

**WYROK**  
**z dnia 22 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie:**               **Jolanta Markowska**  
                                     **Agata Mikołajczyk**

**Protokolant:**              **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mariusza Krzymowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARPOL, 09-402 Płock, ul. Dworcowa 31** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Płock, 09-400 Płock, Stary Rynek 1** protestu z dnia 24 listopada 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. Kosztami postępowania obciąża **Mariusza Krzymowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARPOL Mariusz Krzymowski, 09-402 Płock, ul. Dworcowa 31** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mariusza Krzymowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARPOL, 09-402 Płock, ul. Dworcowa 31.**

- 2) 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 **Mariusza Krzymowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARPOL, 09-402 Płock, ul. Dworcowa 31.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Płock - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości i porządku oraz konserwacja zieleni na terenie miasta Płocka w Rejonie I.

Pismem z 18 listopada 2009 r. przekazanym wykonawcom 19 listopada 2009 r. za pośrednictwem faksu zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Mariusza Krzymowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARPOL” z siedzibą w Płocku, z powodu nie złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz o zatrzymaniu wadium.

Wykluczony wykonawca wniósł odwołanie poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy spełniającego warunki wymagane postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”;

2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez wykluczenie odwołującego się z postępowania, pomimo iż złożył on dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

3. naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy przez zatrzymanie wadium odwołującego się, pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie,

4. naruszenie art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia decyzji o wykluczeniu odwołującego się z postępowania, dokonanie ponownej oceny spełnienia przez odwołującego się wymogów postanowień siwz, unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującego się i jego

zwrot. W przypadku utrzymania w mocy czynności wykluczenia odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zwrotu wadium.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący się wywiódł, że czynność wykluczenia została dokonana błędnie, gdyż wraz z ofertą został złożony dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodny z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem”, gdyż dotyczył usługi wykonywanej w okresie ciągłym. Nadto oświadczył, że ewentualne złożenie nowego dokumentu, którego odwołujący się nie posiadał, stanowiłoby poświadczenie nieprawdy. Odwołujący się podniósł ponadto, że zamawiający zatrzymując wadium postąpił sprzecznie z zamierzeniem ustawodawcy związanym z wprowadzeniem art. 46 ust. 4 a ustawy oraz wykładnią, przywołanego przepisu i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 27 listopada 2009 r. (pismem z 24 listopada 2009 r. ), odwołanie 14 grudnia 2009 r. (pismo z 12 grudnia 2009 r.) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 14 grudnia 2009 r.. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający pismem z 2 grudnia 2009 r., które odwołujący się otrzymał następnego dnia za pośrednictwem faksu, oddalił protest. W uzasadnieniu powołał wymagania zawarte w pkt.2.2 lit a Rozdziału V siwz, zgodnie z którym wymagał wykazania usług zrealizowanych oraz brak złożenia przez odwołującego się wymaganego dokumentu, mimo wezwania. Zamawiający wskazał również, że wykonawcy przysługiwały środki ochrony prawnej wobec treści siwz.

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

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem 2009/S 176-253971, dnia 12 września 2009 r.

Zamawiający w rozdziale V pkt 2.2 lit. a) siwz w celu wykazania przez wykonawcę posiadania doświadczenia zawodowego niezbędnego do wykonania zamówienia wymagał, aby wykonawca zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę o wartości nie niższej, niż 500.000 zł (brutto) odpowiadającą swoim rodzajem

przedmiotowi zamówienia. Odpowiednio w rozdziale VI pkt 10 siwz zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością zgodną z warunkiem określonym w Rozdziale V pkt 2.2. usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie -Załącznik nr 4 do siwz.

Odwołujący się wraz z ofertą złożył wykaz usług zgodnie z Załącznikiem Nr 4 do siwz, w którym wykazał usługi :

1. kompleksowego utrzymania terenów zielonych, sprzątnięcia terenów utwardzonych oraz utrzymania terenów w porze zimowej o wartości 262.000 realizowanej w okresie od 15 lutego 2009 r. do 30 września 2009 r. na rzecz BS ALP – SERWIS;
2. utrzymania czystości i porządku terenów zielonych o wartości 510.640 zł w okresie od 10 lutego 2009 r. do 30 września 2009r. na rzecz ABART SERVICE Sp. z o.o.

Odwołujący się złożył również dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. W rekomendacji z dnia 12 października 2009 r. ABART SERVICE Sp. z o. o. oświadcza m.in., że odwołujący się od 10 lutego 2009 r. do chwili obecnej świadczy usługi jako podwykonawca oraz, że wyróżnia się profesjonalizmem i rzetelnością i jest partnerem godnym polecenia, ze względu na wysoką jakość wykonywanych usług.

Zamawiający pismem z 4 listopada 2009 r. (przekazanym tego dnia za pośrednictwem faksu) wezwał odwołującego się do uzupełnienia dokumentów, w tym wykazu wykonanych usług przywołując postanowienia rozdziału VI pkt 10 siwz odsyłające do V pkt 2.2 lit. a) siwz Zamawiający stwierdził, że z referencji wystawionych przez ABART SERVICE wynika, że usługa jest nadal realizowana, co oznacza niespełnienie postawionego warunku.

Odwołujący się 5 listopada 2009 r. uzupełnił wykaz osób, o których mowa w rozdziale V pkt.2.1 lit. a siwz, zaś w odniesieniu do postanowienia pkt.2.2 Rozdziału V siwz wyjaśnił, iż wykaz wykonanych usług zgodnych z siwz został złożony z ofertą oraz podniósł m.in., że o zrealizowaniu umowy nie świadczy jej formalne zakończenie. Stwierdził również, że pogląd zamawiającego uniemożliwiłby ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom realizującym umowy długoterminowe lub zawarte na czas nieokreślony.

Odwołujący się złożył ofertę oferującą cenę trzecią w kolejności. Jedynym kryterium oceny ofert zgodnie z rozdziałem XIII siwz jest cena.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: siwz, oferty odwołującego się, pisma zamawiającego z 4 listopada 2009 r. i odpowiedzi odwołującego się z 5 listopada 2009 r.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Okoliczność, czy ocena oferty odwołującego się umożliwiłaby mu uzyskanie zamówienia, nie ma znaczenia dla oceny posiadania przez niego interesu prawnego – wykazania materialnoprawnej przesłanki umożliwiającej rozpoznanie zarzutów odwołania. Naruszenie interesu prawnego odwołującego się polegało na eliminacji go z kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wniesienie protestu, a następnie odwołania, zmierza do zachowania przez odwołującego się statusu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwna interpretacja uniemożliwiłaby części wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego kwestionowanie naruszających prawo decyzji zamawiającego podjętych wobec nich, co godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i stanowiłoby praktykę o charakterze dyskryminacyjnym. Prezentowana interpretacja art. 179 ust. 1 ustawy, oparta na wykładni uwzględniającej prawodawstwo wspólnot europejskich, kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej upatrującym istnienie interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny *sensu largo*), znajduje potwierdzenie również w wyrokach Sądów Okręgowych (np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07 niepubl).

Odwołanie należy oddalić, mimo, iż podnoszone zarzuty znalazły potwierdzenie.

Okolicznością sporną między stronami jest, czy dokumenty złożone przez odwołującego się poświadczają posiadanie przez niego doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Istotą sprawy jest ustalenie, czy postanowienia rozdziału V pkt. 2.2 lit. a) oraz rozdziału VI pkt 10 siwz nakazują odnosić wartość 500.000 zł wyłącznie do usług zrealizowanych na podstawie jednej umowy wykonanej w całości, zakończonej.

W tym celu Izba dokonała analizy przywołanego postanowienia Rozdziału V, pkt. 2.2 lit. a) siwz.

Zamawiający w jego treści nie posłużył się postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych i

ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Wskazać należy, że ustawodawca na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odrębnie definiuje pojęcia usług i zamówień publicznych (umów). Zgodnie z art. 2 pkt 10 ustawy pod pojęciem usługa rozumieć należy świadczenie wykonawcy, o przedmiocie określonym w przywołanym przepisie. Natomiast, zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy, zamówienie publiczne jest umową odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, którego przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Pojęcie usługa odnosi się zatem do zobowiązania wykonawcy wynikającego z umowy.

Utożsamianie odrębnie zdefiniowanych w przepisach prawa pojęć usługi i umowy przez zamawiającego, w okolicznościach sprawy, nie jest trafne.

Jeśli intencją zamawiającego, jak oświadczył na rozprawie, było ustalenie możliwości wykazania posiadanego doświadczenia wyłącznie na podstawie wykonanych umów, ograniczenie możliwości przewidzianych w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, to zamiar ten nie znalazł wystarczającego wyrazu w treści siwz. Zamawiający posłużył się w Rozdziale V pkt 2.2. lit. a) pojęciem nieustawowym podlegającym rozbieżnym interpretacjom, zatem, w ocenie Izby, powinno być one rozumiane zgodnie z literą prawa.

W konsekwencji użyty przez zamawiającego zwrot „zrealizował usługę” nie należy odnosić do umów zakończonych, w całości wykonanych, a jedynie do wykonanego przez wykonawcę świadczenia o określonym przedmiocie – rodzajowo odpowiadającym przedmiotowi zamówienia - oraz o wymaganej wartości. Zatem do uznania, że wykonawca zrealizował usługę nie jest niezbędne wykonanie jej na podstawie jednej wykonanej przez niego umowy. Izba ocenia zatem, że w rozdziale V pkt 2.2 lit. a) siwz zamawiający wymagał wykonania przez wykonawców świadczenia o przedmiocie odpowiadającym swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługa ta została wykonana należycie. Brak jest podstaw do uznania, że wymagane doświadczenie wykazać można wyłącznie na podstawie wykonanych umów, z pominięciem umów będących w trakcie realizacji, na podstawie których wykonawca wykonał już świadczenie o rodzaju i wartości wymaganych przez zamawiającego.

Interpretacja przeciwna prowadziłaby do uniemożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania z przyczyn *stricte* formalnych. O możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia – spełnianiu warunku udziału w

postępowaniu nie decydowałoby posiadanie przez wykonawcę doświadczenia o wymaganym charakterze i rozmiarze (wartości), a przesadzające znaczenie miałyby długości okresu na jaki została zawarta umowa, z której wynika wykazywane doświadczenie. O spełnieniu warunku udziału w postępowaniu decydowałoby nie należyte wykonanie usługi o wymaganej wartości i przedmiocie, ale fakt ustania więzi obligacyjnej między wykonawcą a zlecającą usługę. W konsekwencji wykonawcy, którzy wymagane doświadczenie nabyli na podstawie obowiązujących umów i są w stanie wykazać ich należyte wykonanie nie mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Taki warunek naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Usługa wykonana na rzecz ABART Service Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku odpowiada swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, co jest niesporne, a w okresie przed wszczęciem postępowania odwołujący się uzyskał na jej podstawie wynagrodzenie o wskazanej przez zamawiającego wysokości. Wykazywana usługa posiada zatem wymaganą przez zamawiającego wartość.

Skoro usługa o wymaganej przez zamawiającego wartości odpowiadająca swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia została zrealizowana przez odwołującego się z należytą starannością, co potwierdzone zostało w treści złożonej rekomendacji, to brak jest podstaw do uznania, że nie zostały złożone dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji brak jest podstaw do wzywania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zarówno czynność wezwania, jak i wykluczenie odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie znajdują uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu bezprawnego zatrzymania wadium stwierdzić należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny. Zatrzymanie wadium nie jest czynnością *sensu stricto* w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi skutek, konsekwencję czynności wykluczenia – czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać zatem należy, że skoro nie zaistniała ustawowa przesłanka zatrzymania wadium - odwołujący się złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wraz z ofertą, to dalsze zatrzymywanie przez

zamawiającego nie odpowiada przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak Izba bowiem wskazała wyżej, zatrzymanie wadium jest czynnością akcesoryjną, uzależnioną od zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4 a ustawy, które nie wystąpiły.

Zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Izba uwzględniła odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Potwierdzenie zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenia odwołującego się pozbawione jest wpływu na wynik postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów przez zamawiającego nie może zatem przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy oddaliła odwołania, orzekając o kosztach, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....