

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Luiza Łamejko

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „RAR” - R. Olwiński - R. Wachowski Spółka Jawna ul. **Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestu z dnia **30 marca 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 „RAR” - R. Olwiński - R. Wachowski Spółka Jawna ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa 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 „RAR” - R. Olwiński - R. Wachowski Spółka Jawna ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa;

- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RAR - R. Olwiński - R. Wachowski Spółka Jawna ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa.**

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

Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, zwane dalej Zamawiającym, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Warszawy”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 9 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 5-005849.

W dniu 23.03.2009 r. wykonawca „RAR” R.Olwiński – R.Wachowski spółka jawna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Odwołującym otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) z powodu niezłożenia prawidłowych referencji potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 5.3.1 siwz.

W dniu 30 marca 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w części III - Rejon Białołęka, części V- Rejon Wawer, części XIII – Rejon Włochy, części XIV – Rejon Ursus oraz naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 22 art. 24, art. 25, art. 26, art. 38 ust.4, art. 89 ww. ustawy oraz 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.06.87.605 z późn.zm.).

W uzasadnieniu protestu wykonawca wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2009 r. wzywającego go do uzupełnienia dokumentu tj. rachunku zysku i strat za trzy ostatnie lata obrotowe oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac, złożył wymagane dokumenty w terminie określonym przez Zamawiającego. Podniósł, iż z uwagi na nie uznanie referencji wystawionych przez Zamawiającego na potwierdzenie należytego wykonania prac, złożył dodatkowe dokumenty tj. kserokopię umowy określającej ilość konserwowanych opraw, termin wykonywanej usługi oraz wartość usługi, które w pełni potwierdzały spełnienie wymaganych warunków przez Zamawiającego, a także wykonanie usługi z należyłą starannością.

Podniósł także, iż umowa nr NDZP/139/PN/86/06-IX została wykonana z należyłą starannością, gdyż zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej zostało zwolnione przez Beneficjenta Zarząd Dróg Miejskich, tym samym potwierdzając jej należyte wykonanie. Wskazał także na fakt zawarcia z Zamawiającym 21 umów w wyniku przeprowadzonych przez Zamawiającego postępowań, w których przedstawiał kwestionowane w przedmiotowym postępowaniu referencje.

Wykonawca wniósł o przywrócenie ważności jego oferty dla czterech rejonów: III, V, XVI, XVII i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 9.04.2009 r. doręczonym wykonawcy w dniu 10.04.2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniósł, iż wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umów nr DIZP/139/PN/86/06-III, VII, VIII, IX na konserwację oświetlenia obejmujących okres od 1.12.2006 r. do 30.11.2007 r. Przedstawiona przez Wykonawcę w ofercie referencja z dnia 12.12.2007r. wystawiona przez Zamawiającego zawierała stwierdzenie, iż jakość wykonanych przez wykonawcę usług została uznana przez Zamawiającego za dostateczną. Zamawiający podniósł, iż w piśmie z dnia 26.01 2009 r. w odpowiedzi na postawione przez wykonawcę pytanie „Czy referencje które posiadają stwierdzenie że prace wykonywane były dostatecznie są dla Zamawiającego równoważne z pracami wykonanymi należycie ?” stwierdził on jednoznacznie, że referencje potwierdzające wykonanie prac w stopniu dostatecznym nie są równoznaczne z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie prac.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe referencje zostały wystawione w oparciu o jakość i terminowość wykonywania prac, okoliczność naliczenia kar umownych nałożonych na protestującego oraz ogólną ocenę wykonywania umów na konserwację oświetlenia. Zamawiający wskazał także, iż wykonawca w żaden sposób nie kwestionował nienależytego wykonania powierzonych prac, a także nie podejmował żadnych innych czynności podważających zasadność obciążania go karami umownymi. Dodatkowo Zamawiający podniósł, iż wykonawca w dniu 23.02.2009 r. wystąpił do Zamawiającego o wydanie nowych referencji potwierdzających fakt należytego wykonania umów nr DIZP/139/PN/86/06-III, VII, VIII, IX na konserwację oświetlenia ulicznego obejmującego okres od 1.12.2006 r. do 30.11.2007 r., których Zamawiający nie wydał wykonawcy podtrzymując wcześniej zajęte stanowisko odnośnie treści referencji. Zamawiający podniósł także, iż pismo z Banku Gospodarstwa Krajowego z dnia 25.02.2009 r. informujące o zwolnieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest dokumentem stwierdzającym należyte wykonanie kwestionowanych umów. Zamawiający podniósł także, iż we wskazanej w proteście części postępowań wykonawca nie przedstawiał przedmiotowych referencji, gdyż ich nie posiadał (zostały one przesłane wykonawcy dopiero w dniu 14.01.2008 r.), zaś w innych wskazanych w proteście postępowaniach Zamawiający nie wymagał dokumentów potwierdzających posiadanie przez wykonawców doświadczenia zawodowego. Zamawiający podniósł, iż z uwagi na wydatkowanie środków publicznych służących dobru publicznemu i jakości realizowanych zamówień nie może przyjąć przedmiotowych referencji.

W dniu 20.04 .2009 r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP i przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art.22 ust.1 pkt 2 i ust.2, art.24 ust.1 pkt 1, art.25 ust.1 i ust.2, art.26 ust.3, art.89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) oraz pkt. 5.3 siwz. Podniósł, iż Zamawiający stawiał inne wymogi odnośnie wymaganych dokumentów niż w siwz, nie uznał złożonych nowych dokumentów oraz bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania. Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania ponownej oceny ofert oraz uznania oferty złożonej przez Odwołującego za ważną i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniósł, iż referencje Zamawiającego z dnia 12.12.2009 r. potwierdzają wykonanie usług w stopniu należywym, gdyż określenie, iż usługa została wykonana w stopniu dostatecznym jest równoważne z wykonaniem usługi w stopniu należywym. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Powołał się na orzecznictwo

Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie referencji tj. wyrok KIO z dnia 10.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/163/08, wyrok KIO z dnia 24.04.2008 r. sygn.akt KIO/UZP/334/08, KIO/UZP/335/08, wyrok z dnia 30.06.2008 r. sygn. akt. KIO/UZP/594/08, wyrok z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/281/08.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie określił nigdy wysokości poniesionej szkody z tytułu nienależytego wykonania umów objętych treścią referencji z dnia 12.12.2007 r. Stwierdził, iż tylko z jednej umowy były dokonywane potrącenia. W uzasadnieniu odwołania przyznał, iż nie wypłacono odwołującemu wynagrodzenia na podstawie złożonej faktury w wysokości 10 tys. złotych oraz potrącono 2000 złotych z wynagrodzenia z tytułu niewykonania umów w terminach podkreślając, iż nie było w tym jego winy oraz wskazując okoliczności, które to spowodowały. Zarzucił też Zamawiającemu brak konsekwencji w kwestionowaniu referencji z dnia 12.12.2007 r. Odwołujący podniósł, iż od zakończenia realizacji 12-miesięcznej umowy realizowanej od 1.12.2006 do 30.11.2007 r. Zamawiający zlecał Odwołującemu kilkakrotnie wykonywanie konserwacji oświetlenia ulicznego, przyjmując referencję kwestionowaną w przedmiotowym postępowaniu jako dokument potwierdzający wykonanie usługi z należytą starannością.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ , złożoną przez Odwołującego ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art.179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), gdyż potwierdzenie się zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania naruszy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt. 5.3.1 siwz wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania usług konserwacji oświetlenia ulicznego wykonywanych przez okres co najmniej 12 m-cy łącznie z podaniem ich ilości, wartości oraz dołączenia dokumentów, w których zamawiający potwierdził należyte wykonanie usługi.

Przedłożona w ofercie Odwołującego referencja z dnia 12.12.2007 r. wystawiona przez Dyrektora ds. technicznych Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie Pana Radosława L. została uznana przez Zamawiającego jako nieprawidłowa i niespełniająca wymogów postawionych w pkt.5 3.1 siwz.

Kwestionowana referencja z 12.12.2007 r. stwierdza, iż Odwołujący realizował umowy DIZP/139/PN/86/06-III, DIZP/139/PN/86/06-VII, DIZP/139/PN/86/06-VIII, DIZP/139/PN/86/06-IX dotyczące wykonania konserwacji oświetlenia ulicznego w Warszawie na terenie dzielnic Białołęka, Żoliborz, Bielany i Wola w terminie od 1.12.2006 do 30.11.2007 r. , zaś prace konserwacyjne zostały wykonane w stopniu dostatecznym.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż używając w treści referencji sformułowania, iż prace zostały wykonane w sposób dostateczny oznaczało, iż zostały wykonane niezgodnie z umową i w sposób nienależyty. Oświadczył, iż wszystkie umowy wymienione w kwestionowanej referencji zostały wykonane przez Odwołującego po upływie terminu ich realizacji.

Ponadto sam Odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie przyznał, iż naliczone zostały mu kary umowne w wysokości 2 tysięcy i 10 tysięcy złotych tytułem nieterminowego wykonania 2 umów zawartych z Zamawiającym. Odwołujący fakty te przyznał także w piśmie z dnia 20 lutego 2009 r. kierowanym do ZDM w Warszawie, w którym wnosił o wydanie referencji na wykonanie umowy dotyczącej konserwacji oświetlenia ulicznego w okresie wrzesień 2006 – 30 listopad 2007 r. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający pismem z dnia 26.02.2009 r. odmówił Odwołującemu wystawienia zmienionych referencji, wskazując iż referencje z dnia 12.12.2007 r. za wykonanie umów w nich wskazanych zostały przekazane Odwołującemu listem poleconym w dniu 14.01.2008 r. oraz wyjaśniając, iż z uwagi na nieterminowe wywiązywanie się Odwołującego z zobowiązań umownych oraz potrącenia umowne w łącznej wysokości 12 tys. złotych, poziom i zakres prac konserwacyjnych wykonywanych przez Odwołującego został określony w stopniu dostatecznym.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Zamawiającego, iż przedstawione referencje jako oświadczenie wiedzy podmiotu je wystawiającego, tj. ZDM w

Warszawie nie mogą stanowić dowodu należytego wykonania umów przez Odwołującego. Odwołujący będący przedsiębiorcą na podstawie art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego jest bowiem zobowiązany do wykonania zobowiązania zgodnie z należyłą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach zarówno jednostronnie i dwustronnie profesjonalnych należy zatem brać pod uwagę to, że działalność ta ma charakter gospodarczy lub zawodowy, co oznacza m.in. , że jest prowadzona stale i w założeniu przynajmniej oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie przez Odwołującego działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Takie zwiększone oczekiwania kodeks cywilny stawia wobec przedsiębiorcy i jest to wzorzec surowszy niż odnoszący się do osób wykonujących podobne zobowiązania poza zakresem działalności zawodowej lub gospodarczej (E.Gniewek „Komentarz do kodeksu cywilnego”Wyd.C.H.Beck). Wykonawca, będący przedsiębiorcą wykonujący umowę w trybie udzielenia zamówienia publicznego, powinien wykonać ją zgodnie z należyłą starannością określaną - przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, tj. zgodnie z art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego.

Wykonanie prac w sposób dostateczny, biorąc pod uwagę odpowiedź od Zamawiającego w toku postępowania na zadane pytanie do treści SIWZ, tj. w piśmie z dnia 23.01.2009 r., kierowanym do wykonawców, w którym Zamawiający wyjaśnił, że referencje posiadające stwierdzenie, iż prace wykonywane dostatecznie nie są równoważne z pracami wykonanymi należycie, nie może być uznane za należyte wykonanie zamówienia. Uwzględniając zatem otrzymane wyjaśnienia treści SIWZ, których Odwołujący nie zaskarżył w trybie środków ochrony prawnej Wykonawca powinien był liczyć się z tym, iż zostanie wykluczony z postępowania, gdyż nie posiada wymaganej referencji.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art.22 ust.1 pkt 2 i ust.2, art.24 ust.1 pkt 1, art.25 ust.1 i ust.2, art.26 ust.3, art.89 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art.191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli 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 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 w **Warszawie** .

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*