

Sygn. akt: KIO 2384/13

WYROK
z dnia 21 października 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2013 roku przez Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów z siedzibą w Warszawie Aleja Komisji Edukacji Narodowej nr 61, 02-777 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: N.R. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kopcińskiego 56, 90-032 Łódź (pełnomocnik); Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz poprzedzającej jej czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa. Nakazuje

Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa oraz zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów z siedzibą w Warszawie Aleja Komisji Edukacji Narodowej nr 61, 02-777 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Ursynów z siedzibą w Warszawie Aleja Komisji Edukacji Narodowej nr 61, 02-777 Warszawa na rzecz Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Płytowej 1, 03-046 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2384/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zimowe utrzymanie ulic i chodników w pasach dróg na terenie Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy w latach 2013-2016*”.

27 września 2013 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania o udzielenie zamówienia, powiadomił że do realizacji przedmiotowego zamówienia wybrał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: N.R. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kopcińskiego 56, 90-032 Łódź (pełnomocnik); Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający powiadomił Odwołującego, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”) został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia a oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy – w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.

7 października 2013 roku Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wadliwej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, przeprowadzenia i zakończenia aukcji elektronicznej, pomimo, że nie zostali do niej dopuszczeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe oferty.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy, art. 91 ust. 1 ustawy, art. 91b ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, dopuszczenie Odwołującego do aukcji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powtórzenie aukcji elektronicznej,

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 27 września 2013 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i wybrał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: N.R. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Kopcińskiego 56, 90-032 Łódź (pełnomocnik); Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych FLORA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, równocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, iż ten został wykluczony z postępowania albowiem miał nie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które to wykluczenie skutkowało uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą.

Z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził.

W ocenie Odwołującego przedmiotem sporu w sprawie jest warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu wykonania lub wykonywania usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic, jezdni lub dróg i chodników. Zamawiający warunek ten rozumie jako konieczność wykazania wykonania lub wykonywania usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic i chodników lub jezdni i chodników lub dróg i chodników. Taka interpretacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) przeczy jednak zasadom logiki. W zdaniu określającym warunek udziału w postępowaniu mamy bowiem do czynienia z połączeniem koniunkcji (spójnik „i”) oraz alternatywy (spójnik „lub” oraz odpowiadające mu przecinki). Stosownie do reguł rachunku zdań różne użycie tych spójników może dać zupełnie inne rezultaty. W sprawie regulacja SIWZ wskazuje, iż określony przez Zamawiającego warunek jest spełniony, gdy oferent świadczył co najmniej jedną z wymienionych usług: 1. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu ulic, 2. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu jezdni, 3. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu dróg i chodników. Takie rozumienie spornego zapisu odpowiada następującemu zapisowi symbolicznemu (pvqv(r∧s)). Za taką wykładnią zapisanego warunku przemawia połączenie spójnikiem „i” jedynie słów „dróg” oraz „jezdni”. Gdyby rzeczywiście intencją Zamawiającego było dopuszczenie do niniejszego postępowania jedynie podmiotów które świadczyły usługę polegającą na zimowym utrzymaniu chodników, przy jednoczesnym zimowym utrzymaniu dróg, jezdni lub ulic, SIWZ winien brzmieć: „... zimowym utrzymaniu chodników wraz z utrzymaniem ulic, jezdni lub dróg.”, lub też: „zimowym utrzymaniu ulic (rozumianych jako ulice, jezdnie lub drogi) i chodników ”. Nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie fakt, iż

przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie ulic (rozumianych jako ulice, jezdnie lub drogi) chodników. Zgodnie bowiem z przywołanym art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które wykonywały lub wykonują usługi polegające na zimowym utrzymaniu tylko ulic, lub tylko jezdni lub ulic i chodników mieści się w zakresie wynikającym z przywołanego przepisu. Proporcjonalność oraz związek nie są bowiem równoznaczne z tym, aby warunkiem udziału w postępowaniu było wykonywanie dokładnie takich samych usług, jakie są przedmiotem postępowania. Tym samym Odwołujący uprawniony był do wyinterpretowania przedmiotowego warunku, w taki sposób, że wystarczającym do udziału w postępowaniu jest wykazywanie się wykonywaniem usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic (co zresztą zamawiający przyznał). Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2013 r., w którym Izba wyraźnie stwierdziła, iż brak jednoznaczności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, co do wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia powinny być na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu interpretowane na korzyść wykonawcy. Podobnie w wyroku z dnia 10 maja 2013 r. Izba wskazała, że należy odrzucać interpretacje oparte wyłącznie na intencjach Zamawiających, które nie zostały uzewnętrznione w formie pisemnej przed terminem składania ofert, niezależnie od tego, czy obiektywnie byłyby to warunki bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w wypadku powtórzenia aukcji elektronicznej i dopuszczenia do niej Odwołującego, miałby on realną szansę złożenia najkorzystniejszej oferty (art. 179 ust. 1 ustawy).

Rozstrzygnięcie postępowania zostało doręczone Wykonawcy w dniu 27 września 2013 roku, w związku z czym niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759

z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący wskazał następujący dowód - (dowód nr 1) wydruki fragmentów czterech Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/ Ogłoszenia o zamówieniu (11 stron)

Zamawiający 14 października 2013 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo *Odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. KIO 2384/13.*

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Zamawiający w punkcie 7.2.1 SIWZ sprecyzował następujące wymaganie:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał (tj. zakończył) lub wykonuje co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 1 500 00,00 złotych brutto polegającą na zimowym utrzymaniu ulic, jezdni lub dróg i chodników.

*Wykonawca złożył dokumenty – wykaz wykonanych / wykonywanych usług na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 7.2.1 SIWZ oraz Oświadczenie Wykonawcy, o należyтым wykonaniu usług polegających na zimowym utrzymaniu ulic na terenie Dzielnicy Białołęka oraz faktury VAT. Z treści złożonych wraz z ofertą dokumentów wynika – co nie było sporne między Stronami – że Odwołujący wykazał się realizacją usługi o następującym zakresie: *oczyszczanie zimowe tj. zapobieganie i likwidowanie śliskości zimowej poprzez posypywanie i płużenie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej i gminnej po których kursuje komunikacja zbiorowa.**

Zamawiający pismem z 12 września 2013 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego a określonego w punkcie 7.2.1 SIWZ, w uzasadnieniu wezwania wskazując: (...) *Wykazał się Pan bowiem jedynie wykonaniem usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic. Warunkiem Zamawiającego było natomiast wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic, jezdni lub dróg i chodników tj. innymi słowy zimowym utrzymaniu ulic i chodników lub jezdni i chodników lub dróg i chodników. Spójnik „i” wskazywał, iż winien był Pan wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic lub jezdni lub dróg przy czym każdorazowo zarówno w przypadku wykazania się pracami polegającymi wykonaniu lub wykonywaniu zimowego utrzymania ulic lub jezdni lub dróg koniecznym było wykazanie się także wykonaniem lub wykonywaniem w ramach tej samej usługi oczyszczania chodników (...)*” warunek udziału w postępowaniu skonstruowany został w taki sposób by miał Pan do wyboru wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic lub jezdni lub dróg przy obligatoryjnym wykazaniu że w jej ramach oprócz dobrowolnie wybranych przez siebie usług polegających na utrzymaniu ulic lub jezdni lub dróg wykonał Pan lub wykonuje także usługę polegającą na zimowym utrzymaniu chodników. Zamawiający odniósł się również do tego, że przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie ulic i chodników a celem Zamawiającego jest wyłonienie wykonawcy, który posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania tych prac.

Odwołujący 17 września 2013 roku złożył do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że *nieuprawnionym jest w tym zakresie wykładania przedstawiona we wspomnianym piśmie (pismo Zamawiającego z 12 września 2013 roku) a zakładająca iż warunek z SIWZ jest spełniony tylko gdy oferent świadczył usługę zimowego utrzymania ulic, jezdni oraz dróg, przy jednoczesnym zimowym utrzymaniu chodników. (...) W niniejszej sprawie zapis SIWZ wskazuje, iż określony przez Zamawiającego warunek jest spełniony, gdy oferent świadczył co najmniej jedną wymienionych usług: 1. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu ulic, 2. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu jezdni, 3. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu dróg i chodników. (...). Z tych też powodów wystarczającym w niniejszej sprawie jest przedstawienie dowodów potwierdzających zimowe utrzymanie ulic*".

Izba wskazuje, że zgodnie z celem zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po to aby udzielić zamówienia. Zamawiający winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia, tym samym Zamawiający prowadzi weryfikację wykonawców, której to weryfikacji dokonuje między innymi kontrolując wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu spełnienia zawarty jest w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 ustawy) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (art. 36 ust.1 pkt 5 ustawy).

Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12).

Postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Tym samym wskazać należy, że ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach Zamawiającego, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, nienależnie od tego czy dany opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatnych do przedmiotu zamówienia (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 33/12).

Wskazać również należy, że niedopuszczone jest, a wskazywane przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, dokonywanie interpretacji opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w przyzmacie przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć należy, że ustawodawca nie wymaga, nie nakłada na Zamawiającego obowiązku formułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w taki sposób aby w pełni odzwierciedlał przedmiot zamówienia. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 roku sygn. akt KIO 411/12).

Dopasowywanie wymagań Zamawiającego na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09). Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza powyżej wskazane zasady, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, nieznaną wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty. Takie działanie Zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej zapisów zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia).

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez Dariusza A.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER Dariusz A. z siedzibą w Warszawie oparł się na wymaganiach, które nie zostały dookreślone

w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony wyinterpretowała znaczenie sformułowania: *na zimowym utrzymaniu ulic, jezdni lub dróg i chodników* jako konieczność wykazania wykonania lub wykonywania usługi polegającej na zimowym utrzymaniu ulic i chodników lub jezdni i chodników lub dróg i chodników. Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Izby, nie jest właściwe oraz dopuszczalne. Zamawiający powołał się na własne rozumienie postawionych wymagań w zakresie wiedzy doświadczenia nie wynikające z jego treści lecz wskazujące na intencjonalność rozumienia wymagania, a to nie jest działanie dopuszczone. Należy wskazać, iż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie indywidualne interpretacja określa jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców. Zaznaczyć należy, że zgodnie z literalnym brzmieniem opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wykładnia językowa) ukształtowane przez Zamawiającego wymaganie jest spełnione, w każdym z przypadków, gdy wykonawca wykaże na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu: 1. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu ulic, 2. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu jezdni, 3. usługę polegającą na zimowym utrzymaniu dróg i chodników. Zamawiający ma określone ustawowo obowiązki w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym podanie jednoznacznego opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu a ich niedochowanie nie może obciążać wykonawców. Konwalidacja czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu polegająca na dokonywaniu zmiany znaczenia treści Ogłoszenia o zamówieniu lub/i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie może następować po terminie składania ofert. Tym samym należy wskazać, że dokonywanie przez Zamawiającego interpretacji treści opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.1 SIWZ zarówno w piśmie stanowiącym wezwanie jak i w piśmie zawierającym informacje o podstawach faktycznych wykluczenia z postępowania nie było uprawnione i naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ustawy). Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy, Odwołujący wykazał bowiem spełnienie warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu zawartym w SIWZ. Konsekwencją naruszenia powyżej wskazanych przepisów jest naruszenie przez Zamawiającego przepisu 91b ust. 1 ustawy. W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy wskazać należy, że powołany przez Odwołującego przepis odnosi się do wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w SIWZ a Odwołujący nie odnosił się do niewłaściwego zastosowania kryteriów oceny ofert lub niezastosowania kryteriów oceny ofert.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Wskazany przez Odwołującego dowód (dowód nr 1) tj. wydruk czterech fragmentów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia / Ogłoszenia o zamówieniu złożony został na okoliczność wykazania faktu, że warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi być świadczenie usługi, która jest swym zakresem tożsama z przedmiotem zamówienia. Dowód ten nie świadczy o niczym innym jak tylko o tym, że w konkretnych przywołanych przez Odwołującego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ukształtowali takie a nie inne wymagania w zakresie opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym dla danego postępowania, w zakresie którego prowadzone jest postępowanie odwoławcze dokumenty te nie mają znaczenia.

Podsumowując, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było niezgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasad zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszcy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszcy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: