

Sygn. akt KIO/UZP 245 /09

**WYROK**

**z dnia 17 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Jankowska**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. POL-SKÓR Jarosław Siwka Os. Wł. Łokietka 25F, 62-200 Gniezno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Gniezno ul. Lecha 6, 62-200 Gniezno** protestu z dnia **12 lutego 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Jarosława Siwka**

**prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. POL-SKÓR Jarosław Siwka Os. Wł. Łokietka 25F, 62-200 Gniezno z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Gniezno ul. Lecha 6, 62-200 Gniezno**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jarosława Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU POL-SKÓR Jarosław Siwka Os. Wł. Łokietka 25F, 62-200 Gniezno;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 759 zł 06 gr** (słownie: osiem tysięcy siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych 6 groszy) przez **Gminę Miasto Gniezno ul. Lecha 6, 62-200 Gniezno** na rzecz **Jarosława Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU POL-SKÓR Jarosław Siwka Os. Wł. Łokietka 25F, 62-200 Gniezno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia oraz dojazdu na posiedzenie pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosława Siwka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU POL-SKÓR Jarosław Siwka Os. Wł. Łokietka 25F, 62-200 Gniezno.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Gniezno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na ulicach gminnych miasta Gniezna.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej ustawą – Pzp.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1/09 poz. 12145.

W dniu 12 lutego 2009 roku Pan Jarosław Siwka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. POL-SKÓR Jarosław Siwka pod adresem os. Władysława Łokietka 25F 62-200 Gniezno, zwany dalej Odwołującym się, złożył protest wobec czynności Zamawiającego, o której powziął wiadomość w dniu 5 lutego 2009 roku, polegającej na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Czynności Zamawiającego Odwołujący się zarzucił niedozwoloną zmianę sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także, że wykluczenie z postępowania nastąpiło z rażącym nadużyciem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy - Pzp, w związku z § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 87, poz 605 oraz Nr 188 z 2008 roku, poz. 1155). Odwołujący się protestował także przeciwko czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę "JAWO -ZNAK", która w ocenie Odwołującego się, nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący się wniósł o:

- uznanie za nieważną czynność wykluczenia z postępowania Odwołującego się,
- uznanie za nieważną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez Odwołującego się

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się wskazał, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu, określonym zarówno w ogłoszeniu, jak również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, było posiadanie odpowiedniego doświadczenia w realizacji usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający w tym zakresie doprecyzował swoje wymagania określając, że Wykonawcy powinni wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonali minimum dwie usługi, o wartości każdej z nich min. 60 000,00 zł, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Podane zostało przy tym, że usługi mają dotyczyć dostaw, montażu i utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu.

Do złożonej przez Odwołującego się oferty został załączony stosowny wykaz wykonanych usług wraz z referencjami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Wykaz zawierał zestawienie trzech zadań polegających, w ujęciu ogólnym, na remoncie oraz montażu nowych urządzeń bezpieczeństwa ruchu, a więc usług odpowiadających (zbliżonych) przedmiotowi zamówienia. Ponieważ złożony wykaz został przez zamawiającego zakwestionowany, gdyż nie obejmował zadań związanych z dostawą, montażem i utrzymaniem oznakowania pionowego, w wyznaczonym terminie Odwołujący się uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dostarczając zamawiającemu nowy wykaz usług. Wykaz ten obejmował cztery zadania odpowiadające przedmiotowi zamówienia, z załączeniem referencji potwierdzających należyte ich wykonanie. Z wykazu tego wynika także, że wartość każdej z usług wielokrotnie przekracza narzuconą przez Zamawiającego wartość graniczną.

Odwołujący się podniósł, iż z uzupełnionych dokumentów wynika również, że usługi obejmujące zarówno urządzenia bezpieczeństwa, jak również elementy oznakowania pionowego dróg (dostawy, montaż, bieżące utrzymanie), świadczył w następujących okresach, na rzecz:

10/2006 -12/2006 dla Zarządu Dróg Powiatowych w Poznaniu,

11/2007 -12/2007 dla Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, RDW Gniezno,

11/2007 -12/2007 dla Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, RDW Gniezno.

W ocenie Odwołującego się wykaz oraz załączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych usług i Odwołujący się w sposób wiarygodny i w zupełności wystarczający potwierdził, że spełnia określone przez Zamawiającego wymagania dotyczące posiadania odpowiedniego doświadczenia.

W dniu 5 lutego 2009 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego się, że załączone oraz uzupełnione dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu są w jego ocenie niewystarczające aby uznać, że Odwołujący się posiada dostateczne doświadczenie w dostawach, montażu i utrzymaniu oznakowania pionowego dróg. Zdaniem Zamawiającego z referencji załączonych do wykazu usług nie wynika, aby tego typu zadania były przez Odwołującego się realizowane, a w szczególności nie wynika z nich, że wartość zadań dotyczących oznakowania pionowego wynosiła 60 tys. złotych w przypadku robót realizowanych w roku 2006 na rzecz ZDP w Poznaniu. Zamawiający stwierdził także, że w odniesieniu do robót wykazanych w pozycji nr 3 wykazu, zadania dotyczące dostawy oraz utrzymania oznakowania pionowego były elementem dodatkowym, nie zasługującym na uznanie zamawiającego, albowiem, jak stwierdzono, zadaniem wiodącym w tym przedsięwzięciu był montaż i demontaż barier ochronnych. W odniesieniu do zadania wykazanego w pozycji 4 wykazu Zamawiający zarzucił, że przedmiotem usługi nie były zadania związane z oznakowaniem pionowym, które stanowiło jedynie element dodatkowy do głównego przedmiotu realizacji.

Odwołujący się podniósł, iż § 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, stanowi, że w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, Zamawiającemu wolno żądać między innymi wykazu wykonanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te lub usługi zostały wykonane należycie.

Z brzmienia zacytowanego powyżej przepisu wynika jednoznacznie, że wymagane doświadczenie Wykonawca może potwierdzić usługami jedynie odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia, nie identycznymi, czy też tożsamymi z tym przedmiotem. Takie też żądanie sformułował Zamawiający w SIWZ i zostało ono zrozumiane dosłownie, zgodnie także z cytowanym powyżej rozporządzeniem.

W ocenie Odwołującego się Zamawiający domagał się udokumentowania, że Odwołujący się wykonywał usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, a to jest nieuzasadnione z punktu widzenia przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący się stwierdził, iż dostawa, montaż, demontaż i bieżąca obsługa barier ochronnych czy też innych urządzeń bezpieczeństwa, jest w swoim zakresie usługą bardzo zbliżoną do tych samych czynności odnoszących się do oznakowania pionowego dróg. Niczym bowiem nie różnią się prace związane z zamontowaniem, naprawą czy też konserwacją bariery ochronnej, od tego rodzaju prac przy oznakowaniu pionowym. Zatem wszystkie zadania wykazane przez Odwołującego się zarówno w wykazie załączonym do oferty, jak również w wykazie uzupełnionym w terminie późniejszym, zasługują na uznanie, że w sposób prawidłowy potwierdzają posiadanie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący się podniósł, iż "walka" Zamawiającego o udowodnienie, że jest inaczej, jest działaniem nieuzasadnionym, niezrozumiałym i zadziwiającym z punktu widzenia zasad gospodarowania finansami publicznymi. Skoro Zamawiający nie zechciał uznać tak oczywistych faktów oraz powszechnie dostępnych argumentów i opinii fakty te uzasadniających, to wątpliwym wydaje się, aby podjęte czynności miały jakkolwiek związek z jego dobrze pojętym interesem prawnym.

Zdaniem Odwołującego się bezzasadnie Zamawiający twierdzi, że referencje potwierdzające należyte wykonanie zadań wymienionych w poz. Nr 2 uzupełnionego wykazu usług, zostały wystawione dla podmiotu innego, niż Odwołujący się. Jeżeli stwierdzona została różnica w nazwie Wykonawcy -adresata referencji, w stosunku do nazwy podmiotu, od którego pochodzi oferta, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego się do złożenia niezbędnych wyjaśnień. Obowiązek ten został sformułowany w przepisach art. 26 ust. 4 ustawy - Pzp, wedle którego Zamawiający wzywa (a więc ma obowiązek) w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów. Skoro więc stosownego postępowania wyjaśniającego Zamawiający nie przeprowadził, to czynienie zarzutów w sprawie o której mowa powyżej, a w szczególności posługiwanie się nimi na uzasadnienie wykluczenia Odwołującego się z postępowania, jest działaniem niepoważnym i nieuzasadnionym.

Wobec powyższego Odwołujący się stwierdził, że wybór oferty złożonej przez Wykonawcę "JAWO -ZNAK" dokonany został z rażącym naruszeniem przepisów regulujących zasady udzielenia zamówień publicznych. Powyższe stanowi, że w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy - Pzp, umowa zawarta z tym Wykonawcą będzie obarczona sankcją nieważności. Opisane powyżej bezprawne poczynania Zamawiającego w kwestii oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a także wyboru oferty najkorzystniejszej są naganne również z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. wobec odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zmianami).

Odwołujący się na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyroki Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 234/08, UZP/ZO/0-62/07 oraz KIO/UZP 426/08

Pismem z dnia 23 lutego 2009 roku, które Odwołujący się otrzymał w tym samym dniu, Zamawiający rozstrzygnął protest Odwołującego się w ten sposób, że protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający stwierdził, iż zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy między innymi wykonali dwie usługi (o wartości min. 60.000,00zł każda) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu), z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (np. list referencyjny).

W dniu 22 stycznia 2009r. Odwołujący się złożył w siedzibie Zamawiającego ofertę na przedmiotowe zadanie. Z uwagi, że złożona oferta nie spełniała warunku określonego w punkcie 16.3 g SIWZ, Zamawiający w dniu 26 stycznia 2009r. wezwał do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. W dniu 30 stycznia 2009r. Odwołujący się uzupełnił wymagane dokumenty, ale Zamawiający uznał, że uzupełnione referencje nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie wykonanych robót i są niezgodne z wymaganiami określonymi w pkt. 16.3 g SIWZ, tzn. nie odpowiadają swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu) i wykluczył Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie odrzucił jego ofertę.

Uzasadniając swoją decyzję Odwołujący się stwierdził, iż w załączonym wykazie w poz. nr 1: przedmiot i miejsce wykonanych robót dotyczą "Montażu oznakowania pionowego i poziomego przy budowie ciągu pieszo -rowerowego w m. Kobylnica", podczas gdy referencje potwierdzają, że P. P. H. U. "POL -SKÓR" Jarosław Siwka wykonało w roku 2006 roboty związane z "Budową ciągu pieszo -rowerowego w miejscowości Kobylnica w ciągu drogi powiatowej nr 2407P". W ramach tych prac wykonano m in. oznakowanie pionowe i poziome. W załączonym wykazie podano kwotę za całe zadanie, która wynosiła 179.642,44 zł. W ramach tego zadania wykonano kanalizację deszczową, nasadzono i utrzymywano zieleni oraz wykonano roboty drogowe w tym: rozbiórkowe i ziemne, krawężniki, nawierzchnie, wjazdy, przejazdy ciągu pieszo -rowerowego, ścieki, oznakowanie poziome i pionowe. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł uznać ww. usługi, gdyż na

podstawie przedłożonych dokumentów t.j. wykazu robót oraz referencji nie był w stanie określić kwoty, za jaką zostały wykonane roboty związane z oznakowaniem pionowym. Wykonawca winien w załączonym wykazie, oprócz kwoty za całe zadanie, podać kwotę, za jaką wykonano ww. oznakowanie.

Z kolei w poz. nr 2: przedmiot i miejsce wykonanych robót dotyczą "Wykonywania i utrzymania w pełnym zakresie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na drogach krajowych administrowanych przez Oddział w Poznaniu", podczas gdy referencje potwierdzają, że P. P. H. U. "POL -SKÓR" Export -Import Jarosław Siwka wykonało w roku 2007 naprawę zniszczonych stalowych barier ochronnych oraz ustawiło nowe odcinki barier wraz ustawieniem oznakowania zabezpieczającego roboty. Powyższe zadanie dotyczyło wyłącznie barier stalowych, natomiast oznakowanie zabezpieczające roboty jest elementem dodatkowym. Zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa oznakowanie zabezpieczające miejsce robót jest oznakowaniem tymczasowym i koniecznym przy każdym rodzaju prac w pasie drogowym wpływającym na zmianę organizacji ruchu drogowego. Oznakowanie to ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa w czasie wykonywanych robót i zagwarantowanie bezpiecznego przejazdu. Przy montażu barier ochronnych oznakowanie miejsca prac polega na oznakowaniu zwięźnienia jednostronnego drogi i składa się z zaledwie ustawienia kilku znaków pionowych (A-14, A-12c/b, 6-33). Oznakowanie powyższe Wykonawca wykonuje na własny koszt i nie jest ono przedmiotem zamówienia a jedynie elementem koniecznym do realizacji zadania. Ponadto referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu dotyczą firmy PPHU "POL-SKÓR" Export -Import Jarosław Siwka os. Wł. Łokietka 25 F, 62-200 Gniezno podczas, gdy ofertę w postępowaniu złożyła firma P.P.H.U. "POL-SKÓR" Jarosław Siwka os. Wł. Łokietka 25 F, 62-200 Gniezno. Załączając powyższą referencję, należało także załączyć dokument, który potwierdzałby, że referencja wystawiona na PPHU "POL-SKÓR" Export -Import Jarosław Siwka os. Wł. Łokietka 25 F, 62-200 Gniezno dotyczyła firmy P. P. H. U. "POL -SKÓR" Jarosław Siwka. Wezwanie do wyjaśnień spowodowałoby konieczność uzupełnienia oferty o dodatkowe dokumenty po raz drugi, co jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W poz. nr 3: przedmiot i miejsce wykonanych robót dotyczą "Dostawy i utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu w ciągu dróg wojewódzkich", podczas gdy referencje potwierdzają, że P. P. H. U. "POL -SKÓR" Jarosław Siwka zrealizowało w roku 2007 zadanie pn. "Demontaż oraz montaż barier ochronnych w ciągach dróg wojewódzkich nr 187, 196, 197, 260 i 434". W ramach tego zadania, zgodnie z załączonymi referencjami, wykonano również dostawę i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu. Ww. oznakowanie stanowiło element dodatkowy,



natomiast zadanie dotyczyło montażu oraz demontażu barier ochronnych, które zgodnie z załącznikiem nr 3 SIWZ nie stanowią przedmiotu zamówienia. Ponadto z ogłoszenia o zamówieniu na "Demontaż oraz montaż barier ochronnych w ciągach dróg wojewódzkich nr 187, 196, 197, 260 i 434" zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 178326-200 z dnia 28.09.2007 r. wynika, iż przedmiotem zamówienia jest demontaż barier drogowych żelbetonowych i ustawienie barier stalowych. Znajduje to również potwierdzenie w zastosowanych kodach CPV.

Następnie Zamawiający wskazał, iż w poz. nr 4: przedmiot i miejsce wykonanych robót dotyczą "Dostawy i utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu w ciągu dróg wojewódzkich", podczas gdy referencje potwierdzają, że P. P. H. U. "POL -SKÓR" Jarosław Siwka zrealizowało w roku 2007 zadanie pn. "Demontaż oraz montaż barier ochronnych w ciągach dróg wojewódzkich nr 190, 241 i 251". Roboty te zgodnie z załączonymi referencjami obejmowały również dostawę i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu. Ww. oznakowanie stanowiło element dodatkowy, natomiast zadanie dotyczyło montażu oraz demontażu barier ochronnych, które zgodnie z załącznikiem nr 3 SIWZ nie stanowią przedmiotu zamówienia. Ponadto z ogłoszenia o zamówieniu na "Demontaż oraz montaż barier ochronnych w ciągach dróg wojewódzkich nr 187, 196, 197, 260 i 434" zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 220787-2007 z dnia 14.11.2007 r. wynika, iż przedmiotem zamówienia jest demontaż barier drogowych żelbetonowych i ustawienie barier stalowych. Znajduje to również potwierdzenie w zastosowanych kodach CPV. Wobec powyższego należy zauważyć, że Zamawiający nie mógł na podstawie przedłożonego wykazu robót ani załączonych referencji określić wartości robót zgodnych z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, jeżeli Odwołujący się uważał, że sformułowanie podane w punkcie 16.3 g specyfikacji tj.: "wykaz wykonanych dwóch usług (o wartości min. 60.000,00 zł każda) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu), z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (np. list referencyjny)" narusza zasadę uczciwej konkurencji, należało skierować do Zamawiającego pytania, przed złożeniem oferty. Ponadto, jeśli Odwołujący się nie zgadzał się z Zamawiającym w kwestii uzupełnienia wymaganych dokumentów, winien zgłosić sprzeciw na tym etapie, a nie uzupełniać dokumenty przyznając tym samym rację Zamawiającemu.

Zakres przedmiotu zamówienia dokładnie określony został przez Zamawiającego w pkt. 2.1. SIWZ i obejmował:

- 1) dostawę i montaż nowych znaków i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z elementami mocującymi,
- 2) remont i montaż, wraz z elementami mocującymi, znaków i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego,
- 3) mycie oznakowania pionowego,
- 4) wykonanie projektów organizacji ruchu.

Ponadto szczegółowy zakres dotyczący dostawy i montażu nowego oraz utrzymania istniejącego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego podany został w kosztorysie cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w ww. kosztorysie cenowym określił ilość oraz rodzaje znaków, słupków do znaków i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego stanowiących przedmiot zamówienia. W niniejszym zamówieniu tylko dwie pozycje dotyczą ww. urządzeń bezpieczeństwa i są to ozdobne słupki łańcuchowe -15 szt. i lustro drogowe -2 szt.

Zamawiający stwierdził, że nie zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający żądał tylko dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości min. 60.000,00 zł każda, przy czym kwota jaką Zamawiający przeznaczył na to zadanie wynosiła 120.000,00 zł.

Zamawiający zauważył, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Z wyłączeniem oferty Odwołującego się, pozostałe oferty posiadały w swoim wykazie usługi potwierdzone referencjami w zakresie utrzymania oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego o wartości min. 60.000,00 zł każda. Powyższe potwierdza że Zamawiający przeprowadził ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wg kryteriów określonych w SIWZ.

W dniu 27 lutego 2009 roku pismem złożonym w placówce urzędu pocztowego Odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący się podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście. Ponadto stwierdził, iż zrealizowane zostały przez niego zamówienia obejmujące swoim zakresem zarówno dostawę i montaż barier ochronnych, jak również dostawę i

montaż oznakowania pionowego. Wobec tego, bez względu na procentowy udział w wartości zamówienia poszczególnych jego elementów, w sposób wystarczający usługi te potwierdzają nabycie odpowiedniego doświadczenia. Gdyby nawet rozpatrywać wyłącznie usługi, które swoim zakresem obejmowały dostawy i montaż urządzeń bezpieczeństwa ruchu, to usługi te są również wystarczające na udokumentowanie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ montaż np. barier ochronnych jak najbardziej odpowiada przedmiotowi zamówienia. Na podkreślenie zasługuje fakt, że zarówno znaki drogowe, jak również różnego rodzaju bariery, przegrody, słupki, są montowane na drogach ściśle według warunków określonych w dokumentacjach projektowych. Zatem doświadczenie Wykonawcy w tym zakresie polega jedynie na umiejętności "czytania projektu" i wkopywaniu lub betonowaniu słupków oznakowania lub urządzeń.

W ocenie Odwołującego się z wywodów zawartych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wynika, że Zamawiający żądał od wykonawców udokumentowania doświadczenia w realizacji takich wyłącznie zamówień, które w swojej nazwie (tytule) zawierały określenia "dostawa, montaż utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu". Zdaniem Zamawiającego, jeżeli w tytule postępowania znajdowało się jedynie "Dostawa oraz montaż barier ochronnych", to Zamawiający nie daje wiary temu, że zadanie mogło dotyczyć także oznakowania pionowego, pomimo, że fakt ten został potwierdzony w referencjach. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołuje kody CPV jakimi opisano przedmiot zamówienia w odpowiednich ogłoszeniach. Zamawiający podnosząc tego typu argumenty pomija fakt, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia został opisany kodami CPV: 45233290-8 -instalowanie znaków drogowych, 34992200-9 -znaki drogowe, pomimo, że obejmuje on także inny zakres (mycie oznakowania, instalowanie urządzeń bezpieczeństwa ruchu, projektowanie oznakowania).

Ponadto Odwołujący się podniósł, iż nieprawdą jest, jakoby w załączonym do oferty wykazie robót obok ogólnej wartości poszczególnych zadań, Wykonawca był zobowiązany wyodrębnić kwotę, za jaką wykonano oznakowanie. Takiego wymogu nie sformułowano w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc domaganie się takiego wyodrębnienia świadczy o dowolnym interpretowaniu tego dokumentu. Jeżeli natomiast Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, to zgodnie z przepisami art. 26 ust. 4 miał obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, czego niestety nie uczynił. Powyższe dotyczy także podniesionej wątpliwości co do tego, czy jedna z referencji jest skierowana do Odwołującego się. W ramach tego typu wyjaśnień Wykonawca mógłby, po pierwsze opisać okoliczności towarzyszące niewielkiej zmianie w nazwie firmy, a także mógłby okazać do wglądu stosowne dokumenty. W takim wypadku nie doszłoby do wielokrotnego uzupełniania dokumentów.

**Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Odwołującego się, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania skutkuje bowiem uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, stosownie do przepisu art. 24 ust. 4 ustawy – Pzp.

Istotnym dla niniejszej sprawy jest fakt, że Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków nie doprecyzował terminu „usługi *odpowiadające* rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia” oraz nie ustanowił wymogu, by usługi te stanowiły przedmiot odrębnej umowy.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa 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.

Zamawiający obowiązany jest też do podania sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez siebie warunków. Ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów.

Zamawiający w specyfikacji powinien dokładnie określić, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie powinien je przedstawić. W tym zakresie zamawiający związany jest przepisami art. 25 i 26 ustawy - Pzp, może więc żądać jedynie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, skorelowanych z postawionymi warunkami.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie

W przedmiotowym postępowaniu, stosownie do pkt. 16 ust. 2 lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca biorący udział w postępowaniu winien był załączyć do oferty wykaz wykonanych minimum dwóch usług (o wartości min. 60.000,00 zł każda) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu), z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (np. list referencyjny).

Zamawiający nie wskazał przy tym, iż uzna warunek za spełniony jedynie w przypadku, gdy usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (tj. dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa) będą stanowiły przedmiot odrębnej umowy. W ocenie Izby również wykazanie się doświadczeniem w wykonywaniu przedmiotowych prac niejako przy okazji wykonywania innych robót, stanowi również o posiadaniu przez wykonawcę stosownego doświadczenia.

Zamawiający nie sprecyzował również, w jaki sposób należy rozumieć termin „usług odpowiadających swym rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (dostawa, montaż i utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu)”. Skład orzekający zwraca tu uwagę na fakt, iż warunki techniczne znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu oraz warunki ich umieszczania na drogach reguluje jeden akt prawny, a mianowicie rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 roku w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. Nr 220, poz. 2181 ze zmianami). W ocenie Izby stanowi to podstawę do przyjęcia, iż wykonywanie usług związanych z dostawą, montażem i utrzymaniem oznakowania pionowego odpowiada analogicznym usługom związanym z urządzeniami bezpieczeństwa

ruchu drogowego. Tym samym już z wykazu złożonego przez Odwołującego się w ofercie wynikał fakt legitymowania się przez niego stosownym doświadczeniem.

Z dokumentacji postępowania nie wynika również obowiązek wykazania się przez Wykonawców doświadczeniem w wykonywaniu prac związanych z oznakowaniem pionowym, mającym charakter stały. Stąd też Odwołujący się miał uzasadnione podstawy, by przypuszczać, iż wykazanie się przez niego takimi robotami wykonywanymi na okres czasu niezbędny do wykonania innych prac, również świadczy o posiadaniu przez niego doświadczenia niezbędnego do udziału w niniejszym postępowaniu. Fakt wykonywania zaś przez Odwołującego się takich robót wynika ze złożonych przez niego referencji.

Ponadto stwierdzić należy, iż Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2009 roku wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentu wymaganego w punkcie 16.3 g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. stosownego wykazu wykonanych usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom, montażem i utrzymaniem oznakowania pionowego, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Pismo nie zobowiązywało Odwołującego się do dokonania szczegółowego podziału kwoty stanowiącej wartość usługi na części umożliwiające rozpoznanie, czy wartość usług odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia wynosi minimum 60.000,00 zł. Czynienie wobec powyższego zarzutu Odwołującemu się, iż nie dokonał takiego podziału, należy uznać za bezpodstawne.

Wobec powyższego stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, że Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za nieuprawnione. Izba nie stwierdziła okoliczności, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Konkludując, Izba stwierdza, iż w niniejszej sprawie naruszenie przepisów ustawy – Pzp, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie Odwołującego się uniemożliwiło bowiem merytoryczną ocenę jego oferty, która z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert (cena – 100%) mogłaby być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym spełniona została przesłanka art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, co uzasadnia uwzględnienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 4 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).