

WYROK

z dnia 5 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012 r. przez „**IKOM**” **Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża „**IKOM**” **Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez „**IKOM**” **Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od „**IKOM**” **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** na rzecz **Gminy Lublin – Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie** kwotę **3 900 zł 88 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych osiemdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lublin – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację wszelkich prac związanych w bieżącym utrzymaniem urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic miasta Lublin w rejonie nr 4 (obejmującym wszystkie ulice zaliczone do kategorii dróg publicznych, wewnętrzne oraz parkingi, dojścia oraz schody, będące w zarządzaniu przez Zarząd Dróg i Mostów, znajdujące się w rejonie), którego granice stanowią: granica miasta – ul. Abramowicka-ul. Kunickiego-linie kolejowa Warszawa-Lublin – granica miasta (z wyłączeniem ulicy Abramowickiej i ul. Kunickiego).

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 października 2012 roku wykonawca „IKOM” Spółka z o.o. w Lublinie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego czynności zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja wszelkich prac związanych z bieżącym utrzymaniem urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic miasta Lublin w rejonie nr 4 (obejmującym wszystkie ulice zaliczone do kategorii dróg publicznych, wewnętrzne oraz parkingi, dojścia oraz schody, będące w zarządzaniu przez Zarząd Dróg i Mostów, znajdujące się w rejonie), którego granice stanowią: granica miasta – ul. Abramowicka-ul. Kunickiego-linie kolejowa Warszawa-Lublin – granica miasta (z wyłączeniem ulicy Abramowickiej i ul. Kunickiego), wobec naruszenia przez zamawiającego:

- §1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przez Wykonawcy - Konsorcjum Lider: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX”, Partner: S..... R..... Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, a w konsekwencji odrzucenia oferty, podczas gdy Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania

odpowiednią wiedzą i doświadczeniem - wykonaniem lub wykonywaniem usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 900.000.00 zł brutto, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

- art. 26 ust.1 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wystąpiły uzasadnione przesłanki, iż Wykonawca nie legitymuje się należyłą wiedzą i doświadczeniem do udziału w przedmiotowym postępowaniu,

- art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy - Konsorcjum Lider: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” Partner: S..... R..... Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 - jako najkorzystniejszej, podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższych zarzutów, na podstawie art. 192 ust.3 pkt 1 odwołujący się wniósł o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru, na podstawie art. 91 ust.1 Pzp, oferty Wykonawcy - Konsorcjum Lider: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” Partner: S..... R..... Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 - jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na weryfikacji przez zamawiającego, w trybie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. oferty złożonej przez Wykonawcę - Konsorcjum Lider: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” Partner: S..... R..... Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 - w przedmiocie wykazania się przez Wykonawcę wiedzą i doświadczeniem zgodnie z §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. Nr 226. poz. 1817) i pkt 5.4.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania, tj. za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. tj. za okres od dnia 24 września 2009 r. do dnia 23 września 2012 r. i w konsekwencji, na podstawie art. 24 ust.4 w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu i dokonania, na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp, wyboru oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej, z uwagi na fakt. iż oferta Odwołującego pozostała jedyną nieodrzuconą ofertą w postępowaniu.

Odwołujący się wniósł o zobowiązanie w trybie art. 248 §1 k.p.c. w zw. z art. 185 ust.7 Pzp:

- Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów, związku z wykonywaniem przez Lidera Konsorcjum – D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX”, na podstawie umowy nr 8/ZP.342-5/09 z dnia 19 stycznia 2009 r., zadania pn. „Bieżące utrzymanie i konserwacja znaków drogowych pionowych i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na ulicach zlokalizowanych w granicach administracyjnych Miasta Rzeszowa, do przedstawienia dokumentów w postaci: umowy nr 8/ZP.342-5/09 z dnia 19 stycznia 2009 r., protokołów odbioru prac za poszczególne miesiące, zestawienia wystawionych przez Lidera Konsorcjum: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” faktur VAT za poszczególne miesiące realizacji przedmiotowej umowy;

- Prezydenta Miasta Czechowice-Dziedzice, pl. Jana Pawła II 1, 43-502 Czechowice-Dziedzice. w związku z wykonywaniem przez Lidera Konsorcjum D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” zadania pn. „Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego na drogach gminnych w roku 2009“, do przedstawienia dokumentów w postaci: umowy zawartej w Liderem Konsorcjum, protokołów odbioru prac za poszczególne miesiące, zestawienia wystawionych przez Lidera Konsorcjum: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” faktur VAT za poszczególne miesiące realizacji przedmiotowej umowy.

Odwołujący zakwestionował niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności dokonane i zaniechane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja wszelkich prac związanych z bieżącym utrzymaniem urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic miasta Lublin w rejonie nr 4 (obejmującym wszystkie ulice zaliczone do kategorii dróg publicznych, wewnętrzne oraz parkingi, dojścia oraz schody, będące w zarządzaniu przez Zarząd Dróg i Mostów, znajdujące się w rejonie), którego granice stanowią: granica miasta - ul. Abramowicka - ul. Kunickiego - linia kolejowa Warszawa-Lublin granica miasta (z wyłączeniem ul. Abramowickiej i ul. Kunickiego)”. Odwołujący nie zgadza się z zaniechaniem wykluczenia przez zamawiającego z udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy - Konsorcjum Lider: D..... R..... Firma Wielobranżowa „ZEBRA-MAX” Partner: S..... R..... Firma Wielobranżowa ZEBRA 2 i w konsekwencji wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący się zwrócił uwagę, jakie w świetle Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania, jak również 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, powinien spełnić każdy z wykonawców. Jednym z nich, opisanym oraz w §1 ust. 1. pkt 3 rozporządzenia i uszczegółowionym w poz. 5.4.1 S1WZ, było posiadanie wiedzy i doświadczenia w postaci wykazania wykonania lub wykonywania usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 900.000,00 zł brutto, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca w swojej ofercie wskazał, iż wykonywał trzy zadania na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Zieleni w Rzeszowie oraz jedno zadanie na rzecz Urzędu Miejskiego w Czechowicach-Dziedzicach. tj.:

usługi w okresie od dnia 23 stycznia 2009 r. do dnia 15 grudnia 2009 r. na kwotę 1.013.884,97 zł brutto,

usługi w okresie od dnia 30 listopada 2009 r. do dnia 15 grudnia 2009 r. na kwotę 148.132,88 zł brutto,

usługi w okresie od dnia 16 grudnia 2009 r. do dnia 22 grudnia 2009 r. na kwotę 13.774,17 zł brutto,

usługi w okresie od dnia 8 kwietnia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. na kwotę 85.039,91 zł brutto.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób niezgodny z prawem uznał całość zrealizowanego przez wykonawcę zadania w pkt 1 i 4 powyżej, pomimo że powinien wziąć pod uwagę jedynie prace wykonane od dnia 24 września 2009 r. do dnia 15 grudnia 2009 r. w przypadku usługi z pkt 1 i od dnia 24 września 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. w przypadku usługi z pkt 4. Należy zwrócić uwagę na fakt, że zarówno treść warunku określonego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również przepisy przywołanego rozporządzenia odnoszą się do prac (dostaw czy usług) wykonanych lub wykonywanych w ciągu trzech ostatnich lat. Przyjęcie okresu dłuższego, wykraczającego poza określony czas trzech lat w odniesieniu do jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie, prowadziłoby niewątpliwie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawca, biorąc przeto pod uwagę przywołane przepisy oraz postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu, mógł powołać się na zamówienie realizowane na podstawie umowy nr 8/ZP.342-5/09 z dnia 19 stycznia 2009 r., którego wykonywanie rozpoczęło się poza okresem trzech lat wymaganym w tym przypadku, jednakże dla oceny prawidłowości wykonania tych

prac i weryfikacji oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, konieczne było ustalenie wartości wykonanych prac w okresie trzech lat.

Odwołujący się zwrócił uwagę na wymóg określony przez Zamawiającego (pkt 5.4.2.1 SIWZ) w postaci obowiązku dysponowania przez Wykonawcę bazą materiałowo-sprzętową, w której możliwe jest zorganizowanie magazynu materiałów odzyskowych i rozbiórkowych, o minimalnej powierzchni 500 nr, zlokalizowanej na terenie miasta Lublin. Zdaniem odwołującego, Wykonawca nie wykazał w sposób należyty faktu dysponowania takim zapleczem, gdyż złożył Załącznik nr 3 do SIWZ wypełniony w sposób niedokładny, nie dający możliwości Zamawiającemu weryfikacji złożonego oświadczenia. Pomimo, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca podał adres lokalizacyjny bazy. Wykonawca podał jedynie nazwę ulicy, nie podając numeru pod jakim się znajduje, ani ew. numeru ewidencyjnego działki, gdyby nie przyznano adresu dla tej bazy.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl pkt. 5.4.1 SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie wiedzy i doświadczenia w postaci wykazania wykonania lub wykonywania usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic o łącznej wartości prac nie mniejszej niż 900.000,00 zł brutto, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Wykonawcy, których oferty dotyczą zarzuty odwołania: D..... R..... (ZEBRA-MAX) i S..... R..... (ZEBRA 2) – dalej: konsorcjum ZEBRA-MAX w swej ofercie wskazali, że wykonywali trzy zadania na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Zieleni w Rzeszowie oraz jedno zadanie na rzecz Urzędu Miejskiego w Czechowicach–Dziedzicach, tj.:

- 1) usługi w okresie 23.01.2009 – 15.12.2009 na kwotę 1.013.884,97 zł brutto,
- 2) usługi w okresie 30.11.2009 – 15.12.2009 na kwotę 148.132,88 zł brutto,
- 3) usługi w okresie 16.12.2009 – 22.12.2009 na kwotę 13.774,17 zł brutto,
- 4) usługi w okresie 08.04.2009 – 31.12.2009 na kwotę 85.039,91 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny. Istotą sporu jest interpretacja zapisu pkt. 5.4.1 SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 zamawiający żąda od wykonawców 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. Zapis pkt. 5.4.1 SIWZ nie został przez zamawiającego sformułowany w sposób, który mógłby wskazywać na zmianę rozumienia przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Z cytowanego przepisu wynika, iż usługa lub dostawa – aby mogła być zakwalifikowana jako potwierdzająca wymagane przez wykonawcę doświadczenie – musi zostać wykonana (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywana)

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Posłużenie się przez ustawodawcę formą dokonaną czasownika „wykonać” oznacza, iż świadczenie wykonawcy powinno zostać spełnione nie wcześniej niż trzy lata przed wyznaczonym terminem.

Z treści wskazanego wyżej przepisu rozporządzenia nie można wywieść uprawnienia zamawiającego do żądania wykazu usług rozpoczętych i zakończonych w okresie referencyjnym, czyli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Dlatego wystarczy, że wymagana usługa zakończyła się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z przytaczanymi przepisami rozporządzenia wykazanie się doświadczeniem jest ograniczone do trzyletniego okresu nabywania tego doświadczenia. Okres nabywania doświadczenia musi się zawierać lub musi się kończyć właśnie w wyznaczonym terminie.

Z dalszej analizy przepisu wynika, że wykonawca w załączonym wykazie dostaw lub usług powinien podać między innymi ich wartość. Chodzi tutaj o wartość całej dostawy lub usługi, a nie tylko tej części, która przypadła na trzyletni okres przed terminem składania ofert. Wskazuje na to literalna wykładnia przepisu i brak jest podstaw do odwoływania się do innych rodzajów interpretacji przepisów prawnych. Zamawiający wręcz nie może wymagać od wykonawcy podawania innych danych niż te, do których żądania uprawniają go przepisy. Wymóg wskazania wartości części dostawy lub usługi wykonanej w okresie trzech lat przed terminem składania ofert jest przekroczeniem dopuszczalnego zakresu informacji, podania których zamawiający może żądać.

A zatem, skoro Izba stwierdziła, iż ani z treści rozporządzenia, ani z treści SIWZ nie wynika, iż obliczanie wartości wykazanej usługi ma następować wyłącznie z uwzględnieniem trzyletniego okresu przed terminem składania ofert, wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu i oznakowania ulic, których o łączna wykonana wartość prac była nie mniejsza niż 900.000,00 zł brutto, w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, pod warunkiem, że świadczenie usługi już wykonanej zostało zakończone nie wcześniej niż trzy lata przed terminem składania ofert. Ponieważ usługi wykazane przez wykonawcę Konsorcjum ZEBRA-MAX spełniają postawiony warunek Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Izba nie ustosunkowała się do tej części odwołania, w której odwołujący się podał, iż Konsorcjum ZEBRA-MAX nie wskazało adresu posiadanej bazy materiałowej. Odwołujący się nie podniósł w tym zakresie żadnego zarzutu ani nie sformułował żądania. Ponieważ – w

myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba nie znalazła podstaw do odnoszenia się w jakikolwiek sposób do podanej informacji.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....