

Sygn. akt: KIO/UZP 1283/08

WYROK
z dnia 27 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu ~~Aw-dniach~~* 25 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AD-DOM s.c. Andrzej Szuman i Włodzimierz Kasprzak, 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**PKP Intercity**” S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17 protestu ~~/protestów~~* z dnia 23 października 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża „PKP Intercity” S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **AD-DOM s.c. Andrzej Szuman i Włodzimierz Kasprzak, 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez „**PKP Intercity**” S.A., **02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** na rzecz **AD-DOM s.c. Andrzej Szuman i Włodzimierz Kasprzak, 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AD-DOM s.c. Andrzej Szuman i Włodzimierz Kasprzak, 60-352 Poznań, ul. Grunwaldzka 55.**

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

Zamawiający – „PKP Intercity” S.A. prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „kompleksowa usługa utrzymania w czystości pasażerskiego taboru kolejowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 11 października 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 198-263044.

Dnia 23 października 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawa Pzp: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 23, art. 25 ust. 1, art. 27, art. 41 pkt 7.

Odwołujący się podnosi, iż w Rozdziale, pkt 1 SIWZ postawiono warunek udziału w postępowaniu polegający na wykonaniu „1 pracy - zamówienia w zakresie czyszczenia (sprzątnia) taboru szynowego (pasażerskiego) o wartości 500.000 zł brutto.” Tak postawiony warunek w sposób nieuprawniony narusza wynikający z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust.

2 ustawy Pzp wymóg przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Warunek ten, nie dopuszcza bowiem, do ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie, jednakże nie zakończyli jeszcze wykonywanych umów. Tymczasem należy zwrócić uwagę na to, że przepisy rozporządzenia 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 mają być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), dalej Rozporządzenie, przewidują złożenie wykazu wykonanych lub wykonywanych usług. Powoływanie się przez wykonawców na umowy będące w trakcie realizacji - wykonywane jest możliwe w przypadku, gdy przedmiotem umowy są świadczenia okresowe lub ciągłe. Usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania niewątpliwie mieszczą się w tej kategorii. Przy czym, Odwołujący się podkreśla, że ograniczenie to jest nieuzasadnione. Wykonawcy, którzy należycie wykonują usługi sprzątania przez okres kilku lat, a wartość tych usług przekracza próg 500.000 zł mają wystarczające doświadczenia, aby wykonywać te usługi również dla Zamawiającego. Jednocześnie ta grupa wykonawców jest pozbawiona możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie tylko dlatego, że zamówienia są w trakcie realizacji.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy mają przedstawić dokument wymieniony w pkt 6 Załącznika nr 12 do SIWZ, tj. wykaz zrealizowanych zamówień w zakresie sprzątania i czyszczenia pasażerskiego taboru szynowego wykonywanego w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Nazwa tego dokumentu nie jest zgodna z opisaniem w Rozdziale II, pkt 1, ppkt 1 SIWZ wymogiem w zakresie doświadczenia, bowiem Zamawiający wymaga wykonania 1 pracy - zamówienia w zakresie czyszczenia taboru szynowego, natomiast dokument wymieniony w pkt 6 Załącznika nr 12 do SIWZ ma potwierdzać dodatkowo, że była to usługa sprzątania i czyszczenia oraz, że dotyczyła taboru pasażerskiego. Rozbieżność ta powinna być usunięta poprzez zmianę treści Rozdziału II, pkt 1, ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający wymaga posiadania i przedstawienia polisy ubezpieczeniowej "w wysokości równoważnej kwocie 1 miliona zł". Zdaniem Odwołującego się, zapis ten jest nieprecyzyjny, ponieważ nie wyjaśnia, czy chodzi tu o sumę ubezpieczenia, a ponadto nie wskazuje wg jakich kursów należy dokonywać przeliczenia walut obcych na złotówki.

W Rozdziale II, pkt 1, ppkt 9 SIWZ postanowiono warunek polegający na posiadaniu przez wykonawców certyfikatu potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia lub równoważny dokument potwierdzający jakość świadczonych usług. W opinii Odwołującego się, powyższy warunek jest nieprawidłowy. Certyfikat ma potwierdzać, "że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem

zamówienia". Jednakże Zamawiający nie określił jakie konkretnie wymogi jakościowe mają zostać potwierdzone przez certyfikat. W konsekwencji wykonawcy nie wiedzą jakiego certyfikatu oczekuje Zamawiający. Taki nieprecyzyjny zapis powoduje że nie jest możliwe dokonanie obiektywnej oceny spełniania warunku, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia, Zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, ale tylko wtedy, gdy Zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Co prawda Zamawiający może żądać również innego dokumentu niż określony w Rozporządzeniu, jednakże żądanie certyfikatu musi być, w świetle art. 25 ustawy Pzp, uzasadnione w tym sensie, że każdy żądany dokument powinien potwierdzać wymogi określone przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie odwołuje się do jakiegokolwiek systemu zapewniania jakości - nie precyzuje w tym zakresie swoich wymagań. Stąd też, żądanie certyfikatu należy uznać za bezcelowe i niepotrzebne do przeprowadzenia postępowania. Certyfikat bowiem nie potwierdzi wymogów Zamawiającego, ponieważ Zamawiający takich wymogów nie postawił. Tym samym żądanie certyfikatu prowadzi do naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który pozwala Zamawiającemu żądać określonych dokumentów tylko wtedy, gdy są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Analogiczne stanowisko wyraził Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych w swojej opinii, w której stwierdza m.in, że "przy formułowaniu takiego typu wymagań (dot. wymogów jakościowych) zamawiający musi pamiętać, iż stawiane przez niego kryteria oceny spełniania warunków powinny być sformułowane w sposób obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, czy też potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego. Określone przez zamawiającego kryteria powinny zatem być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w Prawie zamówień publicznych, m.in. zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu. Wskazane zasady, uregulowane w art. 7 ustawy Pzp, zakazują zamawiającym faworyzowania oferentów i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym jego etapie, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia.". Potrzeby Zamawiającego w zakresie jakości świadczonych usług są zabezpieczone również poprzez postanowienia SIWZ, w tym projektu umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ). Stąd należy uznać, również z tego powodu, żądanie przedstawienia certyfikatu jest zbędne. W dokumentacji przetargowej Zamawiający określił, bardzo dokładnie swoje wymagania w zakresie sposobu realizacji i jakości usługi oraz przewidział odpowiednie procedury zapewniające kontrolę nad jakością usługi (Wyciąg z

Instrukcji Mw-8 dotyczącej zakresu pracy i bezpieczeństwa przy utrzymaniu w czystości wagonów osobowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, autobusów szynowych lokomotyw, Rodzaje i zakres czyszczeń wagonów osobowych, Zapotrzebowanie miesięczne na zabezpieczenie materiałów i środków czystości, Protokół zdawczo-odbiorczy oczyszczonych wagonów, Protokół zdawczo-odbiorczy przekazania grupy torów). Również w projekcie umowy zamieszczono szczegółowe postanowienia dotyczące jakości i sposobu realizacji usługi, m. in. postanowienia dotyczące harmonogramów, czasów czyszczenia, stosowanych środków czyszczących, postanowienia dotyczące odbioru, konsekwencji nienależytego wykonania usługi, postanowienia przyznające Zamawiającemu prawo kontroli jakości usług (w tym prawo poboru próbek), możliwość nieprzyjęcia czyszczenia, a także system kar umownych na wypadek nienależytego zrealizowania usługi. Powyższe dokumenty faktycznie tworzą system zapewnienia kontroli jakości wykonywania usługi na potrzeby przedmiotowego zamówienia, w związku z czym wymaganie certyfikatu potwierdzającego bliżej nie sprecyzowane wymogi jakościowe jest zbędne.

Zamawiający dopuszcza złożenie równoważnego dokumentu potwierdzającego jakość świadczonych usług. Jest to zapis nieprecyzyjny ponieważ nie zostało wyjaśnione co należy rozumieć pod pojęciem równoważności. Istnieje zatem obawa, że niektóre ze złożonych przez wykonawców dokumentów zostaną uznane za równoważne a inne nie, w oparciu o nieujawnione kryteria, co w sposób oczywisty prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W pkt III. 2.1.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale II, pkt 1, ppkt 2 SIWZ wymaga się przedstawienia referencji w zakresie czyszczenia taboru kolejowego. Zapis ten jest nieuzasadniony. Zgodnie z art. 25 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać dokumentów, o ile są potrzebne do przeprowadzenia postępowania. Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie 1 pracy - zamówienia w zakresie czyszczenia (sprzątnięcia) taboru szynowego (pasażerskiego) o wartości 500.000 zł brutto. Wykonanie tej usługi ma być potwierdzone przez złożenie wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 16 do SIWZ). Zgodnie z Rozporządzeniem do wykazu wykonanych lub wykonywanych usług dołącza się dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Dlatego też wymóg dotyczący referencji powinien odnosić się do postawionego warunku w zakresie doświadczenia, tj. referencje powinny dotyczyć tych prac, które wykonawcy wskażą w Załączniku nr 16 do SIWZ. Przy obecnym brzmieniu SIWZ można odnieść wrażenie, że referencje mogą dotyczyć innych usług. Należy więc dokonać w treści SIWZ zmian, które powiążą wymagane referencje ze stawianym warunkiem w zakresie doświadczenia oraz wykazem wykonanych usług. Ponadto, określenie „referencje”, chociaż powszechnie stosowane, jest pojęciem z języka potocznego i nie jest precyzyjne. Stąd też, należy w treści SIWZ doprecyzować

wymogi dotyczące tego dokumentu, posługując się sformułowaniem zawartym w przywołanym Rozporządzeniu.

Zamawiający w Rozdziale II, pkt 1, ppkt 4 SIWZ przewiduje, że warunki z pkt 1-3 wykonawcy wspólnie ubiegający o zamówienie mogą spełnić łącznie bądź co najmniej jeden z nich. Oznacza to, że w przypadku konsorcjum wymóg posiadania certyfikatu jakości dotyczy każdego z uczestników konsorcjum z osobna. Takie ukształtowanie warunków jest sprzeczne z istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie i stanowi naruszenie art. 23 ustawy Pzp. W tych okolicznościach - niezależnie od oceny, że wymóg żądania tego certyfikatu jest niezasadny i powinien być zniesiony – Odwołujący się wskazuje, że w przypadku nieuwzględnienia tego żądania i poprzestania jedynie na dokonaniu doprecyzowujących zmian wymogu przedstawienia certyfikatu, należy dopuścić jego złożenie przez jednego członka konsorcjum.

Opis sposobu oceny spełniania warunków zamieszczony w treści SIWZ jest nieprecyzyjny. Ocena ta ma odbywać się na podstawie dokumentów i oświadczeń wymienionych w Załączniku nr 12 do SIWZ. W załączniku tym wymaga się oświadczenia zgodnego z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp złożonego w formie Załącznika nr 14 do SIWZ. Jednakże Załącznik nr 14 do SIWZ nie odpowiada treści art. 22 ustawy Pzp, przez co niemożliwym jest spełnienie powyższego wymogu. Przy obecnym kształcie SIWZ, wykonawcy mogą złożyć albo oświadczenie zgodne z art. 22 ustawy Pzp albo oświadczenie w formie Załącznika nr 14 do SIWZ. Stąd też, Załącznik nr 14 do SIWZ wymaga dostosowania do art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W opisie sposobu oceny spełniania warunków brakuje określenia, że ocena ta będzie się odbywać na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Wg treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.2.1.3.5) oraz SIWZ (pkt 5, Załącznik nr 12) zaświadczenie z urzędu skarbowego lub ZUS ma potwierdzać, że wykonawca nie zalega ze zobowiązaniami. Odwołujący się podnosi, iż zaświadczenia te mogą potwierdzać, że wykonawca nie zalega z płatnością podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. Powyższe urzędy nie posiadają informacji o innych zobowiązaniach podmiotów gospodarczych. Zatem zapisy te powinny być dostosowane do treści Rozporządzenia.

Dokument polisy, którego wymaga się w pkt 7 Załącznika nr 14 do SIWZ, nie odpowiada wymaganiom z treści Rozdziału II, pkt 1, ppkt 3 SIWZ, nie wymaga się bowiem, aby z dokumentu wynikał odpowiedni okres ważności polisy. Powyższa rozbieżność powinna zostać usunięta.

W rozdziale IV SIWZ, nie wyjaśniono znaczenia skrótów „K min” oraz „K bad”. Nie wskazano również czy ocenie będzie podlegać cena brutto i czy cena ta jest tożsama z wynikającą z formularza ofertowego pozycją: cena miesięczna - wartość brutto. Ze względu na wagę i znaczenie tych postanowień, powinny zostać one doprecyzowane i sformułowane w sposób jednoznaczny.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa utrzymania w czystości pasażerskiego taboru kolejowego. Mimo to w projekcie umowy używa się zarówno określenia "usługi", jak i "dzieło". Powyższa rozbieżność powinna zostać zlikwidowana poprzez zastąpienie wyrazu "dzieło" wyrazem „usługa” w treści projektu umowy (§ 1 ust. 4, § 2 ust. 3-5, § 4 ust. 2 i 4). Zgodnie z brzemieniem art. 750 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c., do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Skoro zatem przepisy kodeksu cywilnego przesądzają, iż w istocie mamy do czynienia z umową zlecenia, niecelowe i niepoprawne wydaje się stosowanie nomenklatury, która mogłaby stwarzać wrażenie, iż w wyniku udzielenia zamówienia publicznego zostanie zawarta umowa o dzieło.

Pomiędzy opisem warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania zamieszczonymi w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zachodzą rozbieżności, np. w ogłoszeniu nie wymienia się dokumentu polisy oraz wykazu wykonanych usług. Ogłoszenie i SIWZ powinny być ze sobą zgodne. Jednocześnie braki ogłoszenia w tym zakresie stanowią naruszenie art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie zawierają pełnego opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania. Konieczne jest zatem, dokonanie zmiany w tym przedmiocie.

SIWZ nie zawiera opisu sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami, czego wymaga art. 27 ustawy Pzp. Odwołujący się wniósł o określenie sposobu porozumiewania się i dopuszczenie formy faksowej.

W związku z powyższym, Odwołujący się wniósł o ponowne sporządzenie lub modyfikację Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął w terminie, zaś brak przedmiotowego rozstrzygnięcia, na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, uznaje się za jego oddalenie.

W dniu 7 listopada 2008 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, podtrzymując zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący się wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu jego interes prawny może

doznać uszczerbku, gdyż nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia w oparciu o zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W Rozdziale II SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny spełniania przedmiotowych warunków. I tak w pkt 1, ppkt 1 Zamawiający postanowił, że do przetargu mogą przystąpić wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną pracę – zamówienie w zakresie oczyszczania taboru szynowego o wartości 500 000,00 zł brutto. Odwołujący się wobec brzmienia treści przedmiotowego warunku zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zarzuty zasługują na uwzględnienie. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia, na potwierdzenie, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych usług, w określonym przedziale czasowym. Stwierdzić również należy, że z całą pewnością usługi będące przedmiotem zamówienia, należą do kategorii świadczeń okresowych. W tych okolicznościach żądanie Zamawiającego, ograniczające się jedynie do wykazu usług, które zostały zrealizowane, nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów Rozporządzenia i stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad wyrażonych w ustawie Pzp, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ograniczanie kręgu podmiotów, które mogą świadczyć przedmiotową usługę powoduje, że dostęp do niniejszego zamówienia jest ograniczony, mimo iż nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Wykonawcy, którzy zrealizowali usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia posiadają porównywalne doświadczenie do tych, którzy są w trakcie ich realizacji, tym bardziej biorąc pod uwagę wymóg wartości świadczonych usług. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela więc poglądu Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż jedynie podmiot, który zrealizował określoną usługę legitymuje się należytych doświadczeniem. Przedmiotowe doświadczenie, o czym była mowa wyżej, niczym się nie różni. Zamawiający wydaje się nie odróżniać pojęcia doświadczenia od potwierdzenia należytego wykonania usługi. W opinii Zamawiającego, jedynie wykonane zamówienie daje rękojmię posiadania należytego doświadczenia. Tymczasem zdobycie doświadczenia nie zawsze jest uwarunkowane wykonaniem zamówienia (świadczenia ciągłe i okresowe), zaś odrębną kwestią jest potwierdzenie należytego wykonania usługi.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku, Zamawiający żąda wykazu zrealizowanych zamówień w zakresie sprzątnięcia i czyszczenia pasażerskiego taboru szynowego wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (Załącznik nr 12 do SIWZ, pkt 6). W tym kontekście Odwołujący się podnosi, iż zachodzi

sprzeczność między warunkiem a treścią dokumentu żadanego na jego potwierdzenie. W istocie pogląd ten należy uznać za trafny. W warunku mówi się bowiem o oczyszczaniu taboru szynowego, zaś wykaz zrealizowanych zamówień ma obejmować inny przedmiot zamówienia (węższy do pierwotnie wskazanego), sprzątanie i czyszczenie pasażerskiego taboru szynowego. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że warunek, w żadnym razie, nie może być doprecyzowany przez wykaz dokumentów, które należy złożyć na jego potwierdzenie. Inny jest bowiem cel obu instytucji. Opisanie warunku udziału w postępowaniu ma na celu umożliwienie udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy są zdolni wykonać zamówienie. Zaś w oparciu o dokumenty, weryfikowana jest okoliczność spełniania określonego warunku. Jak z powyższego wynika, utworzenie przez Zamawiającego katalogu dokumentów wymaganych, stanowi wskazanie rodzaju tych dokumentów (zgodnie z Rozporządzeniem), jeśli zaś powołuje się ich merytoryczną treść to taką, która odpowiada opisowi warunku. Na marginesie należy zauważyć, że przedmiot wykazu pozostaje również w sprzeczności z treścią referencji, jakie wykonawca zobowiązany jest przedstawić (pkt 1, ppkt 2, Rozdział II SIWZ).

Wśród kolejnych wymagań Zamawiającego, znajduje się obowiązek posiadania certyfikatu potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia lub równoważny dokument potwierdzający jakość świadczonych usług (Rozdział II, pkt 1, ppkt 9 SIWZ). W istocie, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W § 3 ust. 1 Rozporządzenia zostały wymienione jedynie przykłady dokumentów, stąd Zamawiający może żądać również dokumentów spoza przedmiotowego katalogu, jednakże jest ograniczony treścią przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wymagać jedynie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Niezależnie od powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że przedmiotowy wymóg w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego nie może się ostać. Zamawiający formułując swoje wymagania musi czynić to w sposób precyzyjny i jasny, nie pozostawiając miejsca na dowolność i arbitralne decyzje. Zwrócić należy bowiem uwagę, że Zamawiający nie określił, kto ma być wystawcą przedmiotowego certyfikatu, czy też dokumentu równoważnego, nie wiadomo również jaki dokument będzie uznany za dokument równoważny w stosunku do certyfikatu. Ponadto, przedmiotowy dokument ma potwierdzać spełnianie określonych wymogów jakościowych. Jakkolwiek jest możliwe stwierdzenie świadczenia usług według pewnych norm jakościowych, to jednak niezbędne jest określenie przedmiotowych norm. Ze stwierdzenia „określone wymogi jakościowe” nic bowiem nie wynika. Zamawiający zobowiązany jest zatem precyzyjnie określić, potwierdzenia jakich wymogów jakościowych oczekuje. Jest to niezbędne dla podmiotu,

który przedmiotowy dokument będzie sporządzał, dla wykonawcy, który musi mieć pewność, jakie są wymagania Zamawiającego i wreszcie dla samego Zamawiającego, który przedmiotowy wymóg powinien weryfikować w oparciu o ściśle określony dokument, który w swej treści jednoznacznie potwierdza spełnienie wymogu Zamawiającego. Tylko bowiem w takich warunkach nie zostanie naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Twierdzenia Zamawiającego, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż wystarczający jest jakikolwiek certyfikat, który potwierdzać będzie jakość świadczonych usług, nie mogą znaleźć uznania. W skrajnych wypadkach, mogłoby dojść do sytuacji, w której podmiot wystawiający referencje, sporządzi dokument o nazwie certyfikat lub chociażby świadectwo jakości i wobec brzmienia treści SIWZ, należałoby uznać, że dokument ten jest właściwy. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że tego rodzaju dokument jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Skoro więc, zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający może otrzymać zarówno dokumenty w postaci certyfikatu ISO, jak i dokumenty, na które wskazano powyżej (zbędne), to obowiązek dostarczenia certyfikatu lub innego równoważnego dokumentu, biorąc pod uwagę treść sformułowanego wymogu, należy uznać za bezcelowy.

W ppkt 4, pkt 1, Rozdziału II SIWZ, Zamawiający zawarł postanowienie dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, że warunki z pkt 1-3 musi spełniać, co najmniej jeden podmiot lub łącznie te podmioty. W ten sposób Zamawiający rozstrzygnął więc jedynie kwestię warunku, referencji i polisy, wyraźnie wskazując, że wystarczające jest spełnienie wymogów w tym przedmiocie przez jednego uczestnika konsorcjum. Nie wiadomo zaś, jakie oczekiwania Zamawiającego są w stosunku, chociażby do dokumentu certyfikatu. Sam Zamawiający, co przyznał na rozprawie, dostrzega, że na tym tle mogą rodzić się wątpliwości wykonawców. Trudno zatem przyjąć, że zastosowanie będzie miała zasada, która wynika z istoty konsorcjum, a mianowicie, że wystarczające będzie przedstawienie przedmiotowego dokumentu przez jednego uczestnika konsorcjum. Powyższe twierdzenie nie jest uzasadnione, tym bardziej, że w SIWZ Zamawiający wyraźnie ograniczył taką możliwość, do ściśle wskazanych okoliczności. Zatem w tym względzie, Zamawiający powinien swoją intencję, wprost zawrzeć w SIWZ.

W Rozdziale II, pkt 1, ppkt 2 SIWZ (odpowiednio pkt III.2.1.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający postanowił, iż wykonawcy zobowiązani są przedstawić „referencje w zakresie czyszczenia taboru szynowego z ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. Zgodzić się należy z Odwołującym się, iż żądanie dokumentu, który nie jest powiązany w swej treści z warunkiem, a co więcej z dokumentami żądanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest nieuzasadnione. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia, Zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw lub

usług, ale tylko tych dostaw czy usług, które zostaną przedstawione w wykazie sporządzonym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zaś dokument, o czym była mowa wyżej, pozostaje w korelacji z opisem warunku udziału w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym brak przedmiotowych powiązań, co może spowodować sytuację, w której zostaną wykazane przez wykonawców usługi, zgodne z żądaniem Zamawiającego, natomiast referencje mogą dotyczyć usług zupełnie innych, odrębnych od wykazanych usług. Stan taki jest niedopuszczalny, gdyż pozostaje w sprzeczności ze wskazaną regulacją Rozporządzenia, z dwóch powodów. Po pierwsze, Rozporządzenie zakazuje żądania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług lub dostaw innych niż te, które są objęte wykazem sporządzonym przez wykonawcę, po drugie celem przedmiotowego postanowienia jest potwierdzenie należytego doświadczenia w konkretnym zakresie, a nie w zakresie doświadczenia, które pozostaje w jakimkolwiek związku z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo należy zwrócić również uwagę, że jakkolwiek w rozumieniu potocznym pojęcie „referencje” oznacza list polecający, a więc list zawierający pozytywną opinię, to jednak niektóre słowniki (Słownik współczesnego języka polskiego, 1998 r.) podają, iż słowo to oznacza opinię zazwyczaj pozytywną i odnoszą ją wyłącznie do stosunków na rynku pracy. Stąd, konieczne jest zastąpienie przedmiotowego pojęcia określeniem nie budzącym wątpliwości (nawet w toku dokonywania wykładni gramatycznej) i zapewniającym urzeczywistnienie woli ustawodawcy w tym przedmiocie, który jednoznacznie zobowiązał do żądania dokumentów stwierdzających właściwą realizację zamówienia. Ustawodawca w cytowanym przepisie posługuje się wyrażeniem nie budzącym wątpliwości, a mianowicie „dokument potwierdzający, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie” i w tym zakresie Zamawiający powinien dokonać stosownej modyfikacji SIWZ.

Zamawiający dokona oceny spełniania warunków wymaganych od Wykonawców na podstawie złożonych dokumentów i oświadczeń, wymienionych w Załączniku nr 12 do SIWZ (Rozdział II, pkt 2, ppkt 1 SIWZ). Jak wynika z przedmiotowego Załącznika pkt 1 wśród wymaganych dokumentów znajduje się oświadczenie o treści zgodnej z dyspozycją art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, którego wzór stanowi Załącznik nr 14 do SIWZ. Powyższe obrazuje, że Zamawiający oczekuje posługiwania się dokumentami czy też oświadczeniami o treści ściśle przez niego określonej. Skoro tak, to niezbędne jest, aby treść wzorów przedmiotowych dokumentów była zgodna z przepisami w oparciu, o które została skonstruowana. W niniejszym stanie faktycznym wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie odpowiada treści przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem brak postanowień dotyczących posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Sytuacja taka może budzić wątpliwości wykonawców, co do tego, jaki dokument należy złożyć

w przedmiotowym postępowaniu. Z jednej bowiem strony Zamawiający żąda dołączenia oświadczenia zgodnego ze wskazanym przepisem, z drugiej jednak strony tworzy wzór dokumentu, który w swej treści nie odpowiada przedmiotowej regulacji, jednocześnie zobowiązując wykonawcę do skorzystania z projektu oświadczenia. Rozbieżność powyższa powinna być usunięta przez dokonanie odpowiedniej modyfikacji SIWZ, w przeciwnym bowiem razie wykonawca nie będzie miał możliwości złożenia oświadczenia o treści zgodnej z dyspozycją art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem odpowiadającego wzorowi, który stanowi Załącznik nr 14 do SIWZ i którego obowiązek dostarczenia spoczywa na wykonawcy. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu może mieć treść inną, niż wynika to z przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca wyraźnie bowiem wskazał, iż każdy z wykonawców zobowiązany jest spełniać warunki udziału w postępowaniu i określił przedmiotowe warunki. Inną jest natomiast kwestia możliwości doprecyzowania przedmiotowych warunków na potrzeby danego postępowania i dodatkowo ich weryfikacji, w oparciu o dokumenty wskazane przez Zamawiającego.

Rację należy przyznać Odwołującemu się, że przemienne używanie w projekcie umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) pojęć „usługa” i „dzieło”, na określenie przedmiotu zamówienia, może być mylące. W istocie bowiem mamy do czynienia ze świadczeniem usług, do których mają odpowiednie zastosowanie przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.), a nie z umową o dzieło, na co mogłaby wskazywać używana nomenklatura. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie nazwa decyduje o tym, z jaką umową mamy do czynienia, jednakże nie zwalnia to Zamawiającego z obowiązku dochowania precyzji i należytej staranności w formułowaniu postanowień SIWZ.

Co do zarzutu braku określenia sposobu kontaktowania się z wykonawcami, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przedmiotowy zarzut jest trafny. Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Przedmiotowa regulacja przyznaje zatem Zamawiającemu uprawnienie, ale jednocześnie nakłada na niego obowiązek, wskazania dozwolonych środków komunikowania się, w danym postępowaniu. Przy czym, zawsze dopuszczalna jest forma pisemna (art. 27 ust. 3 ustawy Pzp). Z powyższego nie wynika, że Zamawiający wybrał tylko formę pisemną, jako formę kontaktowania się. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający nie może jedynie wykluczyć formy pisemnej. Jednakże skoro możliwe jest komunikowanie się za pomocą innych środków przekazu, bowiem ustawodawca na to zezwala, ale jednocześnie Zamawiający może ograniczyć ten wachlarz, zatem niezbędne jest zajęcie stanowiska w przedmiotowej kwestii przez Zamawiającego. Wykonawca musi mieć pewność, w jaki sposób może kontaktować się z Zamawiającym, bowiem jest to istotne chociażby ze

względu na dochowanie terminowości czynności prawnych. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał wskazania sposobu komunikowania się, co skutkuje koniecznością dokonania modyfikacji SIWZ, z dopuszczeniem, zgodnie z wnioskiem Odwołującego się, formy faksowej. Zamawiający bowiem nie wskazał, że porozumiewanie się via faks jest z jakichkolwiek względów niemożliwe.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 23, art. 25 ust. 1, art. 41 pkt 7, art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, znalazły potwierdzenie.

Zarzut naruszenia przepisów: art. 36 ust. 1 pkt 7, art. 44, art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania, gdyż zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Jednocześnie, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że brak okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście należy również ocenić okoliczność braku umieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego, kopii protestu. Jakkolwiek stanowi to naruszenie przepisów, to jednakże w opinii Izby, nie może mieć ono wpływu na wynik niniejszego postępowania i umożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak więc przesłanek, o których mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Podstawę do zmiany ogłoszenia i treści SIWZ, we wnioskowanym przez Odwołującego się zakresie, stanowi przepis art. 4 ust. 1 powoływanej ustawy o zmianie ustawy (...).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*