

WYROK

z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 r. przez **D..... J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Nowej Białej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Płock - Miejski Zakład Gospodarki Mieszkaniowej – TBS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku**

przy udziale wykonawców **Z..... T..... i T..... P....., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Clean Service Z. T....., T. P..... w Płocku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Płock - Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Mieszkaniowej – TBS Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Nowej Białej 25** z postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Płock - Miejski Zakład Gospodarki Mieszkaniowej – TBS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Nowej Białej 25** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Gminy Płock - Miejskiego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej – TBS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** na rzecz **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Nowej Białej 25** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarki Mieszkaniowej – TBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku i czystości na terenach będących własnością Gminy Miasta Płock.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 stycznia 2013 roku wykonawca D..... J....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... w Nowej Białej (dalej: odwołujący się) wniósł

1/ art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i:

- wykluczenie mnie z postępowania i odrzucenie mojej oferty wobec uznania, że nie spełnia ona warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. że nie wykazałem w niej wykonania w okresie ostatnich trzech lat co najmniej dwóch usług w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych o powierzchni po współczynnikach nie mniejszej niż 50% powierzchni do sprzątnięcia wskazanej w Załącznikach 6-10 SIWZ oraz o wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto każda,
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty CLEAN SERVICE Z.T....., T.P..... z siedzibą w Płocku przy ul. Przemysłowej 7,

podczas, gdy wykazałem żadaną ilość usług spełniających warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, co oznacza, że moja oferta jest zgodna ze specyfikacją i winna zostać wybrana, gdyż była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny. Legitymuję się bowiem interesem w uzyskaniu zamówienia, gdyż moja oferta pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wykluczenie mnie z postępowania i odrzucenie mojej oferty naraża mnie na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co, w tych okolicznościach, mógłbym liczyć.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej.

Informacja o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania została mi przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 15 stycznia 2013r. Zatem wnosząc odwołanie w dniu 18 stycznia 2013r. dochowałem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18 stycznia 2013r., a zatem z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust 5 ustawy Pzp.

W dniu 27 grudnia 2012r. zgłosiłem udział prowadzonej przeze mnie firmy pod nazwą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Nowej Białej 25 do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na: „Utrzymanie porządku i czystości na terenach będących własnością Gminy - Miasto Płock”, znak NO 22/FE/2012, prowadzonego przez Gminę Miasto Płock, w imieniu i na rzecz której działa Miejski Zakład Gospodarki Mieszkaniowej TBS Sp. zo.o. z siedzibą w Płocku.

W piśmie z dnia 28 grudnia 2012r., znak NO 22/FE/14352/2012, Zamawiający wezwał mnie do uzupełnienia oferty o dodatkowy dokument w postaci wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dwóch usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych o powierzchni po współczynnikach nie mniejszej niż 50% powierzchni do sprzątnięcia wskazanej w Załącznikach 6-10 oraz o wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto każda, z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie. W ocenie Zamawiającego w złożonej ofercie wykazałem się dwiema usługami, które nie potwierdzają warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych, zgodnie z rozdziałem III.3 g) SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie przesłałem więc znów "Wykaz usług" zawierający te same dwie usługi, które wskazałem w załączniku składanym razem z ofertą oraz dodatkowo wskazałem trzecią usługę. Do wykazu załączyłem 37 sztuk dodatkowych dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiającemu przekazałem też do wglądu umowy zawarte z kontrahentem dotyczące wykonywania przeze mnie wskazanych Zamawiającemu usług.

W dniu 03 stycznia 2013r. otrzymałem pismo informujące, iż Zamawiający, na wniosek firmy biorącej też udział w postępowaniu - CLEAN SERVICE Z. T..... T. P..... z siedzibą w Płocku przy ulicy Przemysłowej 7 - częściowo odtajnił mój "Wykaz usług" w zakresie usług i nazwy zleceniodawcy.

W dnia 15 stycznia 2013r. otrzymałem natomiast zawiadomienie, znak NO 22/FE/581/2013

o wykluczeniu mnie z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp i odrzuceniu mojej oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp wobec uznania, że nie spełniam warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Według Zamawiającego dokumenty, które złożyłem w postaci "Wykazu usług" i załączników do niego, nie spełniały wymagań określonych w III.3 g) SIWZ. Podał, że w złożonych dokumentach wykazałem trzy usługi, ale:

- pierwsza usługa dotyczy zimowego utrzymania dróg i placów ogólnozakładowych,
- druga usługa dotyczy bieżącego utrzymania terenów zielonych,
- trzecia usługa dotyczy remontu i naprawy nawierzchni dróg i chodników.

Jednocześnie zawiadomiono mnie, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy CLEAN SERVICE Z.T....., T.P..... z siedzibą w Płocku przy ul. Przemysłowej 7, dotychczasowego wykonawcy usługi dla Zamawiającego, będącej przedmiotem postępowania. W tym miejscu zaznaczam, że to moja oferta pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, była najkorzystniejsza.

Uważam, że Zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Według mnie moja oferta została bezpodstawnie wykluczona i odrzucona z postępowania przetargowego. Od 2008 roku w ramach prowadzonej działalności gospodarczej realizuję głównie prace związane z bieżącym utrzymaniem terenów zewnętrznych i to dla bardzo wymagającego kontrahenta. Do oferty załączyłem wiele dokumentów poświadczających prawidłowe wykonanie i wykonywanie usług tego typu, które pod względem finansowym i obszarowym przewyższają wymogi

zawarte w SIWZ Zamawiającego. Wynika z nich jednocześnie, że w ramach świadczenia usług wskazanych Zamawiającemu wykonywałem okresowo bądź ciągle i nadał wykonuję wiele czynności z zakresu utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych. Zadania te realizuję w ramach następujących usług, które zamieściłem w "Wykazie usług":

- bieżące utrzymanie terenów zielonych na terenie PKN ORLEN S.A. w Płocku - usługa obejmowała: comiesięczne koszenie terenów zielonych, pielienie, opryski chwastobójcze, cięcie pielęgnacyjne drzew i krzewów, wycinkę drzew i krzewów, grabienie liści, sprzątanie, codzienne kontrolowanie czystości terenów wraz z bieżącym sprzątaniem śmieci, gałęzi, liści, gruzu; okres wykonywania usługi: 06.2009- 05.2012; comiesięczna powierzchnia sprzątanym terenów: ok. 3.030.000 m² ; całkowita wartość usługi to ok. 2.200.000,00 zł brutto;

- bieżące zimowe utrzymanie dróg i placów ogólnozakładowych na terenie PKN ORLEN S.A. - usługa obejmuje: usuwanie śniegu z dróg, chodników i placów, usuwanie oblodzeń i gołoledzi, utrzymanie czystości dróg, chodników i placów, wywożenie śniegu; okres wykonywania usługi: 11.2009-03.2010, 11.2010-03-2011, 11.2011-03.2012, 11.2012-nadal; comiesięczna powierzchnia sprzątanym terenów: ok. 216.000m²; całkowita wartość usługi to ok. 1.700.000 zł brutto.

Do wykazu dołączyłem referencje i opinie zlecniodawcy potwierdzające prawidłowość wykonania w/w usług.

W mojej ocenie każda z w/w usług jak najbardziej odpowiada wymogom określonym w pkt III.3 g) SIWZ. W określeniu "utrzymanie porządku i czystości na terenach zewnętrznych" mieszczą się wszystkie wymienione powyżej czynności, które zresztą też zostały wymienione w SIWZ w pkt II.I. 1,3-7 "Szczegółowy zakres prac". Nie ma wątpliwości, że obie usługi dotyczą terenów zewnętrznych, a ich celem było/jest utrzymanie na nich porządku i czystości. W przypadku usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu terenów zielonych pracownicy mojej firmy zlecone w umowie zadania wykonywali przez wszystkie miesiące w roku, zaś jeśli chodzi o usługę w postaci bieżącego zimowego utrzymania dróg i placów ogólnozakładowych, była i jest ona świadczona w miesiącach zimowych. Zauważam, że Zamawiający w pkt III.3 g) SIWS dopuścił możliwość wskazania świadczeń okresowych, jako spełniających warunki udziału w postępowaniu. Mając na względzie z kolei sposób zagospodarowania terenu PKN ORLEN S.A., uważam, że nie różni on się bardzo od terenów miejskich, a zatem i prace porządkowe wykonywane na nim nie odbiegają od tych, które trzeba wykonywać wokół budynków mieszkalnych i użyteczności publicznej. Jest tylko jedna czynność, której w ramach świadczonych usług dla tego kontrahenta nie wykonywałem i nie

wykonuję, a mianowicie nie zajmuję się utrzymywaniem porządku i czystości w piaskownicach. Nie jest to natomiast usługa wymagająca specjalnych wiadomości, umiejętności, czy doświadczenia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż z dokumentów dołączonych przez odwołującego się wynika, że – w zakresie pierwszej wykazanej usługi – zakres usługi tylko częściowo pokrywa się z przedmiotem zamówienia określonym przez zamawiającego. Załączniki do umowy swoim zakresem obejmują utrzymanie terenów zielonych, które nie obejmują pełnego zakresu utrzymania porządku i czystości określonego przez zamawiającego. Także załączone referencje wykazują wykonywanie prac w zakresie pielęgnacji zieleni, a nie wykazują sprzątnięcia terenów zewnętrznych.

Zamawiający wskazał, że zakres drugiej umowy dotyczy bieżącego utrzymania dróg i placów ogólnozakładowych w zakresie wykonywania remontów i naprawy nawierzchni dróg i chodników. Wskazana usługa w żaden sposób nie jest tożsama z przedmiotem zamówienia określonym przez zamawiającego.

Zakres trzeciej umowy dotyczy zimowego utrzymania dróg i placów ogólnozakładowych. Również załączniki do wskazanej umowy swoim zakresem obejmują zimowe utrzymanie dróg i placów ogólnozakładowych. Z powyższej umowy wynika tylko częściowy zakres przedmiotu zamówienia określony przez zamawiającego, tj. usuwanie śniegu z ciągów komunikacyjnych.

Strony na rozprawie podtrzymały stanowiska wyrażone w pismach procesowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach będących własnością Gminy Płock. Zakres prac obejmuje m.in.: codzienne sprzątnięcie chodnika wzdłuż budynku, dojść do budynku i śmietnika oraz innych powierzchni utwardzonych, opróżnianie koszy na śmieci, usuwanie chwastów przy opaskach budynków i ciągach komunikacyjnych, ich wywóz i utylizacja, usuwanie i wywożenie zanieczyszczeń oraz zgrabionych lici z terenów zewnętrznych, sprzątnięcie placów zabaw: usuwanie śmieci, szkła i innych przedmiotów, usuwanie śniegu z ciągów komunikacyjnych, wywóz śniegu z ciągów komunikacyjnych – chodników, dojść i podestów wejściowych do klatek schodowych,

altan śmietnikowych, parkingów i dojazdów do nich, miejsc postojowych, przejazdów między kompleksami garaży oraz uliczek dojazdowych, wymianę pisaku w piaskownicach.

W myśl rozdziału III pkt. 3 lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) wykonawcy obowiązani byli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dwóch usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych o powierzchni po współczynnikach nie mniejszej niż 50% powierzchni do sprzątnięcia wskazanej w załącznikach 6-10 oraz o wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto każda z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Odwołujący się w wykazie usług podał dwie usługi: bieżące utrzymanie terenów zielonych na terenie PKN ORLEN SA w Płocku, koszenie terenów zielonych, pielenie, opryski chwastobójcze, cięcie pielęgnacyjne drzew i krzewów, wycinka drzew i krzewów, grabienie liści, sprzątnięcie oraz bieżące zimowe utrzymanie dróg i placów ogólnozakładowych na terenie PKN ORLEN SA, usuwanie śniegu z dróg, chodników i placów, usuwanie oblodzeń i gołoledzi, utrzymanie czystości dróg, chodników i placów, wywożenie śniegu.

W dniu 28 grudnia 2012 roku zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług potwierdzających warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podniósł, że wykonawca w złożonej ofercie wykazał się dwiema usługami, które nie potwierdzają warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych zgodnie z rozdziałem III.3.g.

W odpowiedzi odwołujący się złożył wykaz, w którym – oprócz dwóch poprzednio wykazanych usług – wskazał usługę bieżącego utrzymania dróg ogólnozakładowych na terenie PKN ORLEN SA i wokół zakładu produkcyjnego.

Izba przeanalizowała zakresy umów, których przedmiotem były usługi wykazane przez odwołującego się i ustaliła, że w myśl § 2 umowy, której przedmiotem było bieżące utrzymanie terenów zielonych, zakres usług stanowią:

- zakresy rzeczowe „B”, stanowiące zał. Nr 1 do umowy
- wykazy do zakresów stanowiące zał. Nr 4, 4a, 5, 5a, 6, 6a, 7, 7a do umowy
- opis czynności do wykonania w poszczególnych obszarach, stanowiący zał. Nr 2 do umowy

- wyciąg z Regulaminu Utrzymania Terenów Zielonych (standardy koszeń i pozostałe zabiegi pielęgnacyjne), stanowiące zał. Nr 3 do umowy.

Z zakresów rzeczowych „B” wynikał następujący zakres prac do wykonania:

- 1) koszenie według podanego standardu
- 2) pielenie
- 3) opryski chwastobójcze
- 4) cięcie pielęgnacyjne drzew i krzewów
- 5) porządkowanie terenów zielonych objętych BUTZ (bieżącym utrzymaniem terenów zielonych)

Z kolei z Regulaminu Utrzymania Terenów Zielonych, w szczególności z § 7 wynika, iż do obowiązków wykonawcy – należy m.in. koszenie trawy, kontrolowanie czystości terenów wraz z bieżącym sprzątaniem śmieci, gałęzi, liści, gruzu i innych zanieczyszczeń (z częstotliwością uzależnioną od standardu terenu – od codziennego do comiesięcznego).

Umowa na zimowe utrzymanie dróg o placów ogólnozakładowych PKN ORLEN SA obejmowała – w myśl zakresów rzeczowych „B” stanowiących załącznik nr 1 do umowy – usuwanie śniegu, gołoledzi, oblodzeń z dróg, chodników i placów, utrzymanie ich czystości, udrożnienie kanalizacji opadowej i wywożenie śniegu.

Zakres robót wynikających z § 2 umowy na bieżące utrzymanie dróg i placów ogólnozakładowych obejmował: remonty dróg i chodników na terenie zakładu produkcyjnego PKN ORLEN SA.

Pismem z dnia 15 stycznia 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępujących do niniejszego postępowania odwoławczego. Poinformował również o wykluczeniu odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie, że spełnia on warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność, w jakim stopniu zakres wykazywanych przez wykonawcę usług ma pokrywać się z przedmiotem zamówienia, aby móc stwierdzić, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie

umożliwiający mu wykonanie zamawianej usługi. Ustawodawca określił, iż wykazane usługi (dostawy) mają odznaczać się zakresem „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, a zatem – w celu rozstrzygnięcia sporu – należy dokonać wykładni określenia owego „niezbędnego zakresu”.

Wskazane wyżej rozporządzenie z dnia 30.12.2009 roku uchyliło rozporządzenie o identycznym tytule z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. Nr 87, poz. 605), które w nieco odmienny sposób regulowało zakres usług niezbędnych do wykazania wiedzy i doświadczenia. W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia z 2006 roku wykonawcy obowiązani byli bowiem do złożenia wykazu dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na kanwie tego przepisu ugruntowało się stanowisko, iż określenie „odpowiadające rodzajem” nie oznacza, iż usługi (dostawy) wykazywane na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, muszą swym zakresem pokrywać się czy być tożsame z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2009 roku sygn. akt KIO 1379/09 Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie „odpowiadające rodzajem” (...). Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjęć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamych (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

W ocenie Izby zmiana rozporządzenia poprzez odstąpienie od żądania wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług (dostaw) „odpowiadających rodzajem usługom (dostawom) stanowiącym przedmiot zamówienia” na rzecz usług (dostaw) o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” umożliwi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego większej ilości wykonawców. „Niezbędny zakres” jest bowiem wyznacznikiem jeszcze szerszym aniżeli sformułowanie „usługi odpowiadające rodzajem”, wykazywane jako dowód posiadania odpowiedniego wiedzy i doświadczenia.

Ustawa Pzp w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do

jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż to do zamawiającego należy wybór, jakie warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarzstr. 113). Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o "niezbędności" czy "dostateczności", o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zamawiający nie może jednakże naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum wymagane dla danego zamówienia.

Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania zważyć należy, iż przedmiotem zamówienia są usługi polegające na utrzymaniu czystości na terenie miasta Płocka. Nie są to usługi wymagające specjalnych umiejętności czy wiedzy, tak jak byłoby to w przypadku zamówień skomplikowanych czy wymagających specjalistycznych wiadomości. Niezasadnym jest zatem przyjęcie, iż tylko wykonywanie usług o tożsamym bądź bardzo zbliżonym zakresie świadczy o tym, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie odpowiednie do zrealizowania zadania. W ocenie Izby zdecydowana większość usług polegających na utrzymaniu terenów zewnętrznych, zarówno zielonych, jak i utwardzonych, w warunkach i zimowych, i całorocznych potwierdza spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia dla tego konkretnego zamówienia.

Analiza zakresu usług wykonywanych przez odwołującego się na rzecz PKN ORLEN SA w Płocku, wykazana w dokumentacji postępowania pozwala na wniosek, że odwołujący się udowodnił, że spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Izby fakt ten został potwierdzony usługami wskazanymi w wykazie złożonym wraz z ofertą. Zamawiający nie miał zatem podstaw do tego, by wzywać odwołującego się o uzupełnienie wykazu wykonanych usług. Zakres usług wykazanych w ofercie obejmował bowiem między innymi również sprzątanie śmieci, gruzu, gałęzi, grabienie liści, zimowe utrzymanie dróg, chodników i placów, co zostało wykazane wyżej, w opisie ustaleń faktycznych dokonanych przez Izbę. Bez znaczenia pozostaje fakt, że usługi te były wykonywane na terenie zakładu produkcyjnego PKN ORLEN SA, nie zaś na terenie miasta. Charakter tego właśnie rodzaju

usług nie różnicuje się w zależności od tego, czy jest wykonywany na terenie wewnętrznym, niedostępnym dla wszystkich, czy też na terenie, do którego dostęp ma znacznie większa ilość osób. Co więcej – należy zauważyć, że nierzadko wykonawca wykonujący tego rodzaju usługi na terenie specyficznym może posiadać wiedzę i doświadczenie daleko szersze aniżeli ten, który takie usługi wykonywał wyłącznie na terenie, na którym nie gromadziły się odpady przemysłowe. Izba podkreśla to w szczególności dlatego, że zarówno zamawiający, jak i przystępujący do postępowania odwoławczego zwracali uwagę na brak doświadczenia odwołującego się w opróżnianiu piaskownic i utylizacji piasku z nich pochodzącego. Odwołujący się podnosił natomiast, iż dokonywał on utylizacji ziemi skażonej substancjami ropopochodnymi, co jest zabiegiem znacznie bardziej skomplikowanym aniżeli utylizacja piasku z piaskownicy. Zdaniem Izby w tym zakresie należy przyznać rację odwołującemu się.

Odnosząc się do zarzutu przystępującego, iż odwołujący się wykazał w ofercie, iż zatrudnia 25 osób na umowę o pracę, podczas gdy przystępujący posiada wiedzę, iż odwołujący się zatrudnia tylko 15 osób Izba wskazuje, że zarzut ten nie mógł być rozpoznany z uwagi na treść art. 192 ust. 7, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba nie przyznała odwołującemu się kosztów wynagrodzenia pełnomocnika a to z uwagi na nieprzedłożenie rachunku uzasadniającego poniesiony koszt. Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.) strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....