawiającemu kwotę bezpośrednio zapłaconą Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przez Zamawiającego, chyba że Zamawiający zaspokoił się w całości z Zabezpieczenia Zapłaty Podwykonawcy.
- (j) w przypadku zmiany Podwykonawcy (ów), na zasobach którego(ych) Wykonawca opierał się potwierdzając spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego niniejszym Kontraktem, warunkiem wyrażenia przez Zamawiającego zgody na taką zmianę jest również wykazanie, że nowy Podwykonawca udostępni Wykonawcy swoje zasoby w zakresie nie mniejszym, niż dotychczasowy Podwykonawca;

Zabezpieczenie Zapłaty Podwykonawcy służy zaspokojeniu się przez Zamawiającego w przypadku skierowania do niego roszczeń Podwykonawców o wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. Zabezpieczenie Zapłaty Podwykonawcy musi wynosić co najmniej 100 % wartości robót zleconych lub planowanych do zlecenia Podwykonawcy. Forma i treść Zabezpieczenia Zapłaty Podwykonawcy uwzględnieniem wymagań niniejszej klauzuli, musi odpowiadać formie Zabezpieczenia Wykonania".

Pismem z dnia 07.03.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że „w związku z powzięciem informacji o zatrudnieniu przez Wykonawcę na Kontrakcie nr 43/JRP/2010/K1 Podwykonawcy Robót bez uprzedniego zatwierdzenia w trybie klauzuli 4.4,

wypowiada Wykonawcy na mocy klauzuli 15.2 ust (d), Kontrakt nr43/JRP/2010/K1 zawarty w dniu 28.10.2010 r.

Zamawiający otrzymał pismo nr P-2012/02/7 z dnia 20.02.2012 r. od p. R..... U..... (...), z którego wynika, iż był on Podwykonawcą Kontraktu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej/wodociągowej - Nowy Otok”. Z otrzymanej korespondencji wynika, iż do p. R..... U..... należało wykonanie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej wraz z przyłączami na rzecz innego Podwykonawcy - firmy PPH OTER S.A. Jak wynika z przedłożonych przez p. R..... U..... dokumentów, w trakcie realizacji Robót przez firmę p. R..... U..... firma PPH OTER S.A. odpowiadała również za dostarczanie materiałów do wbudowania. Zdaniem p. R..... U..... część materiałów, dostarczonych przez PPH OTER S.A. posiadała parametry gorsze aniżeli wymagane dokumentacją. Zastosowane elementy ulegają zniekształceniom, są nieszczelne i wymagają poprawek. Z uwagi na powyższe p. R..... U..... oświadczył, iż jego firma nie może udzielić gwarancji na wykonane prace i odstąpił od umowy z winy PPH OTER S.A. ze skutkiem natychmiastowym. Ponadto jak wynika z otrzymanej korespondencji swoje odstąpienie uzasadnił faktem, iż PPH OTER SA nie uregulował należnej mu zapłaty.

Przedłożone przez p. R..... U..... dokumenty jednoznacznie świadczą o tym, że na kontrakcie nr 43/JRP/20107K1 Wykonawca zatrudnił przy wykonywaniu prac niezatwierdzonych Podwykonawców ponadto stosując (wg Oświadczenia p. R..... U.....) materiały niezgodne z wymaganiami Kontraktu.

Zamawiający mając na uwadze powyższe, pismem nr JRP-KS/156/2012 z dnia 27.02.2012 r. wystosował zapytanie do Wykonawcy z prośbą o złożenie informacji, czy przy realizacji Robót budowlanych objętych przedmiotowym Kontraktem zatrudnia/zatrudniał Podwykonawców. Z uwagi na brak odpowiedzi Wykonawcy na powyższe pismo oraz brak jednoznacznego sprzeciwu Przedstawiciela Wykonawcy- p. A..... S..... podczas Rady Budowy w dniu 01.03.2012 r. Zamawiający ponowił zapytanie pismem nr JRP-AR/176/2012 w dniu 05.03.2012 r. Zapytanie było tym bardziej zasadne, albowiem w dniu 07.04.2011 r. Wykonawca pismem podpisanym przez Przedstawiciela Wykonawcy nr EP/53/2011 oświadczył, iż nie zatrudnia na tej budowie niezatwierdzonego Podwykonawcy a firma OTER S.A. jest partnerem biznesowym firmy, od którego wynajmuje pracowników.

Pismem nr EP/271/2011 z dnia 22.12.2011 r. Wykonawca po raz kolejny, podtrzymał powyższe i oświadczył, że na zadaniu „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej -Nowy Otok” nie zatrudnia żadnego Podwykonawcy.

*W oparciu o otrzymaną korespondencję Zamawiający uznał, iż powyższe oświadczenia są sprzeczne wobec pozyskanych informacji od p. R..... U..... i bezwzględnie wymagały wyjaśnienia.*

*Z uwagi na fakt, że do dnia dzisiejszego Wykonawca nie odniósł się do zapytań Zamawiającego a także nie udzielił informacji o tym, iż zatrudnia/zatrudniał Podwykonawców Zamawiający uznaje, iż Wykonawca wiedząc jaka jest prawda nie może takiego oświadczenia złożyć i odrzucić zarzutów niewypełnienia warunków klauzuli 15.2 (d) Kontraktu. Tym samym jasnym jest, że Wykonawca złamał postanowienia Kontraktu i wobec dopuszczenia się przez Wykonawcę tak rażącego naruszenia koniecznym siato się zastosowanie klauzuli 15.2.*

*W odniesieniu do informacji p. R..... U..... o zastosowaniu w ramach realizacji Robót, materiałów o gorszych parametrach aniżeli wymagane dokumentacją, Zamawiający informuje, że w przypadku potwierdzenia powyższego zastrzega sobie prawo dochodzenia dalszych roszczeń zarówno na zasadach łączącego strony Kontraktu jak i na zasadach ogólnych.*

*Reasumując otrzymane od firmy p. R..... U..... dokumenty oraz brak stanowiska w tej sprawie Wykonawcy, uznajemy to jako złamanie zasad zawartych w Kontrakcie skutkujące jego Wypowiedzeniem przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.”*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający swoje uprawnienie do wypowiedzenia umowy wywodzi z klauzuli 15.2 lit. d kontraktu nr 43/JRP/2010/K1, zgodnie z którą zatrudnienie przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego kontraktu podwykonawcy bez wymaganej zgody Zamawiającego, udzielonej w trybie klauzuli 4.4, kreuje po stronie Zamawiającego ww. uprawnienie. Istoty sporu między stronami nie stanowi treść powołanego uprawnienia a niedopełnienie obowiązków niezbędnych do skutecznego zatwierdzenia udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia, w świetle klauzuli 4.4, przedmiotowego kontraktu.

Bezsporne między stronami jest, że firma PPH OTER S.A. realizowała przedmiotowy kontrakt w charakterze podwykonawcy. Potwierdzeniem powyższego są zarówno zgodne oświadczenia stron złożone w tym przedmiocie, jak i poprzedzające je czynności Odwołującego (wystąpienia do Zamawiającego) zmierzające do akceptacji przez Zamawiającego udziału tegoż wykonawcy w realizacji rzeczonoego kontraktu. Natomiast sporne jest, czy w świetle klauzuli 4.4 Kontraktu Odwołujący wypełnił wszystkie obowiązki niezbędne do uzyskania zgody i czy w istocie Zamawiający zgody tej udzielił.



W pierwszej kolejności wskazać należy, iż mocą klauzuli 15.2 lit. f Kontraktu, Wykonawca w celu uzyskania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji projektowej, dotyczącej robót określonych w przedmiotowej umowie. Zaś, Zamawiający, w terminie 14 dni od przedłożenia przedmiotowych dokumentów, zobowiązany jest do zajęcia stanowiska w przedmiotowej kwestii, milczenie Zamawiającego poczytuje się za wyrażenie zgody.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż 14-dniowy termin, o którym była mowa wyżej, zaczyna bieg od dnia, w którym Zamawiający otrzymał kompletny wniosek Odwołującego w tym przedmiocie. Należy bowiem zwrócić również uwagę na zastrzeżenie zawarte w powołanej klauzuli Kontraktu, że termin ten nie rozpoczyna biegu, jeśli Zamawiający dowiedział się o okolicznościach związanych z udziałem podwykonawcy we własnym zakresie lub od Inżyniera Kontraktu.

W niniejszej sprawie Odwołujący, wystąpieniem nr 002 zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą, jednakże z przedmiotowym wnioskiem nie przedłożył wymaganych dokumentów, tj. projektu umowy i odpowiedniej dokumentacji projektowej. Na powyższe zwrócił uwagę Zamawiający w wystąpieniu nr 008, wskazując jednocześnie, że projekt umowy otrzymał od Inżyniera Kontraktu. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w przedstawionych okolicznościach sprawy termin do udzielenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie rozpoczął biegu.

W treści pisma z dnia 15.12.2010 r. oraz wystąpienia wykonawcy nr 005 z dnia 15.12.2010 r. Odwołujący wskazał, iż przedkłada brakujące dokumenty. Jednakże na podstawie wskazanych pism nie sposób ustalić, w jakiej dacie zostały doręczone Zamawiającemu (prezentata nieczytelna). Zaś, jak wskazano powyżej, prawidłowe doręczenie przedmiotowych pism Inżynierowi kontraktu nie wywołuje skutków prawnych wobec Zamawiającego. Oznacza to, iż nieuprawnione jest twierdzenie, iż Zamawiający winien zająć stanowisko w kwestii zawarcia umowy z podwykonawcą do dnia 30.12.2010 r.

Niniejsza okoliczność nie ma zresztą charakteru rozstrzygającego w niniejszej sprawie. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż Zamawiający w wystąpieniu nr 12 z dnia 20.12.2012 r. zwrócił uwagę Odwołującemu, że w dalszym ciągu nie został przedstawiony kompletny wniosek w sprawie udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wskazał, iż brak m.in. zabezpieczenia zapłaty podwykonawcy. Zaś rzeczony brak, co uszło uwadze Odwołującego, skutkuje w świetle klauzuli 4.4 lit. h, brakiem zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą. Zatem, nie znajdują uzasadnienia twierdzenia Odwołującego, iż w dniu 31.12.2010 r., wobec niezajęcia przez Zamawiającego stanowiska w przepisany terminie, Odwołujący był uprawniony do zawarcia umowy z podwykonawcą. Nawet bowiem gdyby przyjąć, iż wniosek wraz z umową i

dokumentacją projektową został Zamawiającemu doręczony w dniu 16.12.2010 r., to brak ustanowienia zabezpieczenia zapłaty podwykonawcy w terminie 5 dni od przedstawienia Zamawiającemu umowy z podwykonawcą wraz z odpowiednią dokumentacją projektową, jest równoznaczny z brakiem zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą. Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący tego obowiązku nie wypełnił, skoro w wystąpieniu nr 14/2011 z dn. 03.02.2011 r. złożył dopiero propozycje odnośnie przedmiotowej kwestii.

Izba nie uznała za wiarygodne twierdzeń Odwołującego, że wystąpienia Zamawiającego nr 12 Odwołujący nie otrzymał, mając na względzie fakt, iż w miejscu przeznaczonym na podpis wykonawcy widnieje parafa i data. Jednocześnie biorąc pod uwagę dotychczasowy sposób kwitowania odbioru wystąpień Zamawiającego oraz zachowaną konsekwencję stron w tym względzie należało uznać, iż sporne pismo zostało doręczone przedstawicielowi Odwołującego.

Dalej stwierdzić należy, iż nie ma racji Odwołujący, że okoliczność, iż R..... U....., który był dalszym podwykonawcą firmy PPH OTER S.A. (jak przyznał Odwołujący) nie ma wpływu na niniejszą sprawę i pozostaje poza zainteresowaniem Odwołującego. Otóż, z mocy przepisu art. 647 § 3 k.c. do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. W świetle tego przepisu należy interpretować klauzulę 4.4 lit. g Kontraktu, zaś wszelkie zaniechania w tym względzie obciążają wykonawcę jako podmiot odpowiedzialny za działania podwykonawców. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zgodnie z wolą ustawodawcy zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą jest uzależnione od m.in. zgody wykonawcy, zaś brak takiej zgody z jednoczesną akceptacją sytuacji, w której podmiot realizuje kontrakt nieformalnie w charakterze dalszego podwykonawcy rodzi skutki również dla wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający był uprawniony, na mocy klauzuli 15.2 lit. d do wypowiedzenia Kontraktu, zaś przyczyny wypowiedzenia mieszczą się w zakresie okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Za chybiony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie w sytuacji, w której wykluczony wykonawca składa ofertę. Zaś, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą z mocy prawa, na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, oferta Odwołującego *ex lege* jest uznawana za odrzuconą i nie wymaga podjęcia od Zamawiającego czynności na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisów art. 91 i 92 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie wobec braku wskazania okoliczności faktycznych, które stanowiłyby jego uzasadnienie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż rolą Odwołującego jest wskazanie konkretnej normy prawnej, która została naruszona wraz z uzasadnieniem faktycznym, nie jest zaś zadaniem

Izby odczytanie, jakie normy wynikające ze wskazanych przepisów Odwołujący kwestionuje i z jakich przyczyn.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp również okazał się chybiony, biorąc pod uwagę rozważania poczynione powyżej oraz fakt braku potwierdzenia naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł. Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w przedmiocie przyznania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, wobec nieprzedłożenia, na podstawie § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia, wymaganego rachunku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....