

Sygn. akt KIO/UZP 527/10

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Małopolkom” s.c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wystouchów 20/44, 30-611 Kraków od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków protestu z dnia 11 marca 2010 r.

przy udziale Firma Handlowo – Usługowa „Rapidex” Marek Zięba, Magdalena Kopeć s.c., ul. Królewska 49/12, 30-040 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości

4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Małopolkom**” s.c. **Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** na rzecz „**Małopolkom**” s.c. **Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Małopolkom**” s.c. **Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportowej Dział Umów i Zamówień Publicznych, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa”.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 15335-2010, publikacja w dniu 19-01-2010

W dniu **2 marca 2010** r. Zamawiający ogłosił wynik przetargu, w którym za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” M. Zięba, M. Kopeć z siedzibą przy ul. Królewskiej 49/12, 30 - 040 w Krakowie, której przyznał 100 punktów.

Na miejscu drugim uznał ofertę złożoną przez przedsiębiorstwo „MAŁOPOLKOM” s. c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie z siedzibą przy ul. Wysłouchów 20/44, 30 - 6 1 1 w Krakowie, której przyznał 98.58 punktów.

Na miejscu trzecim uznał ofertę wykonawcy przedsiębiorstwa „Firma Prywatna SWC” z siedzibą przy ul. Młyńskiej 14 c w Kościerzynie 83-400, której przyznał 91,67 punktów.

Na miejscu czwartym uznał ofertę wykonawcy „Zakład Gospodarki Komunalnej

Sp. z o.o." z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556 przyznając jej 84,66 punktów.

W dniu **11 marca 2010 roku** Przedsiębiorstwo pod firmą „MAŁOPOLKOM” (zwany dalej Protestującym lub Odwołującym) działając przez Pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa w aktach oraz na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, złożyło protest na czynności:

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy F.H.U. „Rapidex” Marek Zięba, Magdalena Kopeć, z siedzibą w Krakowie, przy ul. Królewskiej 49/12, jako niespełniającej warunków ww. przetargu w zakresie określonym w Części III pkt 1 lit. b oraz w Części IV pkt 1 lit. g Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanym dalej SIWZ), w związku z załącznikiem nr 4 SIWZ,

- błędnej oceny oferty wykonawcy „MAŁOPOLKOM” s.c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno–Zieleniarskie,

- błędnym rozstrzygnięciu przetargu polegającym na wyborze oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu rażące naruszenie art. 7 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 *in initio*, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” Marek Zięba, Magdalena Kopeć z siedzibą w Krakowie, przy ul. Królewskiej 49/12 jako niespełniającej warunków ww. przetargu w zakresie określonym w Części III pkt 1 lit. b oraz w Części IV pkt 1 lit. g SIWZ w związku z załącznikiem nr 4 do SIWZ;
- 3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przy uwzględnieniu pkt 2 żądania tj. oferty przedsiębiorstwa „MAKOPOLKOM” s.c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie.

Protestujący jako jeden z czterech wykonawców zgłosił swoją ofertę w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Zamawiającego. Protestujący kwestionuje i nie zgadza się z rozstrzygnięciem przetargu.

Odnośnie zarzutów Protestujący stwierdza, iż Zamawiający dokonał wyboru firmy, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie wymogu wiedzy i doświadczenia określonego w Części III pkt 1 lit. b oraz w Części IV pkt 1 lit. g SIWZ, w zw. z załącznikiem nr 4 do SIWZ.

Protestujący podnosi, iż w SIWZ w Części III pkt 1 lit. b *expressis verbis* zapisano, iż: „w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy (...) wykażą, że: **posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert**

zrealizowali zamówienie podobne do przedmiotu zamówienia, polegające na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPID. Łączna wartość tych wykonywanych prac musi dotyczyć kwoty co najmniej 500.000,00zł".

Zdaniem Protestującego wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym przetargu nie spełnia wyżej wskazanego warunku, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie zrealizowania zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia, polegających na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPID, których łączna wartość wykonywanych prac musi przekroczyć kwotę 500 000,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca F.H.U. RAPIDEX w załączniku nr 4 w kolumnie: „Rodzaj i przedmiot zamówienia”, w wierszu trzecim wskazał, iż świadczył usługi w zakresie "Utrzymywania czystości w przejściu podziemnym Tunel", oceniając wartość wskazanej usługi na kwotę 34.150.00 zł. Odwołujący podnosi, że usługi te nie podlegają kontroli SANEPIDU w świetle obowiązujących norm prawnych, co potwierdza sam SANEPID w odpowiedzi na pismo przedsiębiorstwa „MAŁOPOLKOM”, zaznaczając iż: "w latach 2008, 2009 ww. obiekty użyteczności publicznej (przejście podziemne w tunelu szybkiego tramwaju oraz przystanki innych przewoźników niż MPK na terenie Krakowa) nie były w ewidencji tut. SANEPIDU, w związku z tym nie podlegały nadzorowi sanitarnemu". Oznacza to, iż wskazanej kwoty 34.150,00 zł nie można doliczyć do kwoty 500.000,00 zł wymaganej jako warunek dopuszczenia oferty do przetargu, gdyż usługi nie spełniały przesłanki kontroli SANEPIDU określonej w Części III pkt 1 lit. b zd. 1 *in fine*.

Ponadto w piśmie wyjaśniającym z dnia 1 marca 2010 r. wykonawca F.H.U. RAPIDEX wyjaśnia, iż usługa "Utrzymywania czystości w przejściu podziemnym Tunel", dotyczyła >>Utrzymywania przejść podziemnych Miasta Krakowa - zamówienie uzupełniające. Natomiast umowa źródłowa z dnia 10 grudnia 2008 roku, mająca potwierdzić w tym zakresie wymagane przez SIWZ doświadczenie, a dokładnie jej § 1 pkt 2 w związku z załącznikiem nr 1 do tej umowy, jednoznacznie i wyraźnie wskazuje, iż pod pojęciem przedmiotu zamówienia pn.: "Utrzymanie czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające" należy rozumieć: „Pracę wykonywane (...) w systemie ciągłym zapewniającym czystość w przejściu - tunel Krakowski Szybki Tramwaj”, a to w związku z wykładnią cytowanego wyżej § 1 pkt 2 przedmiotowej umowy, oznacza to, iż doświadczenie wykazane w ofercie F.H.U. RAPIDEX, a następnie w piśmie wyjaśniającym z dnia 1 marca 2010 r., w kolumnie: „Rodzaj i przedmiot zamówienia”, wierszu trzecim, powinno zostać uznane za niespełniające warunków przedstawionych w SIWZ, co tym samym powoduje, iż doświadczenie wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” nie spełniła przesłanki łącznej kwoty 500.000,00 zł przewidzianej w SIWZ i powinno skutkować bezwzględny odrzuceniem oferty wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX”<<.

Protestujący zaznacza, iż w piśmie wyjaśniającym z dnia 1 marca 2010 r. wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” mając świadomość, iż nie posiada wystarczającego doświadczenia

pozwalającego mu na skuteczne złożenie oferty do przedmiotowego przetargu, dokonał zmian w stosunku do złożonej oferty. Próbował wprowadzić w błąd zamawiającego co do charakteru usługi wykazanej w załączniku nr 4 w wierszu trzecim. W kolumnie „Rodzaj i przedmiot zamówienia” dokonał kosmetycznej zamiany pojęć: w miejsce zdania „Utrzymanie czystości w przejściu podziemnym Tunel” wprowadził zapis "Utrzymanie czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające". Podkreśla, iż poza samą zamianą nazw nie dokonał żadnych zmian w zakresie wartości, daty wykonania czy odbiorcy, na rzecz, którego wykonywane było zamówienie. Wykonawca tym samym miał pełną świadomość, że nie spełnia on wymaganej przesłanki.

W dalszej kolejności Protestujący wskazuje, iż wykazane przez wykonawcę F.H.U. „RAPIDEX” doświadczenie w zakresie „Malowania ścian i sufitu w przejściu podziemnym w Krakowie” oraz „Odnawiania przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa” również nie powinno być uznane za spełniające wymagania SIWZ w zakresie doświadczenia. Załączniki, które stanowią integralną część umów źródłowych, jednoznacznie wskazują, iż prace te miały charakter prac remontowo–budowlanych („tynkowanie sufitu, wypełnienie szczelin w suficie, malowanie wewnątrz, krat”), a nie prac polegających na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU.

Zatem doświadczenie w tym zakresie nie powinno być brane pod uwagę, gdyż nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, co tym samym powoduje, iż łączna suma kwot wykonanych prac wykazanych w doświadczeniu przez F.H.U. „RAPIDEX”, a spełniających warunki SIWZ - tj. polegających na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU będzie wynosiła nie 498.050,00 zł, a 372.500,00 zł.

Dlatego też Protestujący podnosi, iż oferta wykonawcy F.H.U. RAPIDEX w ogóle nie powinna zostać dopuszczona do przetargu. Brak doświadczenia wykazanego zamówieniami w wymaganej przez SIWZ kwocie powinien skutkować odrzuceniem oferty w trybie przewidzianym ustawą Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji wykonawca "MAŁOPOLKOM" s. c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie posiada interes prawny w odrzuceniu oferty wykonawcy F.H.U. RAPIDEX. gdyż wówczas zamówienie publiczne zostałoby udzielone właśnie temu wykonawcy, który posiadał w przedmiotowym przetargu i wykazał wymagane w SIWZ i w załącznikach do SIWZ doświadczenie, a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w drugiej kolejności.

W dniu **15 marca 2010** roku po stronie Zamawiającego przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesionego protestu Wykonawca F.H.U. „Rapidex” Marek Zięba, Magdalena Kopeć s.c.

Odnosnie wykazanej usługi „Utrzymanie czystości w przejściu podziemnym Tunel” Przystępujący wskazuje, że postanowienia SIWZ nie definiowały okresu, w którym dany obiekt użyteczności publicznej miał podlegać kontroli SANEPID-u czy też nie określono

częstotliwości tych kontroli. Z pisma tej jednostki nie wynika, że obiekt ten nie podlegał kontroli, ale że nie były one w latach 2008 i 2009 wykonywane. Nie było również definicji pojęcia „podlegania kontroli”. Ponadto spełnianie warunków potwierdzają zapisy umowy z dnia 10 grudnia 2008 r. Przystępujący udowadnia także, iż wymieniony w referencji obiekt jest obiektem użyteczności publicznej.

Odnosnie drugiej pozycji z wykazu, Przystępujący wykazuje, że prace, które były w ramach wykazanej referencji wykazane odpowiadają przedmiotowi zamówienia w postępowaniu (zgodnie z Załącznikiem nr 5) oraz że prace takie podlegają kontroli SANEPID.

W dalszej części przystąpienia, Przystępujący podnosi, iż nawet jeżeli Zamawiający uznałby te dokumenty za niewystarczające na potwierdzenie warunku doświadczenia, to jego oferta nie podlega odrzuceniu, a możliwe jest wezwanie go do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący oświadcza, że posiada znacznie większe doświadczenie niż wymagane przez Zamawiającego i jest w stanie złożyć wykaz usług w wystarczającym zakresie.

W dniu **17 marca 2010** roku Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, Zamawiający przywołał postanowienia SIWZ nr 5/1/2010, która w cz. III zawierała warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego: „realizowania zamówienia podobnego do przedmiotu zamówienia, polecającego na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli Sanepid. Łączna wartość tych wykonanych prac musi dotyczyć kwoty co najmniej 500 000,00 zł”. Aby zatem wykonawca spełniał warunki udziału w zakresie doświadczenia zawodowego powinny być spełnione trzy przesłanki: a) usługa dotycząca utrzymywania czystości, b) usługa w zakresie obiektów użyteczności publicznej, c) obiekty użyteczności publicznej winny podlegać kontroli Sanepid.

Zamawiający stwierdził, iż z analizy oferty złożonej przez F.H.U. „Rapidex” Marek Zięba, Magdalena Kopeć s.c. oraz z pisma F.H.U. „Rapidex” podpisanego przez pełnomocnika Radcę Prawnego Edytę Pasierb wynika, iż Rapidex zrealizował zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia na kwotę co najmniej 500 000 zł. Zatem wykonawca ten potwierdził, że składając ofertę nie pomylił się oraz udokumentował, iż wykazane przez niego doświadczenie zawodowe spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający przyjął do wiadomości wyjaśnienia wybranego najkorzystniejszego wykonawcy opracowane w formie przystąpienia do protestu po stronie zamawiającego. Zamawiający bazuje tylko na dokumentach załączonych do oferty oraz oświadczeniu właścicieli oraz pełnomocników firmy „Rapidex”, który uważa iż zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Na takie stanowisko Zamawiającego Wykonawca protestujący złożył w dniu **26 marca 2010 roku** odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) zaniechanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” Marek Zięba, Magdalena Kopeć, jako niespełniającej warunków ww. przetargu w zakresie określonym w Części III pkt 1 lit. b oraz w Części IV pkt 1 lit. g Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zw. z załącznikiem nr 4 SIWZ,
- 3) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu pkt 2 zarzutu tj. oferty przedsiębiorstwa „MAŁOPOLKOM” s. c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno-Zieleniarskie Odwołujący wskazał, że postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 in initio, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 stycznia 2010 roku.

Odwołujący wnosi o

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” jako niespełniającej warunków ww. przetargu w zakresie określonym w Części III pkt 1 lit. b oraz w Części IV pkt 1 lit. g SIWZ, w zw. z załącznikiem nr 4 SIWZ;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu pkt 2 żądania tj. oferty przedsiębiorstwa „MAŁOPOLKOM”;
- 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

Zarzuty

I. BRAK WYMAGANEGO DOŚWIADCZENIA

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z zapisem Części III pkt 1 lit. b SIWZ (str. 5 SIWZ) warunkiem uznania, iż usługa świadczona przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, spełnia wymogi wskazane przez SIWZ, powinna spełniać **łącznie trzy przesłanki:**

- 1) usługa wykazana powinna być podobna do przedmiotu zamówienia;
- 2) usługa wykazana powinna polegać na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej;
- 3) ponadto obiekty użyteczności publicznej powinny podlegać kontroli SANEPID dodatkowo łączna wartość prac musi dotyczyć kwoty co najmniej 500,000.00 zł.

F.H.U. „RAPIDEX” nie spełnia ww. warunków w następującym zakresie:

A. DOŚWIADCZENIE WSKAZANE PRZEZ F.H.U. „RAPIDEX” NIE SPEŁNIAJĄCE PRZESŁANEK WSKAZANYCH W PKT 1) i PKT 2) - usługa nie była podobna do przedmiotu zamówienia i nie polegała na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej

Wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Część III pkt 1 lit. b SIWZ powołał swoje doświadczenie w zakresie „Malowania ścian i sufitu w przejściu podziemnym w Krakowie” (za kwotę 62 000,00 zł) oraz „Odnawiania przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa” (za kwotę 64 050,00 zł). Odwołujący podnosi, iż doświadczenie F.H.U. „RAPIDEX” w tym zakresie niesłusznie zostało uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym przetargu za spełniające przesłanki wskazane w Części III pkt 1 lit. b SIWZ (str. 5 SIWZ).

Usługi, które powołuje F.H.U. „RAPIDEX” nie mają nic wspólnego z utrzymaniem czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU oraz nie są podobne do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na zapisy umowy źródłowej wraz z dołączonymi do niej załącznikami stanowiącymi jej integralną część. Dokument ten jest głównym i zarazem jedynym źródłem interpretacji jej treści i tym samym pozwala na określenie zakresu świadczonej usługi przez wykonawcę. Załączniki jednoznacznie wskazują, iż prace kwestionowane w tym akapicie miały charakter prac remontowo - budowlanych wykonywanych na podstawie odrębnych umów źródłowych i ich wartość nie może zostać doliczona do wymaganej przez SIWZ łącznej wartości prac tj. kwoty co najmniej 500.000,00 zł. Nie są to prace polegające na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU. Czynności te nie mogą być pod żadnym względem uznane za tożsame z czynnościami polegającymi na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU. Co więcej Część I pkt 1 lit. a) SIWZ w szerokim katalogu czynności definiujących pojęcie: „usług związanych z bieżącym utrzymaniem szaleatów miejskich w celu zapewnienia prawidłowego ich funkcjonowania” nie przewiduje się czynności polegających na „tynkowaniu sufitu, wypełnieniu szczelin w suficie, malowanie wnek czy krat”. Nie można pominąć bardzo ważnej i istotnej dla całej sprawy kwestii. Odwołujący zaznacza, iż nie można pominąć ważnych kwestii sanitarno - epidemiologicznych.

Odwołujący podnosi kwestię wykładni rozszerzającej pojęcie „podobny” oraz „utrzymanie czystości” dla celów wykazania, iż wskazane w tym punkcie, a kwestionowane przez Odwołującego doświadczenie F.H.U. „RAPIDEX” spełnia wymogi SIWZ.

Reasumując, Odwołujący stwierdza, łączna kwota doświadczenia po odjęciu wartości ww. przedmiotów zamówienia podlegających odrzuceniu wykazanego przez F.H.U. „RAPIDEX” wynosi: **406.650,00 zł i nie spełnia wymogu kwoty 500.000,00 zł wskazanej przez SIWZ.**

B. DOŚWIADCZENIE WSKAZANE PRZEZ F.H.U. „RAPIDEX” NIE SPEŁNIAJĄCE PRZESŁANKI WSKAZANEJ W PKT 2 i PKT 3) - usługą nie była podobna do przedmiotu zamówienia i obiekt użyteczności publicznej nie podlegał kontroli SANEPID, F.H.U. „RAPIDEX” nie wykazał doświadczenia na łączną kwotę 500.000,00 zł w okresie trzech

lat.

Wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Część III pkt 1 lit. b SIWZ powołał swoje doświadczenie w zakresie „Utrzymania czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające” (za kwotę 34 150,00 zł). Zdaniem Odwołującego wskazane przez F.H.U. „RAPIDEX” doświadczenie w tym zakresie niesłusznie zostało uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym przetargu za spełniające przesłanki wskazane w Części III pkt 1 lit. b) SIWZ (str. 5 SIWZ), a dokładnie przesłanki, mówiącej o tym, iż:

- 1) usługa wykazana powinna być podobna do przedmiotu zamówienia
- 2) obiekty użyteczności publicznej powinny podlegać kontroli SANEPID

Usługa, którą powołuje F.H.U. „RAPIDEX” dla wykazania wymaganego przez SIWZ doświadczenia nie ma nic wspólnego z utrzymaniem czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPIDU. Podobnie jak w przypadku wcześniej kwestionowanej pozycji 4 oraz pozycji 6 doświadczenia wykazanego przez F.H.U. „RAPIDEX”, także i w tym przypadku zakres i definicję świadczonej usługi określa tzw. umowa źródłowa wraz z dołączonymi do niej załącznikami stanowiącymi jej integralną część. Jest ona głównym i zarazem jedynym źródłem interpretacji jej treści i tym samym pozwala na określenie zakresu świadczonej usługi przez wykonawcę.

W tym miejscu, poza umową (umowa z dnia 10 grudnia 2008 roku, a dokładnie jej § 1 pkt 2 w zw. z załącznikiem nr 1 jednoznacznie i wyraźnie stanowi, iż pod pojęciem przedmiotu zamówienia pn.: "Utrzymanie czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające"), Odwołujący przywołuje pismo pełnomocnika wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” z dnia 1 marca 2010 roku, którego treść ma kluczowe dla tej kwestii znaczenie. Pismo to stanowi odpowiedź pełnomocnika na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 lutego 2010 roku „do złożenia wyjaśnień i wskazania, które z podanych w załączniku nr 4 (str. 26 złożonej oferty) zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia polegały na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli SANEPID”

Odwołujący wskazuje, iż w wersji pierwotnej załącznika nr 4 złożonej do akt przetargu przez F.H.U. „RAPIDEX” w rubryce: „Rodzaj i przedmiot zamówienia” znalazło się sześć pozycji. Na skutek ww. zawiadomienia Zamawiającego dokonano usunięcia na stałe pozycji pod numerem 5 oraz bardzo istotnej (zdaniem Odwołującego) zmiany. W pierwotnej wersji załącznika nr 4 pod pozycją nr 3 wpisano zamówienie pn.: „Utrzymywanie czystości w przejściu podziemnym Tunel”.

Na skutek wezwania Zamawiającego wprowadzono pozornie nieistotną, kosmetyczną poprawkę. W miejsce nazwy: „Utrzymywanie czystości w przejściu podziemnym Tunel” wpisano nazwę: „Utrzymywania przejść podziemnych Miasta Krakowa - zamówienie

uzupełniające". Odwołujący twierdzi, iż działanie wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” było celowe oraz że dokonał on pospiesznych zmian w stosunku do pierwotnej wersji załącznika nr 4 ponieważ wiedział, iż prace polegające na „Utrzymywanie czystości w przejściu podziemnym Tunel” nie podlegają kontroli SANEPIDU, a więc nie spełniają jednej z trzech przesłanek wymaganych przez Część III pkt 1 lit. b SIWZ. F.H.U. „RAPIDEX sam, w piśmie z dnia 1 marca 2010 usunął z pierwotnej wersji załącznika pozycję nr 5 doświadczenia pn. „Utrzymanie czystości przystanków innych przewoźników”, dokonując tym samym wskazania, które z wykazanych pozycji doświadczeń mogą zostać odrzucone przez Zamawiającego.

Kwestię czy przejście podziemne Tunel podlegało kontroli SANEPIDU wyjaśniło pismo SANEPIDU z dnia 3 marca 2010 r. W piśmie tym SANEPID jednoznacznie i wyraźnie wskazał, iż w latach 2008 - 2009, a więc w okresie obejmującym okres od 11.12.2008 r. do 31.07.2009 r., w którym F.H.U. „RAPIDEX” świadczył usługi w zakresie "Utrzymania czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające", przejścia podziemne w tunelu szybkiego tramwaju oraz przystanki innych przewoźników niż MPK na terenie Krakowa, nie były w ewidencji tut. Stacji Sanitarno -Epidemiologicznej w związku z tym nie podlegały nadzorowi sanitarnemu". Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Krakowie wskazuje ponadto, że posiadała w analogicznym okresie w ewidencji inne obiekty użyteczności publicznej takie jak: „Przejście podziemne Łagiewniki -Sanktuarium Bożego Miłosierdzia” „Przejście podziemne Borek Fałęcki - pętla tramwajowa” co potwierdzają protokoły kontroli z dnia 18 września 2009 roku.

W ocenie Odwołującego pismo z SANEPID-u, jak też dwa protokoły kontrolne jednoznacznie wskazują, iż pracę pn.: "Utrzymanie czystości przejść podziemnych - zamówienie uzupełniające", nie podlegały kontroli SANEPID-u. Oznacza to, iż powołane doświadczenie w tym zakresie powinno zostać odrzucone przez Zamawiającego jako niespełniające przesłanki podlegania obiektów użyteczności publicznej kontroli SANEPID-u.

Tym samym łączna kwota doświadczenia po odjęciu wartości przedmiotu zamówienia podlegającego odrzuceniu, a wykazanego przez F.H.U. „RAPIDEX” wynosi: 498.050,00 zł i nie spełnia wymogu kwoty 500.000,00 zł wskazanej przez SIWZ.

II. NIEŚCISŁOŚCI W DOKUMENTACH WYKONAWCY F.H.U. „RAPIDEX”

- a) Odwołujący wskazuje, iż wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w piśmie z dnia 15 marca 2010 roku, do Zamawiającego oraz do Odwołującego przesłał różne wersje tych samych dokumentów powołanych w ww. piśmie jako dowody, które miały potwierdzić okoliczność, iż „od dłuższego czasu świadczy na rzecz Zamawiającego usługi związane z bieżącym

utrzymaniem czystości przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa".

- b) Odwołujący wskazuje na powoływanie przez F.H.U. „RAPIDEX” dowodów adresowanych do innego wykonawcy „Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.” z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie (również biorącego udział w przedmiotowym przetargu). Powyższe wykazuje, iż Wykonawca dopuścił się tym samym złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Ad A.

Jako budzący daleko idące wątpliwości natury prawnej Odwołujący wskazuje dokument - protokół kontroli z dnia 18 września 2009 r. pn.: „Przejścia podziemnego Borek Fałęcki - pętla tramwajowa”, a dokładnie piątą stronę tego protokołu. W wersji przefaksowanej pełnomocnikowi Odwołującego strona piąta nie posiadała podpisu i pieczętki pełnomocnika F.H.U. „RAPIDEX” radcy prawnego Edyty Pasierb „za zgodność z oryginałem”, posiadała zaś dwie podłużne pieczęci: „Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. 30 - 556 Kraków ul. Wodna 4, KOORDYNATOR Marek Zięba” Wersja tego samego dokumentu złożona na dziennik podawczy Zamawiającego, posiadała zarówno podpis jak i pieczętkę radcy prawnego Edyty Pasierb: „za zgodność z oryginałem”, jednakże nie posiadała dwóch podłużnych pieczęci „Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. 30 - 556 Kraków ul. Wodna 4, KOORDYNATOR Marek Zięba” - przedsiębiorstwa, które również brało udział w przedmiotowym przetargu. Odwołujący twierdzi, że pieczęcie zmieniono prawdopodobnie celem ukrycia powiązania obu przedsiębiorstw tj. F.H.U. „RAPIDEX” oraz „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie.

Odwołujący wskazał ten fakt Zamawiającemu w piśmie z dnia 16 marca 2010 roku Rozbieżność potwierdza fotokopia piątej strony znajdująca się w aktach Zamawiającego. W piśmie z dnia 17 marca 2010 roku Zamawiający oddalając protest poinformował Odwołującego, iż „(...) powinien ten fakt zgłosić organom ścigania”.

Wprowadzanie w błąd zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego się przez F.H.U. „RAPIDEX” poprzez doręczanie rozbieżnych wersji dokumentów spełnia przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuję, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis nakazuje Zamawiającemu wykluczyć więc z przetargu oferty wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

AD B.

Odwołujący podnosi, że w piśmie z dnia 15 marca 2010 roku pełnomocnik F.H.U. „RAPIDEX” powołuje dowody nieadresowane do tegoż wykonawcy. Decyzja z dnia 9 sierpnia 2009 r. wydana przez Państwowy Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Krakowie o znaku HK.U - PG - 430 - 020462 / 2 / 09 / I 14 D jest adresowana do Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, 30 -556 w Krakowie, tj. do przedsiębiorstwa, którego oferta brała udział w przedmiotowym przetargu. Wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” przedstawia również wpisy inspektorów ZIKiT z tzw. zeszytów kontrolnych obiektów (szaletów miejskich) obsługiwanych przez „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 -556. Zeszyty kontrolne nie posiadają wszystkich stron. Identyfikację adresata umożliwia jednak data wpisów. Daty wpisów pozwalają stwierdzić, iż adresatem nie jest F.H.U. „RAPIDEX”. Od dnia 1 stycznia 2008 roku do dnia dzisiejszego utrzymaniem czystości toalet na terenie Miasta Krakowa zajmuje się przedsiębiorstwo „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556. Wskazuje to jednoznacznie, iż dowody te mogą potwierdzać doświadczenie ale innego oferenta występującego w przedmiotowym przetargu tj. „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556, gdyż w tym czasie to ten oferent świadczył i nadal do dnia rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu świadczy usługi, o których mowa w zeszytach kontrolnych obiektów (szaletów miejskich).

III. BRAK WYMAGANYCH PRZEZ SIWZ UPRAWNIEŃ BUDOWLANYCH

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” w złożonym oświadczeniu z dnia 24 lutego 2010 roku nie wykazuje wymaganych przez Część IV pkt 1 lit. j zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, uprawnień niezbędnych do wykonywania obowiązków wynikających z przedmiotu zamówienia przedmiotowego przetargu.

Załącznik nr 5 określa tzw.: „Zakres prac i opis wymaganego wyglądu obiektów”. Zakres obowiązków Wykonawcy obejmuje: (...) prowadzenie książki obiektu (szaletów) wraz z bieżącymi wpisami osób do tego upoważnionych mających właściwe uprawnienia np. elektryczne, budowlane i inne”. Brak jest uprawnień konstrukcyjno - budowlanych uprawniających do nadzoru nad stanem technicznym obiektów jak również zabezpieczenia ich prawidłowego funkcjonowania, a także oceny stanu technicznego obiektów, wraz z wpisami do tzw. książki obiektów znajdujących się w toaletach uniemożliwia zgodne z prawem wykonywanie obowiązków nałożonych na Wykonawcę przez wymaganie SIWZ.

W oświadczeniu F.H.U. „RAPIDEX” wykazują, iż „osoby uczestniczące w realizacji zamówienia posiadają wymagane uprawnienia w branżach: elektrycznej oraz wodno - kanalizacyjnej”. Jednakże w załączniku nr 5 do SIWZ uprawnień tych nie posiada żadna

z osób wskazanych przez wykonawcę F.H.U. „RAPIDEX”. Obowiązek posiadania przez osobę wchodzącą w skład personelu wykonawcy tych uprawnień nakłada SIWZ, a precyzuje dokładnie Prawo budowlane w art. 12 ust. 1 pkt 5 stanowiąc, iż: „Za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą : sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych”. Zgodnie z treścią art. 12 ust.7 Prawa Budowlanego: „Podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru, o którym mowa w art. 88 a ust. 1 pkt 3 lit. a, oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami - wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności.

W przedmiotowej sprawie żadna z osób powołanych w oświadczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. tj. osób posiadających uprawnienia elektryczne oraz wodno -kanalizacyjne nie przedstawiła aktualnych zaświadczeń potwierdzających wskazywane uprawnienia, a wymaganych przez art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego. Już tylko na tej podstawie oferta wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” powinna zostać odrzucona. Należy wyraźnie zaznaczyć fakt, iż w obecnym stanie sprawy, nie ma podstaw do ewentualnego sanowania tych oświadczeń poprzez ich uzupełnienie.

IV. NIEDOZWOLONA WSPÓŁPRACA WYKONAWCÓW F.H.U. „RAPIDEX” ORAZ „ZGK” : Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie

Odwołujący wskazuje, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że Wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” współpracował w sposób niezgodny z prawem celem wpłynięcia na wynik w przedmiotowym przetargu z innym wykonawcą - przedsiębiorstwem „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie. Powyższe może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i stanowić zмовę wykonawców.

O dowodach możliwej i wysoce prawdopodobnej współpracy mogą świadczyć następujące okoliczności:

Po pierwsze wykonawca F.H.U. „RAPIDEX” dla wykazania własnego doświadczenia powoływał dowody, których adresatem był wykonawca „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556.

Po drugie na dokumentach, które potwierdzają doświadczenie F.H.U. „RAPIDEX” pojawiają się pieczętki Koordynatora „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556 Pana Marka Zięby.

Odwołujący przywołuje także wspomnianą piątą stronę protokołu kontroli z dnia 18

września 2009 r. pn.: „Przejście podziemne Borek Fałęcki - pętla tramwajowa”. Odwołujący podnosi, iż niedopuszczalne jest powoływanie się na dokumenty, na których widnieją pieczętki dwóch odrębnych przedsiębiorstw przystępujących do przedmiotowego przetargu, które nie jako „kojarzy ze sobą” osoba Pana Marka Zięby.

Po trzecie wątpliwości budzi fakt, iż Zamawiający zbagatelizował wszystkie informacje przekazane mu w pismach przez Odwołującego się w zakresie możliwych przeróbek dokumentów, czy też posiadania i używania w przedmiotowym przetargu przez F.H.U. „RAPIDEX” dokumentów wystawionych na „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556.

Po czwarte Odwołujący podnosi fakt, iż w piśmie przefaksowanym z dnia 2 marca 2010 roku Zamawiający ogłaszając wybór najkorzystniejszej oferty przetargu dokonał nieistotnej omyłki pisarskiej. W wersji przesłanej faksem dokument posiadał następującą treść:

1. Na miejscu pierwszym Zamawiający uznał ofertę wykonawcy F.H.U. „RAPIDEX” M. Zięba. M. Kopeć z siedzibą przy ul. Królewskiej 49/12, 30 - 040 w Krakowie, której przyznał 100 punktów;
2. Na miejscu drugim Zamawiający uznał ofertę złożoną przez protestującego przedsiębiorstwo „MAŁOPOLKOM” s. c. Ryszard Kwiek, Ireneusz Ferdynus Usługi Komunalno - Zieleniarskie z siedzibą przy ul. Wystouchów 20/44, 30-611 w Krakowie, której przyznał 98,58 punktów;
3. Na miejscu trzecim Zamawiający uznał ofertę wykonawcy przedsiębiorstwa „Firma Prywatna SWC” z siedzibą przy ul. Młyńskiej 14 c w Kościerzynie 83-400, której przyznał 91,67 punktów;
4. Na miejscu czwartym Zamawiający uznał ofertę wykonawcy „Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.” z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556, której przyznał 84,66 punktów.

W rzeczywistości na miejscu trzecim z liczbą 91, 76 punktów powinna znaleźć się oferta wykonawcy „ZGK” Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556 nie zaś oferta wykonawcy „Firma Prywatna SWC”.

W takiej sytuacji oferta Odwołującego się znalazła się w „przysłowiowych kleszczach” dwóch powiązanych ze sobą wykonawców. Zwiększało to możliwości obu tych wykonawców co do proponowanej ceny wykonania przedmiotu zamówienia, która stanowiła główne kryterium rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu.

Sprawę nadto komplikuje fakt, iż wykonawca „ZGK” tj. „Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.” z siedzibą przy ul. Wodnej 4, w Krakowie 30 - 556 posiada bliźniaczo podobną nazwę do nazwy, pod którą działał wcześniej Zamawiający ZIKiT. Należy wskazać, iż poprzednikiem ZIKiT początkowo był Zarząd Gospodarki Komunalnej (w skrócie „ZGK”). Następnie „ZGK” zmienił nazwę na Krakowski Zarząd Komunalny (w skrócie „KZK”). Na skutek połączenia „KZK” z Zarządem Dróg i Komunikacji (w skrócie „ZDiK”) powstał ZIKiT.

Należy również nadmienić fakt, iż wykazana współpraca dwóch wykonawców

w jednym przetargu spełnia przesłanki uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł ten stanowi, iż: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, co w niniejszym stanie faktycznym wykazano. Na dowód współpracy obu przedsiębiorstw Odwołujący powołuje notatki służbowe: z dnia 3 stycznia 2007 roku, z dnia 2 stycznia 2008 roku, w której następuje przekazanie toalet między wykonawcami.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

W tym miejscu skład orzekający Izby chciałby odnieść się do pisma Przystępującego złożonego po zakończeniu posiedzenia i rozprawy, datowanego na 20 kwietnia 2010 roku, którym poruszono kwestie pełnomocnictwa załączonego do odwołania i zawarto prośbę o ponowne otwarcie posiedzenia przed KIO.

W wyniku przesłania odwołania Przystępującemu przez Zamawiającego, a także podczas prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą posiedzenia, strona miała możliwość zapoznania się z dokumentami, w tym pełnomocnictwem Odwołującego. Przystępujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń co do ustaleń formalnych na posiedzeniu Izby, które skutkować mogłyby odrzuceniem odwołania, co potwierdza protokół z posiedzenia i rozprawy. Podnoszenie na obecnym etapie postępowania odwoławczego wadliwości pełnomocnictwa należy uznać za żądania spóźnione. Przystępujący w toku posiedzenia nie kwestionował

faktu otrzymania niepełnej treści odwołania i nie zgłaszał wniosków, które skutkować miałyby odrzuceniem odwołania. Składanie ich w tym momencie należy uznać za mające na celu wydłużenie postępowania.

Ponadto Izba z urzędu zbadała czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania a nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę. Stwierdzenia potwierdzające taki stan rzeczy również znalazły się w protokole z posiedzenia i rozprawy.

Zauważyć należy także, iż złożone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo obejmuje swoim zakresem takie czynności jak „dokonywanie wszelkich czynności i składanie oświadczeń woli i wiedzy w sprawach z zakresu zamówień publicznych, w tym reprezentowanie mocodawców w postępowaniu przetargowym” będącym przedmiotem badania Izby oraz „występowanie przed sądami powszechnymi, sądami administracyjnymi, (...) innymi organami państwowymi, samorządowymi, społecznymi, instytucjami”. Na tej podstawie skład orzekający Izby uznał załączone pełnomocnictwo za wystarczające do wnoszenia środka odwoławczego w postaci odwołania.

Nie jest natomiast działaniem nieuprawnionym złożenie na rozprawie nowego pełnomocnictwa, które upoważniałoby oddzielnie pełnomocnika do reprezentowania strony przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto warto zauważyć, iż orzecznictwo w sprawie pełnomocnictw nie jest jednolite i można spotkać się również z poglądem odmiennymi niż przedstawiany przez Przystępującego. Przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 19 lipca 2007 roku (sygn. akt II Ca 319/07) stwierdzono, iż za bezpodstawne należy uznać stanowisko, zgodnie z którym składanie środków odwoławczych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wymaga wyraźnego umocowania do ich wnoszenia. (...) w ocenie Sądu Okręgowego wnoszenie środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jednym z elementów całościowo pojmowanego postępowania i nie jest wymagane udzielenie osobie działającej w imieniu uprawnionego odrębnego pełnomocnictwa do złożenia środka odwoławczego. Dlatego też nie uczyniono zadość żądaniom Przystępującego.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw bezprawnego nieodrżucenia oferty, a także niewykluczenia Wykonawcy Przystępującego oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie ważnej oferty w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym zaniechania odrzucenia oferty jako niespełniającej warunków przetargu w zakresie wymaganego doświadczenia, Izba uznała za zasadny.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zamieścił warunki udziału w SIWZ w Części III stwierdzając w pkt 1 lit. b iż „[w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą, że (...)

c) posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali zamówienie podobne do przedmiotu zamówienia, polegające na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli Sanepid. Łączna wartość tych wykonywanych prac musi dotyczyć kwoty co najmniej 500 000, 00 zł.”].

Dokumentem potwierdzającym spełnianie omawianego warunku, zgodnie z Częścią IV SIWZ („Wymagane oświadczenia i dokumenty”) miał być wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony według załącznika nr 4.

Przystępujący w swojej ofercie załączył wykaz składający się pierwotnie z 6 pozycji. Na wezwanie Zamawiającego w dniu 01-03-2010 roku Przystępujący złożył wyjaśnienia do oferty odnoszące się do załączonego wykazu, wskazując w nich iż pozycja nr 5 nie dotyczy zamówień wymaganych przez zamawiającego, pozostałe zaś wymienione w wykazie prace odpowiadają warunkowi postawionemu w postępowaniu. Z tezą tą nie zgadza się Odwołujący, kwestionując pozycje nr 3, 4, „nowe 5” wykazu z wyjaśnień.

Zarzut odnośnie referencji nr 3 "Utrzymywanie czystości w przejściu podziemnym Tunel", w ramach umowy „Utrzymanie przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa – zamówienie uzupełniające” o wartości wskazanej usługi na kwotę 34.150,00 zł zasługuje na uwzględnienie.

W toku prowadzonego postępowania złożona została umowa, na podstawie której wykonywano przedmiotową usługę. Z załącznika nr 1 do umowy wynika, iż utrzymanie czystości przejść podziemnych – zamówienie uzupełniające dotyczyło prac wykonywanych w

systemie ciągłym zapewniającym czystość w przejściu – tunel Krakowski Szybki Tramwaj.

Na podstawie pism złożonych zarówno przez Odwołującego (w toku postępowania) oraz Przystępującego (na rozprawie) wynika, że usługi te nie podlegają kontroli SANEPIDU, nie spełniają więc jednego z warunków wymaganych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 01-03-2010 roku skierowane do Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego w Krakowie z pytaniem czy utrzymanie czystości przejść podziemnych (tunel szybkiego tramwaju w Krakowie) było w zakresie kontroli sanitarnej Państwowego Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego w Krakowie, w dniu 03-03-2010 roku otrzymano odpowiedź, iż w latach 2008, 2009 ww. obiekt użyteczności publicznej nie był w ewidencji tut. Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w związku z tym nie podlegał nadzorowi sanitarnemu. Jednocześnie w piśmie zaznaczono, iż od 1 stycznia 2010 roku przejścia podziemne zlokalizowane na terenie Miasta Krakowa są pod nadzorem Małopolskiego Państwowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie.

Z pisma złożonego przez Przystępującego na rozprawie, w sprawie informacji dotyczącej kontroli przejść podziemnych wynika natomiast, iż Małopolski Państwowy Inspektor Sanitarny w Krakowie poinformował, że nadzór sanitarny nad obiektami w latach 2008 i 2009 pełnił Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Krakowie. Przystępujący kierując pismo do Małopolskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego poprosił o informacje dotyczące kontroli Inspekcji Sanitarnej przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa pod zarządem ZIKiT w Krakowie. Nie zapytał więc konkretnie o jedno z przejść (będące przedmiotem sporu między stronami) jak to uczynił Odwołujący, ale o wszystkie przejścia podziemne.

Po analizie powyższych pism stwierdzić należy, iż skoro przejście podziemne w tunelu szybkiego tramwaju w Krakowie w latach 2008, 2009 nie podlegało Małopolskiemu Państwowemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Sanitarnemu oraz nie było w ewidencji Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej i w związku z tym nie podlegało nadzorowi sanitarnemu, nie spełniona została jedna z przesłanek uznania doświadczenia za odpowiednie wymagana przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Przystępującego, iż z pisma Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Krakowie nie wynika, że przejście to w ogóle nie podlegało kontroli a jedynie, że w latach 2008 i 2009 nie wykonywano na tym obiekcie kontroli. Zdaniem składu orzekającego skoro przejście nie znajdowało się w ewidencji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego i nie podlegało nadzorowi sanitarnemu, to jedynymi uprawnionymi wnioskami są twierdzenia zawarte w tym piśmie. Wywody Przystępującego, iż SIWZ w sposób bardzo ogólny określała wymóg podlegania kontroli

Sanepid nie mają racji bytu. Skoro kwestionowanego obiektu nie było w ewidencji, to nie podlegał on kontroli jednostki, nawet jeżeli obiektywnie rzecz ujmując winien był tej kontroli podlegać. Nawet jeżeli przyjąć argumentację Przystępującego, iż wymieniony obiekt jest obiektem użyteczności publicznej (co nie jest kwestionowane przez Odwołującego i Izbę), a prace wykonywane na tym obiekcie były pracami polegającymi na utrzymaniu czystości w obiekcie użyteczności publicznej, to w żaden sposób nie można zgodzić się z twierdzeniami o podleganiu kontroli jakiegokolwiek jednostki Sanepid. Nie do oceny Izby zaś należy rozstrzygnięcie sporów kompetencyjnych między wymienionymi jednostkami.

Zarzuty odnośnie referencji nr 4 i 5 „Malowanie ścian i sufitu w przejściu podziemnym w Krakowie” oraz „Odnawianie przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa” skład orzekający Izby postanowić rozpatrzyć łącznie ponieważ dotyczą one identycznego stanu faktycznego. Zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący kwestionuje, iż wyżej wymienione prace nie spełniają warunku utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej podlegających kontroli Sanepid oraz że nie są podobne do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, zakres prac i opis wymaganego wyglądu obiektów obejmuje m.in. prace wpływające na czystość całego obiektu zgodnie z wymaganiami Sanepidu, prace wpływające na estetykę i bezpieczeństwo obiektu, prace konserwacyjne urządzeń (sanitarnych, kanalizacyjnych, elektrycznych) i innych elementów obiektów. Wymienione prace i zalecenia dotyczą całego obiektu, tj. także zewnętrznej części szaletu w przypadku gdy jest on wolnostojący.

Zgodnie z zamieszczonym opisem przedmiotu zamówienia, nie można przyznać racji twierdzeniom Odwołującego. Do prac wpływających na czystość całego obiektu oraz prac konserwacyjnych obiektu na pewno można uznać jego malowanie czy też prace w zakresie otynkowania. Jeżeli prace wymienione w wykazie Przystępującego były wykonywane na obiektach użyteczności publicznej (a charakter wymienionych w referencjach obiektów nie był kwestionowany przez Odwołującego), które to obiekty podlegają kontroli Sanepidu. Okoliczność ta została przez Przystępującego udowodniona protokołami z kontroli Sanepid, z których wynika, iż obiekty użyteczności publicznej kontrolowane są w zakresie wymienionym w referencjach, czyli wyglądu zewnętrznego budynków, a w zaleceniach pokontrolnych czynności wymienione w referencjach były nakazywane przez Sanepid do realizacji podmiotom odpowiadającym za stan budynków. Wobec powyższego, zdaniem składu orzekającego nie można pracom tym odmówić waloru „podobieństwa” do przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania czystości.

Nietrafnie wywodzi Odwołujący, że oceniając posiadane przez wykonawcę doświadczenie

należy ściśle odnieść do przedmiotu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu i analizować je w odniesieniu do przewidzianych do wykonania prac polegających na utrzymaniu czystości w obiektach szaleatów miejskich. Takie rozumowanie postanowień SIWZ doprowadziłoby do umożliwienia ubiegania się o zamówienie jedynie wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie usług identycznych z przedmiotem zamówienia. To natomiast naruszałoby przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., nr 87, poz. 605 ze zmianami). Co więcej, a może przede wszystkim, takie rozumienie tego warunku stanowiłoby warunek ograniczający uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy, którzy nie wykonali choć jednej usługi w zakresie bieżącego utrzymania szaleatów miejskich nie mogliby się ubiegać o to zamówienie. W ocenie składu orzekającego Izby wykazane prace są porównywane pod względem podobieństwa do przedmiotu zamówienia i uprawnionym było ze strony Zamawiającego uznanie doświadczenia Przystępującego w tym zakresie.

Reasumując Izba uznała, że dwie referencje z trzech kwestionowanych referencji dotyczące usług podobnych były wystarczające na potwierdzenie spełniania warunku z Części III pkt 1 lit. b SIWZ. Jednakże wobec nieuznania jednej z kwestionowanych referencji nie potwierdziło się spełnianie warunku w zakresie łącznej wartości wykonywanych prac w wysokości co najmniej 500 000,00 zł.

Izba pragnie ponadto zwrócić uwagę na fakt, iż sytuacja ta może zostać naprawiona wskutek możliwości dokonania czynności wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i umożliwienie mu udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym, zdaniem Izby, doszło w przedmiotowym postępowaniu również do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wnikliwego zbadania ofert w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców biorących w nim udział i wybór oferty.

Zarzuty odnośnie nieściśłości w dokumentach Wykonawcy F.H.U. RAPIDEX, powoływania się na dokumenty nieadresowane do tej firmy oraz niedozwolonej współpracy wykonawców, skład orzekający Izby postanowił odnieść się łącznie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż żaden z tych zarzutów nie został podniesiony w proteście. Zgodnie zaś z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były w proteście zawarte. Tym niemniej skład orzekający izby postanowił odnieść się do polemiki w tym zakresie prowadzonej między Odwołującym i Przystępującym.

Przywoływane przez Przystępującego dokumenty (protokół kontroli przejścia podziemnego Borek Fałęcki – pętla tramwajowa oraz wpisy z ksiąg kontroli obiektów) mają

udowadniać okoliczności, że Przystępujący od dłuższego czasu świadczy na rzecz Zamawiającego usługi związane z bieżącym utrzymaniem czystości przejść podziemnych na terenie Miasta Krakowa oraz że organy sanitarne dokonują okresowych kontroli przejść podziemnych jako obiektów użyteczności publicznej. Zdaniem składu orzekającego Izby okoliczności te nigdy nie były sporne między stronami. Dlatego też przedstawienie takiego pisma nie mogło w jakikolwiek sposób wpłynąć na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosnie powoływania się na dokumenty nieadresowane do F.H.U. RAPIDEX oraz niedozwolonej współpracy wykonawców, to stwierdzić należy, iż żadne przepisy prawa nie zabraniają podzlecania zadań między podmiotami. Fakt, że dwa podmioty startujące w jednym postępowaniu łączył lub łączy inny stosunek prawny wynikający z innych umów, nie może wpływać na sytuację tych podmiotów w obecnie prowadzonym postępowaniu. Podmioty te złożyły w prowadzonym przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportowej w Krakowie dwie odrębne oferty jako dwa niezależne podmioty. W związku ze składanymi przez Przystępującego wyjaśnieniami i dokumentami ujawniła się współpraca tych podmiotów. Skoro Przystępujący nie ukrywał tego faktu, nie można wywodzić, iż wykonawcy ci próbowali wpłynąć na wynik postępowania.

Ustawowa definicja „zmowy przetargowej” zawarta jest w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami). Zgodnie z tą definicją zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców biorących udział w przetargu warunków składanych ofert, podziału zakresu prac lub ceny. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie przedstawił wiarygodnego dowodu na istnienie porozumienia między wykonawcami spełniającego przesłanki z definicji legalnej „zmowy przetargowej”. Jak już podkreślono wyżej, samo złożenie ofert przez Wykonawców, którzy nawet pozostają ze sobą w pewnym powiązaniu gospodarczym, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty odnośnie braku uprawnień budowlanych nie zostały przez żadną ze stron poparte jakimikolwiek twierdzeniami w toku rozprawy, dlatego też skład orzekający Izby postanowił zgodnie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosić się do tych zarzutów, jako niezawartych w proteście. Tym niemniej jednak warto zauważyć, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ nie było żadnego szczegółowego warunku dysponowania osobami, a także nie były wymagane żadne szczególne dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami. Zgodnie z Częścią IV SIWZ, Zamawiający ograniczył swoje wymagania do obowiązku złożenia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień w tym zakresie przez każdego z wykonawców i takie też oświadczenie zostało przez Przystępującego złożone. Wywodenie, iż wymagane były takie a nie inne uprawnienia budowlane nie znajduje potwierdzenia

w postanowieniach SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, co do niespełniania przez Przystępującego warunku wynikającego z Części III pkt 1 lit. b SIWZ w zakresie wymaganej wartości pracy w wysokości 500 000,00 zł, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886, oraz Dz. U. z 2008 r., nr 182, poz. 1122), tj. uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalną kwotę dopuszczoną przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....