

WYROK
z dnia 28 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, 54-215 Wrocław, ul. Bystrzycka 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Zielona Góra, 65-424 Zielona Góra, ul. Podgórna 22,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Zielona Góra, 65-424 Zielona Góra, ul. Podgórna 22 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., 54-215 Wrocław, ul. Bystrzycka 24,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Zielona Góra, 65-424 Zielona Góra, ul. Podgórna 22** na rzecz **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., 54-215 Wrocław, ul. Bystrzycka 24** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Miasto Zielona Góra, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie bieżące oznakowania pionowego oraz malowanie i odnowienie oznakowania poziomego w pasach drogowych uli, dla których funkcję zarządcy dróg pełni Prezydent miasta Zielona Góra w ramach zadania oznakowanie pionowe i poziome”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2011 r., nr 1, poz. 28127.

W dniu 9 marca 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Drogowego ZARBED S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanemu dalej „Odwołującym”,

informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, podnosząc iż został on wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego w pkt 5.1.1 SIWZ.

W dniu 14 marca 2011 r. (pismem dnia 13 marca 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 14 marca 2011 r.) od czynności Zamawiającego, polegających na uwzględnieniu zarzutów zawartych w informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany, zarzucając Zamawiającemu:

1. błędne zastosowanie w stosunku do Odwołującego przepisu art. 24 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z ww. postępowania w sytuacji braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności,
2. błędne zastosowanie w stosunku do Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w konsekwencji jego wykluczenia z ww. postępowania w sytuacji braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia dokonanego w dniu 22 lutego 2011 roku wyboru oferty najkorzystniejszej należącej do Odwołującego,

3

2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. unieważnienie czynności wyboru oferty Drogowego Centrum Produkcyjno Handlowego BIG Sp. z o.o. z siedzibą w Ługowie, zwanego dalej „wykonawcą BIG”,
5. powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odnośnie zarzutu pierwszego, dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji podniósł m.in., iż z załączonych przez niego do pisma z dnia 4 marca 2011 r. umów zawartych między nim a Zarządem Dróg i Utrzymania Miasta łącznie z kosztorysami ofertowymi jasno wynika, że przedmiotowe oznakowanie było w większej części każdej z umów wykonywane jako oznakowanie bez kulki odblaskowej. W każdym z kosztorysów roboty te występują pod pozycją nr II, IV i VI i znacznie przekraczają wartość robót wymaganą przez Zamawiającego, tj. kwotę 400.000,00 złotych. Potwierdzeniem powyższego są złożone przez niego referencje załączone do pisma uzupełniającego z dnia 18 lutego 2011 r. Nie można więc uznać, iż posługiwał się jakimikolwiek nieprawdziwymi informacjami.

Co do drugiego zarzutu Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał wykonania co najmniej dwóch zadań o wartości 800.000,00 złotych każde w zakresie oznakowania pionowego i poziomego ponieważ wykonywał roboty zaliczające się do tych zadań na podstawie różnych umów, co nie może zdaniem Zamawiającego być traktowane jako jedno zadanie spełniające wymogi Zamawiającego, podniósł, iż poszczególne roboty wskazane w opisie zadania nr 1 „Wykazu robót budowlanych” winny zostać uznane za funkcjonalną całość, a roboty wskazane w opisie zadania nr 2 „Wykazu robót budowlanych” za drugą funkcjonalną całość, szczególnie że roboty należące do poszczególnych zadań były wykonywane w tym samym czasie i na tym samym terenie na zlecenie tego samego zamawiającego. Rozdzielenie wykonywania w tym samym okresie i na tym samym terenie (miasto Wrocław) oznakowania poziomego i pionowego na dwie umowy zawarte z tym samym podmiotem o wartości łącznej 3.079.519,15 zł wskazane w punkcie 2 „Wykazu robót budowlanych”, spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Zadanie to bowiem należy traktować jako „funkcjonalną całość”, a fakt, iż wykonywane było na podstawie dwóch umów jest jedynie zabiegiem formalno-technicznym przyjętym u danego Zamawiającego. Specyfika zawieranych przez Odwołującego umów jest odmienna, ponieważ Odwołujący wykonuje często jedno zadanie na podstawie dwóch lub kilku umów, ale zdarza się tak, iż na podstawie jednej umowy wykonuje kilka zadań zleczanych przez zamawiającego sukcesywnie w czasie obowiązywania danej umowy, która obowiązuje często kilka lat. Dowodem na spełnienie wymagań określonych w punkcie 5.1.1. SIWZ jest przeanalizowanie pod tym kątem złożonych referencji, a co oznacza, że nie można postawić

przedłożonych przez Odwołującego umów wskazuje również ich treść, choćby zapis § 4 ust. 2 umowy nr FPU/ER/231/153/2007) i jak należy łączyć zadania z poszczególnych umów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba 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 Izba uznała, iż Odwołujący wypełnił przesłanki istnienia interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie 5 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania ich oceny” w punkcie 5.1.1 postawił wymóg „posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

5.1.1.1. co najmniej dwóch zadań o minimalnej wartości 800.000,00 zł brutto każde, w zakresie oznakowania pionowego i poziomego, oraz

5.1.1.2. co najmniej dwóch zadań o minimalnej wartości 400.000,00 zł brutto każde, w zakresie utrzymania oznakowania poziomego nieodblaskowego z zastosowaniem materiałów (farb) o podwyższonej szorstkości na terenie miast,

udokumentowanych, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem 6 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia”, żądając przedłożenia „wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wg załącznika nr 5 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały należycie wykonane zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej i prawidłowo ukończone – na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w punkcie 5.1.1. SIWZ”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył „Wykaz robót budowlanych” (str. 7 oferty), w którym wskazał m.in. następujące roboty:

- w pozycji 1 „roboty konserwacyjne oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu na terenie RDW Zielona Góra” (22.06.2006-31.12.2009);
- w pozycji 2 „bieżące utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego oraz wykonanie i konserwacja oznakowania poziomego na terenie miasta Wrocławia” (01.01.2008 – 31.12.2008);
- pozycja 3 „wykonanie i konserwacja oznakowania poziomego cienkowarstwowego – nie odbłaskowego o podwyższonej szorstkości na terenie miasta Wrocławia” (01.01.2007-31.12.2007);
- pozycja 4 „bieżące utrzymanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego – nie odbłaskowego o podwyższonej szorstkości na terenie miasta Wrocławia” (05.03.2010-31.12.2010);

Jednocześnie Odwołujący na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych w wykazie robót (poz. 1 i 2) w załączeniu do oferty złożył opinie referencyjne z dnia „25.04.2008 r.” i „17.02.2010 r.” wystawione przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (str. 17 i 18 oferty) oraz referencje z dnia: „2009-05-15”, „2009.06.01”, „05.05.2008

r.", 2011-02-07" wystawione przez Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu (str. 19-22 oferty).

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, na skutek informacji wniesionej przez jednego z wykonawców, Odwołujący złożył wyciągi z umów o numerach: FPU/ER/231/153/2007, FZU/EI/45/41/10, FPU/ER/71/56/2006 wraz z kosztorysami ofertowymi.

Pismem z dnia 18 lutego 2011 r. Odwołujący przedłożył „uzupełnienie referencji z dnia „2011-02-18”, referencje z dnia „2009-05-15”, „uzupełnienie referencji” z dnia „2011-02-17”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zarzut 1 dotyczący nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania na skutek nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (5.1.1.2.) oraz nieuprawnionego uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje potwierdził się.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych

6

wątpliwości, iż istotnie dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Podkreślił jedynie, iż „treść referencji i wyjaśnień do referencji nie współgra z treścią przedłożonej umowy FPU/ER/231/153/2007 wraz z kosztorysem ofertowym oraz umowy FPU/ER/71/56/2006 wraz z kosztorysami ofertowym”, gdyż przedłożone umowy nie potwierdzają wykonania oznakowania poziomego z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości, a tym bardziej wartości żądanej przez Zamawiającego. Potwierdzeniem złożenia nieprawdziwych informacji miała być treść złożonych dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich, podmiotów na rzecz których roboty, którymi wykonawca się legitymował, były wykonywane. Zamawiający wskazywał bowiem na treść złożonych referencji i wyciągów z umów, które to dokumenty, w jego ocenie budzą wątpliwości, jak również podnosił okoliczność, iż w dostępnych mu SST (przekazanych przez innego wykonawcę), a pochodzących z postępowań, w wyniku których Odwołujący wykonywały roboty, którymi legitymował się w niniejszym postępowaniu, zawarte są jedynie zapisy dotyczące pomiarów odbłaskowości oznaczeń, a co ma potwierdzać, iż nie były wykonywane prace w takiej technologii jak obecnie wymagana, a więc z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości. Złożenie nieprawdziwych informacji - zdaniem Zamawiającego - należy wywieść z tego, że SST reguluje kwestie dotyczące pomiaru odbłaskowości oznaczeń wykonanych jako odbłaskowe z kulką szklaną, jednocześnie nie regulując kwestii pomiaru w odniesieniu do oznaczeń wykonanych bez użycia mikrokulek odbłaskowych. Okoliczność ta ma więc potwierdzać, mimo jednoznacznego brzmienia określonych pozycji kosztorysowej „wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego koloru białego bez użycia mikrokulek odbłaskowych”, że roboty te nie były wykonane z materiałów (farb) o podwyższonej szorstkości. Okoliczność tę wywodził więc z istnienia określonych zapisów i barku innych, jego zadaniem, niezbędnych celem potwierdzenia wykonania robót w wymaganej przez niego technologii. W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający za pomocą niejako „poszlak” uznał, iż Odwołujący nie zrealizował robót polegających na wykonaniu oznakowania cienkowarstwowego bez użycia mikrokul i z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości, przyjmując z góry określoną tezę i próbując znaleźć dla niej potwierdzenie, a wręcz uzasadnienie w treści złożonych dokumentów. Tymczasem złożone wyciągi z umów, jak i referencje, a także „uzupełnienia referencji” złożone pismem z dnia 18 lutego 2011 r. w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż w ramach umów nr FPU/ER/231/153/2007 i FPU/ER/71/56/2006 tego rodzaju roboty (wykonanie oznakowania cienkowarstwowego bez użycia mikrokul i z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości) były wykonywane.

7

Odnosząc się do treści kwestionowanych referencji stwierdzić należy, iż referencje składane są tylko i wyłącznie na potwierdzenie należytego wykonania robót. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 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), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, nie wymaga aby treść takiego dokumentu poza stwierdzeniem należytego wykonania robót zawierała jakiegokolwiek inne elementy. Dla ich ważności nie jest więc wymagane szczegółowe wskazanie zakresu objętych nimi prac, a co oznacza, iż nie muszą one wskazywać dokładanego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia robót wskazanych w przedłożonym wykazie. Tak więc stawianie przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych wymagań co do treści tych dokumentów nie ma uzasadnienia w treści rozporządzenia. Natomiast zakres o ile został w referencjach wskazany nie może być rozbieżny z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę z wykazie, niemniej jednak ta rozbieżność, o ile by zaistniała, musiałaby wskazywać na tak znaczną różnicę zakresu, która uniemożliwiałaby ustalenie czy dotyczy tych samych robót. W niniejszym stanie faktycznym sytuacji taka nie miała miejsca. Złożone referencje określają przedmiot zamówienia, wskazując m.in. jego wartość, jaki i należyte wykonanie. Nadto „referencje uzupełniające” niejako dodatkowo potwierdzają wykonanie kwestionowanego zakresu prac, jednoznacznie wskazując zakres wymagany przez Zamawiającego. A ponieważ należyte wykonanie danej roboty może być potwierdzone także kilkoma referencjami, a sytuacja taka – w świetle uzupełnionych dokumentów – ma miejsce, to nie powinna ona budzić żadnych wątpliwości, zwłaszcza że potwierdza wykonanie wymaganego zakresu robót, tym samym stwierdzić należy, iż prace wskazane przez Odwołującego w wykazie potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.1.2. Tym samym potwierdził się zarzut nieuprawnionego uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje.

Zarzut 2 dotyczący nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania na skutek nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (5.1.1.1.) potwierdził się.

Z treści warunku postawionego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem „co najmniej dwóch zadań”. „Zadanie” - w ocenie Izby - należy więc rozumieć nie jako jedną konkretną umowę, ale „zadanie” jako całość realizowanego świadczenia dla danego Zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów. Gdyby bowiem Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem umowy – zresztą jak słusznie podniósł Odwołujący – wówczas ów warunek miałby inne brzmienie. Przy takim brzmieniu warunku, jaki został postawiony w treści SIWZ –

8

pkt 5.1.1.1., „zadanie” obejmuje zarówno wykonanie określonej, wymaganej roboty na podstawie jednej umowy, bądź też wykonanej na podstawie kilku umów. Tak więc wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia tak postawionego warunku mógł legitymować się wykonaniem „zadania” na podstawie kilku umów. To Zamawiający, błędnie utożsamia „zadanie” z „jedną umową”, zamiennie ich używając, np. w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. Zamawiający po otwarciu ofert nie może stosować innej, bardziej rygorystycznej interpretacji postawionego warunku w stosunku do danej oferty, wbrew wyraźnemu i jednoznacznemu brzmieniu postawionego warunku. Postanowienia SIWZ wiążą bowiem nie tylko wykonawcę, ale i Zamawiającego dokonującego kwalifikacji wykonawców i badania ofert. Niemniej jednak aby zakwalifikować kilka umów jako „zadanie” (jedno zadanie) należy zbadać m.in. ich charakter, przebieg realizacji, okres wykonania umowy, obszar, na którym były wykonywane. Na potwierdzenie należytego wykonania zadania określonego w pozycji 2 wykazu, co jest bezsporne pomiędzy stronami, Odwołujący przedłożył referencje z dnia „2009-05-15” (dotyczące umowy FPU/ER/444/345/2006) oraz referencje z dnia „2009.06.01” (dotyczące umowy FPU/ER/231/153/2007).

Zdaniem Izby, w niniejszym stanie faktycznym, możliwym jest zakwalifikowanie ww. umów jako „zadania” (jednego zadania), obejmującego dwie umowy, gdyż stanowią one jedną funkcjonalną całość. Istotnie nie były wykonywane idealnie w tym samym okresie. Niemniej jednak okres wykonywania umów był zbliżony (jedna umowa była wykonywana od 01.01.2007 r. do 31.12.2009 r.; druga zaś zawarta w dniu 09.07.2007 r., a więc w okresie realizacji pierwszej, wykonywana była w żądanym zakresie „w 2008 roku”. Były więc

wykonywane niemal równolegle, a ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania „zadania” na podstawie jednej umowy. Obszar wykonania ich był także tożsamy, obejmowały obszar miasta Wrocławia, a były zlecone przez tego samego Zamawiającego. Skoro więc celem żądania wykazania się doświadczeniem jest sprawdzenie, czy dany wykonawca wykonywał określone, wymagane przez Zamawiającego prace i czy prace te wykonał w sposób należyty, ograniczenie „zadania” (jednego zadania) wyłącznie do jednej umowy, przy określonym brzmieniu warunku 5.1.1.2 jest nieuprawnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

9

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

10