

Sygn. akt KIO/UZP 1016/09

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RAR R. Olwiński, R. Wachowski, Sp. j., 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 27 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia RAR R. Olwiński, R. Wachowski, Sp. j., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa, nakazuje ponowne dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badanie i ceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 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, Sp. j., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz **RAR R. Olwiński, R. Wachowski, Sp. j., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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, Sp. j., ul. Aspekt 69/2 i 3, 01-904 Warszawa.**

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

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie M. st. Warszawy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2009 roku pod numerem 2009/S 79-113970. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 4 części umożliwiając składanie ofert częściowych.

Pismem z dnia 19 czerwca 2009 roku (przekazanym wykonawcom w dniu 22 czerwca 2009 roku za pośrednictwem faxu) zamawiający poinformował o wynikach postępowania. W części IV zamówienia: Rejon XIX – Tunele, kładki i znaki zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez REKLAMEX Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę „RAR” R. Olwiński, R. Wachowski Sp .j. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu braku przedłożenia, mimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac, uznając jednocześnie ofertę wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Czynność wykluczenia stała się przedmiotem protestu a następnie (wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego) odwołania wniesionego przez „RAR” R. Olwiński, R. Wachowski Sp.j.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22, art., 24, art. 25, art. 26, art. 38 ust. 4b, art. 89 Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) przez:

1. niesłuszne wykluczenie odwołującego się z powodu przyjęcia, że odwołujący się nie złożył wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac;
2. nierówne traktowanie wykonawców.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący się wskazał, że złożenie wraz z ofertą referencji zawierających stwierdzenie, że prace zostały wykonane dostatecznie oraz, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów – protokołu zdawczo-odbiorczego, umowy, protokołów odbiorów końcowych oraz zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania robót, potwierdza posiadanie doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podniósł, w ślad za poglądem orzecznictwa, że referencje nie są jedynym dokumentem potwierdzającym posiadanie wymaganego doświadczenia, a ze złożonych dokumentów powinna wynikać prawidłowość wykonania zamówienia.

Wskazując, że ze złożonych dokumentów wynika prawidłowość wykonania kontraktu odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych: protest w dniu 1 lipca 2009 roku (*presentata* zamawiającego), odwołanie w dniu 21 lipca 2009 roku (*presentata* UZP, pismo z dnia 17 lipca 2009 roku). Kopie treści odwołania zamawiający otrzymał w dniu 21 lipca 2009 roku (*presentata* zamawiającego).

Wobec ustalenia na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt 5.3.1. siwz wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności – w tym okresie, wykonywał konserwacje oświetlenia ulicznego przez co najmniej 12 miesięcy. Wykonawca musi wykazać, że zakończył świadczenie usługi w w/zakresie. W przypadku złożenia oferty w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego na:

5.3.1.1. 1 część – liczba konserwowanych opraw oświetleniowych powinna wynosić, łącznie co najmniej 2.000 szt., wartość netto, co najmniej 72.000 zł (łącznie wykazane kontrakty) – str. 4 siwz.

Na potwierdzenie spełniania ustalonego warunku w pkt 6.3.1. zamawiający wymagał załączenia informacji o doświadczeniu zawodowym wykonawcy (Doświadczenie zawodowe – zał. Nr 3). Informacja musi zawierać dane na temat doświadczenia, potwierdzając jednocześnie spełnienie warunku określonego w pkt 5.3.1. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji prace zostały wykonane należycie – str. 5 siwz.

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert – pkt 14.1, str. 10 siwz.

Odwołujący się zamierza ubiegać się o jedną - IV część zamówienia i złożył ofertę wraz wymaganym załącznikiem nr 3 w którym wykazał prace realizowane na rzecz zamawiającego. Załączył również referencje wystawione odpowiednio w dniach 12.12.2007r., dotyczące okresu od 1.12.2006 roku, do dnia 30.11.2007 r. potwierdzające wykonanie czterech umów dotyczących ilości opraw i wartości odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu zawierające stwierdzenie, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym oraz dwie wystawione w dniu 26.01.2009 r. dotyczące okresu krótszego niż 12 miesięcy potwierdzające wykonanie umów dotyczących ilości opraw i wartości odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu potwierdzające należyte wykonanie prac (str. oferty)

Pismem z dnia 10 czerwca 2009 roku zamawiający wezwał odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac, gdyż referencje zawierające stwierdzenie, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym nie stanowią dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów do dnia 18 czerwca 2009 roku, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący się w wyznaczonym terminie złożył umowy NDZP/139/PN/86/06-III i NDZP/139/PN/86/06-VII, protokoły zdawczo-odbiorcze, protokoły odbiorów końcowych oraz zwolnienie zabezpieczenia należytego wykonania robót.

W części IV, o udzielenie której ubiega się odwołujący się wpłynęły dwie oferty: odwołującego się, z ceną 6,34 zł oraz REKLAMEX Sp. z o.o. z ceną 9,14 zł.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dowodów ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: protokołu ZP-1, siwz, oferty odwołującego się wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz odpowiedzi udzielonej przez odwołującego się wraz z załączonymi do niej dokumentami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż wykluczenie z postępowania pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z wymaganiem ustanowionym przez zamawiającego w pkt 5.3.1. siwz, usługi potwierdzające posiadanie wymaganego doświadczenia winny być wykonywane w okresie co najmniej 12 miesięcy (1), prace winny zakończone (2) i dotyczyć łącznie co najmniej 2.000 szt konserwowanych opraw oświetleniowych o wartości netto co najmniej 72.000 zł (3).

Referencje złożone na str. 11 i 12 oferty odwołującego się nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia - dotyczą czasookresu wykonywania prac krótszego niż wymagany. Referencja złożona na str. 10 oferty zawiera sformułowanie o „dostatecznym” wykonaniu wymaganych prac.

Wskazać należy, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie” w dokumencie potwierdzającym realizację umowy. Należyte wykonanie zamówienia użyte przez ustawodawcę w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, którym posłużył się zamawiający w pkt 6.3.1. siwz oznacza wykonanie przez wykonawcę umowy zgodnie z przyjętym zobowiązaniem. Jednak wbrew twierdzeniu odwołującego się pojęcia „dostateczne” nie może być każdorazowo utożsamiane z należyтым wykonaniem prac – pojęciem normatywnym.

W ocenie Izby dokument zawierający sformułowanie o dostatecznym wykonaniu prac winien stać się przedmiotem wnikliwej analizy zamawiającego, celem ustalenia, czy, w sensie materialnym, oznacza ono prawidłowe wywiązanie się wykonawcy z obowiązków wynikających z umowy.

Z tego względu odwołanie się przez zamawiającego do art. 26 ust. 3 Pzp należy uznać, co do zasady, za prawidłowe.

Zgodnie z art. 6 k.c w związku z art. 14 Pzp ciężar udowodnienia podnoszonych twierdzeń spoczywa na stronie, która ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W okolicznościach sporu ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń o braku złożenia właściwych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia odwołującego się .

Izba stwierdza, że zamawiający nie udowodnił zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego się określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wymaganie przez zamawiającego, aby wykonawca posiadane doświadczenia wykazał wyłącznie za pomocą dokumentu referencji zawierającego literalne sformułowanie „należyte wykonanie” narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego). Wskazać tu należy na cel składania wymaganych w siwz dokumentów – wyłonienie wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a tym samym dającego rękojmię prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie umowy mogą być zatem nie tylko referencje, ale też przykładowo protokoły zdawczo- odbiorcze lub faktury. W ocenie Izby dokumentem takim nie może być jednak oświadczenie banku – gwaranta o zwrocie gwarancji stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Potwierdzić należyte wykonanie umowy może wyłącznie jej strona – odbiorca świadczenia wykonawcy. Oświadczenie banku wskazuje jedynie, że nie nastąpiło zaspokojenie z ustanowionego zabezpieczenia. Zaspokojenie to mogło nastąpić jednak w inny sposób, zależny od indywidualnych okoliczności np. przez obniżenie należnego wynagrodzenia.

Na rozprawie zamawiający nie wykazał, z jakich przyczyn nie uznał za prawidłowe dokumentów złożonych przez odwołującego się w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wywodzenie braku należytego wykonania z samej daty podpisania przez

zamawiającego protokołu odbioru końcowego z datą późniejszą, niż ostatni dzień obowiązywania umowy nie jest trafne. Lektura umów złożonych przez odwołującego się prowadzi do przyznania racji stanowisku odwołującego się, że zobowiązany jest do usunięcia usterek powstałych w całym okresie obowiązywania umowy, zatem nawet po upływie terminu jej obowiązywania. Również w § 4 ust. 41 odwołujący się zobowiązał się usunięcia usterek wskazanych w protokole zdawczo – odbiorczym w terminie 7 dni, zatem po okresie obowiązywania umowy.

Sama data wystawienia protokołu odbioru końcowego nie świadczy o nieterminowym wykonaniu prac objętych złożonymi umowami, choćby z tego względu że zależna jest ona nie tylko od stanu realizacji zobowiązań wynikających z umowy, lecz również od uwarunkowań organizacyjnych i finansowych stron umowy. O braku wykonania umowy świadczyć mogłoby natomiast naliczenie kar umownych lub zapłata wynagrodzenia w kwocie mniejszej, niż wynikająca z zawartej umowy. Dowodów takich zamawiający jednak nie przedstawił a podczas rozprawy stanowisko swoje uzasadniał w przeważającej części wyrokiem Izby z dnia 30 kwietnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP/499/09). Powoływane orzeczenie nie może potwierdzać prawidłowości czynności wykluczenia odwołującego się w niniejszym postępowaniu i nie znajduje zastosowania w sprawie.

Wskazać należy przede wszystkim, że w postępowaniu, którego dotyczy powoływane orzeczenie odwołujący się ubiegał się o udzielenie 4 części zamówienia, zatem referencja z dnia 12 grudnia 2007 roku miała inne znaczenie prawne. W okolicznościach faktycznych niniejszego sporu odwołujący się ubiega się wyłącznie o jedną część zamówienia i zobowiązany jest do wykazania wykonanych należycie prac w odpowiednio mniejszym rozmiarze.

Po wtóre, w powoływanym orzeczeniu Izba nie przesądziła, że sformułowanie „wykonane dostatecznie” wyklucza *ex definitione* możliwość uznania prac za należycie wykonane. Izba podkreśliła natomiast, że odwołujący się nie wniósł środków ochrony prawnej wobec treści odpowiedzi nr 6 na zadane przez odwołującego się pytanie, w której zamawiający faktycznie te dwa pojęcia utożsamiał. Zaniechanie kwestionowania udzielonej odpowiedzi spowodowało, uznanie, że odwołujący się interpretację zamawiającego zaakceptował, co przyniosło skutek w postaci uznania przez Izbę prawidłowości dokonanej czynności wykluczenia.

Wyroki Izby zapadają w ustalonych każdorazowo w wyniku postępowania dowodowego okolicznościach faktycznych i wiążą jedynie w sprawach, w których zostały wydane. Tezy wynikające z indywidualnych rozstrzygnięć Izby, z uwagi na rolę jaką ustawodawca nadał Izbie w systemie zamówień publicznych, mogą mieć wprawdzie szersze zastosowanie w przypadku stwierdzenia analogicznych okoliczności faktycznych i prawnych, jednak w

okolicznościach faktycznych sporu analogia taka nie występuje. Samo powołanie orzeczenia nawet wydanego w wyniku rozpatrzenia odwołania dotyczącego tych samych stron nie tworzy podstawy wykluczenia.

Wskazać należy w tym miejscu, że każda z czterech umów, których dotyczy referencja z dnia 12 grudnia 2007 r. odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu. Okoliczność, że odwołującemu się zostały naliczone kary umowne jest bezsporna między stronami. Postępowanie dowodowe nie doprowadziło do ustalenia, czy z uprawnienia tego zamawiający skorzystał w odniesieniu do umów, których dotyczy referencja z dnia 12 grudnia 2007 r.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, że żadna z umów wskazanych z referencji z dnia 12 grudnia 2007 r. nie została wykonana przez odwołującego się zgodnie z zobowiązaniem wynikającym z jej treści. Zamawiający okoliczności tych nie wykazał, a dokonanie czynności wykluczenia na podstawie zawartego w treści referencji sformułowania o dostatecznym wykonaniu prac Izba uznaje za naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Naruszenie przez zamawiającego art 7 ust.1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości kwoty 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm).

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, ze 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:

.....

.....