

Sygn. akt KIO/UZP 361/08

**WYROK**  
**z dnia 30 kwietnia 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Grzegorz Mazurek**

**Protokolant: Lidia Ziółkowska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu / w dniach\* 30.04.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina i Miasto Witkowo, ul. Gnieźnieńska 1, 62-230 Witkowo** protestu / protestów\* z dnia 01.04.2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny i wyboru oferty.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę i Miasto Witkowo, ul. Gnieźnieńska 1, 62-230 Witkowo** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Gminę i Miasto Witkowo, ul. Gnieźnieńska 1, 62-230 Witkowo** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....) przez ..... 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., ul. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację dróg i ulic na terenie miasta i gminy Witkowo (numer referencyjny IT-341/24/2008), ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2008r. (wartość zamówienia 495.797,89 euro)

W dniu 28.03.2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując na ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „STAWOJ PLUS” Sp. z o.o. W dniu 01 kwietnia Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. z uwagi na to, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W tym stanie rzeczy działania zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na okoliczność, iż załączone do oferty referencje i zaświadczenia nie mogą być podstawą do potwierdzenia posiadania doświadczenia w zakresie wykonania robót odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. W ocenie Odwołującego załączone do oferty referencje wykonania w 2007 r., na rzecz obecnego Zamawiającego, robót drogowych na kwotę 673.236,11 zł. wystawione zostały na rzecz innego podmiotu od faktycznie wykonującego zamówienie. Ponadto zaświadczenie Powiatowego Zarządu Dróg w Gnieźnie wystawione w dniu 16.01.2008r, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia potwierdza oświadczenia złożonego przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe „STAWOJ” Sp. z o.o. w dniu 12.02.2008r. o wykonaniu przez PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o., w ramach modernizacji drogi powiatowej nr 1254, odcinka Kamionki, Imiołki, Zakrzewo o wartości 1.560.468,00 zł. Dodatkowo, potwierdzenie wydane dn. 21.03.2008r przez Powiatowy Zarząd Dróg w Gnieźnie obejmuje nie roboty wartości co najmniej 100 000 PLN, lecz trzy różne, drobne roboty, których dopiero łączna wartość przekracza 100 000 PLN. W zakresie zaświadczenia wystawionego przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe „STAWOJ” Sp. z o.o. w dniu 31.07.2007r. mającego potwierdzać, iż PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o. w roku 2007 wykonała roboty drogowe o łącznej wartości 604.826,00 zł, Odwołujący wskazał, iż roboty objęte oświadczeniem wykonywało Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe „STAWOJ” Sp. z o.o. Były to zresztą trzy roboty, zlecone przez różnych zamawiających. Zdaniem Odwołującego we wszystkich wyżej wskazanych

przypadkach, w których zamówienie realizowało Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Drogowe „STAWOJ” Sp. z o.o., a podwykonawcą było PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o., fakt ten powinien być poświadczony przez zamawiającego konkretne roboty.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności porównania i oceny ofert, przy ścisłym przestrzeganiu warunków narzuconych wykonawcom przez Zamawiającego oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 10 kwietnia 2008r. Zamawiający oddalił protest, wskazując, iż PPHU STAWOJ PLUS wykazała się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót drogowych o wartości co najmniej 100 000 PLN, na co przedłożyła stosowne referencje. Zamawiający, który wystawił dołączone do oferty referencje wyjaśnił, iż zostały one niefortunnie zredagowane, co wynikało z podobieństwa nazw oraz tego samego adresu wykonawcy i podwykonawcy, którym był PPHU STAWOJ PLUS. Nie zmienia to faktu, iż wykonawca ten w ramach inwestycji wykonywał dla Zamawiającego prace drogowe, między innymi budowę ul. Akacyjowej, podbudowę ul. Lotniczej, modernizację skrzyżowania ul. Braci Łukowskich w Witkowie. Ponadto Zamawiający wskazał, iż nie wymagał, aby prace wykonane były przez firmę jako głównego wykonawcę, a nie podwykonawcę. Stąd należy uznać sam fakt wykonywania prac, jako wystarczający i nie wymagający poświadczenia przez innych, tzn. głównych zamawiających, bo przecież zamawiającym dla firmy wykonującej jest ten, który zleca wykonanie prac i za nią płaci.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł w dniu 15 kwietnia 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania STAWOJ PLUS i dokonanie powtórnej oceny i wyboru oferty Odwołującego. Dodatkowo wskazał, iż działanie STAWOJ PLUS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści.

W odpowiedzi na zarzuty odwołania, w piśmie z dnia 17 kwietnia 2008r., przesłanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przed otwarciem posiedzenia, Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko o bezzasadności argumentów Odwołującego. Mając na uwadze, iż referencje wystawione przez Zamawiającego zostały źle zredagowane, gdyż umieszczono w nich roboty wykonane przez dwie firmy mające swą siedzibę w jednej miejscowości, Zamawiający wyjaśnił, iż nie brał ich pod uwagę i stwierdził, że odrzucenie z

tego powodu najtańszej firmy byłoby niepoprawne ekonomicznie, a tym samym krzywdzące dla wykonawcy. Podobnie, w przypadku referencji nie wystawionych na wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu, Zamawiający nie brał ich pod uwagę przy ocenie jego oferty. Zdaniem Zamawiającego nawet pomijając wskazane referencje, wykonawca potwierdził dwoma referencjami spełnianie wymogów określonych w specyfikacji. Referencje, które były oceniane przez Zamawiającego wystawione zostały przez firmę STAWOJ dla firmy STAWOJ PLUS, co do których nie było podstaw uznania ich za nieważne. Zamawiający nie oceniał faktu, czy firma STAWOJ PLUS była głównym wykonawcą jakiegokolwiek zadania czy tylko podwykonawcą i w jakiej części. Ponadto Zamawiający podnosi, iż obaj wykonawcy, tj. wybrany oraz Odwołujący się, znani są z dotychczasowych inwestycji realizowanych na rzecz Zamawiającego i posiadają doświadczenie zawodowe na rynku prac drogowych, a pisma referencyjne nie mają wpływu na prawidłowe wykonanie prac. Zdaniem Zamawiającego zarzuty stawiane w odwołaniu mają na celu wyeliminować konkurencję, a nie wykazać błędów popełnionych przez Zamawiającego przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji, a także stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jako uczestnik postępowania ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ważną ofertę, a w przypadku uwzględnienia zarzutów będzie miał możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ jego oferta jest druga w kolejności, po ofercie wybranej.

W pkt G ppkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w wykonaniu, w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót drogowych odpowiadających swoim rodzajem i wartościom robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez robotę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie zamówienie o wartości co najmniej 100.000 PLN zawierające wykonanie budowy dróg. W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót (pkt H ppkt 11 siwz).

W wybranej ofercie załącznik nr 5 zawiera cztery pozycje robót drogowych odpowiadające wartością i rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, wykonywane w 2007 roku na rzecz P.I.D. STAWOJ Sp. z o.o. - dwie roboty oraz Urzędu Gminy i Miasta Witkowo i Powiatowego Zarządu Dróg w Gnieźnie. Na potwierdzenie należytego wykonania robót objętych wykazem, wykonawca dołączył referencje:

1. Przedsiębiorstwa Inżynieryjno Drogowego STAWOJ Sp. z o.o. z Cielimowa 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. Urzędu Gminy i Miasta w Witkowie z dnia 18.03.2008r., obejmujące wykonanie przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STAWOJ PLUS” Sp. z o.o. z Cielimowa nawierzchni asfaltowej ulicy Słowackiego i Akacyjowej w Witkowie oraz w miejscowości Skorzęcin, Mielżyn, Mąkownica, na łączną kwotę 673.236,11 zł;
3. Przedsiębiorstwa Inżynieryjno Drogowego STAWOJ Sp. z o.o. z Cielimowa 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, Płukowej i Kołątaja, o wartości łącznej wykonanych robót 604.826,00 zł. brutto;
4. Powiatowego Zarządu Dróg w Gnieźnie z dnia 21.03.2008r. z wykonania we wskazanych terminach trzech odcinków dróg w mieście Kędzierzyn-Marysin, Goślinowo oraz w Gnieźnie o łącznej wartości 135.798,20 zł.

Odnosząc się do zarzutów stawianych w odwołaniu skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający przyznał rację Odwołującemu w zakresie zarzutów dotyczących referencji wskazanych pod numerem 2 i 4, tj. referencji wystawionych przez Urząd Gminy i Miasta w Witkowie oraz Powiatowy Zarząd Dróg w Gnieźnie. Na tej podstawie skład orzekający odstąpił od szczegółowego rozpatrywania zarzutów odwołania dotyczących wymienionych referencji, uznając za przyznane stanowisko Odwołującego o niemożności uznania ich za wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie pozostałych dwóch referencji Izba uznała, iż nie mogą one stanowić podstawy do skutecznego stwierdzenia należytego doświadczenia wykonawcy w wykonaniu robót drogowych o wartości co najmniej 100.000 PLN. Obie kwestionowane referencje wystawione zostały na rzecz wykonawcy przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe STAWOJ Sp. z o.o. z Cielimowa. Na podstawie przedłożonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowań prowadzonych w celu wyłonienia wykonawców robót objętych referencjami, w szczególności wzoru umowy oraz oferty złożonej na modernizację drogi powiatowej nr 2154 P (32354) na odcinku Zakrzewo-Kamionek-Imiołki, skład orzekający uznał, iż budzą one uzasadnione wątpliwości co do możliwości uznania ich skuteczności dla potwierdzenia doświadczenia wykonawcy. Przedłożona kserokopia oferty na wykonanie modernizacji odcinka drogi powiatowej nr 2154 P, opiewająca na kwotę 1.560.468,91 zł złożona została przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe STAWOJ Sp. z o.o. Treść referencji poświadczają natomiast wykonanie modernizacji przez STAWOJ PLUS Sp. z o.o., będącego innym podmiotem od wybranego w postępowaniu prowadzonym przez

Powiatowy Zarząd Dróg w Gnieźnie. W związku z powyższym Izba uznała, iż Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić nieścisłości oświadczenia objętego referencjami, na które Odwołujący zwrócił mu uwagę składając protest. W ocenie składu orzekającego stan faktyczny udowodniony na rozprawie nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż prace te mogły być wykonywane przez STAWOJ PLUS Sp. z o.o., tym bardziej, iż składając ofertę w postępowaniu STAWOJ Sp. z o.o. nie wskazała jako podwykonawcy STAWOJ PLUS Sp. z o.o. Tym samym Izba uznała, iż referencje z dnia 12 lutego 2008r. nie mogą być brane pod uwagę dla ustalenia doświadczenia wykonawcy, bez dokonania stosownych wyjaśnień.

Podobne wątpliwości budzą referencje z dnia 31 lipca 2007r., w których Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Drogowe STAWOJ Sp. z o.o. potwierdza należyte wykonanie budów przez PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o., o łącznej kwocie 604.826,00 PLN. Izba uznała za udowodniony fakt, iż referencje obejmują kilka oddzielnych zamówień realizowanych na różnych odcinkach dróg, czemu nie zaprzeczył wyraźnie Zamawiający na rozprawie. Tym samym nie można na podstawie przedłożonych referencji ustalić wartości poszczególnych robót, tak aby można było potwierdzić warunek wykonania co najmniej dwóch robót budowy dróg o wartości co najmniej 100.000 PLN każda. Ponadto w przypadku jednej z robót objętej referencją, tj. wykonania budowy drogi gminnej Karczewo-Karsewko 4447 m<sup>2</sup>, ustalono, iż wykonawcą wyłonionym w trybie przetargu ograniczonego prowadzonego przez Gminę Kiszkowo była spółka PID STAWOJ Sp. z o.o. Za uzasadnione uznano zatem zarzuty Odwołującego podnoszone na rozprawie, iż referencje te nie mogą być podstawą dla potwierdzenia doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia tj. PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o. Ponieważ Odwołujący nie podważył prawdziwości oświadczeń o wykonaniu pozostałych sześciu odcinków dróg przez PPHU STAWOJ PLUS, skład orzekający Izby uznał, iż wymagają one dalszego wyjaśnienia przez Zamawiającego w trybie art.87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść referencji nie pozwala ustalić kwoty poszczególnych robót, jakie miały być wykonywane przez PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o. na rzecz PID STAWOJ Sp. z o.o.

KIO stwierdziła, że obydwie referencje wymagają dodatkowych wyjaśnień aby mogły być przydatne dla celów niniejszego postępowania. 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. W związku z powyższym Izba nie przychyliła się do żądania Odwołującego zgłoszonego ponad żądanie objęte protestem, nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, skład orzekający uznał, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PPHU STAWOJ PLUS Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co rodzi dalsze konsekwencje w postaci naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

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

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/~~postanowienie~~\* - 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*