

**Sygn. akt KIO/UZP 580/08**

**WYROK**  
**z dnia 26 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Izabela Kuciak**  
**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu rozprawie w dniu 26 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Torowy Sp. z o. o., Wrocław, ul. Ołbińska 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Wrocław, ul. Długa 49** protestu z dnia 26 maja 2008 roku.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Wrocław, ul. Długa 49**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Torowy Sp. z o. o., Wrocław, ul. Ołbińska 25,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Wrocław, ul. Długa 49** na rzecz **Zakładu Torowego Sp. z o. o., Wrocław, ul. Ołbińska 25,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Torowego Sp. z o. o., Wrocław, ul. Ołbińska 25.**

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

Zamawiający Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Konserwację zwrotnic tramwajowych z napędem elektrycznym na terenie miasta Wrocławia”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.03.2008 roku pod numerem 62417-2008.

W dniu 19.05.2008 roku Zakład Torowy Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu otrzymał informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej i z zachowaniem terminu ustawowego (dnia 26.05.2008) złożył protest. Protestujący zarzucił Zamawiającemu

zaniechanie czynności oceny i sprawdzenia wiarygodności referencji Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o. o. (ZSZ) oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty ZSZ i w następstwie uznanie złożonej przez ZSZ oferty za najkorzystniejszą. Protestujący podniósł, że z referencji złożonych wraz ofertą przez ZSZ nie wynika spełnienia przez niego warunku w zakresie doświadczenia a Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do wszystkich zarzutów podniesionych przez Protestującego w proteście z dnia 5.05.2008 roku. Ponadto Protestujący oświadczył, że Zamawiający mimo uznania protestu zaniechał należytej weryfikacji referencji ZSZ zadowolając się wyłącznie wyjaśnieniami z dnia 14.05.2008 roku. Podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) Protestujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie ZSZ do uzupełnienia referencji, odrzucenia oferty ZSZ w przypadku nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 5.06.2008 roku oddalając go. W uzasadnieniu wskazał, że ZSZ spełnia warunek określony w cz.II pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Referencje wskazane przez ZSZ w zał. Nr VII do oferty poz. 3, a dotyczące robót konserwacyjno-remontowych na obiektach Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o. o. we Wrocławiu (MPK) – konserwacji zwrotnic ryglowanych 12 szt., potwierdzają należyte wykonanie zadania. Tym samym ZSZ zrealizował w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zadania obejmujące konserwację zwrotnic tramwajowych z napędem elektrycznym, na terenie miejskim w okresie co najmniej 6 kolejnych miesięcy. Zamawiający wskazał na pismo z dnia 26.11.2003 roku zawierające wykaz zwrotnic oraz informujące MPK, że nieprawidłową pracę zwrotnic elektrycznych należy zgłaszać do pogotowia firm P.W. Bisek i ZSZ.

Na tej podstawie Zamawiający przyjął, że przekazanie zwrotnic Protestującemu nie nastąpiło w dacie sporządzenia notatki, która ponadto zawierała informację, że wymienione w niej 1 zwrotnice w ul. P. Skargi – Kołłątaja – Teatralnej zostaną przekazane w uzgodnionym terminie. ZSZ wykazał konserwację w okresie kolejnych 6 miesięcy, gdyż termin 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania przypada na 27.03.2003 roku i od tej daty do dnia 26.11.2003 roku upływa 8 miesięcy. Za nietrafny uznał Zamawiający również zarzut iż, ZSZ nie wykonywał napraw konserwacyjnych polegających na spawaniu pęknięć, napawaniu ubytków lub wymiany iglicy oraz nie dokonywał przeglądów zwrotnicy polegających na ocenie parametrów torowiska w zwrotnicy celem uniknięcia wykolejenia, gdyż czynności te nie stanowią przedmiotu zamówienia i są udzielane na podstawie osobnych zleceń.

Czynności polegające na czyszczeniu zwrotnic ZSZ potwierdził w piśmie z dnia 13.05.2008 roku (wyjaśnieniach do oferty).

Wobec powyższego z zachowaniem terminu ustawowego i warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu Zakład Torowy Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponawiając zarzuty i żądania protestu Odwołujący się wywiódł, że przedłożone przez niego dowody w sposób jednoznaczny wskazują, że ZSZ nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie doświadczenia, a prace przy zwrotnicach ryglowanych dotyczące części elektrycznej napędów mógł on wykonywać incydentalnie w przypadku awarii, co nie daje podstaw do przyjęcia, że były to prace konserwacyjne wykonywane w ciągu kolejnych 6 miesięcy. Odwołujący się podniósł, że w okresie wskazanym przez Zamawiającego istniało 7 a nie 12 szt. zwrotnic tramwajowych z napędem elektrycznym ryglowanych i były one konserwowane przez Odwołującego się i P.W. Bisek. Zwrotnice te nie były wbudowane na terenie MPK ani nie były zarządzane przez MPK. Na podstawie ew. zawartej umowy ZSZ mógł konserwować jedynie „sterowanie elektryczne zwrotnic”, co nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego ustalonym w siwz. Odwołujący się podniósł, że wbrew rozstrzygnięciu protestu w części III pkt 2 i 4 siwz przewidział wykonanie objętych zarzutami protestu napraw konserwacyjnych. Odwołujący się podniósł ponadto, że „czyszczenie zwrotnic” w okresie od stycznia 2002 roku do grudnia 2004 roku wykonywały na podstawie zawartych umów wyłącznie Odwołujący się i P.W. Bisek. Odwołujący się wskazał również, że ZSZ nie wskazał w załączniku Nr VII lokalizacji konserwowanych zwrotnic oraz zakresu wykonywanych na nich prac a dowody przedłożone przez niego w proteście powinny spowodować żądanie przedłożenia dokumentów, na podstawie których zostały wystawione referencje. Zamawiający jako zarządca zwrotnic tramwajowych z napędem elektrycznym ryglowanym dysponuje wiedzą, że ZSZ nie wykonywał konserwacji zwrotnic w zakresie określonym w siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji w aktach sprawy oraz dokumentów złożonych jako dowody na rozprawie ustaliła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się złożył ofertę sklasyfikowana na drugiej pozycji i w razie potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w części II pkt 2 siwz ustanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy "zrealizowali w ciągu ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, zadania obejmujące konserwacje zwrotnic tramwajowych z napędem elektrycznym na terenie miejskim w okresie co najmniej 6 kolejnych miesięcy. Dla potwierdzenia spełniania tego warunku zgodnie z częścią IV pkt 9.8 siwz wykonawcy zobowiązani zostali do dołączenia do oferty stosownego wykazu zadań wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie (Załącznik Nr VII do oferty).

Wobec dokonanego wyboru oferty ZSZ Odwołujący się złożył pierwszy protest w dniu 5.05.2008 roku zawierający zarzuty podnoszone w rozpatrywanym obecnie odwołaniu. Zamawiający uwzględnił protest i pismem z dnia 12.05.2008 roku poinformował Odwołującego się, że powtórzy ocenę ofert. Pismem z dnia 12.05.,2008 roku Zamawiający wezwał ZSZ do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli żadne z przedstawionych wcześniej zadań nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że załącznik Nr VII nie wskazuje, które z zadań obejmowały utrzymanie w sprawności zwrotnic oraz czyszczenie.

ZSZ złożył w wyznaczonym terminie oświadczenie, że wymagany zakres prac zawierają referencje nr 2 i referencje nr 3 pkt 3. ZSZ nie dołączył żadnych dokumentów. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty ZSZ a w rozstrzygnięciu protestu poprzedzającego rozpatrywane odwołanie wyjaśnił, że uznał za wystarczające referencje nr 3 pkt 3 wystawione przez MPK wskazujące na konserwację zwrotnic ryglowanych 12 szt. Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że w jego ocenie 3 szt. zwrotnic ryglowanych spełnia postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający w obu rozstrzygnięciach protestu nie odniósł się merytorycznie do przedstawionych zarzutów. ZSZ mimo, że był prawidłowo wzywany przez Zamawiającego nie przystąpił do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Referencje wystawione przez MPK w dniu 29.03.2005 roku wskazujące w pkt 3 konserwację zwrotnic ryglowanych – 12 szt., które zostały uznane przez Zamawiającego, odnoszą się do wielu robót o charakterze konserwacyjno-remontowym i powinny być przedmiotem szczegółowego badania przez Zamawiającego w celu ustalenia potwierdzenia przez nie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał tego badania, mimo dwukrotnego

podniesienia przez Odwołującego się szczegółowych zarzutów popartych dowodami z dokumentów.

Wykaz i referencje złożone przez ZSZ nie wskazują lokalizacji zwrotnic, których dotyczą, zakresu wykonywanych na nich czynności oraz okresu w jakim były one wykonywane.

Dowody załączone przez Odwołującego się wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, że trzy zwrotnice, które wg oświadczenia Zamawiającego potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez ZSZ, położone na ulicach: Piotra Skargi – Kołłątaja, Piotra Skargi – Teatralna, Teatralna – Piotra Skargi, były od chwili ich wbudowania konserwowane przez P.W. Bisek (dowody: Nr 1, 5 i 9 załączone do protestu).

Bezsporna jest okoliczność, że ZSZ odpowiadał w pewnym zakresie za elementy elektryczne napędów bocznic, nie ma jednak podstaw do przyjęcia, że czynności te wyczerpują zakres konserwacji bocznic. Pojęcie konserwacji obejmuje zwyczajowo, co zostało bezspornie potwierdzone przez strony na rozprawie: utrzymanie zwrotnic w sprawności, czyszczenie zwrotnic w okresie letnim i zimowym, przeglądy, konserwację i bieżące utrzymanie napędu oraz sprawdzanie stanu technicznego. Z okoliczności, że ZSZ musiał wyłączyć zasilanie w celu umożliwienia napraw, nie sposób domniemywać, że sam tych napraw dokonywał. Zarówno „Potwierdzenie odbioru instrukcji obsługi zwrotnic produkcji ZUE SA Kraków” z dnia 20.11.2003 roku, jak i notatka z dnia 20.11.2003 roku dotycząca budowy przy ul. Jedności Narodowej nie stanowią dowodu na twierdzenie przeciwne do twierdzenia Odwołującego się, tzn. że to Odwołujący się a nie ZSZ odpowiadał za konserwację wskazanych przez Zamawiającego zwrotnic. Informacji na poparcie twierdzeń Zamawiającego nie można wywieść z treści składanych przez niego dokumentów (brak odniesienia do zwrotnic uznanych przez Zamawiającego). Wskazywane w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego pismo z dnia 26.11.2003 roku zawiera informację, że ZSZ ma zostać poinformowany przez P.W. Bisek i Odwołującego się jako gwarant w stosunku do wymienionych zwrotnic, jedynie w przypadku, gdy pracownicy tych wykonawców stwierdzą, że nie są w stanie usunąć powstałych usterek. Jest to spójne z wyjaśnieniami Odwołującego się przedstawionymi na rozprawie dotyczącymi zakresu czynności ZSZ w stosunku do zwrotnic.

Powyższe koreluje z bezspornie ustalonymi na rozprawie okolicznościami, że MPK na podstawie umowy zawartej z Gminą Wrocław zarządzało siecią trakcji tramwajowej i wyłaniało wykonawcę, którego zadaniem było utrzymanie w sprawności urządzeń elektrycznych (konserwacja, remonty sieci kablowych, sieci trakcyjnych i linii kablowych, utrzymania podstacji trakcyjnych i automatów elektrycznych zwrotnic i ogrzewania zwrotnic) służących w utrzymaniu komunikacji tramwajowej. Zatem w ocenie Izby referencje z dnia 29.03.2005 roku dotyczyć mogą wyłącznie elementów elektrycznych napędów zwrotnic i w tym zakresie twierdzenia Odwołującego się znajdują pełne oparcie w materiale dowodowym

sprawy. Czynności te nie wyczerpują pojęcia konserwacji. Zważyć należy, że ZSZ wezwany do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie poparł swoich twierdzeń o zakresie wykonywanych czynności w stosunku do zwrotnic wskazanych w referencji wystawionej przez MPK żadnym dowodem. Własne oświadczenie wiedzy ZSZ nie może stanowić dowodu na twierdzenie przeciwne do popartej dowodami tezy Odwołującego się.

Art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 Pzp. Prace poświadczane przez MPK nie odpowiadają co do zakresu wymaganiom Zamawiającego i nie potwierdzają spełnienia postawionego przez niego w części II pkt 2 siwz warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Izba stwierdza, że Zamawiający formułując wskazany warunek udziału w postępowaniu ustalił, że wymaga realizacji zadań (liczba mnoga) polegających na konserwacji, zatem wykonawcy zobowiązani zostali do wykazania minimum dwóch zadań. Zamawiający uznając spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez ZSZ na podstawie jednej referencji naruszył ustalone przez siebie w siwz warunki.

Przez zaniechanie wykluczenia ZSZ z postępowania i uznania złożonej przez nie oferty za odrzuconą Zamawiający nie tylko dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 4 Pzp ale naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający na równych prawach ocenił ofertę wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który warunków tych nie spełnia.

ZSZ nie spełnia postawionego w Części II pkt 2 siwz warunku udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone z postępowania, bez konieczności wzywania go do uzupełnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie to Zamawiający wystosował do ZSZ w dniu 12.05.2008 roku. ZSZ w wyznaczonym terminie nie przedstawił dokumentów poświadczających spełnianie warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu a złożona przez nie oferta podlega uznaniu za odrzuconą.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oraz nakazując dokonanie przez Zamawiającego czynności na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp nie zasądzając kosztów pełnomocnika Odwołującego się z uwagi na brak przedłożenia rachunku.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*