

Sygn. akt: KIO 684 /11

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Rzońca
Członkowie:	Katarzyna Prowadzisz
	Małgorzata Rakowska
Protokolant:	Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49,**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnoście tysięcy złotych) uiszczony przez wykonawcę **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8****

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez wykonawcę **ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** na rzecz **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodnicząca:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na eksploatacja i konserwację urządzeń oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Gminy Wrocław.

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

W dniu 22 marca 2011 r. zamawiający, pismem przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8 (dalej: „odwołujący” lub „ELEKTROTIM”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia występujących jako konsorcjum firm: Rabbit Sp. z o.o. (lider), ul. Wyspiańskiego 19, 50-370 Wrocław oraz Jimmy J. Cichocki, J. Zandberg Sp. j. - dalej: „Konsorcjum RABBIT”. W piśmie zamawiający podał punktację oraz poszczególne pozycje na których uplasowali się wykonawcy biorący udział w przetargu, tj.: Konsorcjum RABBIT - 10 pkt., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (lider), ul. Borowska 1/3a, 50-529 Wrocław oraz Zakład Usług Inwestycyjno - Remontowych i Pomiarów Elektrycznych Bogdan Cybertowicz Inż. (partner), ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań, (dalej: „Konsorcjum ZABERD”) – 7,76 pkt., ROTOMAT Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 134,54-062 Wrocław (dalej: „ROTOMAT”) – 7,37 pkt., ELEKTROTIM – 7,19 pkt.

W dniu 1 kwietnia 2011 r. ELEKTROTIM wniósł odwołanie, w którym zarzucał zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum RABBIT, którego oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) oraz ustawą i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych w siwz i ustawie;
2. zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum ZABERD, którego oferta jest sprzeczna z treścią siwz

oraz ustawą i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych w siwz i ustawie;

3. zaniechanie wykluczenia ROTOMAT, którego oferta jest sprzeczna z treścią siwz oraz ustawą i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych w siwz i ustawie.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z ustawą i treścią siwz oraz niezachowanie zasad uczciwej konkurencji,
2. art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów siwz,
3. art. 7 ust. 1 ustawy w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienia odwołania,
2. unieważnienia rozstrzygnięcia wyboru ofert,
3. powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu,
4. wykluczenia Konsorcjum RABBIT oraz odrzucenie jego oferty,
5. wykluczenia Konsorcjum ZABERD oraz odrzucenie jego oferty,
6. wykluczenia ROTOMAT oraz odrzucenia jego oferty,
7. wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie odrzuconych, wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji,

W uzasadnieniu odwołania ELEKTROTIM wskazywał, że Konsorcjum Rabbit nie przedstawił w ofercie żadnego zamówienia spełniającego wymogi zamawiającego tj. nie zrealizował (czyli nie ukończył) żadnego zamówienia obejmującego eksploatację minimum 1000 szt. punktów świetlnych przez okres co najmniej jednego roku i tym samym nie spełnił warunku udziału w prowadzonym postępowaniu. W przedmiotowym przypadku zdaniem odwołującego niewątpliwie istotnym czynnikiem jest zrealizowanie zamówienia, a nie jego realizacja. Odwołujący podnosił, że w trakcie realizacji nie można stwierdzić, że dane zamówienie było wykonane w całości prawidłowo. Na potwierdzenie czego odnosił się do tytuł załącznika – „Wykaz zrealizowanych zamówień”. Wobec tego, że takiego zamówienia Konsorcjum RABBIT nie przedstawił w ofercie, tym samym nie wykazał żadnego zrealizowanego zamówienia obejmującego okres co najmniej jednego roku, to zamawiający

pismem z dnia 16 marca 2011 r. wezwał Konsorcjum AABBIT do uzupełnienia załącznika V „Wykaz zrealizowanych zamówień”, potwierdzających spełnienie warunku wymienionego w części II siwz Instrukcji dla wykonawców w pkt 1. W treści pisma zamawiający wskazał, że zamówienia w załączniku V oferty wykonano w różnych terminach, ale żadne nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu co do eksploatacji minimum 1000 szt. punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez co najmniej jeden rok. Ponadto zamawiający podał, że usuwanie awarii oświetlenia ulicznego wymienione w ofercie nie stanowią eksploatacji punktów świetlnych. Konsorcjum RABBIT pismem z dnia 18 marca 2011r. przedstawił wyjaśnienie załączając jednocześnie poprawiony załącznik nr V oraz referencje wystawione dla firmy ELEKTROBEST Sieci i instalacje Energetyczne Artur Migacz (dalej: „ENERGOBEST”), który użyczył wykonawcy swojej wiedzy i doświadczenia w zakresie eksploatacji i konserwacji oświetlenia. W ocenie odwołującego, użyczone doświadczenie również nie spełnia wymogów zamawiającego, ponieważ z referencji wynika, że zamówienie jest w trakcie realizacji i nie wiadomo czy zostanie wykonane należycie do jego zakończenia. Odwołujący podkreślał, że użyczenie wiedzy i doświadczenia nie zostało przez firmę ELEKTROBEST określone, w jaki sposób to użyczenie będzie zrealizowane i na czym będzie polegało. Zdaniem odwołującego wobec tego ww. oferta powinna zostać odrzucona. W świetle powyższego zadaniem ELEKTROTIM należy stwierdzić, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. W opinii odwołującego powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy, który przesądza o tym, że nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich odwołujący podkreślał, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, co do zasady jako podwykonawca.

Kolejno odwołujący wywodził, że również Konsorcjum ZABERD nie spełniło warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonych przez zamawiającego. W załączniku nr V do siwz Konsorcjum ZABERD wykazał konserwację 1308 punktów oświetleniowych w okresie 2 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. na terenie GDDKiA Rejon Lubań. Zdaniem ELEKTROTIM termin rozpoczęcia i zakończenia prac nie pokrywa się z umową nr 76/PN/BUD/2009, której przedmiotem była konserwacja sygnalizacji świetlnej, a która została zawarta przez Zakład Usług Inwestycyjno - Remontowych i Pomiarów Elektrycznych Bogdan Cybertowicz Inż. Odwołujący wskazywał, że umowa została zawarta w dniu 20 lipca 2009 r. i zakończona w dniu 19 lipca 2010 r., co wynika z

podpisanej umowy. Z niniejszego odwołujący wywodził, że wykonawca oświadczył nieprawdę. Podkreślał, że ww. wykonawca w dniu 28 sierpnia 2009 r. złożył ofertę na konserwację 1308 punktów oświetleniowych na autostradzie A-4 przekazanych do GDDKiA Rejon Lubań w połowie sierpnia 2009r. W dniu 31 sierpnia 2009 r. został zawarty aneks do w/w umowy na konserwację punktów świetlnych w ciągu dróg krajowych. Oznacza to, że przedmiotowe zamówienie w zakresie dotyczącym konserwacji oświetlenia drogowego było wykonywane przez niecałe 11 miesięcy, a nie jak chciał zamawiający przez co najmniej rok co oznacza w ocenie odwołującego, że ta oferta Konsorcjum ZABERD powinna zostać odrzucona. Zgodnie z powyższym, prace były wykonywane przez okres krótszy niż jeden rok. Tym samym wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie kolejnego zarzutu ELETROTIM wskazywał, że ROTOMAT nie przedstawił w złożonej ofercie żadnego zamówienia spełniającego wymogi zamawiającego tj. nie zrealizował (czyli nie ukończył) żadnego zamówienia obejmującego eksploatację minimum 1000 szt. punktów świetlnych przez okres co najmniej jednego roku. Odwołujący odnosząc się do pierwszego zamówienia jakie wykazano w załączniku nr V do siwz (konserwacja oświetlenia na drodze A-4) podnosił, że obejmowało ono okres krótszy niż jeden rok, zaś drugie zamówienie - jest wykonywane przez firmę ELFAZ Bogusław Wróblewski i Zbigniew Wróblewski ul. Południowa 8, 67-200 Głogów (dalej: „ELFAZ”), która użyczyła swojej wiedzy i doświadczenia - nie spełnia wymogów zamawiającego, ponieważ nie zostało zakończone, a jedynie jest w trakcie realizacji i niewiadomo czy zostanie wykonane należycie do zakończenia zamówienia. Fakt braku zakończenia wynika wyraźnie z referencji wystawionej przez Prezydenta Miasta Głogowa. Pozostała część stanowiska prezentowanego przez odwołującego jest tożsama z argumentacją odnoszącą się do zarzutów sformułowanych w stosunku do Konsorcjum RABBIT.

W dniu 1 kwietnia 2011 r. ELEKTROTIM przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 4 kwietnia 2011 r. zamawiający, w formie faksu, przesłał kopię odwołania ELEKTROTIM wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 7 kwietnia 2011 r. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu wystawionego dla Pana Marka O (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca RABBIT.

W dniu 8 kwietnia 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego złożył wykonawca ROTOMAT.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W część II siwz „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny warunków”, w pkt. 1 zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający następujące warunki - posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie obejmujące eksploatację minimum 1000 szt. punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej jednego roku.

W część IV siwz „Sposób przygotowania oferty”, w pkt. 9.2.1. zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia spełnienia warunków uczestnictwa określonego w cz. II instrukcji w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawcy przedłożyli „wykaz zrealizowanych zamówień” (co najmniej jednego) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień obejmujących eksploatację minimum 1000 szt. punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej jednego roku, wg załącznika nr V do siwz, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie.

Załącznik nr V do siwz „Wykaz zrealizowanych zamówień” obejmował 4 kolumny, tj. nazwa zamówienia (szczegółowy zakres prac, ilość szt. punktów świetlnych, miejsce wykonywania prac, ograniczenia w ruchu), nazwę zamawiającego (adres), termin rozpoczęcia i zakończenia, nazwę wykonawcy.

W wyniku wezwania wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez zamawiającego, wykonawca Konsorcjum RABBIT przedłożył uzupełniony wykaz zrealizowanych zamówień sporządzony według wzoru załącznika nr V do siwz. W wykazie Konsorcjum RABBIT posłużyło się pracami wykonywanymi przez ENERGOBEST, który w okresie od 1 marca 2007 r. do 8 marca 2011 r. wykonywał usługi i roboty budowlano – elektryczne polegające na konserwacji oświetlenia ulicznego znajdującego się na terenie miasta Karpacz. Usługa obejmuje utrzymanie w stanie sprawności 1133 punkty świetlne stanowiące własność Gminy Karpacz.

Konsorcjum Rabbit do wykazu załączyło referencję wystawioną przez Burmistrza Miasta Karpacza, w której wskazano, że firma ENERGOBEST do chwili obecnej realizuje na rzecz Gminy Karpacz usługi i roboty budowlano-elektryczne polegające na konserwacji oświetlenia ulicznego znajdującego się na terenie miasta Karpacz. Usługa obejmuje utrzymanie w stanie sprawności 1133 punkty świetlne. Wykonywane prace charakteryzują się terminowością i są realizowane zgodnie ze sztuką budowlaną oraz zawartą umową.

Oświadczeniem z dnia 8 marca 2011 r., które wraz z ww. dokumentami przedłożono zamawiającemu, ENERGOBEST zobowiązał się do użyczenia Konsorcjum RABBIT wiedzy i doświadczenia w zakresie eksploatacji i konserwacji urządzeń oświetlenia drogowego.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2011 r. Konsorcjum RABBIT wyjaśnił, że nie przewiduje udziału podwykonawców przy realizacji prac związanych z wykonaniem zamówienia.

W złożonej ofercie Konsorcjum ZABERD w wykazie zrealizowanych zamówień sporządzony według wzoru załącznika nr V do siwz ujął usługę realizowaną w okresie od 1 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad O/Wrocław Rejon w Lubaniu, polegającej na utrzymaniu i konserwacji oświetlenia drogowego na drogach krajowych administrowanych przez GDDAiK O/Wrocław Rejon w Lubaniu – eksploatacja 1308 punktów oświetleniowych. Do ww. wykazu wykonawca załączył referencję wystawioną przez GDDAiK O/Wrocław Rejon w Lubaniu, datowaną na 7 marca 2011 r., w której wskazano, że Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. Bogdana Cybertowicza wykonywał w okresie od 1 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. na rzecz ww. rejonu usługi polegające na konserwacji punktów oświetleniowych w ilości 1308 szt.

Do odwołania ELEKTROTIM załączył Aneks nr 1 do umowy nr 76/PN/BUD/2009 z dnia 20 lipca 2009 r. dot. konserwacji sygnalizacji świetlnych na drogach krajowych administrowanych przez Rejon w Lubaniu zawarty w dniu 31 sierpnia 2009 r. pomiędzy GDDAiK O/Wrocław Rejon w Lubaniu a Zakładem Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. Bogdana Cybertowicza, w którym w § 1 wskazano, że w związku z oddaniem w użytkowanie autostrady A-4 odcinek Zgorzelec – Krzyżowa, usługi określone w umowie będą wykonywane również na przyjętym odcinku autostrady, a ponadto zakres umowy rozszerzony zostaje o wykonanie usług polegających na konserwacji punktów świetlnych w ciągu dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Lubaniu.

W złożonej ofercie ROTOMAT w „Wykazie zrealizowanych zamówień” sporządzony według wzoru załącznika nr V do siwz ujął usługi:

- 1) Konserwacja i utrzymanie urządzeń elektroenergetycznych na drodze A-4), w tym konserwacja 1351 szt. punktów świetlnych oświetlenia drogowego bez ograniczeń. Usługa wykonywana przez ROTOMAT na rzecz GDDAiK O/Wrocław w okresie od 10 marca 2009 r. do 1 marca 2010 r.
- 2) Konserwacja urządzeń oświetlenia ulicznego będącego własnością miasta Głogowa w celu utrzymania ich w należyтым stanie technicznym: w tym konserwacja 3500 szt. punktów oświetlenia publicznego na drogach publicznych miasta Głogowa bez ograniczeń ruchu w jednym roku. Usługa wykonywana przez wykonawcę ELFAZ w okresie 16 listopada 2008 r. do 6 marca 2011 r.

Do ww. wykazu wykonawca załączył referencje wystawione przez:

- 1) GDDAiK O/Wrocław, datowaną na dzień 29 marca 2010 r., w której wskazano, że ROTOMAT wykonywał w okresie od 10 marca 2009 r. do 1 marca 2010 r. na rzecz niniejszego rejonu usługi polegające na konserwacji i utrzymaniu urządzeń elektroenergetycznych na drodze A-4.
- 2) Prezydenta Miasta Głogowa, datowaną na dzień 7 marca 2011 r., który zaświadczył, że ELFAZ realizuje zadanie pn. „Konserwacja urządzeń oświetlenia ulicznego będącego własnością miasta Głogowa w celu utrzymania ich w należyтым stanie technicznym” Zlecone prace obejmują konserwację około 3500 szt. punktów świetlnych i są wykonywane terminowo z należyтą starannością oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i normami. Sposób prowadzenia robót świadczy o należyтым przygotowaniu organizacyjnym i technicznym.

W skład oferty ROTOMAT włączono „Zobowiązanie do udzielania zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego” datowane na 7 marca 2011 r. w którym wykonawca ELFAZ oświadczył, że na okres i potrzeby wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy ROTOMAT swojej wiedzy i doświadczenia. W zobowiązaniu, na potwierdzenie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia wymaganego zapisami siwz, wykonawca powołał się referencje wydane przez Prezydenta Miasta Głogowa.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu

odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kolejno Izba stwierdził, że wykonawcy Konsorcjum RABBIT oraz ROTOMAT nie wypełnili przesłanek wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp i nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego. Konsorcjum RABBIT zgłoszenie przystąpienia doręczyło w prawidłowym terminie oraz w prawidłowej formie, tj. elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu wystawionego dla Pana Marka O, jednak wykonawca nie wykazał, że ww. osoba, która podpisała się podpisem elektronicznym, posiada umocowanie do występowania w imieniu Konsorcjum RABBIT a także złożenia w jego imieniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. W odniesieniu do wykonawcy ROTOMAT Izba ustaliła, że doręczenie przystąpienia nastąpiło z uchybieniem 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uznała, że obaj wykonawcy nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po rozpoznaniu zarzutów wskazanych w odwołaniu przez ELEKTROTIM w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji nieodrzczenia ofert wykonawców: Konsorcjum RABBIT, Konsorcjum ZEBRED, ROTOMAT oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

Izba wskazuje, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest eksploatacja i konserwacja urządzeń oświetlenia drogowego stanowiącego majątek Gminy Wrocław, która bezspornie jest usługą o charakterze ciągłym.

Zamawiający w specyfikacji sprecyzował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie obejmujące eksploatację minimum 1000 szt. punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej jednego roku. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć „Wykaz wykonanych zamówień” sporządzony wg załącznika nr V do siwz, który powinien zawierać

jedynie prace już zrealizowane a nie te które są wciąż w trakcie realizacji. Izba podkreśla, że z treści § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem o dokumentach”, jasno wynika, że w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany specyfikacji, w postępowaniach których wartość jest równa lub powyżej tzw. „progów unijnych”, zamawiający żąda, następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Izba wskazuje na błędne przyjęcie przez zamawiającego zapisów w specyfikacji, polegających na tym, że wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia mają wylegitymować się doświadczeniem na poziomie przynajmniej jednej już zrealizowanej usługi, podczas gdy zgodnie z treści ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w przypadku usług o charakterze ciągłym wykonawcy mają prawo posługiwania się doświadczeniem w zakresie usług, które jeszcze nie zostały zakończone. W ocenie Izby należy uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z nieważnością bezwzględną powyższej czynności zamawiającego, która powoduje, iż nie wywołuje ona żadnych skutków prawnych. Niewątpliwy jest, że w miejsce wadliwie przyjętej przez zamawiającego treści siwz odnoszącej się do warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny jego spełnienia, należy zastosować właściwą regulację, która winna być oparta na treści § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia o dokumentach. Tym samym w odniesieniu do usług o charakterze ciągłym powinna umożliwiać wykonawcom posługiwanie się doświadczeniem w zakresie usług ciągłych, które są wciąż w trakcie realizacji i nie zostały jeszcze zakończone a są wykonywane należycie

Wobec powyższego, zdaniem Izby bezspornie do takich usług należy zaszeregować prace, które Konsorcjum RABBIT wykazało w wykazie zrealizowanych usług sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do siwz. Z załączonego wykazu wynika, że wykonawca ELEKTROBEST, który udostępnił swoje doświadczenie niniejszemu konsorcjum,

świadczy wymagane usługi na rzecz Gminy Karpacz od dnia 1 marca 2007 r. aż do momentu wydania referencji, tj. do dnia 8 marca 2010 r. Należyte wykonanie tych prac potwierdzają referencje wystawione przez Burmistrza Miasta Karpacza.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu odwołującego dotyczącego możliwości posługiwania się przez wykonawcy Konsorcjum RABBIT zasobami innego podmiotu tj. wykonawcy ELEKTROBEST.

Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przywołany przepis Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.).

Istotnym jest, że w świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego jednak spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt: KIO 269/11 oraz uchwale Izby o sygn. akt KIO/KU 83/10.

Izba ustaliła, i uznała za wystarczający fakt, że wykonawca Konsorcjum RABBIT załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego – ELEKTROTEST - o udostępnieniu konsorcjum na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2a i 2b ustawy, niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia w zakresie wymaganym do wykazania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby nie zasługują na akceptację zarzuty podnoszone przez odwołującego, jako nie znajdujące potwierdzenia w brzmieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, że wykonawca udostępniający zasoby powinien brać udział w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca. Izba podkreśla, że dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych ww. przepisem, brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Trzeba także dodać, iż „podwykonawca” nie został w ustawie zdefiniowany, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Zatem, kierując się założeniem, że ustawodawca w akcie prawnym nazywa te same instytucje w taki sam sposób, przy użyciu jednakowych pojęć (do podwykonawcy odnoszą się postanowienia art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), należy wyrazić pogląd, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia (wyrok Izby o sygn. akt KIO 2816/10 i KIO 14/11).

Izba po rozpoznaniu zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ZEBRED i odrzuceniu jego oferty uznała, że zarzuty za bezzasadne.

Izba w tym zakresie w pełni podzieliła stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie, który wskazywał, że wykonawca w swojej ofercie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył wykaz zrealizowanych zamówień, w których wykazał utrzymanie i konserwację oświetlenia drogowego realizowaną na rzecz GDDKiA O/Wrocław Rejon w Lubaniu. Jako termin realizacji usługi wskazano: 1 stycznia 2009 r. – 31 grudnia 2009 r. Z przedłożonych wraz z wykazem referencji jasno wynika, że wykonawca w powyższym okresie wymienione usługi realizował z należyłą starannością. W ocenie Izby, jak również zamawiającego, przedłożone dokumenty nie budzą wątpliwości i wynika z nich bezspornie, że prace były realizowane

przez wymagany przez zamawiającego okres, a nie przez niecałe 11 miesięcy jak podnosił odwołujący.

Odnosząc się do przedłożonego przez ELEKTROTIM wraz odwołaniem Aneksu nr 1 dot. konserwacji sygnalizacji świetlnej na drogach krajowych administrowanych przez Rejon w Lubaniu, Izba wskazuje, że z jego treści nie wynika wprost, że wykonawca - Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. Bogdana Cybertowicza - nie zrealizował zakresu prac wskazanych w wykazie zrealizowanych usług (załącznik nr 5 do siwz) oraz wymienionych w referencji. Odwołujący nie przedstawił żadnego innego dowodu na okoliczność, że zakres prac w ww. wykazie był realizowany przez wykonawcę w krótszym terminie niż wymagał tego zamawiający.

Badając zasadność zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy ROTOMAT oraz odrzucenia jego oferty Izba uznała zgłoszone zarzuty za chybione i nieuzasadnione.

Należy zwrócić uwagę, że co prawda w wykazie zrealizowanych zamówień załączonym do ofert ROTOMAT w pierwszej pozycji wykonawca wykazał usługę, która nie spełniała wymagań zamawiającego, ponieważ była świadczona przez okres niecałego roku, tj. od 10.03.2009 r. do 01.03.2010 r., to usługa wykazana w pozycji 2, która jest świadczona przez ELFAZ, który udostępnił w ramach art. 26 ust. 2 Pzp swoje doświadczenie ww. wykonawcy, spełnia wymagania zamawiającego w wymaganym zakresie.

W pozostałym zakresie stanowisko Izby jest tożsame z argumentacją odnoszącą się do analizy rozpoznanych zarzutów, które zostały zgłoszone przez ELEKTROTIM w stosunku do Konsorcjum RABBIT.

Reasumując, Izba rozpoznając zarzuty odwołania nie dopatrzyła się naruszeń w zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu i stwierdziła, iż prawidłowo dokonała badania, oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. W związku z tym również nie może być mowy o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 Pzp polegającego na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 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 uwzględniła koszty zamawiającego w kwocie 3.600 zł. stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w oparciu o przedłożoną kopię faktury VAT.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....