

Sygn. akt: KIO/UZP 279/09

**WYROK**  
z dnia 19 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Anna Packo  
Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 19.03.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Sprzątnania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu, 61-623 Poznań, ul. Wilczak 16** protestu ~~protestów~~ z dnia 10.02.2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Sprzątnania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7**

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 uiszczonego przez **Zakład Sprzątnania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty ..... zł .... gr. (słownie:.....)  
przez ..... na rzecz .....  
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu  
.....
- 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 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7.**

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

W dniu 31.01.2009 r., Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na letnie oczyszczanie pasów drogowych Miasta Poznania w 2009 r. w okresie od dnia 16.4.2009 roku do dnia 15.10.2009 roku – uprzątnięcie zanieczyszczeń z jezdni, chodników i placów miejskich, przejść podziemnych i kładek, opróżnianie i konserwacja koszy ulicznych oraz koszenie i usuwanie zanieczyszczeń z poboczy i terenów zielonych, a także polewanie jezdni wodą w okresie letnim, i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10.02.2009 r. Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Spółka jawna (dalej: Odwołujący) złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 24.02.2009 r. poprzez jego częściowe oddalenie. Odwołujący w dniu 6.03.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 26 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i wniósł o modyfikację treści SIWZ w oprotestowanym zakresie. Zamawiający część zarzutów

uwzględnił, natomiast oddalił zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 26 ust 1 Prawa zamówień publicznych, i zarzut ten Odwołujący podtrzymał wnosząc odwołanie.

Odwołujący mianowicie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie żądania, aby Wykonawcy udokumentowali wiedzę i doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W proteście Odwołujący argumentował, iż obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie, czy wykonawca biorący udział w postępowaniu posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie, ponieważ zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w przypadku zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający z przyczyn nieuzasadnionych zaniechał uszczegółowienia warunku posiadania przez Wykonawców określonej wiedzy i doświadczenia, a także obowiązku żądania przedłożenia wykazu usług, o którym 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 te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r., Nr 87 poz. 605 z późn. zm., dalej zwane Rozporządzeniem), wraz z zażądaniem dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie.

W ocenie Odwołującego, nie może ulegać wątpliwości, że dla realizacji niniejszego zamówienia, uwzględniając jego złożoność, a także szeroką gamę standardów oraz wymagań Zamawiającego, jest konieczne doświadczenie w realizacji tego typu zadań.

Zamawiający oddalając zarzut Odwołującego wskazał, iż zgodnie z art. 25 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i stwierdził, że nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w Rozporządzeniu, ale wyłącznie tych, które są, w jego ocenie, niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Ponadto Zamawiający podniósł, że żądanie przez złożenia jakiegokolwiek dokumentu musi korespondować z treścią określanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a warunku w zakresie doświadczenia Zamawiający nie określił (w treści warunku udziału w postępowaniu wskazano wyłącznie minimalne wymagania dotyczące dysponowania niezbędnymi do wykonania zamówienia narzędziami i urządzeniami).

Zdaniem Zamawiającego żądanie od Wykonawców wykazu wykonanych usług 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 usługom stanowiącym przedmiot zamówienia mogłoby stanowić utrudnienie uczciwej konkurencji (co stanowiłoby naruszenie art. 22 ust. 2 Prawa zamówień

publicznych), gdyż wykonawca dysponujący sprzętem określonym przez Zamawiającego w SIWZ, zatem - w ocenie Zamawiającego – zdolnego do wykonania zamówienia, a który realizował uprzednio wyłącznie usługi o mniejszej wartości, nie mógłby wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W odwołaniu, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący wskazał, że w art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, użyto sformułowania "zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu", co oznacza, że zamawiający musi żądać tych dokumentów. Podobnie nakazowy tryb użyty został w art. 44 Prawa zamówień publicznych, według którego "wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu". W tym przypadku nikt nie kwestionuje bezwzględnego obowiązku złożenia takiego oświadczenia.

Według Odwołującego, z uwagi na fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający odstąpił od obowiązku żądania dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia zawodowego, zachodzi obawa, że udział w nim wezmą wykonawcy nie posiadający żadnego doświadczenia w realizacji tego typu i wielkości zadań.

Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający postawił wymagania wobec wykonawców na bardzo wysokim poziomie, o czym świadczy zarówno zakres oczekiwań dotyczących sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, jak również wysokość żadanego wadium.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ gdyby podniesione przez niego zarzuty się potwierdziły, tzn. warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego i dokumenty je potwierdzające zostałyby uznane za niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, to postępowanie mogłoby być uznane za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. W ocenie składu orzekającego Izby pojęcie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia obejmuje również prawo do domagania się, aby postępowanie prowadzone było zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, nawet jeżeli miałyby to prowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W literaturze prawniczej wskazuje się na dwie różne koncepcje warunków udziału w postępowaniu (zob. Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów

wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 91 i n.).

Zgodnie z pierwszą koncepcją, warunki udziału w postępowaniu (w każdym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego) są określone wyłącznie w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i zamawiający nie może zrezygnować z żądania spełnienia wymogów określonych tamże. W konsekwencji „zamawiający nie może również zawężyć ani rozszerzać określonego art. 22 ust. 1 ustawy katalogu warunków udziału w postępowaniu, bowiem to sam ustawodawca zdecydował, iż uprawnionymi do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego są wyłącznie wykonawcy posiadający odpowiedni potencjał ekonomiczny, techniczny, finansowy, czy wiedzę i doświadczenie, dające rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.” (Piotr Wiśniewski, Warunki udziału w postępowaniu – zagadnienia podstawowe, Biuletyn Finanse Publiczne, 6/2006). Zamawiający jedynie może skonkretyzować opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (Jacek Sadowy, Warunki stawiane wykonawcom, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004.).

Według drugiej koncepcji, to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, a art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowany jest w sposób na tyle ogólny, że jego adresatem jest tylko Zamawiający, który według wskazówek tam zawartych powinien określić warunki udziału w konkretnym postępowaniu, bowiem dopiero „adaptacja przez Zamawiającego tych warunków do potrzeb danego zamówienia nadaje im treść odpowiednią do tego, aby mogły się stać przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia wykonawcy do wykonania zamówienia” (Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, str. 120 i n.) .

Skład orzekający w niniejszej sprawie opowiada się za drugą koncepcją. W ocenie Izby przemawia za nią nie tylko powszechnie przyjęte rozumienie „warunków udziału w postępowaniu”, ale i językowa wykładnia przepisów. To właśnie Zamawiający zgodnie z przepisami określa w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, w którym rozróżnia się opis warunków i opis ich oceny jako osobne elementy SIWZ). Zgodnie z art. 22 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Takiemu stanowisku odpowiada również systematyka i nazewnictwo używane w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamieszczanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

I tak, dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający w pkt III.2 ogłoszenia z dn. 31.01.2009 r., znak 2009/S 21-030268 określił „warunki udziału”, przy czym

w pkt. III. 2. 2.) określił warunki dotyczące „zdolności technicznej” (w tym punkcie ogłoszenia Zamawiający podaje warunki, odpowiadające zakresowi, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych).

Zatem, de lege lata, nie ma przesłanek opartych na przepisach Prawa zamówień publicznych, aby nakładać na Zamawiającego obowiązek określenia wymogów (i ślad za tym, żądania dokumentów potwierdzających jego spełnienie) w odniesieniu do każdej kategorii (rodzaju) warunków, określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 Prawa zamówień publicznych; wobec czego skład orzekający uznał, że Zamawiający nie musiał określać warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego.

Zgodnie z przyjętym przez skład orzekający poglądem, iż to Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, Izba uznała, że wystarczające jest wymaganie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunków ściśle określonych w SIWZ i ogłoszeniu. W ocenie Izby warunki określone przez Zamawiającego są adekwatne do przedmiotu zamówienia, a przy tym wystarczające, aby wyselekcjonować do wykonywania przedmiotu zamówienia odpowiednich wykonawców. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, że Zamawiający ukształtował swoje wymogi na wysokim poziomie, żądając wadium o wysokiej wartości, oraz żądając szerokiego asortymentu sprzętu, którym wykonawca musi dysponować. Niewątpliwie Zamawiający uznał, że w przypadku usług będących przedmiotem zamówienia o przygotowaniu wykonawcy do wykonania zamówienia decyduje posiadanie (dysponowanie) potencjałem technicznym, a nie osobiste doświadczenie w sprzątaniu ulic - na rozprawie Zamawiający podniósł, że możliwość dysponowania określonym sprzętem świadczy o potencjalnej wydajności wykonawcy. W ocenie składu orzekającego takie stanowisko Zamawiającego było uprawnione, a warunki udziału w postępowaniu, rozpatrywane wszystkie łącznie, zapewniają wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, i określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób odpowiada specyfice przedmiotu zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli Zamawiający nie określił warunku w zakresie doświadczenia zawodowego, nie może żądać dokumentu na potwierdzenie takiego warunku, nie można byłoby bowiem zweryfikować danych zawartych w wykazie usług podobnych do przedmiotu zamówienia pod kątem wykazania spełnienia warunku (żądanie wykazu winno być powiązane z konkretnym wymogiem Zamawiającego, adekwatnym do przedmiotu zamówienia).

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*