

Sygn. akt: KIO 2122/12

**WYROK**

**z dnia 22 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 października 2012 r. przez H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec

przy udziale wykonawcy R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K..... zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Gminy Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec kwotę **18 866 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) na rzecz H..... K..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Utrzymanie porządku i czystości w pasach drogowych i ich bezpośrednim sąsiedztwie w Rejonie VI - Zagórze*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 czerwca 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 125-207270.

H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin (zwana dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 października 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyła odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne ze stanem faktycznym uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego jako nie podlegającego wykluczeniu;
- 2) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferty nr 3 Firmy „Marbud” – R..... K....., ul. M. Reja 7, 41 - 210 Sosnowiec i odrzucenie jej jako nie spełniającej warunków w SIWZ oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności: Odwołujący wskazał, że w ofercie nr 3 (ofercie wykonawcy R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....) na stronie 21 i 22 wykonawca załączył polisę nr 900617705287 - Warta Ekstrabiznes Plus z terminem ważności 2012 - 06 - 05 -f- 2013 - 06 - 04. Na stronie 22 w akapicie 13/A 9 ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej znajduje się stwierdzenie „*Wariant II - OC z tytułu prowadzenia działalności posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności na produkt i wykonaną usługę*”, zaś w SIWZ - Dział I wskazano w punkcie d): „*Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*”. Ponadto w Dziale IV Wzór umowy - SIWZ Zamawiający rozszerzył zapis dotyczący polisy, i tak: punkcie 5: „*Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia odpowiednich umów ubezpieczenia, z tytułu szkód, jakie mogą zaistnieć w związku z wykonywaniem umowy oraz dostarczania Zamawiającemu w trakcie obowiązywania umowy dokumentów potwierdzających kontynuację ubezpieczenia*”; punkt 6: „*Wykonawca ponosi skutki prawne za ewentualne szkody osób trzecich wyrządzone na ich osobie lub w ich mieniu jak i mieniu Zamawiającego - powstałe w trakcie prowadzenia prac, a spowodowane w szczególności: - złym stanem technicznym sprzętu; - niewłaściwym wykonywaniem prac*”; punkt 7: „*Wykonawca odpowiada również, za skutki ewentualnych wypadków osób zatrudnionych i osób trzecich powstałe w trakcie lub w związku z wykonywaniem prac i pokrywa pełną wysokość zaistniałej szkody*”; zaś w Dziale IV - Wzór umowy w pkt 5 zapisano: „*Niezależnie od kar umownych Strony zapewniają sobie możliwość dochodzenia odszkodowania do pełnej wysokości poniesionej szkody, także w przypadku gdy Gmina będzie zobowiązana wypłacić odszkodowanie osobom trzecim z tytułu szkody na ich osobie lub w ich mieniu wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia*”. Zdaniem Odwołującego polisa R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K..... na stronie 21 w górnym akapicie zawiera zapis: „*potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia w oparciu o Ogólne Warunki Ubezpieczenia Warta Ekstrabiznes Plus z dn. 13.02.2012*”. Ogólne warunki Ubezpieczenia w § 46 na stronie 21 określają przedmiotowy zakres ochrony ubezpieczeniowej, gdzie w punkcie 3 jest mowa, że ubezpieczenie może być zawarte w dwóch wariantach:- Wariant I - w zakresie wynikającym z ust. 1 (tzw. odpowiedzialność cywilna kontraktowa),- Wariant II - (jaki zawarła Firma Marbud) z wyłączeniami zakresowymi. Wyłączenia zakresowe zawarte są natomiast w § 51, który mówi, że ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje roszczeń: i tak w punkcie 14 nie obejmuje „*z tytułu szkód wynikających bezpośrednio z wadliwego wykonania czynności mających za przedmiot zarządzanie drogami lub utrzymanie dróg*”. Punkt 2: „*Dodatkowo ochrona ubezpieczeniowa*

nie obejmuje roszczeń: pkt. 1 „wynikających ze szkód poniesionych przez pracowników ubezpieczonego, które powstawały w bezpośrednim związku z wykonywaniem czynności służbowych” oraz pkt. 6: „z tytułu szkód wyrządzonych w związku z posiadaniem, kierowaniem, użytkowaniem lub uruchamianiem pojazdów mechanicznych”.

Z przytoczonych powyżej zapisów wynika według Odwołującego, że polisa Firmy Marbud -Wariant II (z wyłączeniami) nie obejmuje pełnego zakresu ubezpieczenia zgodnego z zapisami w SIWZ (infrastruktura Zamawiającego oraz mienie).

Odnosząc się do wykluczenia Odwołującego z postępowania zaznaczył, że na stronie 6 w SIWZ Dział I jest zapis: „Weryfikacja spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o dotychczas wykonane lub wykonywane usługi. Wykonawca musi wykazać wykonanie lub wykonywanie usług o podobnym charakterze. Poprzez zamówienie o podobnym charakterze należy rozumieć: świadczenie w ciągu jednego roku co najmniej jednej usługi w ramach jednej umowy (zlecenia), której przedmiot obejmuje wykonanie nie mniej niż 80% czynności spośród wymienionych do wykonania, a wyszczególnionych w załączniku nr 6 w Tabeli Nr 1 - Ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności (31 czynności spośród 39 wymienionych) na areale - nie mniejszym niż 54 ha”. Dla spełnienia w/w warunku Odwołujący złożył referencje nr WGKiM.7021.9.010.2011 z dnia 15 marca 2011 roku wydane przez Urząd Miasta Będzin. Na podstawie tychże referencji Zamawiający uznał wykonanie 23 czynności z wymaganych minimum 31, o czym zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 29 sierpnia 2012 r. i wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług z dnia 3 września 2012 r. Pomimo zapisu w SIWZ 31 czynności z 39 wymienionych Zamawiający nie stosuje tego zapisu, czyli „czynności”, tylko bierze pod uwagę przede wszystkim miejsce gdzie ta czynność ma być wykonana, uznając, że zamykanie przykładowo alejek, przejść podziemnych czy przystanków to nie ta sama czynność. Na stronie 13 w SIWZ w punkcie 4 stwierdzono: „Wykonawca wyliczy metodą kalkulacji indywidualnej i wpisze”. Kalkulacja indywidualna jest to sposób na wyliczenie ceny dla danej czynności na podstawie normy czasowej, a ponieważ żaden wykonawca nie jest uprawniony do ustalania własnych norm czasowych - to ustawodawca ustanawia nakłady czasowe (KNR) na wykonanie danej czynności, nie rozgraniczając miejsca wykonywania tejże czynności. Dotyczy to nie tylko zamykania lecz również odśnieżania czy usuwania śliskości. Usuwanie śliskości na alejkach czy przystankach różni się tylko i wyłącznie miejscem wykonywania czynności, natomiast czynność jest ta sama.

Pismem l.dz. 37/W/2012 z dnia 3 września 2012 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień dotyczących 39 czynności jakich ten żądał, i tak: czynność w pozycji 3 „Zamykanie schodów prowadzących do przejść podziemnych” została uznana za wykonaną, następnie poz. 13, 30, 35, 36, 37 również uznano. Pismem Zamawiającego z dnia 21 września 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że

pozycja nr 4 nie została uznana, a uzasadniono to tym, iż „Zamawiający wymagał aby czynność ta była wykonywana przez wykonawcę systematycznie, a nie polegała na interwencyjnym (jednostkowym) wykonaniu tych prac w związku z miejską imprezą”. W SIWZ w Tabeli 1 w pozycji 4 zostało zapisane „Zamiatanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej wraz z wywozem zebranych zanieczyszczeń”, Nakłady na 100 m<sup>2</sup>. Na stronie 25 Dział II „Opis przedmiotu zamówienia” punkt 6.3 „Zamiatanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej obejmuje: - zamiecenie 100% powierzchni przystanku (miejsce w miejsce), - zamiecenie powierzchni jezdni przylegającej do krawężnika na długości zatoczki lub na długości 15 m w przypadku kiedy nie jest wydzielona zatoczka i szerokości 1 m, - zebranie zamiecionych zanieczyszczeń (liście, papiery, niedopałki papierosów itp.) ich załadunek oraz wywóz do miejsca unieszkodliwiania odpadów, - umycie ławki jeżeli na przystanku jest usytuowana ławka. Przy wykonywaniu tej czynności Zamawiający zabrania używania dmuchaw. Czynność zamiatania przystanków komunikacji miejskiej należy wykonywać od 1 marca do 30 listopada - nie później niż do godz. 7<sup>00</sup> - 2 razy w tygodniu (poniedziałek i czwartek)”.

W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę wszystkie powyżej wymienione postanowienia SIWZ Zamawiający dokonał nadinterpretacji SIWZ w trakcie toczącego się postępowania. Nigdzie nie zostało zapisane „systematycznie”, a Tabela nr 1 w pozycji 4 zobowiązała nas do wykazania czynności - ta czynność zaistniała. To, iż usługa wykonana została w 2008 r. nie ma znaczenia, Dni Będzina również odbyły się w roku 2009 r. czy też 2010 r., jest to impreza cykliczna, odbywająca się corocznie. Ustawa przewiduje czasokres trwania zamówienia czy też kontraktu w okresie 3 letnim i to zamówienie tak też trwało, dlatego okres tych referencji upływa w dniu 18 czerwca 2013 r. Dokumenty z 2008 r. Odwołujący zamieścił tylko i wyłącznie z powodu zdjęcia autobusu znalezione w internecie, aby unaocznic, że zdarzenie miało miejsce. Ponadto co do pozycji 25 i 26 - w SIWZ na stronie 29 Dział II zostało stwierdzone w punkcie 6.23: „Oczyszczanie jezdni wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni. Czynność tę należy wykonać jednorazowo po okresie zimowym. Obejmuje ona usunięcie ziemi, darni i innych zanieczyszczeń z krawężnika oraz jezdni na szerokości 1 m, nagromadzonych po okresie zimowym. W wycenie jednostkowej należy ująć załadunek zebranych zanieczyszczeń i ich wywóz do miejsca unieszkodliwiania odpadów. Zamawiający wymagał aby ziemia była zbierana na bieżąco. Niedopuszczalnym jest pozostawienie kupek ziemi wraz z zanieczyszczeniami na okres dłuższy niż 2 dni. Zamawiający zabrania gromadzenia kupek ziemi wraz z zanieczyszczeniami w bezpośrednim sąsiedztwie wpustów ulicznych. Okres czasu przeznaczony na oczyszczenie jezdni wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni na wszystkich ulicach w danym rejonie nie może przekroczyć 30 dni kalendarzowych. Termin realizacji oczyszczania jezdni będzie przez Zamawiającego ustalany w zleceniu”, natomiast w punkcie 6.24: „Zamiatanie jezdni

wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni - 2 razy w roku. Czynność ta obejmuje usunięcie ziemi, darni i innych zanieczyszczeń z krawężnika oraz nagromadzonych przy krawężniku na jezdni na szerokości 1 m. W wycenie jednostkowej należy ująć załadunek zebranych zanieczyszczeń i ich wywóz do miejsca unieszkodliwiania odpadów. Zamawiający wymagał aby ziemia była zbierana na bieżąco. Niedopuszczalnym jest pozostawienie kupek ziemi wraz z zanieczyszczeniami na okres dłuższy niż 2 dni. Zamawiający zabrania gromadzenia kupek ziemi wraz z zanieczyszczeniami w bezpośrednim sąsiedztwie wpustów ulicznych. Okres czasu przeznaczony na zmiatanie jezdni wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni na wszystkich ulicach w danym rejonie nie może przekroczyć 30 dni kalendarzowych. Termin realizacji zmiatania jezdni będzie przez Zamawiającego ustalany w zleceniu". Zamawiający sam określił w SIWZ na stronie 6 „Wykonawca musi wykazać wykonanie lub wykonywanie usług o podobnym charakterze". W tym przypadku ponownie Zamawiający nie bierze pod uwagę „czynności" jakie należy wpisać w tabelę 1, tylko miejsce jej wykonywania, a mając na względzie opis zawarty w punkcie 6.23 i 6.24 technologia wykonywania czynności dla jezdni czy Miasteczka Ruchu Drogowego niczym się nie różni. Pozycja 31 - w SIWZ w poz. 6.27 na stronie 30 stwierdzono: „Montaż kosza na psie zanieczyszczenia - transport z magazynu przy ul. gen. Władysława Andersa (bocznej) do miejsca zamontowania na obszarze Rejonu i wkopanie podstaw do ziemi". Zamawiający uznał, iż „Naklejanie nalepki na zwykły kosz metalowy nie może być uznane jako czynność montażu kosza na psie zanieczyszczenia". Czynność została wykonana, natomiast nalepka to tylko informacja dla posiadaczy psów. Pozycja 38 oraz 39 - tabela 1 posiada wpisy: poz. 38 - „Zmiatanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej wraz z wywozem zebranych zanieczyszczeń w soboty, niedziele i święta", poz. 39 - „Opróżnianie koszy na śmieci w soboty, niedziele i święta". Według Zamawiającego - wyjaśnienia jak do pozycji 4, czyli wymóg, aby ta czynność była wykonywana przez wykonawcę systematycznie, a nie interwencyjnie.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 24 września 2012 r. wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał również wykluczenia wykonawcy R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców: H..... K..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... oraz R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....**

**- jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 października 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 11 października 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca R..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania w dniu 11 października 2012 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.....S..... oraz J..... ST..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K..... (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Zamawiającego dotyczącą przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M..... S..... oraz J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. Z art. 185 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że uczestnikiem postępowania odwoławczego staje się Przystępujący, jeżeli ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron.

Izba uznała, że Zamawiający uprawdopodobnił, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszający przystąpienie nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili.



Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Wykonawca powinien również precyzyjnie wskazać do której ze stron przystępuje.

Biorąc pod uwagę treść zgłoszenia przystąpienia Izba uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili, zatem nie mają tym samym statusu uczestnika postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 5 „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*”; ppkt 2 – posiadana wiedza i doświadczenie: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku – weryfikacja spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o dotychczas wykonane usługi. Wykonawca musi wykazać wykonanie lub wykonywanie usług o podobnym charakterze. Poprzez zamówienie o podobnym charakterze należy rozumieć: świadczenie w ciągu jednego roku co najmniej jednej usługi w ramach jednej umowy (zlecenia), której przedmiot obejmuje wykonanie nie mniej niż 80% czynności spośród wymienionych do wykonania, a wyszczególnionych w załączniku nr 6 w tabeli nr 1 – ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności (31 czynności spośród 39 wymienionych) na areale – nie mniejszym niż 54 ha.

Ppkt 4 sytuacji ekonomicznej i finansowej – opis sposobu oceny spełniania tego warunku – weryfikacja spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o posiadanie opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – na wartość co najmniej 200.000,00 zł; Wykonawca składając w/w dokumenty zobowiązany jest wykazać, że są one opłacone, tzn. gdy ustalono ich termin płatności w ratach to powinien dołączyć dowód zapłaty składki (składek), zgodnie z wymaganym terminem określonym w polisie lub tym dokumencie.

Pkt 6 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

1. W zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2) należy przedłożyć m. in:
  - c) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 5);
  - d) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Uwaga:

W zakresie posiadania potencjału ekonomicznego wykonawca nie może się opierać na potencjale osób trzecich, ponieważ wymaganie w zakresie posiadania polisy lub na potencjale osób trzecich, ponieważ wymaganie w zakresie posiadania polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej – ze względu na bezpieczeństwo realizacji zamówienia – przypisane jest bezpośrednio wykonawcy.

W niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty m. in. przez następujących wykonawców:

- H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K....., ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin;
- R..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K.....

W ofercie złożonej przez R..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marbud R..... K..... załączono polisę nr 900617705287 - Warta Ekstrabiznes Plus. Na stronie 22 w akapicie 13/A 9 ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej znajduje się stwierdzenie „*Wariant II - OC z tytułu prowadzenia działalności posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności na produkt i wykonaną usługę*”.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w tym przedmiocie jest bezzasadny.

Izba zwraca uwagę, iż wykonawca zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę dokonywane jest w oparciu o dokumenty, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zakres niezbędnych dokumentów wymaganych od wykonawcy wskazany jest w zależności od trybu udzielanego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 ustawy). Zakres dokumentów, jakich Zamawiający może żądać określa rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Weryfikacja spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) dokonywana jest w oparciu o: sprawozdanie finansowe lub inne dokumenty finansowe, informację z banku o wysokości środków lub zdolności kredytowej, opłaconą polisę (§ 1 ust. 1 pkt 8-10 rozp.).

W ocenie Izby Przystępujący prawidłowo odpowiedział na żądanie Zamawiającego przedstawiając polisę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenia Odwołującego są niezasadne o tyle, że celem składanego dokumentu jest potwierdzenie spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie przyszłe zabezpieczenie realizacji zamówienia.

W szczególności Izba zwraca uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza ona wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Zaznaczyć należy, iż polisa OC, którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie. Tak więc, nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia, bowiem takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.

Oczekiwanie Odwołującego, że polisa OC składana, jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu powinna obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia wynika z braku rozróżnienia przez Odwołującego pomiędzy okolicznościami

mającymi potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a obowiązkami wynikającymi z umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, iż powyższe stanowisko zostało już ugruntowane w dotychczasowej linii orzeczniczej (t.j. wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1582/11, wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1511/10, z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2512/10, z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 467/11, z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11, z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt KIO 966/11, KIO 973/11).

Odnosząc się do zarzutów dotyczących nie wykazania spełnienia warunków udziału przez Odwołującego, w ocenie Izby zarzut potwierdził się.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 5 „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*”; ppkt 2 – posiadana wiedza i doświadczenie: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku – weryfikacja spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o dotychczas wykonane usługi. Wykonawca musi wykazać wykonanie lub wykonywanie usług o podobnym charakterze. Poprzez zamówienie o podobnym charakterze należy rozumieć: świadczenie w ciągu jednego roku co najmniej jednej usługi w ramach jednej umowy (zlecenia), której przedmiot obejmuje wykonanie nie mniej niż 80% czynności spośród wymienionych do wykonania, a wyszczególnionych w załączniku nr 6 w tabeli nr 1 – ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności (31 czynności spośród 39 wymienionych) na areale – nie mniejszym niż 54 ha.

Pkt 6 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 2) należy przedłożyć m. in.:

c) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 5).

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ( w piśmie z dnia 28 sierpnia 2012 r. Zamawiający wskazał na wykonanie 23 czynności, zaś w

piśmie z dnia dodatkowo na prośbę Odwołującego wskazał, które z usług uznał za spełniające wymagania Zamawiającego) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Podczas czynności badania i oceny oferty stwierdzono, że załączony wykaz usług jak i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie potwierdzają należyte wykonanie tylko 23 czynności z wymaganych minimum 31 czynności do wykonania, o których mowa w tabeli nr 1 – ceny jednostkowe za jednorazowe wykonanie określonej czynności. Wykonawca w wyznaczonym terminie przedstawił dokumenty uzupełniające wraz z wyjaśnieniami. Dokonano ich badania i oceny uznając jako spełniające wymagania Zamawiającego czynności zapisane w tabeli nr 1 w pozycjach 3, 13, 30, 35, 36, 37.

Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o precyzyjne wskazanie, które usługi Zamawiający uznał, jako spełniające warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2012 r. udzielił Odwołującemu odpowiedzi, które według Zamawiającego usługi zostały przez niego uznane (23 czynności – 1, 2, 6, 7, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 32, 33, 34), wzywając jednocześnie wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów. Uzupełnienie należało złożyć w terminie do dnia 3 września 2012 r.

Odwołujący w wyznaczonym terminie przekazał Zamawiającemu dokumenty oraz złożył wyjaśnienia.

W konsekwencji w ocenie Zamawiającego wykonawca wykazał wykonanie 29 spośród minimum 31 czynności do wykonania. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (informacja o wykluczeniu Odwołującego z dnia 24 września 2012 r.).

W pierwszej kolejności Izba na wstępie dokonanych ustaleń na marginesie uznała za zasadne odniesienie się do kwestii obowiązku Zamawiającego wynikającego z treści art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku wystąpienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, aby umożliwić wykonawcy obronę swoich interesów, Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji. W uzasadnieniu faktycznym winien on wskazać konkretne postanowienia i wymagania zawarte w SIWZ którym jego zdaniem, spowodowały że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału jak również powody nie uznania, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy obowiązek Zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Stanowisko Zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd wykonawców, umożliwiający

wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek, przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby enumeratywne wyliczenie czynności, których Zamawiający nie uznał jest – w ocenie Izby – niewystarczające. Wykonawca nie był w stanie ustalić na podstawie takiej informacji, dlaczego wskazane przez Zamawiającego czynności nie zostały przez niego uznane.

Izba wskazuje, że uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy i w konsekwencji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. W przypadku braku uzasadnienia lub jego lakoniczność, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający wykluczając wykonawcę, a w konsekwencji odrzucając jego ofertę. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy i domniemywania powodów jego wykluczenia. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy spoczywa w całości na Zamawiającym i nie może on w żaden sposób przerzucać tego obowiązku na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, że poniżej usługi wskazane przez Odwołującego nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, t. m. in.:

- pozycja 4 - zmiatanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej wraz z wywozem zebranych zanieczyszczeń, gdyż zgodnie z OPZ czynność ta miała być wykonywana systematycznie, tj. dokładnie pkt. 6.3 ppkt. 2 SIWZ zamiecenie powierzchni jezdni, przylegającej do krawężnika na długości zatoczki 15 m w przypadku, kiedy nie jest wydzielona zatoczka i szerokości 1m;
- podobnie poz. 25 - oczyszczanie jezdni wzdłuż krawężnika lub krawędzi jezdni wraz z wywozem ziemi i innych zanieczyszczeń i poz. 26 - zmiatanie jezdni wzdłuż krawężnika lub krawędzi jezdni wraz z wywozem ziemi i innych zanieczyszczeń, według Zamawiającego przy wykonywaniu prac na jezdni, związanych z zamiarem oczyszczenia jezdni wzdłuż krawężnika lub krawędzi jezdni wykonawca zobowiązany jest do oznakowania miejsca prowadzenia pracy, zgodnie z projektem czasowej zmiany organizacji ruchu, zatwierdzonym przez organ właściwy; Załącznik nr 6 do oferty tabela nr 1 stanowiła wykaz usług, które miały być realizowane przez wykonawcę, a jednocześnie powinny być przeniesione przez wykonawcę do załącznika nr 5, który dotyczył spełniania warunków udziału w postępowaniu, do tego

należało złączyć referencje lub inne dokumenty, które potwierdziły spełnienie warunków udziału;

- poz. 31 montaż kosza na psie zanieczyszczania – według Zamawiającego Odwołujący wskazał jedynie, że zamontowano kosze z naklejkami, a z referencji nie wynikało, iż miał miejsc montaż kosza, nie było zlecenia inwestora, z którego wynikałoby, że zlecił taką usługę lub kosztorys powykonawczy;
- Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami Odwołujący zawartymi w piśmie z dnia 3 września 2012 r. str. 3 dot. pkt. 30 i 31 w ocenie Zamawiający w 2008 r. istnieli producenci koszy na psie nieczystości (np. EKO-ASKLEPIOS);
- Zamawiający nie uznał również poz. 38 i 39 tj. zmiatanie powierzchni przystanków komunikacji miejskiej wraz z wywozem zebranych zanieczyszczeń w soboty, niedziele i święta, jak również opróżnienie koszy na śmieci w soboty, niedziele i święta, gdyż przedstawione dokumenty dotyczyły roku 2008. Ponadto nie wykazano w tych dokumentach, iż prace były wykonywane w soboty, niedziele i święta.

Izba wskazuje, że w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań należało w następnej kolejności wskazać, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zawęzać doświadczenia dotyczącego usług o charakterze podobnym do tożsamego przedmiotu zamówienia - jak w prowadzonym postępowaniu, tak w odniesieniu do jego przedmiotu, wartości czy zakresu. Zdaniem Izby, nie musi zachodzić pełna tożsamość, jak twierdził Zamawiający. Dla uznania, że Zamawiający wymaga wykazaniem się usługami podobnymi, wystarczające jest podanie kilku, a nawet jednej cechy, która zamyka wykonawcy, zdolnemu wykonać należycie zamówienie, ubieganie się o możliwość złożenia oferty w postępowaniu. Interpretacja Zamawiającego prowadzi zatem w rzeczywistości do tego, że Zamawiający żąda de facto zrealizowania usług tożsamyh, jeżeli nawet nie identycznych jak przedmiot zamówienia. Zastosowanie się do wymagań Zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, że wykonawca musiałby wykazać się świadczeniem tych samych usług, które będą przedmiotem niniejszego zamówienia. Wykonawca musiałby już świadczyć takie usługi. Interpretacja w/w warunku udziału w postępowaniu przyjętą przez Zamawiającego należy uznać jako zbyt kazuistyczną i odnoszącą się zbyt ściśle do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odnosi - wskazane przez wykonawcę usługi jako podobne - do przedmiotu zamówienia.

Ograniczenie dostępu do postępowania przez dokonanie oceny spełniania warunku w sposób wskazany przez Zamawiającego, narusza interesy wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu, gdyż mimo, że mają doświadczenie i posiadają odpowiednią wiedzę, przy tak ustalonej interpretacji warunku ustalonym przez Zamawiającego, pozbawia

wykonawców szansy na złożenie konkurencyjnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Konkluzja taka prowadzi do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zatem wobec powyższej argumentacji należało stwierdzić, że działania Zamawiającego – będące przedmiotem odwołania - zaprzeczałyby regulacji przyjętej w ustawie Pzp i naruszałyby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Izba dodaje ponadto, iż bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów, czy też do złożenia wyjaśnień - jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia wymagań Zamawiającego i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwanie do uzupełnienia powinno precyzyjnie i dokładnie wskazywać dlaczego załączone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom, nie wywołują skutku, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia brakujących dokumentów, czy też do udzielenia wyjaśnień.

Wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2012 r. oraz 29 sierpnia 2012 r. nie zawiera wskazania dlaczego Zamawiający nie uznał poszczególnych usług. W piśmie z dnia 29 sierpnia 2012 r. Zamawiający wskazał jedynie, które z czynności uznał za spełniające jego wymagania. Należy pamiętać, że bez względu na sposób odczytania wymagań Zamawiającego i prawidłowość ich wypełnienia przez uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został poinformowany w jakim zakresie nie spełnia wymagań Zamawiającego oraz prawidłowo wezwany do uzupełnienia brakujących dokumentów, z zakresu oznaczonego w art. 26 ust. 3 bądź art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ponadto Izba zobowiązuje również Zamawiającego do wezwania Odwołującego – uwzględniając uwagi zawarte w niniejszym uzasadnieniu – do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.



Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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:**

.....