

Sygn. akt KIO/UZP 561 /09

WYROK
z dnia 12 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Renata Tubisz
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Pracy Robót Komunikacyjnych "Spolbud" ul. Traugutta 103, 50-419 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53-633 Wrocław** protestu z dnia **4 kwietnia 2009 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Pracy Robót Komunikacyjnych "Spolbud" ul. Traugutta 103, 50-419 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Pracy Robót Komunikacyjnych "Spolbud" ul. Traugutta 103, 50-419 Wrocław;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Pracy Robót Komunikacyjnych "Spolbud" ul. Traugutta 103, 50-419 Wrocław.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację torów i zwrotnic tramwajowych we Wrocławiu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 24 – 034380 z 5.02.2009 r.), w dniu 6 kwietnia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez spółdzielnię Pracy Robót Komunikacyjnych SPOLBUD z siedzibą we Wrocławiu.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 26 marca 2009 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. z Wrocławia i Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego – Łódź Sp. z o. o. na część zamówienia dotyczącą realizacji zadania 1– rejon A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Zarządowi Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655, z 2008 Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 272, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest art. 22 ust. 1 pkt 1–3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3, przez:

1. zaniechanie czynności sprawdzenia zgodności dokumentów określających doświadczenie oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań (referencji) przedstawionych przez konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o. o. z wymaganiami określonymi w SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2. zaniechanie czynności sprawdzenia potencjału technicznego, określonego w SIWZ jako niezbędny do wykonania zadania - przez niezażądanie od konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o. o. dokumentu potwierdzającego, że dysponuje pojazdem z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych, celem sprawdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3. zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o. o., a w następstwie tego wybranie wymienionego konsorcjum do realizacji części zamówienia – zadania 1 - rejon A, przez uznanie, że jest to najkorzystniejsza oferta, spełniająca wymogi SIWZ i ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podniósł niżej przedstawione okoliczności.

1) Zamawiający nie zweryfikował dokumentów potwierdzających doświadczenie wymagane przez SIWZ oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań (referencji) przedłożonych przez konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo - Łódź Sp. z o. o. celem ustalenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów. W SIWZ część II pkt 3 i 4 oraz część IV pkt 9.7 i 9.8 zamawiający ustalił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest zrealizowanie przez wykonawcę co najmniej jednego zadania w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, trwającego co najmniej przez 6 kolejnych miesięcy i polegającego na konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych oraz wymianie co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej w tym okresie. Zrealizowane zadanie należało ująć w załączniku nr V i załączyć dokument potwierdzający, że zadanie to zostało wykonane należyście. Z analizy załącznika nr V – wykaz zadań zrealizowanych przez wykonawcę i załącznika nr VI wykaz zadań kierownika budowy oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań (referencji) przedłożonych przez konsorcjum wynika, że nie posiada ono doświadczenia i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań (referencji) wymaganych w SIWZ. W załączniku nr V konsorcjum wykazało w pkt I, że w okresie od 18.12.2005 r. do 23.12.2005 r. wymieniło 5 sztuk zwrotnic, natomiast w pkt 2, że w okresie od stycznia 2008 r. do grudnia 2008 r. wykonało roboty dotyczące bieżącego utrzymania, konserwacji oraz naprawy sieci torowo tramwajowej, sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic. Informacje te wskazują, że wymiana zwrotnic miała miejsce w innym terminie niż robót wymienionych w pkt 2 i nie była wykonywana w ramach "konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych". Wymiana zwrotnicy w ramach "konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych" występuje w odmiennych warunkach, niż to ma miejsce przy remontach

rozjazdów tramwajowych i wynika to także, między innymi z wymogów zawartych w SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wzór umowy). Różnica ta polega między innymi, na bardzo krótkim czasie przeznaczonym na wykonanie wymiany (brak możliwości wyłączenia komunikacji zbiorowej i konieczności wykonania prac tylko w porze nocnej, w czasie krótkiej przerwy w kursowaniu tramwajów). Roboty związane z wymianą zwrotnicy są wykonywane bez możliwości wyłączenia sieci trakcyjnej oraz przy jedynie ograniczonej komunikacji drogowej, inaczej niż to ma miejsce w czasie wykonywania remontów. Pociąga to za sobą konieczność przygotowania zaplecza robót innego niż przy robotach remontowych oraz użycie także odpowiedniego sprzętu, który będzie mógł pracować pod czynną siecią trakcyjną i nie będzie utrudniał ruchu w komunikacji drogowej. W przypadku wymiany zwrotnicy tramwajowej w ramach "konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych" odbiór techniczny jest jednocześnie odbiorem ostatecznym i nie ma możliwości, tak jak to ma miejsce przy robotach remontowych, dokonywania poprawek po odbiorze wstępnym, gdyż musiało by to się wiązać z wstrzymaniem komunikacji zbiorowej. Jak wynika z powyższego wykonawca prowadzący wymianę zwrotnicy w ramach "konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych" winien posiadać doświadczenie w wykonywaniu tego typu wymiany, aby zapewnić bezpieczeństwo pracownikom i należyte wykonanie zadania.

Niespełnienie wymagań dotyczących doświadczenia wymaganego w SIWZ potwierdzają referencje z dnia 6.03.2009 r. wystawione przez Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, w których określając zakres wykonanych robót nie ujęto wymiany zwrotnic w ramach zadania "bieżące utrzymanie, konserwacja oraz naprawy sieci torowo tramwajowej (w tym torowisk wydzielonych jak i wbudowanych w jezdnię oraz rozjazdów), sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic". Natomiast, jak wynika z referencji, wyszczególniona w niej "wymiana rozjazdów torowych" dokonana była w ramach innego zadania, to jest "w ramach prac remontowych" i nie wchodziła w zakres "bieżącego utrzymania, konserwacji oraz napraw". Ponadto wymiana pojedynczej zwrotnicy wymaga innego doświadczenia i umiejętności niż wymiana całego rozjazdu i jest zadaniem innym organizacyjnie jak i również czasowo (w bardzo krótkim czasie należy zwrotnicę "wpasować" w eksploatowane torowisko). Należy też stwierdzić, że w pkt 2 załącznika nr V nie wskazano lokalizacji wymienionej zwrotnicy zgodnie z treścią nagłówka wpisanego w tabeli, co świadczy o niewykonaniu wymiany zwrotnicy w ramach "bieżącego utrzymania, konserwacji oraz napraw." W związku z powyższym konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z częścią IV pkt. 9.7 SIWZ, tj. że w okresie kolejnych sześciu miesięcy zrealizowało jedno zadanie, polegające na konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych zlokalizowanych na terenie miejskim oraz wymianie co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej. Konsorcjum nie przedłożyło również referencji

potwierdzającej należyte wykonanie robót dotyczących wykonania zadania "konserwacja zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych." Referencje z dnia 6.03.2009 r. wystawione przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi potwierdzają wyłącznie, że wymiana rozjazdów tramwajowych wykonana w ramach prac remontowych nastąpiła w sposób nie budzący zastrzeżeń. Co do pozostałych robót Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o. ujętych w referencji, wystawiający ją nie ustosunkował się. Nie potwierdził należytego wykonania całości robót i miejsca wykonania konserwacji zwrotnicy.

2) Zamawiający określił, że do oferty należy dołączyć dokument wg załącznika nr VI, z którego będzie wynikać, że wskazany przez wykonawcę kierownik robót drogowych pełnił funkcję kierownika budowy na zadaniu zrealizowanym w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, trwającym przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy i obejmującym konserwację torów i zwrotnic tramwajowych oraz wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej. W załączniku nr VI, część 1 tabeli Konsorcjum wpisało taką samą treść jak w pkt 2 załącznika nr V i dodało wyrazy " oraz wymiana zwrotnic." Wyszczególnionym zadaniem jest "bieżące utrzymanie, konserwacja oraz naprawy sieci torowo tramwajowej (w tym torowisk wydzielonych jak i wbudowanych w jezdnię oraz rozjazdów), sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic" potwierdzone przez referencje z dnia 6.03.2009 r. wystawione przez Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, w których określając zakres wykonanych robót nie ujęto wymiany zwrotnic w ramach tego zadania. Z wymienionych faktów jednoznacznie wynika, że osoba wskazana na kierownika robót drogowych nie spełnia wymagań określonych w SIWZ tj. nie pełniła funkcji kierownika budowy, przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy na zadaniu obejmującym konserwację torów i zwrotnic tramwajowych oraz wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej na terenie miejskim. Należy też wskazać, że załącznik nr VI wypełniony przez konsorcjum nie wskazuje, mimo istnienia takiego obowiązku miejsca lokalizacji torowisk i wymienionej zwrotnicy.

3) SIWZ postawiła również przyszłemu wykonawcy robót wymagania w zakresie potencjału technicznego. W załączniku nr VIII – „wykaz sprzętu niezbędnego do wykonania zadania,” w pkt 5 należało wykazać się posiadaniem pojazdu z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych. Ma to związek z poz. 76 załącznika III A, gdzie w zestawieniu kosztów zadania należało wskazać wartość robót dotyczących odśnieżania torowisk tramwajowych pługiem samojezdnym, przystosowanym do jazdy po torze tramwajowym. Konsorcjum wykazało we wskazanym załączniku, że dysponuje wymienionym sprzętem. Ponieważ w punkcie 13 formularza oferty konsorcjum nie złożyło oświadczenia, że

"przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, " to potwierdziło tym samym, że jest właścicielem pług do odśnieżania torowisk tramwajowych. Ponieważ stroną konsorcjum wnoszącą doświadczenie w robotach konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych jest Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o. o., to należy także przypuszczać, że jest właścicielem sprzętu specjalistycznego wykazanego w załączniku nr VIII. Zamawiający ma wiedzę, że na terenie aglomeracji miasta Łodzi torowiska tramwajowe mają inny prześwit (tzw. "wąskie tory") niż torowiska we Wrocławiu, które mają szerszy rozstaw szyn. Ponieważ pług do odśnieżania torowisk tramwajowych jest bardzo specjalistycznym sprzętem, a zarazem trudno dostępnym (protestujący przygotowując się do przetargu nie mógł nigdzie w Polsce poza Wrocławiem takiego urządzenia kupić lub wydzierżawić), zamawiający winien sprawdzić czy konsorcjum jest właścicielem takiego urządzenia i czy jest ono jednocześnie przystosowane do odśnieżania torowisk wydzielonych o "prześwicie" jak torowiska we Wrocławiu.

W przypadku nie spełnienia wymagań, zamawiający był zobowiązany zastosować art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1-3. W myśl art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jak z powyższego wynika wykluczenie z postępowania niespełniającego warunków wykonawcy jest czynnością obligatoryjną. Zamawiający przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania i zaniechanie uznania złożonej przez nie oferty za odrzuconą, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 art. 24 ust. 1 pkt. 10 i art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający na równych prawach ocenił ofertę wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który warunków tych nie spełnia. Konsorcjum nie spełnia postawionych w części IV pkt. 9.7. i 9.8. SIWZ warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone, bez konieczności wzywania do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie to Zamawiający wystosował do wybranego konsorcjum w dniu 19 marca 2009 r. Konsorcjum w wyznaczonym terminie nie przedstawiło dokumentów poświadczających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu, a złożona przez nie oferta winna być uznana za odrzuconą. Odwołujący powołał się na wyżej wymienione okoliczności oraz fakt, że jego oferta jest druga, pod względem wysokości zaoferowanej ceny, czym uzasadnił doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2009 r. w dniu 08.04.2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiło konsorcjum firm: Zakład Sieci

i Zasilania Sp. z o.o. z Wrocławia i Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu i utrzymanie wyboru jego oferty.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. doręczonym w tej samej dacie, zamawiający oddalił protest w całości, uznając go niezasadnym.

W uzasadnieniu swego stanowiska, zamawiający podał:

Ad. 1. Wymienione w załączniku nr V – „wykaz zadań zrealizowanych przez wykonawcę” – bieżące utrzymanie, konserwacja oraz naprawa sieci torowo tramwajowej (w tym torowisk wydzielonych jak i wbudowanych w jezdnię oraz rozjazdów) sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic, z terminem realizacji od 01.2008 r. do 12.2008 r. oraz załączone referencje potwierdzają wykonywanie prac polegających na bieżącym utrzymaniu, konserwacji oraz naprawach: sieci torowej tramwajowej (w tym torowisk wydzielonych jak i wbudowanych w jezdnię oraz rozjazdów), sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów, sterowań i ogrzewania zwrotnic tramwajowych, jednak nie wskazują bezpośrednio na wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej w trakcie trwania danego zadania. Ponadto wykonawca nie wskazał w ofercie wybranego okresu kolejnych 6 miesięcy, w których zrealizował wymagane prace. Dlatego też zamawiający zwrócił się pismem do wykonawcy z prośbą o podanie ww. okresu oraz wyjaśnienie, czy w zakres zadania nr 2 wchodziła wymiana minimum 1 zwrotnicy. W odpowiedzi otrzymanej w dniu 23.03.2009 r. (w terminie wskazanym przez zamawiającego) wykonawca wyjaśnił, iż zadanie to obejmowało również wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej w okresie co najmniej 6 kolejnych miesięcy trwania zadania. Dlatego też zamawiający uznał, iż wskazane przez wykonawcę w ofercie (zał. nr V) zadanie nr 2 spełnia warunek uczestnictwa w postępowaniu.

Ad. 2. Warunkiem udziału w postępowaniu dla kierownika robót, określonym przez zamawiającego w części II pkt 4 SIWZ było pełnienie funkcji kierownika budowy na co najmniej jednym zadaniu przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy, zrealizowanym w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia lub będącego w trakcie realizacji, obejmującym konserwację torów i zwrotnic tramwajowych oraz wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej na terenie miejskim (z wyjątkiem zajezdni tramwajowej). Wykonawca wybrany wskazał dla kierownika robót to samo zadanie, które przedstawił w poz. 2 w załączniku nr V, zrealizowane dla Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Wobec powyższego wskazane zadanie dla kierownika robót spełnia warunek uczestnictwa w postępowaniu.

Ad. 3. Zamawiający stwierdził, że nie był zobowiązany zwracać się do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający dysponowanie pojazdem

z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać jedynie wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Pełnomocnik konsorcjum oświadczył w formularzu oferty, iż wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wypełnił załącznik nr VIII do oferty - wykaz sprzętu, w którym wymienił pług wymagany przez zamawiającego do realizacji powyższego zamówienia. Zamawiający nie miał podstaw, aby zwracać się do wykonawcy o jakiegokolwiek wyjaśnienia lub uzupełnienia w tej kwestii. Zamawiający stwierdził, że w świetle przedstawionego uzasadnienia oddalenia protestu, nie zachodziły przesłanki, aby wykluczyć wybranego wykonawcę z postępowania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 24 kwietnia 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały potrzymane wraz z wnioskami o uwzględnienie żądań odwołującego w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o.,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący powtórzył argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zarzutów protestu, ponownie wskazał, iż posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż istnieje możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem jest to oferta druga pod względem wysokości zaoferowanej ceny, a cena jest jedynym kryterium oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty odwołującego, oferty konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o. o., pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta odwołującego, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

Izba stwierdziła, że warunki formalne, określone w art. 187 ust. 4 Pzp, związane z wniesieniem środków ochrony prawnej zostały dotrzymane, wobec czego sprawa podlegała merytorycznemu rozpoznaniu.

Na część pierwszą zamówienia – zadanie 1 rejon A, wpłynęły 2 oferty;

Spółdzielni Pracy Robót Komunikacyjnych SPOLBUD z Wrocławia z ceną brutto – 12 467 847,46 zł., Konsorcjum firm: Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o., z ceną brutto – 10 205 612,99 zł., wybraną jako najkorzystniejszą.

Zgodnie z postanowieniami części VIII pkt 10 jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena. Z tych względów, odwołujący wykazał interes prawny, w sytuacji gdy odwołanie dotyczy zarzutów przeciwko wybranej ofercie.

Termin składania ofert upłynął w dniu 17 marca 2009 r., okres związania ofertą wynosi 60 dni. Według oświadczenia zamawiającego, oferty pozostają zabezpieczone wadium.

W zakresie podniesionych zarzutów protestu, utrzymanych w odwołaniu, będących zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp przedmiotem rozpoznania, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące wymagania.

Część II SIWZ – warunki udziału w postępowaniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

pkt 3. zrealizowali minimum jedno zadanie w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie lub są w trakcie realizacji przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy, polegające na konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych zlokalizowanych na terenie miejskim (z wyjątkiem zajezdni) oraz wymianie co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej w tym okresie,

pkt 4 a) dysponują kierownikiem robót drogowych, który pełnił funkcję kierownika budowy na co najmniej jednym zadaniu zrealizowanym w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, lub będącego w trakcie realizacji, trwającym, przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy i obejmującym konserwację torów i zwrotnic tramwajowych oraz wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej na terenie miejskim (z wyjątkiem zajezdni),

pkt 5 posiadają następujący sprzęt w ilości co najmniej: lit a) jedną sztukę pojazdu z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych.

W części IV SIWZ – sposób przygotowania oferty, zamawiający wymagał:

pkt 9.7 wykazu co najmniej jednego zadania zrealizowanego przez wykonawcę w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie lub będącego w trakcie realizacji przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy, polegających na konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych zlokalizowanych na terenie miejskim (z wyjątkiem zajezdni) oraz wymianie co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej w tym okresie, wg załącznika nr V wraz z dokumentem potwierdzającym, że zadanie to zostało wykonane należycie.

W kolumnie 1 załącznika nr V należało podać: nazwę zamówienia, szczegółowy opis robót – konserwacja zwrotnic i torowisk tramwajowych, lokalizacja torowisk i wymienionej zwrotnicy), w kolumnie 2 nazwę i adres zlecającego, w kolumnie 3 termin rozpoczęcia i zakończenia,

pkt 9.8 wykazu co najmniej jednego zadania zrealizowanego w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie lub będącego w trakcie realizacji przez co najmniej 6 kolejnych miesięcy, na którym wskazany kierownik robót drogowych pełnił funkcję kierownika budowy. Zadanie winno obejmować konserwację torów i zwrotnic tramwajowych oraz wymianę co najmniej jednej zwrotnicy tramwajowej na terenie miejskim (z wyjątkiem zajezdni) wg załącznika nr VI. Treść tego załącznika zawiera takie same dane jak załącznika nr V,

pkt 9.11 „wykaz sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia” wg załącznika nr VIII, wymagał podania w poz. 5 ilości sztuk posiadanych pojazdów z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych (minimum 1 sztuka),

pkt 9.12 w przypadku gdy narzędzia będą udostępniane przez inne podmioty niż wykonawca składający ofertę, pisemne zobowiązanie tych podmiotów do udostępnienia wymienionego sprzętu.

W załączniku nr V (str. 54 oferty) wybrane konsorcjum podało w pkt 1, że w okresie od 18.12.2005 r. do 23.12.2005 r. wymieniło 5 szt. zwrotnic, natomiast w pkt. 2, że w okresie od stycznia 2008 r. do grudnia 2008 r. wykonało roboty dotyczące bieżącego utrzymania, konserwacji oraz naprawy sieci torowo tramwajowej, sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic. Wykazane zadania zostały wykonane na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Do wykazu zostały dołączone referencje z dnia 13.06.2007 r., potwierdzające należyte wykonanie przez MPK Łódź Sp. z o.o. remontów torów tramwajowych, sieci trakcyjnej obejmujące w punkcie 14 wymianę 5 zwrotnic podanych w punkcie 1 załącznika nr V (str. 55 oferty). W referencjach z dnia 6.03.2009 r. ZDiT w Łodzi

poświadcza wykonanie robót przez MPK Łódź Sp. z o. o. w okresie od 2005 r. do chwili obecnej w ramach umowy Nr 18/93 (wraz z aneksami), prowadzonych na terenie Łodzi, polegających na bieżącym utrzymaniu, konserwacji oraz naprawy sieci torowej, sieci trakcyjnej, napędów, sterowań ogrzewania zwrotnic, Ponadto na zlecenie ZDiT w Łodzi MPK – Łódź Sp. z o.o. w 2008 r. dokonywała w ramach prac remontowych przewidzianych umową 18/93 wymiany rozjazdów torowych, w sposób nie budzący zastrzeżeń (str. 58 oferty).

Wybrane konsorcjum w załączniku nr VI podało jako kierownika budowy p. Tadeusza K. (str. 59 oferty), gdzie zostało wskazane zadanie dotyczące bieżącego utrzymania, konserwacji oraz naprawy sieci torowo tramwajowej, sieci trakcyjnej tramwajowej, napędów sterowań i ogrzewania zwrotnic oraz wymiana zwrotnic, na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, to samo zadanie co w pozycji 2 załącznika V.

W załączniku Nr VIII (str. 75 oferty), wybrane konsorcjum w poz. 5 wskazało iż dysponuje jednym pojazdem z pługiem do odśnieżania torowisk tramwajowych.

Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2009 r. wezwał Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z Wrocławia jako lidera wybranego konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o jednoznaczne wskazanie wybranego okresu 6 kolejnych miesięcy w okresie ostatnich 5 lat, w których realizowane były roboty potwierdzające spełnianie warunku kwalifikacyjnego określonego w punkcie 3 części II SIWZ – wykonawca musiał konserwować zwrotnice i zabudowane torowiska tramwajowe, zlokalizowane na terenie miejskim oraz wymienić co najmniej jedną zwrotnicę tramwajową w okresie kolejnych 6 miesięcy. W zakreślonym terminie do dnia 23 marca 2009 r. lider konsorcjum – Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. zakwestionował żądanie takiego wyjaśnienia, jako nie odnoszącego się do treści oferty. Dodał, że zamawiający żąda wskazania okresu 6 miesięcy, gdy specyfikacja pozwala wskazać okres co najmniej 6 miesięcy, co prowadzi do żądania zmiany treści złożonego dokumentu, załączonego do oferty. Okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy, to w ocenie konsorcjum, okres 6 kolejnych miesięcy oraz każdy okres dłuższy niż 6 miesięcy biegnący bez przerwy. Wybrany wykonawca wyjaśnił, że w dokumencie dołączonym do oferty – załączniku nr V wskazał okres od 1 stycznia 2008 r. do 31 grudnia 2008 r. jako okres, w którym zrealizował co najmniej jedno zadanie polegające na konserwacji zwrotnic i zabudowanych torowisk tramwajowych, zlokalizowanych na terenie miejskim, z wyjątkiem zajezdni tramwajowych oraz wymianie co najmniej jednej zwrotnicy w tym okresie, jak również powołał się, iż przedstawił dokumenty, poświadczające ten stan rzeczy.

Izba zważyła co następuje.

Do ad.1. Według załącznika nr 1 do SIWZ – „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” – do konserwacji torowisk należy między innymi wymiana zwrotnic, pkt E – awaryjna konserwacja torów ma nastąpić niezwłocznie, nie później niż 2 godziny od zgłoszenia. Roboty związane z konserwacją torów mają być wykonywane w okresie całej doby we wszystkie dni tygodnia. Zlecenie na konserwację torów będzie wykonawcy przekazywane (poza awariami) z trzydniowym wyprzedzeniem. W odpowiedzi na pytanie nr 4 z 9 marca 2009 r. zamawiający wyjaśnił, że jeżeli zaistnieje potrzeba zamówienia np. zwrotnic to termin wykonania zlecenia będzie uwzględniał czas niezbędny do zakupu potrzebnych materiałów. Jak wykazało postępowanie dowodowe, pojęcie „rozjazdów” obejmuje: zwrotnice, krzyżownice oraz szyny łączące zwrotnicę z krzyżownicą. Głównymi elementami zwrotnic są: iglice, opornice oraz nastawcze napędy zwrotnicowe. W sytuacji gdy wybrany wykonawca w poz. 2 załącznika nr V deklaruje, iż wykonywał bieżące utrzymanie, konserwację oraz naprawę sieci torowo trakcyjnej – tramwajowej, czyli pełen zakres obsługi tej sieci (w tym torowisk wydzielonych, wbudowanych oraz rozjazdów), oznacza to w ocenie Izby, iż w skład tych czynności w odniesieniu do rozjazdów, wchodziła wymiana zwrotnic, zgodnie z udzielonym wyjaśnieniem z dnia 23 marca 2009 r. Bezpośrednie doświadczenie przy wymianie zwrotnic w ramach prac remontowych, konsorcjum wykazało w poz. 1 wykazu nr V, podając konkretne miejsca lokalizacji wymiany 5 sztuk zwrotnic, wykonanych na zlecenie Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi w 2005 r. Referencje z dnia 13 czerwca 2007 r. potwierdzają należyte wykonanie robót remontowych torów tramwajowych sieci trakcyjnej i urządzeń zasilania trakcji (w tym zwrotnic) wykonanych w 2005 r. W referencjach z dnia 6 marca 2009 r. Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi poświadcza, że Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o. o., uczestnik wybranego konsorcjum od 2005 r. do chwili obecnej w ramach umowy z dnia 30 kwietnia 1993 r. (wraz z aneksami) prowadzi na terenie Łodzi prace bieżącego utrzymania, konserwacji i naprawy sieci torowej, trakcyjnej, napędów, sterowań i ogrzewania zwrotnic tramwajowych. W ramach tej samej umowy, wymienione przedsiębiorstwo dokonywało wymiany rozjazdów w 2008 r., prace zostały wykonane w sposób nie budzący zastrzeżeń. Skoro partner wybranego konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź, Sp. z o. o., od 1993 r. do chwili obecnej zajmuje się kompleksową obsługą funkcjonowania sieci i trakcji tramwajowej w aglomeracji Łódzkiej, co poświadczają dołączone do oferty dokumenty, należy przyjąć, że przedstawione doświadczenie zawodowe tego wykonawcy i jego potencjał techniczny, jest stosowny do przedmiotu zamówienia, jak stanowi art. 25 ust. 1 Pzp oraz, że wybrany wykonawca jest zdolny wykonywać zamówienie we właściwy sposób. Wymiana zwrotnic (jako elementu rozjazdów), w przedmiotowym zamówieniu następuje w ramach bieżącej obsługi i

konserwacji. Strony wyjaśniły, że w Łodzi obowiązuje inna organizacja tych prac i wymiana zwrotnic jest dokonywana na podstawie umowy ramowej kompleksowej, jako roboty remontowe. Nie wyklucza to w ocenie Izby, że wybrane konsorcjum posiada doświadczenie przy wymianie zwrotnic, prowadzonej w warunkach utrzymania ruchu tramwajowego i kołowego. Załącznik nr V nie zawęża wykazania konserwacji czy wymiany zwrotnicy, jedynie do prac wykonywanych w ramach awaryjnej czy planowanej naprawy torów, wymiany zwrotnic z utrzymaniem ciągłości ruchu. Liczy się doświadczenie wykonawcy nabyte przy realizacji prac związanych z konserwacją i naprawami rozjazdów w tym zwrotnic, mające dawać rękojmię, że wykonawca wywiąże się z umowy. W wykazie nie było wymogu, aby wykonawca ujął jedynie roboty wykonywane przy czynnym ruchu tramwajowym i przy ograniczonym lokalnie ruchu drogowym. Konsorcjum Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Miejskie Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o.o. złożyło dla wykazania doświadczenia zawodowego, dokument zgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zlecający Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi poświadczył należyte wykonanie robót referencyjnych. W piśmie z dnia 23 marca 2009 r. wykonawca wyjaśnił, że w wymienionym okresie, to jest w 2008 r. w ramach prowadzonych prac dla ZDiT, wykonał co najmniej jedną wymianę zwrotnicy, to znaczy zlokalizowaną na terenie sieci tramwajowej w Łodzi. Zamawiający wymagał przedstawienia jednego dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie robót ujętych w załączniku nr V. Konsorcjum przedstawiło dwie referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówień. Referencje nie są dokumentem sformalizowanym co do ich treści, z samego sformułowania „referencje” wynika, że polecają danego wykonawcę innym zleceniodawcom do wykonywania określonego typu prac, a więc należy rozumieć, iż potwierdzenie należytego wykonania robót odnosi się do wszystkich pozycji wymienionych w tych referencjach. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że nie zamierzał on ograniczać dostępu do zamówienia innym wykonawcom, którzy są w stanie zrealizować je właściwie, tylko ze względu na specyfikę organizacji prac we Wrocławiu, obejmującą w ramach bieżącego utrzymania sieci tramwajowej, wymianę zwrotnic. Przy tak rozumianym warunku, tylko odwołujący, który dotychczas zajmował się konserwacją sieci tramwajowej we Wrocławiu mógłby sprostać wymaganiom. Nałożenie więc tego rodzaju ograniczeń godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Do ad. 2. W załączniku nr VI wybrane konsorcjum, zgodnie z wymaganiami podało osobę p. Tadeusza K. na stanowisko kierownika budowy, podając iż pełnił funkcję kierownika budowy przy realizowaniu zamówienia, na rzecz Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, w okresie od 01.2008r do 12.2008 r., obejmującego utrzymanie, konserwację oraz naprawy sieci torowo tramwajowej, sieci trakcyjnej, napędów sterowań, ogrzewania zwrotnic, z

zaznaczeniem wprost wymiany zwrotnic. Oznacza to dokładne spełnienie wymagań, jakie w tym zakresie ustanowił zamawiający w SIWZ. Zamawiający nie zaznaczył, iż lokalizacja ma obejmować wskazanie dokładnego położenia wymienianej zwrotnicy, zatem podanie jej w obrębie konserwowanej sieci tramwajowej w Łodzi jest wystarczające. Zamawiający nie oczekiwał, iż do wykazu doświadczenia kierownika budowy, będą dołączone referencje, stąd zastrzeżenia odwołującego, w kontekście treści referencji ZDiT w Łodzi z 26.03.2009 r. i sprzeczności zapisu z pozycją 2 wykazu nr V, nie znajdują uzasadnienia. Wybrany wykonawca wyjaśnił, iż w skład robót podanych w poz. 2 załącznika V wchodziła wymiana zwrotnicy.

Do ad. 3. W załączniku nr VIII wybrane konsorcjum oświadczyło, że dysponuje pojazdem z pługiem do odśnieżania wydzielonych torowisk tramwajowych, nie podało, że sprzęt ten należy do innego podmiotu. Wbrew zarzutom odwołującego, zamawiający nie miał żadnych podstaw żądania od konsorcjum wyjaśnienia jakiej szerokości pługiem dysponuje, oraz do żądania wykazania, iż pług stanowi własność wykonawcy. W myśl rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakim te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), zamawiający może jedynie żądać dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, między innymi wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi. Jedynie, gdy wykonawca wskaże, iż będzie dysponował sprzętem należącym do innych podmiotów, wówczas zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3a powołanego rozporządzenia, zamawiający może żądać przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń. Katalog dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty i zamawiający nie może oczekiwać innych dokumentów niż przewidziane w powołanym rozporządzeniu. Nie może też żądać dokumentów, w sytuacji, gdy przepis nie daje takich podstaw. Oświadczeń innych podmiotów, dotyczących udostępniania potencjału (narzędzi, sprzętu oraz osób) można żądać jedynie, gdy wykonawca zaznaczy taką opcję w odpowiednim wykazie. Wybrane konsorcjum nie podało, iż zamierza korzystać z obcego sprzętu. Odwołujący nie wykazał dowodami, że wybrane konsorcjum nie posiada odpowiedniego pługa do odśnieżania wydzielonych torowisk. Strony były zgodne co do tego, że „szerokie tory” jak we Wrocławiu występują w innych miejscowościach np. Toruniu, Elblągu, Gorzowie, stąd wybrany wykonawca może posiadać taki sprzęt na swoim wyposażeniu.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutów stawianych zamawiającemu, naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1–3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4 Prawa zamówień

publicznych. Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia konsorcjum firm: Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Sp. z o. o. z postępowania i odrzucenia złożonej oferty. Z tych względów wybór oferty konsorcjum do realizacji 1 części zamówienia, na konserwację torów i zwrotnic tramwajowych rejon A, nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania reguł uczciwej konkurencji, określonych art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....