

Sygn. akt: KIO 2330/13

**WYROK**

**z dnia 10 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2013 r. przez wykonawcę **P.H.U Vicotel Sp. z o.o., ul. Beethovena 1-2, 58-300 Wałbrzych** w postępowaniu prowadzonym przez **Uzdrowską Gminę Miejską Szczawno-Zdrój, ul. Kościuszki 17, 58-310 Szczawno-Zdrój**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P.H.U Vicotel Sp. z o.o., ul. Beethovena 1-2, 58-300 Wałbrzych** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.H.U Vicotel Sp. z o.o., ul. Beethovena 1-2, 58-300 Wałbrzych** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Uzdrowskowa Gmina Miejska Szczawno-Zdrój, ul. Kościuszki 17, 58-310 Szczawno-Zdrój (dalej: „zamawiający” lub „Gmina”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie terenów komunalnych w Szczawnie – Zdrój. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 września 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcy P.H.U Vicotel Sp. z o.o., ul. Beethovena 1-2, 58-300 Wałbrzych (dalej: „odwołujący” lub „Vicotel”) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z informacją zawartą w zawiadomieniu za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawców: Robert C., Andrzej R., Zbigniew M. wspólników prowadzących spółkę cywilną CEROMA s.c., ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych (dalej: „CEROMA”).

30 września 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Vicotel wobec nieprawidłowości działań zamawiającego, polegających na tym, że przeprowadził całe postępowanie przetargowe jedynie w oparciu o oświadczenia stron postępowania i pomimo zwrócenia jemu uwagi przez Vicotel, w którym miejscu został popełniony błąd, oświadczenia nie zostały zweryfikowane w sposób prawidłowy.

Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 Pzp przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

Vicotel zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania. i wnosił o odrzucenie oferty wykonawcy CEROMA oraz ponowne przeprowadzenie oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że w dniu 19 września 2013 r. zamawiający pisemnie powiadomił uczestników w/w postępowania przetargowego o wyborze firmy CEROMA jako wykonawcy usług, polegających na utrzymaniu terenów komunalnych na terenie Szczawna - Zdrój. Na powyższe pismo Vicotel, jako uczestnik

przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 24 września 2013 r., zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty firmy CEROMA jako nie spełniającej wymagań siwz. W odpowiedzi w dniu 25 września 2013 r. zamawiający poinformował, że podtrzymuje swoją decyzję o wyborze firmy CEROMA jako wykonawcy usług. Zdaniem odwołującego działania Gminy przy rozstrzygnięciu przetargu były błędne, gdyż urzędnicy analizujący dokumenty przetargowe, w tym przede wszystkim referencje wystawione firmie CEROMA przez firmę ARTMAR, pomimo szczegółowego przedstawienia sprawy w piśmie przygotowanym przez Spółkę Vicotel, nie doszukai się nieprawidłowości. Vicotel zwracał uwagę, że zgodnie z treścią referencji to nie firma CEROMA wykonywała usługi dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, a jedynie była podwykonawcą firmy ARTMAR. Vicotel powiadomił zamawiającego, że w ramach przetargu ogłoszonego przez GDDKiA głównym wykonawcą usług była firma ARTMAR, a podwykonawcą firma Stanisław K. Usługi Transportowe. W świetle zebranych przez Vicotel dokumentów wynika, że firma CEROMA faktycznie nigdy, w sposób formalny nie wykonywała prac, co do których posiada referencje (z firmy ARTMAR). Ponadto CEROMA nigdy nie została zgłoszona jako podwykonawca, wykonawca prac dla GDDKiA, co za tym idzie nie można zweryfikować w sposób wiarygodny czy kiedykolwiek i gdziekolwiek wykonywała prace odśnieżania dróg. Zdaniem odwołującego z oficjalnych dokumentów GDDKiA wynika, że firma CEROMA nigdy nie była podwykonawcą dla firmy ARTMAR, bo była nią firma Stanisław K. Usługi Transportowe, przy realizacji usług odśnieżania dróg. Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia przez zamawiającego za wiarygodny listu referencyjnego wystawiony przez firmę ARTMAR, a dotyczący właśnie odśnieżania dróg zarządzanych przez GDDKiA. W opinii Vicotel tego typu list - oświadczenie może przecież napisać każdy, a zadaniem zamawiającego jest zweryfikować jego zawartość i wiarygodność.

Następnie odwołujący podnosił, że zamawiający w ogóle się nie odniósł się w jakimkolwiek piśmie, do kwestii kolejnego listu referencyjnego przedstawionego przez firmę CEROMA - list referencyjny jako załącznik do oferty z firmy Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, w którym to DSDiK we Wrocławiu potwierdza wykonanie usługi polegającej na sprzątnięciu pozimowym i letnim dróg wojewódzkich zlokalizowanych na terenie Polanicy Zdrój i Strzegomia o łącznej powierzchni 206901,60 m kw. Zdaniem odwołującego wyżej wymienioną referencję należy uznać za nieważną i nie spełniającą warunków określonych w siwz, ponieważ zamawiający określił, że wykonawcy mają udokumentować wykonanie usługi zamiatania, sprzątnięcia i odśnieżania dróg, natomiast firma CEROMA wykonała dla DSDiK we Wrocławiu tylko usługę sprzątnięcia pozimowego i letniego, natomiast nie wykonała usługi odśnieżania.

Kolejny zarzut Vicotel zasadzał się zagadnieniu rzeczywistej wysokości ewentualnego odszkodowania w przypadku wyrządzenia szkody przez CEROMA. Zdaniem zamawiającego firma CEROMA spełnia warunek określony w siwz, natomiast w ocenie Vicotel nie spełnia. Odwołujący podnosił, że CEROMA przedstawiła kopię polisy OC zawartej w PZU S.A. Z treści polisy wynika, że firma CEROMA nie dysponuje pełnym ubezpieczeniem, którego wysokość odpowiada wymogom siwz, czyli kwocie nie niższej niż 500 000 PLN. Przedstawiona przez firmę CEROMA polisa ubezpieczeniowa w zakresie OC podstawowego obejmuje kwotę 500 000 PLN, z zastrzeżeniem klauzul nr 8 i 9, które ograniczają kwotę odpowiedzialności ubezpieczyciela do wysokości 50 000 PLN. Zgodnie z ogólnymi warunkami ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy obowiązującymi w chwili obecnej klauzula numer 8 ogranicza odpowiedzialność PZU S.A. do kwoty 50 000 PLN w przypadku szkody powstałej w rzeczach ruchomych, z których ubezpieczony korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użytkowania, użyczenia, leasingu lub innej podobnej formy korzystania z cudzej rzeczy. Zapewne w ramach wykonywania usług dla zamawiającego powyższa klauzula (nr 8) nie ma większego znaczenia, jednak zasadniczą kwestią dyskwalifikującą firmę CEROMA jako uczestnika postępowania przetargowego, powinna być klauzula numer 9 która również ogranicza odpowiedzialność PZU S.A. do kwoty 50 000 PLN. W szczególności w klauzuli nr 9 mowa o zakresie odpowiedzialności o szkody powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło między innymi przedmiot czyszczenia lub innych usług o podobnym charakterze wykonywanych przez ubezpieczonego (w tym przypadku CEROMA). Odwołujący podnosił, że zgodnie z ogólnymi warunkami ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla klienta indywidualnego oraz małego i średniego przedsiębiorcy obowiązującymi w chwili obecnej klauzula numer 8 ogranicza odpowiedzialność PZU S.A. do kwoty 50 000 PLN w przypadku szkody powstałej w rzeczach ruchomych, z których ubezpieczony korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użytkowania, użyczenia, leasingu lub innej podobnej formy korzystania z cudzej rzeczy. Zapewne w ramach wykonywania usług dla zamawiającego powyższa klauzula (nr 8) nie ma większego znaczenia, jednak zasadniczą kwestią dyskwalifikującą firmę CEROMA jako uczestnika postępowania przetargowego, powinna być klauzula numer 9 która również ogranicza odpowiedzialność PZU S.A. do kwoty 50 000 PLN. W szczególności w klauzuli nr 9 mowa o zakresie odpowiedzialności o szkody powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło między innymi przedmiot czyszczenia lub innych usług o podobnym charakterze wykonywanych przez ubezpieczonego (w tym przypadku CEROMA). Zamawiający dokonując wyboru wykonawcy usług, które określił w przedmiocie zamówienia, podczas realizacji zadań wynikających z umowy pomiędzy stronami powierza mienie komunalne w postaci infrastruktury drogowej (drogi, chodniki, place) infrastruktury terenów zielonych (trawniki, krzewy, drzewa, rośliny ozdobne itp.) jak również inne mienie

wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia. Jeśli zatem dojdzie do uszkodzenia powierzonego przez zamawiającego wykonawcy mienia wówczas odpowiedzialność PZU S.A. w takim przypadku wynosi 50 000 PLN, a nie jak określił zamawiający w siwz 500 000 PLN.

Odwołujący wskazywał, że w piśmie z dnia 24 września 2013 r. wystosowanym przez Vicotel do zamawiającego został również poruszony temat wymaganego przez zapisy siwz pojazdu - pługopiaskarki. Zamawiający, odpowiadając na pismo w dniu 25 września 2013 r. w ogóle pominął to zagadnienie, nie próbując wyjaśnić czy faktycznie CEROMA dysponuje pojazdem - pługopiaskarką. Nie zobowiązano np. do przedstawienia dowodu rejestracyjnego pojazdu - pługopiaskarki, która rzekomo jest w posiadaniu firmy CEROMA. Według wiedzy odwołującego firma nie dysponuje wymaganym w siwz sprzętem. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zamawiający po uzyskaniu informacji, że istnieje prawdopodobieństwo złożenia nieprawdziwego oświadczenia, zobowiązany jest zweryfikować te informacje i stwierdzić czy miało to wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazywał, że na podstawie art. 87 ust 1 Pzp zamawiający powinien wezwać wykonawcę, w opisanym przypadku firmę CEROMA, do złożenia szczegółowych wyjaśnień, które powinny być pisemne, wyczerpujące i oparte na dowodach. Zamawiający nie uczynił tego, co stanowi zdaniem odwołującego naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 1 października 2013 r. za pomocą faksu oraz e-maila przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informację o wpływie odwołania Vicotel.

2 października 2013 r. do Izby wpłynęło w formie faksu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony CEROMA. W formie pisemnej przystąpienie wpłynęło 8 października 2013 r. W toku posiedzenia z udziałem stron Izba ustaliła, że strony otrzymały ze strony CEROMA kopię pisma, zawierającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym: treść specyfikacji oraz oferty przystępującego, dowody złożone w toku rozprawy, pisma oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba nie potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy CEROMA, z uwagi nie wypełnienie przez wykonawcę przesłanek zawartych w przepisach Pzp, warunkujących uzyskanie statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Przepis art. 185 ust. 2 Pzp stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Z ustaleń Izby wynika, że informacja o wpływie odwołania została przesłana wykonawcy CEROMA w dniu 1 października 2013 r. Tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia w odpowiedniej formie upływał w dniu 4 października 2013 r., podczas gdy przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło do Izby w dniu 8 października 2013 r., tj. 4 dni po upływie wymaganego terminu. Izba wskazuje, że nie można uznać za prawidłowe przystąpienia przesłanego do Izby za pomocą faksu w dniu 2 października 2013 r., ponieważ przepis art. 185 ust. 2 Pzp przewiduje dla tej czynności jedynie formę pisemną albo elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym Izba stwierdziła, że wykonawca CEROMA nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego.

#### Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp opisane w odwołaniu w całości nie potwierdziły się.

I.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty, odnoszące się do zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy CEROMA z uwagi na nie wykazanie warunku udziału w

postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji uznania oferty wykonawcy CEROMA za odrzuconą. Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że w rozdziale IX pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunku udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Dla uznania, że wykonawca spełnia warunek dotyczący niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał, by wykonawca wykazał, że przez okres co najmniej 12 miesięcy wykonał usługi utrzymania terenów komunalnych polegające na:

- a) zamiętaniu, sprzątanu i odśnieżaniu dróg o długości co najmniej 20 000 mb,
- b) utrzymaniu terenów zielonych (koszenie, plewienie) obejmujących obszar co najmniej 120 000 m<sup>2</sup>.

Zamawiający sprecyzował, że dla wykazania spełnienia tego warunku można zsumować usługi.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór załącznik nr 2 do siwz).

Wykonawca CEROMA wraz z ofertą złożył żądany wykaz wykonanych usług według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do siwz (str. 4 oferty), w którym wykazała wykonanie 3 usługi. Odwołujący kwestionował doświadczenie wykonawcy opisane w pozycjach nr 1 i 2. I tak:

- w pozycji nr 1 wykazu wskazano usługę zimowego utrzymania dróg świadczoną w okresie: 2012 – 2013 o wartości: 200.000,00 PLN na odcinku drodze krajowej nr 35 o długości 35 000 m.
- w pozycji nr 2 wykazu wskazano usługę sprzątanu letniego i pozimowego dróg wojewódzkich świadczoną w okresie 06.05.2010 r. do 30.04.2011 o wartości 83.878,20 PLN na odcinku 20690,16 m.

Do wykazu załączono:

- referencję Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu z dnia 30 maja 2011 r. (str. 5 oferty), w której wskazano, że wykonawca CEROMA wykonał zadanie pod nazwą:

„Sprzątanie pozimowe i letnie dróg wojewódzkich na terenie powiatu kłodzkiego i świdnickiego z podziałem na 5 zadań – zadanie 2 i 5” – następujące prace: sprzątanie pozimowe i letnie dróg wojewódzkich zlokalizowanych na terenie Polanicy Zdroju i Strzegomia o łącznej powierzchni 206.901.60 m<sup>2</sup>,”

- referencję firmy Usługi Transportowo – Mechaniczne ARTMAR z dnia 10 maja 2013 r. (str. 7 oferty), w której podano: „Firma S.C. „CEROMA” w ramach stałej współpracy z firmą S.C. „ARTMAR”, dla której jest podwykonawcą robót w latach 2012 -2013 wykonała usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg należących do Generalnej dyirekcji Dróg Krajowych i Autostrad w pasie drogi krajowej nr 35. Ww. prace były wykonywane w sezonie zimowym 2012/2013 na odcinku o długości 35 km o wartości około 200 000,00 zł netto. Prace były wykonane z należytą starannością”.

W toku rozprawy przed Izba zamawiający przedłożył Izbie kopie faktur VAT wystawionych przez CEROMA firmie „ARTMAR” o nr:

- 12/544/2012 r. z dnia 31 grudnia 2012 r.,
- 01/528/2013 r. z dnia 31 stycznia 2013 r.,
- 02/550/2013 r. z dnia 28 lutego 2013 r.,
- 04/523/2013 r. z dnia 30 kwietnia 2013 r.,

Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (ust. 4).

W przedmiotowej sprawie, analiza opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu (rozdział IX w pkt 2) w zestawieniu z dokumentami złożonymi przez CEROMA wraz z ofertą prowadzi do wniosku, że wykonawca w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, którym powinien legitymować się wykonawca ubiegający o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim wskazać należy, że zamawiający formułując powołany warunek udziału w postępowaniu wymagał doświadczenia, polegającego na świadczeniu utrzymania terenów komunalnych w zakresie: po pierwsze zamykania, sprzątania i odśnieżania dróg o długości co najmniej 20 000 mb, a po drugie utrzymania terenów zielonych (koszenie, plewienie) obejmujących obszar co najmniej 120 000 m<sup>2</sup>. Dla potrzeb niniejszego postępowania - w celu wykazania spełnienia tego warunku – zamawiający dopuścił możliwość sumowania usług. Tym samym Izba uznała za wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w rozdziale IX pkt 2 lit a) usługi zawarte w pkt 1 i 2 wykazu wykonanych usług zawartego na str. 4 oferty



CEROMA. Stwierdzić należy, że wykonanie usług opisanych w pkt 1 i 2 wykazu determinuje nabycie doświadczenia wymaganego treścią siwz w zakresie zamywania, sprzątnia i odśnieżania dróg o długości co najmniej 20 000 mb. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że legitymowanie się przez wykonawcę CEROMA doświadczeniem opisanym w pkt. 1 i 2 wykazu wypełnia wymagania zamawiającego, sformułowane w treści w rozdziale IX pkt 2 siwz.

Następnie Izba rozpoznała zarzut zasadzający się tym, że wykonawca CEROMA nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż usługi opisane w pkt 1 wykazu wykonanych usług były realizowane nie przez wykonawcę CEROMA ale przez innego wykonawcę.

Izba wskazuje, że zarówno w treści odwołania, jak również w toku rozprawy odwołujący odwoływał się do argumentacji, opierającej się na tym, że z oficjalnych dokumentów zamawiającego, jak również z wiedzy, którą posiada Vicotel wynika, że usługa nie była realizowana przez wykonawcę CEROMA. Podkreślić jednak należy, że w celu udowodnienia ww. okoliczności odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność jego twierdzeń. Ponadto powyższe twierdzenia stoją w sprzeczności z przedłożonymi przez zamawiającego dowodami w postaci kopii faktur, z których wynika, że wykonawca CEROMA świadczył na rzecz firmy ARTMAR (na rzecz GDDKiA), usługi wskazane w pkt 1 wykazu wykonanych usług. Tym samym Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego, uznając je za gołosłowne. Za wiarygodne i przekonujące Izba uznała informacje zawarte w dokumentach, zarówno w wykazie wykonanych usług jak również w referencji firmy ARTMAR z dnia 10 maja 2013 r., które zostały złożone wraz z ofertą przez wykonawcę CEROMA. Prawidłowość ww. rozumowania potwierdzają wspomniane powyżej kopie faktur złożone w toku rozprawy. Wobec tego nie budziło wątpliwości Izby, iż wykonawca CEROMA w sposób wystarczający wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp należy uznać za chybiony.

## II.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp jednakże w tym przypadku, odnoszący się warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego w celu właściwej realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że w rozdziale IX pkt 3 specyfikacji zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunku udziału w

postępowaniu, w szczególności dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn.:

1. Dla uznania, że wykonawca spełnia warunek dysponowania potencjałem technicznym wykonawca zobowiązany jest wykazania, że dysponuje: (...) d) pługopiaskarką do zimowego utrzymania dróg – minimum 1 szt.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wraz z ofertą wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór załącznik nr 3 do siwz).

Wykonawca CEROMA wraz z ofertą złożył żądany wykaz według wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, w którym w poz. 4 wykazano 1 własną pługopiaskarkę do zimowego utrzymania dróg.

W toku rozprawy przed Izba zamawiający przedłożył Izbie zdjęcie ciągnika rolniczego o nr rejestracyjnym DB 1681, wyposażonego w pług oraz pojemnik na piasek, a także kserokopię dowodu rejestracyjnego ww. ciągnika rolniczego, w którym jako właściciela wskazano jednego ze współników CEROMA – Roberta C.ego.

Treścią siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że dysponuje m. in. pojazdem w postaci pługopiaskarki, która miała służyć do zimowego utrzymania dróg. Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający nie sprecyzował dokładnych wymagań i parametrów odnoszących się do ww. pojazdu, a jedynie sprecyzował funkcję, którą ma spełniać ten pojazd, tj. ma służyć do zimowego utrzymania dróg oraz określił ilość urządzeń – 1 szt.

Wobec powyższego Izba uznała za spełniający warunek udziału w postępowaniu wskazany w „wykazie narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia” - pojazd tj. ciągnik rolniczy o nr rejestracyjnym DB 1681. Z przedstawionej fotokopii jak również z wyjaśnień zamawiającego wynika, że pojazd ten może pełnić funkcje pługopiaskarki, gdyż posiada pług oraz pojemnik na piasek. Ponadto zamawiający w toku rozprawy wyjaśniał, że teren, na którym ma być świadczona usługa jest uzdrowiskiem i nie można stosować na nim soli, ponieważ jest to gmina górską. Natomiast ukształtowanie terenu nie pozwala w niektórych miejscach na zastosowanie pojazdów o dużych gabarytach i możliwym jest wówczas wykonanie usługi jedynie za pomocą rozwiązania zawartego w ofercie CEROMA. Zwracał także uwagę, że przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usług na drogach gminnych a nie na drogach

wojewódzkich czy też autostradach. Izba uznała powyższe wyjaśnienia zamawiającego za wiarygodne i przekonujące. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Tym samym w konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp.

### III

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp w kontekście niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się przez wykonawcę w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Po zbadaniu zasadności ww. zarzutu Izba stwierdziła, że zarzut należało oddalić.

Izba ustaliła, że w rozdziale IX pkt 4 specyfikacji zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w odniesieniu do znajdowania się wykonawcy w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający sprecyzował, że dla uznania, że wykonawca spełnia warunek zobowiązany on do wykazania, że posiada – na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu – ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 500.000,00 PLN.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wraz z ofertą opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wykonawca CEROMA wraz z ofertą złożył polisę ze strony PZU S.A. seria TPP Nr 21079474 z dnia 5 grudnia 2012 r. opiewającą na sumę gwarancyjną za podstawowy zakres ubezpieczenia 500.000,00 PLN. W treści polisy wskazano również „Rozszerzenie podstawowego zakresu ubezpieczenia – KLAUZULE DODATKOWE” w zakresie klauzuli nr 8 i 9 do kwoty 50.000 PLN.

W toku rozprawy przed Izbą zamawiający przedłożył Izbie pismo PZU S.A. Oddział we Wrocławiu z dnia 9 października 2013 r. w którym podano: „potwierdzam, że klauzule dodatkowe nr 8 i 9 rozszerzają podstawowy zakres odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością określoną we wniosku o zawarcie umowy ubezpieczenia wg klasyfikacji PKD. Na tej zasadzie Klauzule nr 8 i 9 nie ograniczają odpowiedzialności ubezpieczyciela wynikającej z podstawowego zakresu ubezpieczenia. W szczególności

Klauzula nr 9 nie obejmuje szkód powstałych w infrastrukturze drogowej i terenach zielonych w związku z wykonaniem przedmiotu umowy, nie jest to bowiem mienie powierzone w rozumieniu umowy ubezpieczenia.”

Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie oraz całokształt okoliczności towarzyszących rozpoznaniu niniejszego zarzutu Izba uznała zgłoszony zarzut za bezzasadny.

Należy zwrócić uwagę, że zarówno tak jak w zakresie zarzutu opisanego w pkt I, tak również w tym przypadku Vicotel, podnosząc powyższy zarzut opiera się jedynie na własnych twierdzeniach, które nie zostały poparte żadnymi dowodami i które Izba uznała za chybione.

Zgodnie 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.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwątpienia postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że 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 (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem 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 ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W omawianej kwestii Izba uznała, że rację ma zamawiający, który twierdził, że polisa złożona przez wykonawcę CEROMA jest dokumentem prawidłowym i wystarczającym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w siwz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że już z samej treści polisy wynika jasno, że suma gwarancyjna na okres ubezpieczenia wynosi 500.000,00 PLN zarówno na wszystkie przypadki ubezpieczeniowe, jak również na jeden wypadek ubezpieczeniowy. Powoływane zaś przez odwołującego klauzule nr 8 i 9 mają jedynie charakter rozszerzający w stosunku do podstawowego ubezpieczenia, co niezbitnie wynika z dokumentu polisy. Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że zaprezentowane powyżej stanowisko znajduje również odzwierciedlenie w piśmie z dnia 9 października 2013 r. wystawiony przez PZU S.A. Oddział we Wrocławiu. Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Podsumowując, Izba po zbadaniu zarzutów Vicotel, zawartych w odwołaniu stwierdziła, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 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). Izba oddaliła wniosek pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego na kwotę 3 600 zł z uwagi na to, że do zamknięcia rozprawy nie przedstawiono rachunków do akt sprawy, wymaganych treścią § 3 pkt 2 lit b ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....