

WYROK
z dnia 15 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Dalachów 354, 46-325 Rudniki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Opole Urząd Miasta Opola, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole** protestu z dnia **27 kwietnia 2009 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Firmę Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Dalachów 354, 46-325 Rudniki 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 **Firmę Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Dalachów 354, 46-325 Rudniki;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmę Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Dalachów 354, 46-325 Rudniki.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Opole - Urząd Miasta prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest koszenie trawy i chwastów na pasach drogowych (wysepki, pasy rozdzielcze, rowy i pobocza) dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych na terenie miasta Opola w latach 2009-2010.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3.03.2009 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/ S 42 – 061539.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 , ze zm.) - *zwanej dalej ustawą pzp.*

Pismem z dnia 27.04.2009 roku (wpływ w dniu 29.04) Odwołujący - „Badera” Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa, wniósł protest, wskazując na naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania i nieodrzućenie oferty nr 2 Zakładu Produkcyjno - Handlowo -Usługowego „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski, pomimo tego, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie zastosowania i w konsekwencji przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty

Zakładu Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski, która powinna podlegać odrzuceniu;

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp przez niewykluczenie wykonawcy: Zakładu Produkcyjno - Handlowo -Usługowego „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając swój interes prawny we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że działania podjęte przez dwóch wykonawców: Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski, oraz Zakład Produkcyjno - Handlowo -Usługowy „Zaks” Andrzej Zakrzewski, polegające na złożeniu przez każdego z nich ofert, nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku. W okolicznościach takich mamy do czynienia z tak zwaną „zmową przetargową” wykonawców, którzy złożyli oferty nr 1 i 2. Porozumienie stanowiące tzw. zmwę przetargową zostało określone w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - jego treścią jest uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Odwołujący wskazał, na istnienie licznych powiązań rodzinnych, gospodarczych i prawnych pomiędzy wskazanymi wykonawcami jak: nazwa, pod którą każdy z wykonawców prowadzi działalność gospodarczą: „ZAKS”(takie oznaczenie nazwy prowadzonego przedsiębiorstwa wprowadza w błąd), wspólny adres prowadzenia działalności pod którym również znajduje się baza techniczna do wykonania prac interwencyjnych wraz z linią telefoniczną, wskazaną w treści oferty przez obydwu wykonawców (ten sam numerem linii telefonicznej). Ponadto z przedstawionych referencji wynika fakt wzajemnego zlecenia usług, na stronie internetowej wykonawcy Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „Zaks” Andrzej Zakrzewski w zakładce kontakt znajduje się adnotacja, iż Pan Arkadiusz Zakrzewski jest zastępcą Pana Andrzeja Zakrzewskiego.

W ocenie Odwołującego - Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

W wykazie wykonanych usług podano dwie usługi, z tym że wybrany wykonawca nie wskazał miejsca wykonania usługi koszenia trawy i chwastów na pasach drogowych, pomimo takiego wymogu Zamawiającego. Potwierdzenie miejsca wykonania przedmiotowych usług nie wynika również z listu referencyjnego, wystawionego przez

„HYDROMONT” Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe inż. Jan Olszewski. Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca nie wykazał, iż wykonał przedmiotowe usługi na drogach publicznych. Referencje nie zawierają informacji o miejscu wykonywania usług oraz wskazania, iż koszenie trawy i chwastów następowało na drogach o statusie publicznym, zatem wykonywanie tego rodzaju usług mogło mieć miejsce na innego rodzaju terenach aniżeli przy drogach publicznych.

Określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnej wiedzy i doświadczenia wynika ze specyfiki usług, będących przedmiotem zamówienia (roboty dotyczące zabezpieczenia i oznakowania robót przy użyciu znaków drogowych, żółtych świateł pulsujących, pachołków drogowych, jak również tego że wykonawcy muszą liczyć się z trudnymi warunkami wykonania robót z uwagi na konieczność ich realizacji przy dużym ruchu kołowym i pieszym).

Ponadto Odwołujący podniósł, że przedłożona przez Zakład Produkcyjno -Handlowo -Usługowy Zaks 2" Arkadiusz Zakrzewski nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Wykonawca przedłożył do oferty polisę OC, ale w zakresie leśnictwa wraz z działalnością usługową, sprzątnania i czyszczenia obiektów oraz wykonywania robót budowlanych (...).

Zamawiający pismem z dnia 8.05.2009 roku (przekazanym Odwołującemu w dniu 12 maja 2009 roku) protest oddalił. Zamawiający wskazał, że oferty nr 1 i 2 zostały złożone przez dwóch odrębnych przedsiębiorców, dowodem czego są kserokopie wpisów do ewidencji tych przedsiębiorców. Zbieżność nazw obu firm, a także adres prowadzenia działalności nie może być podstawą do uznania przez Zamawiającego istnienia między wykonawcami zmowy przetargowej.

Zamawiający oddalił zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia, w świetle złożonego w ofercie oświadczenia jak i w świetle wyjaśnień przytoczonych w przystąpieniu do protestu wykonawcy ZAKS 2.

W odniesieniu do polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, Zamawiający wskazał, że zakres prowadzonej działalności przedstawiony w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej zawiera określenie działalności zgodne z przedmiotem zamówienia.

Dokument ubezpieczenia zawiera zapis „w związku z prowadzoną działalnością”, zatem potwierdza wymóg określony w § 1 ust.3 pkt 3 Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żąda Zamawiający od wykonawcy. Zamawiający nie żądał dokumentu ubezpieczenia kontraktu, czyli przyszłych robót związanych z wykonaniem zamówienia.

W dniu 22.05.2009 roku (data stempla pocztowego) Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując jego kopię tego samego dnia Zamawiającemu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, nakazanie wykluczenia wykonawcy Zakładu Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „Zaks 2” Arkadiusz Zakrzewski oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazanie wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale „wykaz oświadczeń lub dokumentów” w pkt 2 instrukcji dla wykonawców, Zamawiający żądał w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedłożenia wykazu usług wykonanych lub wykonywanych 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 usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Zamawiający wskazał, że warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem/wykonywaniem usługi związanej z koszeniem trawy i chwastów na pasach drogowych (wysepki, pasy rozdzielcze, rowy i pobocza) na drogach publicznych. Wykonawca wykaże co najmniej 200 000 m² koszenia pasów przydrożnych wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyte wykonanie.

W pkt 5 instrukcji dla wykonawców, Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej umożliwiającej realizację zamówienia Wykonawca przestawi polisę albo inny dokument potwierdzający ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości minimum 100 000 zł.

Izba ustaliła także, iż do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty, złożone przez:

1. Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy ZAKS Andrzej Zakrzewski,
2. Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy ZAKS 2 Arkadiusz Zakrzewski
3. Badera FPHU

4. STIROL Zakład Usługowo Handlowy Irena Solecka

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem uwzględnienie zarzutów i żądań w nim zgłoszonych stwarza Odwołującemu szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ustawowa definicja „zmowy przetargowej” została określona w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zgodnie z którą zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Odwołujący wskazuje, że działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz.1503 ze zm.)

Zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert. W ocenie Izby, przykładem zmowy przetargowej może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów, tak aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie. Celem zmowy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę.

Podkreślić należy, że ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało podane do wiadomości publicznej, możliwość udziału w postępowaniu miał zatem każdy z zainteresowanych podmiotów a okoliczność złożenia ofert przez 4 wykonawców, w tym również Odwołującego dowodzi istnienia konkurencji. Wykonawca - Zakrzewski Arkadiusz, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Zakład Produkcyjno - Handlowo- Usługowy ZAKS 2, wpisaną do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Wójta Gminy Komprachcice oraz Wykonawca – Andrzej Zakrzewski, prowadzący działalność gospodarczą p.n. Zakład Produkcyjno-Handlowo - Usługowy ZAKS, wpisaną do ewidencji działalności

gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Opola to odrębne podmioty gospodarcze – przedsiębiorcy posiadający odrębne numery NIP i Regon, działający w ramach rynku konkurencyjnego. Sam fakt istnienia licznych powiązań rodzinnych, gospodarczych, technicznych czy organizacyjnych pomiędzy Wykonawcami ZAKS i ZAKS 2, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie świadczy jeszcze o istnieniu pomiędzy tymi podmiotami „zmony przetargowej”, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. W ocenie Izby, Odwołujący, na którym zgodnie z art. 6 k.c., spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności z których wywodzi skutki prawne, nie przedstawił żadnego dowodu na istnienie porozumienia pomiędzy wykonawcami ZAKS i ZAKS 2, polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert i zaproponowanych cen. Samo złożenie ofert przez Wykonawców, którzy nawet pozostają w pewnym powiązaniu, rodzinnym czy gospodarczym, ze sobą, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, tym bardziej że Odwołujący nie wykazał, że zachowanie tych podmiotów w ramach postępowania miało wpływ na wynik postępowania.

Twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnym dowodem a podnoszone informacje dotyczące powiązań rodzinnych, wspólnego adresu siedziby czy linii telefonicznej nie są, w ocenie Izby, wystarczające dla stwierdzenia istnienia tzw. „zmony przetargowej” pomiędzy podmiotami, które złożyły oferty nr 1 i 2.

Izba oddaliła także zarzut dotyczący niespełnienia warunków w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Przedstawione w ofercie Wykonawcy ZAKS 2, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczenia dotyczy koszenia trawy i chwastów przy drogach, poboczach i rowach – 250 000 m² o wartości 50 825 zł (poz. 1 wykazu) oraz koszenia trawy przy drogach, poboczach, wysepki i rowy – 300 000 m², miejsce wykonania Opole o wartości 60 990 zł (poz. 2 wykazu).

W ocenie Izby, przedstawione w wykazie usług doświadczenie jest zbieżne nie tylko z wymaganym w treści warunku udziału w postępowaniu ale także ma charakter podobny do zakresu objętego przedmiotem zamówienia. Brak precyzyjnego wskazania, że wykazane usługi dotyczą dróg publicznych pozostaje bez znaczenia, wobec oświadczenia Wykonawcy że usługi wykonywane były przy drogach, poboczach, wysepkach i rowach, a zatem na terenie o podobnym do wskazanego w przedmiocie zamówienia. Stanowisko Izby, jest uzasadnione również w świetle przepisów 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 mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605), zgodnie z którymi potwierdzeniem posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jest wykazanie się zamówieniami „odpowiadającymi swoim rodzajem i wartością dostawą lub

usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia”, który w przedmiotowym postępowaniu obejmuje koszenie trawy i chwastów na pasach drogowych (wysepki, pasy rozdzielcze, rowy i pobocza) na drogach krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych. Dodatkowo wyjaśnienia udzielone przez ZAKS 2 w zgłoszeniu przystąpienia do protestu potwierdzają wykonanie usług na drogach Publicznych, czego odwołujący nie kwestionował. Brak wypełnienia w tabeli wykazu wykonanych usług – miejsca wykonania usługi z poz. 1 można rozważać ewentualnie w kategorii naruszenia formy a nie treści siwz, a takie naruszenie nie wywołuje skutków w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego dotyczącego polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Istotnie polisa odpowiedzialności cywilnej, wystawiona przez PZU S.A. Inspektorat we Wrocławiu, wystawiona w dniu 01.10.2008 roku, potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadaniem mieniem w zakresie: 02.01 -02.02. Leśnictwo, włączając działalność usługową, 74.70 Sprzątanie i czyszczenie obiektów, 45.41 -45.45 wykonywanie robót budowlanych wykończeniowych i nie dotyczy odpowiedzialności cywilnej w zakresie, objętym przedmiotem zamówienia. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że celem złożenia polisy odpowiedzialności cywilnej było potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kondycji ekonomicznej i finansowej wykonawców i wyłącznie w takim zakresie należy oceniać przedstawiony dokument polisy OC. Zamawiający nie żądał złożenia polisy odpowiedzialności cywilnej jako zabezpieczenia wykonania kontraktu. Przedłożona polisa OC dotyczy ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o wymaganej w warunku wartości 100 000 zł, czym potwierdza że jest zgodny do realizacji zamówienia. Dodatkowo Izba wskazuje na literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu, które dotyczy przedłożenia polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności a nie w zakresie przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem.

Biorąc pod uwagę powyższe, ubezpieczenie OC jakie wykonawca powinien posiadać w związku z koniecznością spełniania warunków podmiotowych dotyczących jego zdolności finansowej i ekonomicznej nie może być utożsamiane z przedmiotem zamówienia objętym zakresem ubezpieczenia.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....