

Sygn. akt: KIO 399/15

WYROK
z dnia 19 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 roku przez wykonawcę Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku przy ulicy Komunalnej 7, 87-800 Włocławek

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie z siedzibą przy ulicy Targowej 1, 35-064 Rzeszów

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku przy ulicy Komunalnej 7, 87-800 Włocławek i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku przy ulicy Komunalnej 7, 87-800 Włocławek tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2015 roku pozycja 41038.

2 marca 2015 Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest: wobec postanowień zawartych w punktach II. 1.4) i III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punktach 4.1. i 6.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi:

- a) w opisie przedmiotu zamówienia, zarówno w Zadaniu 1, jak i w Zadaniu 2, połączono ze sobą roboty budowlane polegające na wykonaniu oznakowania drogowego poziomego cienkowarstwowego oraz grubowarstwowego (punkty II. 1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia);
- b) w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wymaganego od wykonawców doświadczenia przewidziano, że:
 - wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w ramach tego samego (jednego) zadania zarówno oznakowania cienkowarstwowego, jak i grubowarstwowego (w technologii chemoutwardzalnej gładkiej);
 - wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej;
 - wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu oznakowania poziomego dróg na terenie miast,(punkty III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz 6.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (dotyczącego wymaganego doświadczenia) - z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a

polegające na:

- celowym połączeniu w ramach części zamówienia (Zadania 1 i 2) robót obejmujących wykonanie oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej,
- wymaganiu od wykonawców doświadczenia w wykonywaniu oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego zrealizowanego łącznie w ramach tego samego zadania (jednego zadania),
- wymaganiu, aby wykonawcy wykazali doświadczenie w wykonywaniu oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej,
- wymaganiu od wykonawców doświadczenia w wykonywaniu oznakowania drogowego na terenie miast,

podczas gdy powyżej opisane postanowienia ogłoszenia i specyfikacji wyłączają całkowicie konkurencję i prowadzą do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, który od co najmniej dwóch ostatnich lat wykonuje tego rodzaju zamówienia na rzecz zamawiającego.

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu, aby zmienił zaskarżone postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- 1) wyodrębnienie jako osobnej części zamówienia (osobnego zadania) robót polegających na wykonaniu oznakowania grubowarstwowego,
- 2) usunięcie warunku, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać doświadczenie w wykonywaniu oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego w ramach tego samego (jednego) zadania (zamówienia), to jest zezwolenie wykonawcom na odrębne wykazywanie doświadczenia w zakresie wykonywania oznakowania cienkowarstwowego i odrębne wykazywanie doświadczenia w zakresie wykonywania oznakowania grubowarstwowego (w ramach odrębnych zamówień),
- 3) usunięcie warunku, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać doświadczenie w wykonywaniu oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, to jest zezwolenie wykonawcom na wykazywanie jako wystarczającego doświadczenia dotyczącego wykonywania oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej,
- 4) usunięcie warunku, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać doświadczenie w wykonywaniu oznakowania drogowego na terenie miast, to jest zezwolenie wykonawcom na wykazywanie jako wystarczającego doświadczenia dotyczącego wykonywania oznakowania drogowego na terenie dróg publicznych,
- 5) przyznanie na rzecz wnoszącego odwołanie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdów na rozprawę, według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

- 1) wskazanych w treści odwołania dokumentów należących do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub załączonych do niniejszego odwołania;
- 2) opinii biegłego specjalisty z zakresu badania rynku drogowych robót budowlanych na okoliczność ustalenia, że zaskarżony opis przedmiotu zamówienia i sposobu oceny spełniania warunku w zakresie doświadczenia wykonawców wyłącza bądź w istotny sposób ogranicza konkurencję i prowadzi do faktycznego monopolu dotychczasowego wykonawcy realizującego tego rodzaju zamówienia na rzecz zamawiającego;

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia na rozprawie oryginałów dokumentów zgłoszonych wyżej jako dowody w sprawie i znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na rozprawie informacji o ilości faktycznie zrealizowanych w mieście Rzeszowie w latach 2011-2014 robót polegających na wykonaniu (wykonaniu jako nowych, odnowieniu lub odtworzeniu) oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej - odrębnie dla każdego roku, z podaniem nazwy wykonawcy realizującego roboty oraz wskazaniem, ile dokładnie m² oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego wykonano w technologii gładkiej, a ile w technologii strukturalnej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ odwołujący ma bez wątpienia interes prawny w uzyskaniu zamówienia w drodze przetargu nie obciążonego naruszeniem przepisów ustawy, a nadto ma interes faktyczny, ponieważ jest przedsiębiorcą od lat wykonującym zamówienia objęte przedmiotem postępowania i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonywaniu poziomego oznakowania drogowego, to jest znaków drogowych w postaci najczęściej białych oznaczeń o różnych kształtach, nanoszonych w postaci farby lub materiału chemoutwardzalnego bezpośrednio na nawierzchnię drogi (asfaltową, betonową lub inną). Chodzi o tego rodzaju oznakowanie poziome dróg jak na przykład pasy na przejściach dla pieszych czy linie przerywane lub ciągłe wzdłuż jezdni drogowych. W niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie ma odróżnienie od oznakowania cienkowarstwowego (które w uproszczeniu można określić jako polegające na pomalowaniu nawierzchni białą farbą) od różnego rodzaju oznakowania grubowarstwowego, które polega na wykonaniu znaków przy pomocy naniesienia na

nawierzchnię materiału (środka) chemoutwardzalnego. Oznakowanie grubowarstwowe jest wykonywane w trzech rodzajach technologii: strukturalnej, gładkiej i do natrysku. Oznakowanie we wszystkich trzech technologiach jest objęte przedmiotem zamówienia. Dla wyjaśnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu najważniejszym jest wskazanie, że oznakowanie cienkowarstwowe w sposób zasadniczy różni się od grubowarstwowego zarówno technologią wykonania, jak i stosowanymi materiałami oraz kosztem wykonania. Podkreślić trzeba, że oznakowanie grubowarstwowe jest znacznie droższe od cienkowarstwowego i z tego między innymi względu w praktyce wykonuje się przede wszystkim oznakowanie cienkowarstwowe, natomiast oznakowanie grubowarstwowe jest zlecane w stosunkowo niewielkich ilościach w porównaniu do ilości wykonywanego oznakowania cienkowarstwowego. Z tych właśnie przyczyn rzetelni zamawiający w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zamawiają oddzielnie roboty obejmujące oznakowanie cienkowarstwowe i oddzielnie roboty obejmujące oznakowanie grubowarstwowe. Nie łączą w jedno zadanie lub jedno zamówienie tych dwóch kategorii robót, ponieważ bardzo niewielka ilość wykonawców ma doświadczenie w jednoczesnej realizacji obu kategorii oznakowania drogowego. Najczęściej jest tak, że wykonawca ma doświadczenie w realizacji zarówno oznakowania cienkowarstwowego, jak i grubowarstwowego, ale to drugie jest realizowane w o wiele mniejszym rozmiarze, a przede wszystkim w ramach odrębnych zamówień, a nie łącznie z zamówieniem na oznakowanie cienkowarstwowe. Przykładem rzetelnie działających w tym zakresie zamawiających są miasta Warszawa i Łódź, które od lat udzielają odrębnie zamówień na oznakowanie cienkowarstwowe i odrębnie na oznakowanie grubowarstwowe. Tymczasem Zamawiający w sprawie, dokonując opisu przedmiotu zamówienia i sposobu oceny spełniania warunku w zakresie doświadczenia, celowo połączył ze sobą oba rodzaje oznakowania po to, aby wykluczyć konkurencję i zapewnić faktyczny monopol wykonawcy, który dotychczas od lat realizuje tego rodzaju zamówienia dla miasta Rzeszowa. Taki sposób działania Zamawiającego jednoznacznie obrazuje niżej opisana, dotychczasowa historia przedmiotowych zamówień w mieście Rzeszowie w ostatnich latach.

ROK 2013

Wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia w mieście Rzeszowie:

Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia

Zadanie 1 - Odnowa oznakowania poziomego w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa:

1. oznakowanie cienkowarstwowe do 45 000 m,
2. oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 25 000 m²,

Zadanie 2 - Odtworzenie oznakowania poziomego po wykonaniu naprawy nawierzchni jezdni, która uległa zniszczeniu wraz z wytyczeniem znakowania:

a) oznakowanie cienkowarstwowe do 5 000 m²,

b) oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 5 000 m²,

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, WARUNKI, O KTÓRYCH MOWA W ART. 24 UST. 1 USTAWY ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU

5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

5.1.1. Posiadania wiedzy i doświadczenia - opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że należycie wykonał jako główny wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 30 000 m² oznakowania poziomego, w tym co najmniej 10 000 m² **oznakowania grubowarstwowego** na terenie miasta w ramach jednego zamówienia.

Zamawiający w ramach oznakowania grubowarstwowego przewidział do wykonania zarówno oznakowanie w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, jak i w technologii chemoutwardzalnej strukturalnej.

O udzielenie zamówienia w roku 2013 ubiegało się 3 wykonawców. Wybrana została oferta konsorcjum: JOMAKO J. K., PPHU P&M P. P. i **PDEM.PL** Sp. z o.o.

ROK 2014

Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia

Zadanie 1 - Odnowa oznakowania poziomego w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa:

1. Oznakowanie cienkowarstwowe do 45 000 m²,

2. Oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 25 000 m²,

Zadanie 2 - Odtworzenie oznakowania poziomego po wykonaniu naprawy nawierzchni jezdni, która uległa zniszczeniu wraz z wytyczeniem oznakowania lub zmianą organizacji ruchu:

1. Oznakowanie cienkowarstwowe do 7 000 m²,

2. Oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 7 000 m²,

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, WARUNKI, O KTÓRYCH MOWA W ART. 24 UST. 1 USTAWY ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU

5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

5.1.1. Posiadania wiedzy i doświadczenia - opis sposobu dokonywania oceny spełniania

tego warunku:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 30 000 m² oznakowania poziomego, w tym co najmniej 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej na terenie miast w ramach jednego zamówienia - poparte dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Jak łatwo zauważyć, przedmiot zamówienia w zakresie oznakowania grubowarstwowego w stosunku do roku 2013 praktycznie się nie zmienił (zwiększył się jedynie zakres na II zadaniu z 5000 m² do 7000 m²). Zmienił się jednak istotnie warunek oraz opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez uszczegółowienie „w tym co najmniej 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej na terenie miast w ramach jednego zamówienia”, podczas gdy rok wcześniej było to „w tym co najmniej 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego na terenie miasta w ramach jednego zamówienia”. W rezultacie dokonanej przez Zamawiającego zmiany okazało się, że w postępowaniu w roku 2014 wziął udział tylko jeden wykonawca tj. PPHU P&M P. P., który rok wcześniej jako członek konsorcjum wykonywał to samo zadania dla miasta Rzeszów. Recz w tym, że żadna z polskich firm wykonujących oznakowanie grubowarstwowe w technologii grubowarstwowej chemoutwardzalnej, poza ww. wykonawcą, nie spełnia stawianego przez Zamawiającego wymogu. Jeśli zamawiający zmieniłby wymóg z 2013 roku uszczegóławiając tylko technologię, tj. „w tym co najmniej 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej”, wymóg ten spełniałoby kilka innych firm jednak dodanie kolejnego warunku „gładkiej” powoduje, że wykonawca PPHU P&M P. P. nie ma żadnej konkurencji.

W 2014 roku Zamawiający w ramach oznakowania grubowarstwowego przewidział do wykonania zarówno oznakowanie w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, jak i w technologii chemoutwardzalnej strukturalnej oraz dodatkowo w technologii chemoutwardzalnej do natrysku. Z oferty wykonawcy PPHU P&M P. P. wynika, że ten wykonawca wykonał dla tego samego Zamawiającego w 2011 roku 11.964,40 m² oznakowania w technologii chemoutwardzalnej gładkiej. Zamawiający doprecyzował wymóg jako oznakowanie w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, a nie np. oznakowanie w technologii chemoutwardzalnej strukturalnej, pomimo że oba sposoby aplikacji są przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego taki zabieg Zamawiającego już w 2014 roku był podyktowany celowym ograniczeniem konkurencji, ponieważ preferowany przez

Zamawiającego wykonawca, to jest PPHU P&M P. P., w 2011 roku wykonał dla tego Zamawiającego w ramach odrębnego zamówienia ponad 11 tysięcy metrów kwadratowych oznakowania chemoutwardzalnego w technologii właśnie gładkiej.

Poza wyżej przywołanymi wątpliwościami, już na etapie składania ofert pojawiły się inne wątpliwości innych potencjalnych wykonawców co do ograniczania zasad uczciwej konkurencji np. brak możliwości wykazania się niejednym a kilkoma zadaniami, czemu tylko w mieście a nie również w terenie pozamiejskim. Odpowiedź Zamawiającego była jedna tj. że nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

ROK 2015

Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia

Zadanie 1 - Odnowa oznakowania poziomego w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa:

1. oznakowanie cienkowarstwowe do 45 000 m²,
2. oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 25 000 m²,

Zadanie 2 - Odtworzenie oznakowania poziomego po wykonaniu naprawy nawierzchni jezdni, która uległa zniszczeniu wraz z wytyczeniem oznakowania lub zmianą organizacji ruchu:

3. oznakowanie cienkowarstwowe do 7 000 m²,
4. oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 7 000 m²,

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU

6.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

6.2.1. Posiadania wiedzy i doświadczenia - opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał w ramach jednego zadania co najmniej 30 000 m² oznakowania poziomego w tym min. 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej na terenie miast.

Z kosztorysu w roku 2015 wynika, że Zamawiający w ramach oznakowania grubowarstwowego przewidział do wykonania jak w roku 2014 zarówno oznakowanie w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, jak i w technologii chemoutwardzalnej strukturalnej oraz dodatkowo w technologii chemoutwardzalnej do natrysku.

Sytuacja jest analogiczna do tej w roku 2014. Przedmiot zamówienia ten sam, warunek

udziału w postępowania i sposób oceny prawie identyczny (inna kolejność wyrazów w zdaniu i zamiast wyrazu „zamówienie” pojawił się wyraz „zadanie”). Nie zmienia to w dalszym ciągu faktu, że nikt w Polsce poza PPHU P&M P. P. nie jest w stanie spełnić wymogu.

Celem wykazania prawidłowego i uczciwego postępowania Zamawiającego w zakresie tego rodzaju zamówień poniżej przedstawiam informacje z przetargów realizowanych w miastach Łodzi i Warszawie (obszarowo zdecydowanie większych niż Rzeszów).

ROK 2014 ZDiT Łódź - 2 osobne zadania i dwa osobne wymagania

Opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie doświadczenia:

„w szczególności Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył) w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej

6.1.2.1. Dla części 1:

roboty budowlane polegające na wykonaniu oznakowania poziomego cienkowarstwowego o łącznej powierzchni minimum 60.000 m² (w tym przynajmniej 8.000 m² w ramach jednego zamówienia).

6.1.2.2. Dla części 2:

Roboty budowlane polegające na wykonaniu oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego o łącznej powierzchni minimum 9.000 m², (w tym przynajmniej 5.000 m² w ramach jednego zamówienia) ”

ROK 2014 MZD Warszawa - zamawiający ogłosił osobne postępowania na oznakowanie poziome cienkowarstwowo i osobno na oznakowanie poziome grubowarstwowo. W tym drugim wymóg był następujący:

„W celu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich -5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował zamówienia na wykonanie oznakowania poziomego ulic w technologii trwałej z mas chemoutwardzalnych, w obrębie miast powyżej 100 000 mieszkańców, w ilości łącznie co najmniej 5 000 m² załączając wykaz tych robót z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Zamawiający w tej sprawie, to jest Gmina Miasto Rzeszów, powinien wymagać doświadczenia od wykonawcy w zakresie oznakowania grubowarstwowego lub w zakresie

oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego, ale już niedopuszczalne jest doprecyzowanie sposobu aplikacji, tj. jako „oznakowanie gładkie”. Gdyby rzeczywiście dla Zamawiającego istotne znaczenie miał sposób aplikacji, to wskazałby odrębne wymagania w zakresie doświadczenia dla każdego rodzaju aplikacji, to jest dla aplikacji „gładkiej” osobno, dla aplikacji „strukturalnej” osobno oraz dla aplikacji „do natrysku” osobno. Przecież wszystkie sposoby aplikacji są przedmiotem zamówienia, a nie tylko aplikacja gładka. Nie przypadkowo w Warszawie i Łodzi zamawiający ograniczyli się do wymogu doświadczenia w zakresie oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego bez wskazywania na sposób aplikacji.

Nadto opis przedmiotu zamówienia każdego roku jest nieadekwatny do faktycznych potrzeb zamawiającego i ilości rzeczywiście wykonanych m² na terenie miasta Rzeszowa w zakresie oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego. W latach 2013, 2014, 2015 jest to odpowiednio: 2013 - odnowa 25.000 m², odtworzenie 5.000 m²; 2014 - odnowa 25.000 m², odtworzenie 7.000 m²; 2015 - odnowa 25.000 m², odtworzenie 7.000 m². Dla porównania w takich miastach jak Warszawa i Łódź jest to odpowiednio w roku 2014: Warszawa 6.000 m² i Łódź 9.915 m². Miasto Łódź jest obszarowo większe od Rzeszowa ponad dwukrotnie, miasto Warszawa ponad 4-krotnie. Zamawiający MZD Rzeszów celowo wskazuje jako przedmiot zamówienia większe ilości niż planuje zrealizować, celem sztucznego zawyżania wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Świadczy o tym chociażby ilość oznakowania grubowarstwowego wykonanego przez firmę PPHU P&M P. P. w 2011 roku na terenie miasta Rzeszowa w ilości 11.964,40 m². Tymczasem Zamawiający rokrocznie podaje w SIWZ ponad 30.000 m² tego rodzaju oznakowania.

W tym miejscu pojawia się jeszcze jedna wątpliwość, a mianowicie zgodnie ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną z 2015 r. w punkcie pkt.8.2 przewidziano: *„Okres gwarancji na wykonane oznakowania cienkowarstwowego wynosi 12 miesięcy, a dla oznakowania grubowarstwowego 36 miesięcy licząc od daty odbioru oznakowania poziomego.* Dlaczego zatem w latach 2014 i 2015 Zamawiający planuje do odnowy i odtworzenia te same ilości oznakowania poziomego grubowarstwowego (2014 - odnowa 25.000 m², odtworzenie 7.000 m²; 2015 - odnowa 25.000 m², odtworzenie 7.000 m²)? Ideą stosowania oznakowania grubowarstwowego jest brak konieczności odnowy tego oznakowania w dłuższym okresie, w tym konkretnym przypadku z uwagi na 3-letni okres gwarancji, przez 3 lata. Tymczasem zamawiający co roku planuje do zamówienia co najmniej 30 tysięcy m² tego rodzaju oznakowania, pomimo że w poprzednich latach już zamawiał bardzo duże ilości. Zasadnym zatem jest, aby zamawiający przedstawił, jakie ilości oznakowania poziomego grubowarstwowego są faktycznie wykonywane na terenie miasta Rzeszowa każdego roku i czy faktycznie przedmiot zamówienia jest adekwatny do potrzeb.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) – list referencyjny z dnia 2 lutego 2012 r. potwierdzający, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BDM Sp. z o. o. oraz M. K. i P. P. prowadzący spółkę cywilną wygrali przetarg na wykonanie oznakowania poziomego ulic, w którym wykonali ponad 11 000 m² oznakowania poziomego grubowarstwowego chemoutwardzalnego gładkiego,
- (dowód nr 2) – ogłoszenie o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia w przedmiocie oznakowanie pionowe ulic Miasta Rzeszowa w 2012 r.

- (dowód nr 3) - ogłoszenie o zamówieniu i o udzieleniu zamówienia w przedmiocie oznakowanie pionowe ulic Miasta Rzeszowa w 2013 r.,
- (dowód nr 4) – pismo z dnia 21 marca 2014 r. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w przedmiocie oznakowanie poziome ulic Miasta Rzeszowa w 2014 r., wyciąg z oferty wykonawcy Pana P. P. złożonego w ofercie w 2014 r. (razem 4 karty),
- (dowód nr 5) – wyciąg ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu Miasto Łódź w przedmiocie oznakowanie poziome ulic,
- (dowód nr 6) - wyciąg ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu Miasto Warszawa w przedmiocie oznakowanie poziome ulic w roku 2014 r.,
- (dowód nr 7) - wyciąg ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu Miasto Warszawa w przedmiocie oznakowanie poziome ulic w roku 2015 r.,
- (dowód nr 8) – opracowanie własne Odwołującego – tabela (5 kart) zawierająca informacje o zamawianych w różnych miastach Polski usługach wykonania oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego gładkiego.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo procesowe z dnia 16 marca 2015 r. zatytułowane *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* (10 kart) plus załączniki:

- tabela – opracowanie własne (3 karty)
- wydruki ogłoszeń o zamówieniu jak również o udzielonych zamówieniach (45 kart)

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie*.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron ograniczył zarzuty podniesione w odwołaniu i wycofał zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Podtrzymał zarzuty dotyczące opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszące się do wymaganego od wykonawców doświadczenia.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego w odwołaniu jak również na rozprawie. W ocenie Izby dowód z opinii biegłego na podnoszone przez Odwołującego okoliczności został powołany jedynie dla zwłoki.

Na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy – *Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustaw o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

Izba wskazuje, że opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest konkretyzowany przez Zamawiających w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy). Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu nieograniczona liczba podmiotów decyduje czy ma wolę i będzie ubiegać się o zamówienie. Określenie przez Zamawiającego opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi zostać dokonane w poszanowaniu równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w sposób następujący ukształtował opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ)

część 6 – *Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału,*

pkt 6.2 - *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*

6.2.1. Posiadania wiedzy i doświadczenia – opis sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał w ramach jednego zadania co najmniej 30 000 m² oznakowania poziomego w tym min. 10 000 m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej na terenie miasta.

Warunek ten znajduje się również w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III.3.2.

Izba wskazuje, że dokonanie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, w szczególności w zakresie decyzji jakie warunki uznaje za wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowości wykonania jego zamówienia. Obowiązek jaki wynika z art. 22 ust. 4 ustawy odnosi ustawodawca do proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz związania z przedmiotem zamówienia dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiot zamówienia w postępowaniu został opisany przez Zamawiającego w SIWZ w części 4 i stanowi on oznakowanie poziome ulic miasta Rzeszowa, które obejmuje dwa zadania:

Zadanie 1 – odnowa oznakowania poziomego w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa: - oznakowanie cienkowarstwowe do 45 000m², - oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 25 000m², - usuwanie starego oznakowania poprzez frezowanie do 2 000m², - wykonanie piktogramów z symbolami znaków oraz piktogramów z symbolami liter wchodzącymi w skład napisów z nazwami miast w technologii chemoutwardzalnej grubowarstwowej – gładkiej, - zgodnie z wykazem ulic stanowiący załącznik nr 4,

Zadanie 2 – odtworzenie oznakowania poziomego po wykonaniu naprawy nawierzchni jezdni, która ulega zniszczeniu wraz z wytyczeniem oznakowania lub zmianą organizacji ruchu: - - oznakowanie cienkowarstwowe do 7 000m², - oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej do 7 000m², - usuwanie starego oznakowania poprzez frezowanie do 500m², - wykonanie piktogramów z symbolami znaków oraz piktogramów z symbolami liter wchodzącymi w skład napisów z nazwami miast w technologii chemoutwardzalnej grubowarstwowej – gładkiej,

Zamawiający nie dopuściła składania ofert częściowych.

Należy zaznaczyć, że w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013r. poz. 231) (dalej: rozporządzenie) w § 1 pkt 1 ppkt 2 prawodawca wskazał *W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (...) zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) 2) wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te*

zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednoznacznie prawodawca określa elementy jakie mają być podane przez wykonawców, co w ocenie Izby wskazuje również na to, że rodzaj wykonanych robót może stanowić element podlegający ocenie w zakresie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, ponieważ jest on w pełni weryfikowalny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący kwestionował ukształtowane w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymagania wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w wykonywaniu oznakowania cienkowarstwowego i grubowarstwowego zrealizowanego łącznie w ramach tego samego zadania (jednego zadania), oraz wymagania, aby wykonawcy wykazali doświadczenie w wykonywaniu oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej, a także wymagania doświadczenia w wykonywaniu oznakowania drogowego na terenie miast.

Zaznaczyć należy, że przedmiot zamówienia obejmuje w swoim zakresie oznakowanie zarówno cienkowarstwowe jak i oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej gładkiej i realizowany ma być na terenie miasta – co jednoznacznie wskazuje, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie wskazał elementów opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które nie byłyby związane z przedmiotem zamówienia. Tym samym pierwsza z przesłanek jaką określa art. 22 ust. 4 ustawy została przez Zamawiającego spełniona.

Druga z przesłanek określonych w art. 22 ust. 4 ustawy związana jest z proporcjonalnością ukształtowanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, że uprawnieniem Zamawiającego jest żądanie wykazania się realizacją danych robót, które stanowią przedmiot zamówienia

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że w ramach poszczególnych zadań (zadanie nr 1 i 2), które w całości stanowią przedmiot umowy, bowiem Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, realizowane będą zarówno oznakowania poziome ulic zarówno cienkowarstwowe jak również grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej, w tym w technologii gładkiej. Odwołujący kwestionował w zakresie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań opisu sposobu dokonania oceny

spełnienia warunku konieczność wykazania się realizacją w ramach jednego zadania zarówno oznakowania cienkowarstwowego jak i grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej. Po pierwsze, należy zaznaczyć, że uprawnieniem Zamawiającego jest żądanie wykazania się realizacją danych robót, które stanowią przedmiot zamówienia. Zamawiający nie stawia wymagań nieproporcjonalnych do zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest wykonanie oznakowania cienkowarstwowego i oznakowania ulic grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej, w tym gładkiej a nie oddzielne wykonanie oznakowania ulic cienkowarstwowego a oddzielnie oznakowania grubowarstwowego chemoutwardzalnego w tym w technologii gładkiej.

Zamawiający określił w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku konieczność wykazania się realizacją co najmniej 30 000m² oznakowania cienkowarstwowego w tym minimum 10 000m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej gładkiej. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający określił realizację zamówienia na poziomie do 52 000m² oznakowania cienkowarstwowego oraz do 32 000m² oznakowania grubowarstwowego w technologii chemoutwardzalnej, jednocześnie oznaczając zakres robót w technologii grubowarstwowej chemoutwardzalnej gładkiej tj. wykonanie piktogramów z symbolami znaków oraz piktogramów z symbolami liter wchodzącymi w skład napisów z nazwami miast w technologii chemoutwardzalnej grubowarstwowej – gładkiej w obu zadaniach. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zakres wymaganej ilości robót podany w metrach kwadratowych w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest mniejszy niż ten zawarty w opisie przedmiotu zamówienia.

Przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ realizowany ma być na terenie miasta Rzeszowa, co wynika jednoznacznie z opisu przedmiotu zamówienia (*Przedmiotem zamówienia jest wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa*). W zakresie dokonanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał konieczność wykazania się doświadczeniem na terenie miasta. Nie sposób w tym miejscu mówić o nieproporcjonalności wymagania określonego przez Zamawiającego do przedmiotu zamówienia. Zasadnym były twierdzenia Zamawiającego, że realizacja zamówienia na terenie miasta, w terenie zurbanizowanym, wymaga odpowiedniego przygotowania oraz doświadczenia ze strony wykonawcy realizującego zamówienie. Niewątpliwie odmienna jest specyfika realizacji rac na terenach miejskich a inna na terenach pozamiejskich. Tym samym w zakresie części opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącej wykazania się doświadczeniem w realizacji oznakowania poziomego ulic w mieście nie może być mowy o nieproporcjonalności warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu zakresu opisu przedmiotu zamówienia, bez którego nie sposób dokonywać oceny określonego sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający miał prawo wymagać od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykazania się doświadczeniem w realizacji zarówno robót polegających na oznakowaniu poziomym ulic cienkowarstwowym jak również grubowarstwowym w technologii chemoutwardzalnej gładkiej w określonej ilości podanej w metrach kwadratowych jak również realizowanym na terenie miasta. Tak ukształtowany opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia odpowiada przedmiotowi zamówienia jak również jest w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia proporcjonalny. Odwołujący nie wykazał braku zgodności z przedmiotem zamówienia jak również nie wykazał nieproporcjonalności wymagań w zakresie wykazania spełnienia warunku do przedmiotu zamówienia.

Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie został przez Izbę zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający wskazał w piśmie *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, oraz podniósł to na rozprawie, że ilość kilometrów dróg na terenie miasta Rzeszowa zwiększyła się od roku 2011 z ilości 442 km do około 529 km w roku 2015. Zamawiający wyjaśnił również, że realizuje budowę dróg z nawierzchnią, która ma zmniejszone uszorstkowanie, a tym samym jest cichsza oraz wskazał, że na nowych oraz odnawianych drogach realizowane są oznakowania poziome w technologii grubowarstwowej chemoutwardzalnej gładkiej (np.: wykonanie jednego przejścia dla pieszych, które na terenie miasta Rzeszowa wykonywane są w technologii chemoutwardzalnej gładkiej w kolorystyce biało-czerwonej wymaga około 49 m² oznakowania). Zamawiający z załączniku do *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* wskazał, że począwszy od roku 2011 w wyniku zawartych umów realizowane było na terenie miasta Rzeszowa oznakowanie w technologii grubowarstwowej chemoutwardzalnej gładkiej, każdego roku aż do 2014 powyżej 10 000m². Odwołujący powołał się również na realizowane roboty w innych miastach Polski jak Radom, Białystok, Nowy Sącz, Krosno, Bydgoszcz, Opole, Wrocław gdzie w poza określeniem robót w obrębie miast w podobny, choć nietożsamy sposób określone zostały opisy sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje że Odwołujący podnosząc zarzuty winien na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy przedstawić dowody na potwierdzenie zgłaszanych zarzutów – *Strony i uczestnicy*

postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. To na Odwołującym, który twierdził, że działanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz, choć niepowołany z podstawy prawnej lecz wynikający z uzasadnienia faktycznego zarzutu, art. 22 ust. 4 ustawy ciążył obowiązek wykazania, że opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia tym samym narusza zasadę konkurencyjności. Natomiast argumentacja przedstawiona przez Odwołującego skupiła się *de facto* na wykazywaniu, że inni Zamawiający w innych miastach Polski w inny sposób określają opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak również skupił się Odwołujący na wykazaniu historii prowadzenia postępowań w przedmiocie poziomego oznakowania ulic przez Zamawiającego w celu wykazania naruszenia konkurencji. Jednakże Odwołujący powinien był dowieść, że opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie prowadzonym przez Zamawiającego został sporządzony z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy. Powołanie zasady z art. 7 ust. 1 ustawy stanowią generalne regulacje a skuteczny zarzut naruszenia tego artykułu może być podniesiony skutecznie w sytuacji wykazania naruszenia przepisu szczególnego przez czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Dowody (od 1 do 8) przedstawione przez Odwołującego nie wskazują na niezgodność, brak związania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia jak również nie wskazują na brak proporcjonalności pomiędzy ukształtowanym przez Zamawiającego

opisem przedmiotu zamówienia i opisem sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że z uwagi na kontradyktoryjny charakter postępowania Izba nie jest zobowiązana do uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. To na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że dokonana czynność Zamawiającego w zakresie opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia jest została dokonana z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy.

W sytuacji wnoszenia odwołania dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z treścią art. 192 ust.2 ustawy Odwołujący winien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy i to w stopniu który może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: