

Sygn. akt: KIO/UZP 1584 /09

WYROK
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Kazimierza Sobaniak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak, Zawoja 1970, 34-222 Zawoja** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Rejon Dróg Wojewódzkich w Myślenicach, ul. Drogowców 2, 32-400 Myślenice** protestu z dnia 9 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **EUROVIA POLSKA S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Kazimierza Sobaniak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak, Zawoja 1970, 34-222 Zawoja i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Kazimierza Sobaniak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak, Zawoja 1970, 34-222 Zawoja,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Kazimierza Sobaniak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak, Zawoja 1970, 34-222 Zawoja.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Rejon Dróg Wojewódzkich w Myślenicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich Województwa Małopolskiego -drogi administrowane przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Myślenicach w sezonie 2009/2010 z podziałem na zadania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 164-237967 w dniu 27 sierpnia 2009 r.

W dniu 7 października 2009r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6 i 7, złożonej przez Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielaniach Wrocławskich.

Kazimierz Sobaniak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak z siedzibą w Zawoi wniósł protest dotyczący powyższej czynności zarzucając jednocześnie zaniechanie przez zamawiającego:

- 1) wykluczenia z postępowania Eurovia Polska S.A na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust 1 pkt 10, art. 24 ust 2 pkt 2, art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp,
- 2) odrzucenia oferty ww. firmy wskutek wykluczenia z postępowania,
- 3) odrzucenia oferty ww. firmy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1, pkt 2, pkt 8 Pzp,

Wykonawca wniósł w proteście o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie Eurovia Polska S.A skutkującego odrzuceniem oferty lub odrzucenie oferty Eurovia Polska S.A. oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania w części zad. nr 6 i 7.

Podniósł, że treść oferty złożonej przez Eurovia Polska S.A nie odpowiada treści siwz oraz oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została podpisana przez osobę nie uprawnioną. Treść pełnomocnictwa załączonego do oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. W treści pełnomocnictwa wskazano jako jego zakres tj. roboty budowlane, które nie stanowią przedmiotu zamówienia. Pełnomocnictwo nie zawiera pieczęci kancelarii adwokackiej poświadczającej zgodność ze stanem faktycznym.

Ponadto, w ofercie Eurovia Polska S.A brak jest potwierdzenia zapłaty wadium przetargowego na zadanie nr 6 i 7. Wykonawca załączył potwierdzenie przez bank przyjęcia transakcji do dyspozycji z dnia 24.09.2009r. godz.11.42. Wymagane kwoty wadium nie znalazły się na koncie zamawiającego w przewidzianym w siwz terminie tj. do 25.09.2009r godz. 9.30, co stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy.

Eurovia Polska S.A nie wykazała także wymaganego doświadczenia zawodowego. Referencja zamieszczona na stronie 48 oferty jest wadliwa, gdyż dotyczy prac wykonanych w okresie nie spełniającym wymagań określonych w siwz. Referencja ze strony 42 oferty dotyczy prac o wartości 222 757,22 zł brutto, a w świetle cen zaoferowanych na zadanie 6 i 7 przez tego wykonawcę usługa powyższa nie odpowiada wartością usług stanowiącej przedmiot zamówienia. Referencja ze strony 41 oferty dotyczy okresu od 11.2005 do IV.2008 r., z którego można uznać tylko okres 2006/2007 i 2007/2008. Przyjmując wartość 1 290 170,61 zł brutto za 3 lata można uwzględnić proporcjonalnie wartość usług za dwa lata. Wartość ta jest niższa od łącznej ceny oferty złożonej przez EUROVIA POLSKA S.A (932 054,27 zł brutto) na 2 zadania, a zatem nie potwierdza spełniania warunku w zakresie wartości. Wykonane usługi nie odpowiadają również rodzajem przedmiotowi zamówienia,

ponieważ w zadaniach nr 6 i 7 występuje tylko drugi standard utrzymania. Eurovia Polska S.A nie wykazała wykonania zadań w tym standardzie.

Eurovia Polska S.A. przystąpiła do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający oddalił protest. Wyjaśnił, iż wymagane wadium zostało zaksięgowane na rachunku zamawiającego w dniu 24.09.2009r. o godz. 17:41 tj. przed terminem składania ofert. Wskazał, iż w siwz nie wymagał wykonania ZUD w określonym standardzie, ani o określonej wartości. Na potwierdzenie spełnienia warunku wymagano wykazu wykonanych usług zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. 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). Złożony przez wykonawcę "Wykaz usług" oraz referencje potwierdzają spełnianie warunku tj. wykonanie ZUD na długości co najmniej łącznie 10 km na drogach powiatowych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Załączone referencje wystawione przez Zarząd Dróg Powiatowych w Bielsku Białej dla EUROVIA POLSKA SA (str. 42 oferty) oraz Wykaz dróg do zadania nr 2 potwierdzają wykonanie usług ZUD w roku 2008 na długości znacznie przekraczającej 10 km na drogach powiatowych.

W ocenie zamawiającego złożone w ofercie pełnomocnictwo prawidłowo umocowuje pełnomocnika do reprezentowania Eurovia Polska S.A. w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne tj. na dostawy, usługi i roboty budowlane, a do zawarcia umów tylko w zakresie umów na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej 5.000.000,00 PLN.

Kazimierz Sobaniak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe "DROGBUD" inż. Kazimierz Sobaniak wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Eurovia Polska SA jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 6 i nr 7, powtórzenia oceny ofert, odrzucenia oferty Eurovia Polska SA i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację z protestu. Podkreślił, że oferta Eurovia Polska S.A. jest niezgodna z ustawą oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów wskazując art. 103 § 1, art. 104 i art. 106 Kodeksu cywilnego, a w treści pełnomocnictwa nie ma mowy o dostawach lub usługach - wymieniono tylko roboty budowlane.

Odwołujący podniósł, że z załączonego do rozstrzygnięcia protestu dokumentu nie wynika, iż wadium zostało zaksięgowane na rachunku zamawiającego w dniu 24.09.2009r. o godz. 17.41, a jedynie - obciążenie rachunku zleceniodawcy. Nie jest to tożsame

z uznaniem rachunku zamawiającego, a ponadto zaksięgowanie kwot wadium przed upływem terminu nie było możliwe z punktu widzenia technicznego.

Odwołujący podkreślił brak spełnienia przez Eurovia Polska S.A. warunku doświadczenia, złożenie przez Eurovia Polska S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz brak złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że warunek postawiony w siwz w zakresie doświadczenia musi być oceniany jako adekwatny do przedmiotu zamówienia zarówno co do rodzaju, jak i wartości wykonanych prac. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 581/06, stwierdził, że zamawiający jest zobowiązany zachować szczególną dbałość o wybór kontrahenta w drodze zamówienia publicznego, stąd wymagania mu stawiane powinny określać poziom, który gwarantuje prawidłowe wykonanie zawartej w następstwie umowy. Realizacja tego obowiązku następuje między innymi w drodze przedstawienia wykazu, o jakim mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mają być składane (. ..), które wprost wskazuje, że dotychczas wykonane dostawy mają odpowiadać dostawom objętym zamówieniem zarówno co do rodzaju, jaki i wartości.

Wykonawca Eurovia Polska S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która uzyskała drugą pozycję w kryterium - najniższa cena. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub którego oferta podlega odrzuceniu.

Izba uznała za nietrafny zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., która została podpisana przez osoby nieumocowane do dokonania tej czynności w imieniu wykonawcy.

W ofercie Eurovia Polska S.A. złożono pełnomocnictwo z dnia 18 czerwca 2009 r. udzielone przez Prezesa Zarządu Spółki jako pełnomocnictwo łączne Andrzejowi G. i Hubertowi J. „do reprezentowania mocodawcy, ubiegającego się o samodzielnie lub wspólnie z innym/i wykonawcą/wykonawcami w postępowaniach przetargowych o zamówienie publiczne i prywatne oraz do zawierania umów na realizację zadań obejmujących roboty budowlane – o wartości nieprzekraczającej kwoty: 5 000 000,00 zł.” W dalszej treści szczegółowo wskazano, że pełnomocnictwo w ramach reprezentowania wykonawcy w określonym wyżej zakresie upoważnia pełnomocnika m.in. do „podpisania, parafowania i złożenia ofert, w tym ofert przetargowych”. Termin ważności pełnomocnictwa określono do dnia 31 grudnia 2009 r.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, iż powyższe pełnomocnictwo upoważnia łącznie wskazane w nim osoby do podpisania i złożenia oferty w imieniu Eurovia Polska S.A. w niniejszym postępowaniu. Słusznie wskazał odwołujący, że treść pełnomocnictwa należy odczytywać w całości. Pierwsza część pełnomocnictwa określa ogólny zakres reprezentacji - rodzaje czynności oraz ich zakres przedmiotowy. Pełnomocnictwo umocowuje pełnomocnika (łącznie dwie osoby) do następujących rodzajów czynności: do reprezentowania mocodawcy w postępowaniach przetargowych o zamówienie oraz do zawierania umów. Spójnik „oraz” łączy opisy dwóch różnych rodzajów czynności. W ocenie Izby, poprzez wskazanie maksymalnej wartości robót budowlanych zakres pełnomocnictwa został ograniczony tylko w przedmiocie umocowania do zawierania umów na roboty budowlane – tylko do wartości nieprzekraczającej 5 000 000,00 zł. Ograniczenie powyższe nie dotyczy czynności reprezentowania wykonawcy w postępowaniu przetargowym. W powyższym zakresie reprezentacji omawiane pełnomocnictwo umocowuje w dalszej swej treści do poszczególnych czynności, w tym do podpisania i złożenia oferty.

W tych okolicznościach, Izba uznała, że złożone w ofercie Eurovia Polska S.A. pełnomocnictwo upoważnia wskazane w nim osoby do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu dotyczącym usług zimowego utrzymania dróg - w konsekwencji oferta została podpisana przez pełnomocnika (łącznie dwie osoby) prawidłowo umocowanego do tej czynności.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. z postępowania z powodu nie wniesienia wadium.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt III.10 zamawiający wymagał załączenia do oferty dowodu wpłaty wadium. Zgodnie z pkt VII.1 składając ofertę wykonawcy byli zobowiązani wnieść wadium przetargowe na czas równy okresowi związania ofertą w wysokości: zadanie nr 6 - 5.000,00 PLN, zadanie nr 7 - 3.600,00 PLN. Zgodnie z pkt VII.5 tiret pierwsze - w przypadku wadium w formie pieniężnej - należało je wnieść przelewem na konto zamawiającego w Kredyt Banku SA III O/Kraków na wskazany numer rachunku do dnia 25 września 2009 r. do godz. 9.30 oraz zamieścić w ofercie potwierdzenie dokonania przelewu. Zamawiający wskazał, że terminem wniesienia wadium jest data i godzina zaksięgowania kwoty wadium na koncie zamawiającego.

Wykonawca załączył do oferty (str. 60, 61 oferty) dowody dokonania w dniu 24 września 2009 r. o godz. 11.42 operacji polecenia przelewu na numer konta zamawiającego odpowiednio na kwotę 5 000,00 zł i 3 600,00 zł tytułem wadium, ze wskazaniem nazwy postępowania o udzielenie zamówienia, dla zadania nr 6 i 7. W ocenie Izby, potwierdzenie przyjęcia transakcji do dyspozycji przez bank spełnia wymagania specyfikacji w zakresie potwierdzenia dokonania przelewu przez wykonawcę. Składając ofertę wykonawcy nie byli zobowiązani do wykazania, że środki wpłynęły na konto zamawiającego. Sprawdzenie czy środki faktycznie wpłynęły na rachunek bankowy przed upływem terminu określonego w specyfikacji, jako termin składania ofert, stanowi obowiązek zamawiającego. W toku postępowania zamawiający przedstawił dowody, w formie wydruku z rachunku, potwierdzające wpływ przelewu od Eurovia Polska S.A. na wskazany rachunek bankowy w dniu 24 września 2009 r. o godz. 17:41 tj. przed upływem terminu określonego w specyfikacji. Powyższa okoliczność została jednoznacznie potwierdzona także przez bank w zaświadczeniu z dnia 28 października 2009 r. Izba uznała, że brak czterech cyfr w numerze rachunku wskazanym w treści ww. zaświadczenia stanowi przeoczenie – oczywistą omyłkę pisarską i nie ma wpływu na wartość merytoryczną tego dowodu. Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca nie wniósł wadium w wymaganym terminie. Ze złożonych dokumentów wynika, że środki w dniu 25 września o godz. 9.30 znajdowały się na rachunku zamawiającego i pozostawały w jego dyspozycji, co należy uznać za wystarczające z punktu widzenia celu instytucji wadium, którym jest zabezpieczenie złożonej oferty. Wymóg dotyczący zaksięgowania na koncie zamawiającego, jak słusznie wskazał zamawiający oznacza wpływ środków na rachunek, co jest zgodne z dyspozycją przepisu art. 45 ust. 7 Pzp. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek wskazany przez zamawiającego i jest na tym rachunku przechowywane przez zamawiającego (ust. 8 ww. przepisu), wobec czego odmienna interpretacja nie jest dopuszczalna.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. pomimo, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie przedstawił oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W pkt II.1.b.1 siwz zamawiający postawił wykonawcom warunek dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia: „wykażą się wykonaniem ZUD na długości co najmniej łącznie 10 km na drogach krajowych, wojewódzkich lub powiatowych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. Zgodnie z pkt III.6 siwz na potwierdzenie spełnienia w/w warunku należało złożyć w ofercie: "Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych, usług zimowego utrzymania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie - zał. nr 4 siwz (jako potwierdzenie warunku zapisanego w pkt. II.1.b.1 siwz)".

W ocenie Izby, odwołujący przedstawił błędną interpretację ww. warunku, opierając się wybiórczo - jedynie na fragmencie opisu dokumentu - Wykaz usług - zawartego w pkt III.6 siwz. Odwołujący, ze sformułowania „usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania...” wywodził, iż należało wykazać się wykonaniem usług o II standardzie, opisanych w siwz, Specyfikacji Technicznej i załączniku nr 1 jako przedmiot zamówienia, których wartość jest porównywalna z wartością przedmiotu zamówienia.

Warunek doświadczenia w niniejszym postępowaniu został określony jednoznacznie i jasno w pkt II.1.b.1 siwz. Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, że wykonali usługę ZUD (zimowego utrzymania dróg) na długości co najmniej łącznie 10 km na drogach krajowych, wojewódzkich lub powiatowych w okresie ostatnich 3 lat ... przed wszczęciem postępowania. W treści warunku zamawiający nie określił minimalnej wartości wykonanych usług, ani wymaganego standardu. Zawarty w pkt. III.6 siwz opis Wykazu wykonanych usług również nie określa wymaganej wartości usług ani standardu utrzymania dróg. Zawiera natomiast wyraźne wskazanie, że Wykaz jest wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunku opisanego w pkt II.1.b.1 siwz. W świetle powyższego, usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, potwierdzające

wymagane przez zamawiającego doświadczenie wykonawcy, to wykonanie zimowego utrzymania dróg (ZUD) na długości co najmniej łącznie 10 km na drogach krajowych, wojewódzkich lub powiatowych..

Spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w treści siwz podlega ocenie stosownie do zawartych w nim wymagań. Wykładni podlegają tylko treści niejednoznaczne lub budzące wątpliwości. Zauważyć należy, że skoro zamawiający nie podał w treści warunku kwoty wymaganej wartości usług wykonanych ani nie określił rodzaju standardu usług utrzymania dróg, to brak jest podstaw, aby domniemywać wymaganą wartość na podstawie np. zaoferowanej ceny usług lub też kwoty podanej przez zamawiającego tuż przed otwarciem ofert, co podnosił odwołujący. W pierwszym przypadku warunek byłby de facto inny dla każdego z uczestników postępowania, co stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Drugi przypadek nie jest możliwy do przyjęcia, gdyż treść warunku (także co do wartości wykonanych usług) musi być znana wykonawcom przed terminem składania ofert, aby mogła zostać następnie uwzględniona przez wykonawców w ofercie.

Na potwierdzenie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu Eurovia Polska S.A., w złożonym w ofercie Wykazie usług, przedstawiła trzy usługi zrealizowane dla Zarządu Dróg Powiatowych w Bielsku-Białej. Usługa wskazana w poz. nr 3 nie była brana pod uwagę przez zamawiającego z powodu jej realizacji w okresie wcześniejszym niż trzy lata przed wszczęciem postępowania. Warunek określony w specyfikacji spełnia natomiast usługa wskazana w pozycji 2 i 3 Wykazu. Zgodnie z informacjami zawartymi przez wykonawcę w Wykazie dróg złożonym w ofercie długość odcinków dróg, na których wykonywano powyższe usługi przekracza znacznie 10 km na drogach powiatowych. Wykonawca złożył w ofercie referencje Zarządu Dróg Powiatowych w Bielsku –Białej (pismo z dnia 30 października 2008 r.), potwierdzające należyte wykonanie wskazanych usług. Zarówno treść Wykazu usług jak i Wykazu dróg oraz treść referencji są spójne i nie budzą wątpliwości. Wykaz dróg stanowi uzupełnienie treści Wykazu usług w zakresie informacji co do standardu usług i kilometrażu dróg, na których wykonywano wskazane usługi. Dokument ten nie może być pominięty przy ocenie spełniania warunku doświadczenia. Zamawiający nie określił jednoznacznie w specyfikacji w jaki sposób należało wykazać długość dróg, na których świadczone usługi zimowego utrzymania, zatem stosowne informacje mogły być podane w dowolnej formie.

Izba podziela w całości stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 9 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 581/06 przywołane w odwołaniu. Obowiązek i odpowiedzialność za zapewnienie wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i prawidłowej realizacji zamówienia spoczywa na zamawiającym stosownie do przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych. Podkreślić jednak należy, że treść warunków

udziału w postępowaniu jest określana w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu umożliwienia wykonawcom oceny swojej zdolności do udziału w postępowaniu i w efekcie do prawidłowego wykonania zamówienia. W ustawowych terminach wykonawcy mają możliwość wpływania na treść postanowień siwz w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie Pzp. Na etapie oceny ofert zarówno zamawiający, jak i wykonawcy, którzy złożyli oferty są związani treścią warunków - podaną w ogłoszeniu i specyfikacji. Kwestionowanie przez wykonawcę adekwatności treści warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia, na etapie oceny ofert, należy uznać za spóźnione.

Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, by zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. z postępowania. Twierdzenie, iż Eurovia Polska SA złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania nie zostało ani uzasadnione ani tym bardziej udowodnione przez odwołującego w toku postępowania. Stosownie do art. 6 k.c. ciężar dowodu, w tym zakresie, spoczywa na odwołującym.

Wobec dokonanych wyżej ustaleń Izba nie stwierdziła, iż oferta złożona przez Eurovia Polska SA jest niezgodna z ustawą lub jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Omówione okoliczności sprawy uzasadniały oddalenie odwołania. Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....