

Sygn. akt: KIO/UZP 502/10

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Katarzyna Ronikier – Dolańska
Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RAR – R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69/2 i 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu z dnia 8 marca 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża RAR – R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69/2 i 3 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RAR – R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69/2 i 3**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **RAR – R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69/2 i 3** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Dróg Miejskich, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RAR – R. Olwiński – R. Wachowski Sp. J., 01-904 Warszawa, ul. Aspekt 69/2 i 3**

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

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp", postępowanie na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy obejmującą 15 rejonów na terenie Dzielnic na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych oraz 19 rejon tunele jezdne, kładki i przejścia dla pieszych i znaki D-6 zasilane energią elektryczną w 2010 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2009 roku pod numerem 2009/S 237-339857.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na XVI części umożliwiając składanie ofert częściowych.

Pismem z dnia 26 lutego 2010 roku - przekazanym wykonawcom w dniu 1 marca 2010 roku - zamawiający poinformował o wynikach postępowania. W części IV (Rejon IV – Praga Południe) i części IX (Rejon XII – Mokotów) zamówienia

zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez firmę „ŚWIĘCKI” – Andrzej Świącki z siedzibą w Pruszkowie.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę „RAR” R. Olwiński, R. Wachowski Sp. J., zwanego dalej „RAR”, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu braku przedłożenia, mimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających poprawne, rzetelne, terminowe i należyte wykonanie prac, uznając jednocześnie ofertę wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 08.03.2010 r. RAR złożył protest w którym zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, art. 22 ustawy, art. 24 ustawy, art. 25 ustawy, art. 26 ustawy, art. 38 ust. 4b ustawy, art. 89 ustawy, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

W uzasadnieniu protestu podnosił:

„(...) W dniu 9 lutego 2010 r. Zamawiający pismem ZDM/75/10/Z z dnia 8 lutego 2010 r. wezwał Protestującego Wykonawcę „RAR” R. Olwiński - R Wachowski Spółka Jawna do dołączenia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że wymienione usługi o podobnym zakresie do wymienionych w ofercie zostały wykonane należycie. (...) Protestujący Wykonawca przedstawił dodatkowe dokumenty potwierdzające wykonanie usługi bez szkody dla zamawiających, określające ilość konserwowanych opraw, wartość umowy oraz, że zostały wykonane zgodnie z warunkami podpisanych umów. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia domagał się aby Wykonawca przedstawił w dołączonych dokumentach potwierdzenie poprawności, rzetelności, terminowości i należytego wykonania usługi. (...) Oferta Wykonawcy Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą dla Zamawiającego jest ważną, ponieważ określony w przedstawionych referencjach stopień wykonania zamówienia jest stopniem pozytywnym i określającym prawidłowe wykonania umowy zgodnie z jej zapisami. Sam Zamawiający określił

w wystawionych referencjach, że Firma „RAR” R. Olwiński –R. Wachowski wykonała prace opisane w wystawionych referencjach z dnia 12.12.2007 zgodnie umową, a więc oczekiwaniem Zamawiającego. Ponieważ jednak Zamawiający wystąpił o dodatkowe przedstawienie dokumentów potwierdzających wykonanie usługi bez szkody dla zamawiających (dopiero takie niewykonanie zamówienia, daje pełne podstawy do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty). Protestujący dodatkowo przesłał referencje od innych zamawiających, które również potwierdzały, ilość, wartość oraz, że zamówienie publiczne zostało wykonane zgodnie z zawartymi umowami(...). Dokonanie zapisu w wydanych referencjach z dnia 12.12.2007 r. określających wykonanie usługi w stopniu dostatecznym jest określeniem subiektywnym. Jest jednak określeniem poprawności wykonanej usługi, a więc w pełni potwierdzającej należytość. Dla każdego podmiotu określenie stopnia posiadania wiedzy, doświadczenia lub wykonania usługi jest sprawą indywidualną i subiektywną, dlatego też w obowiązujących przepisach zostało wymienione określenie dla wykonania usługi, na poziomie należytych. W określeniu wykonania usługi na poziomie należytych w pełni mieści się stopień pozytywny, jakim jest stopień dostateczny. Nie uznanie pozytywnego stopnia dla określenia należytego wykonania usługi jest daleko nieuprawnioną interpretacją Zamawiającego i naruszającą przez niego obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca nie wymagał od wykonawców przedstawiania literalnego sformułowania „należyte wykonanie” w dokumentach potwierdzających posiadanie odpowiedniego doświadczenia, takie wymagania stawiane wykonawcom są naruszeniem obowiązującego prawa. (...) Umowy, które wymienione są w dokumencie potwierdzającym dostateczne a więc pozytywne wykonanie usługi zostały wykonane zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, co w pełni zostało potwierdzone podpisanymi protokołami odbioru robót, które w żadnym miejscu nie wykazują złej lub nienależytej jakości wykonanych usług. Umowy (...)dotyczące wykonania konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego w terminie 1.12.2006 - 30.11.2007 r. zostały wykonane zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego, co zostało w pełni potwierdzone przez zwolnienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający sam przyznaje, że jest w posiadaniu referencji załączonych do oferty i dodatkowych referencji złożonych na wezwanie przez Zamawiającego. Brak

jest, więc przesłanki prawnej wymienionej w art. 24 ust. 2pkt 3, a błędnie przyjętej przez Zamawiającego jako podstawy prawnej do wykluczenia z prowadzonego postępowania DZP/105/PN/75/09 wykonawcy protestującego. Protestujący Wykonawca wykonywał dla Zamawiającego szereg usług na podstawie podpisanych umów związanych z prowadzeniem konserwacji oświetlenia ulicznego (...)."

Pismem z dnia 16.03.2010 r. Zamawiający oddalił protest RAR.

W uzasadnieniu wyjaśnił:

„ (...) Złożone wraz z ofertą dokumenty, nie potwierdzają spełnienia przez Firmę „RAR” R. Olwiński - R. Wachowski Sp. j. warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ). Zamawiający żądał, aby Wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu przedstawili referencje potwierdzające wykaz wykonanych usług, ich ilość i wartość oraz załączyli dokumenty, w których Zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność, terminowość i należyte wykonanie usługi. W ofercie wykonawca złożył referencje z dn. [12.12.2007](#) r., wskazujące, iż prace konserwacyjne zostały wykonane w stopniu dostatecznym. W ocenie Zamawiającego ww. referencje nie potwierdzają należytego wykonania umowy, a przede wszystkim prawidłowego w sensie materialnym, formalnym wywiązania się Wykonawcy z jego obowiązków wynikających z załączonych umów. Umowa nr NDZP/139/PN/86/06 - III (obszar Białoleśka) winna być wykonana w terminie do dnia 30.11.2007 r. (§ 1 ust 4 umowy). Protokół potwierdzający odbiór końcowy i przekazanie obiektu do użytku datowany jest na 20.02.2008 r. Opóźnienie w wykonaniu całości umowy wynosi zatem 82 dni i jest bezsporne. W Protokole z dn. [30.11.2007](#) r. wskazane SA niedomagania i uchybienia w zakresie realizacji umowy dotyczące m.in. uszkodzeń linii kablowych oraz sinienia tymczasowych zastań tzw. przewieszek. Protokół z dn. 07.11.2007 r. r. nie dotyczy całości zobowiązań, a odnosi się jedynie do 2 z 45 zakresów przedmiotowych wymienionych w paragrafie 4 umowy. Zakończenie realizacji umowy potwierdza końcowy protokół odbioru z dn. 20.02.2008 r. Należytego wykonywania zobowiązań umownych w trakcie jej obowiązywania nie potwierdzają również inne dokumenty. Przykładowo, wskazać można na korespondencję nr ZDM/DTŚO/271/2007 z dn. 07.02.2007 r. w której

wykazano na nieświecące oprawy oświetleniowe przy ul. Modlińskiej (42 sztuki), ul. Marwilskiej (15 sztuk), ul. Klasyków (1 sztuka), Mehoffera (2 sztuki), ul. Czajki (8 sztuk), ul. Płochocińskiej (9 sztuk), ul. Białoleckiej (2 sztuki) tj. łącznie 79 sztuk nieczynnych opraw oświetleniowych w konserwacji wykonawcy. 2) umowa "NDZP/139/PN/86/06 - VII (Dzielnica Żoliborz) winna być wykonana w terminie do dnia 30.11.2007 r., (§ 1 ust 4 ustawy). Protokół zdawczo-odbiorczy z dn. 30.11.2007 r. potwierdza, że umowa w części nie była wykonana w terminie - Wykonawcy został wyznaczony termin dodatkowy na usunięcia usterek do dnia 10.12.2007 r., który nie został dochowany. Protokół odbioru końcowego i przekazania obiektów do użytku załączony przez Wykonawcę potwierdza, w umowa została ostatecznie zrealizowana w dn. 20.02.2008 r., tj. z 82-dniowym opóźnieniem. Protokół odbioru z dn. 07.11.2007 r. nie stanowi potwierdzenia realizacji umowy, odnosi się on bowiem jedynie do 2 z 45 zakresów przedmiotowym zdefiniowanych w § 4 umowy. Należyte wykonania zobowiązań umownych nie potwierdza obszerna korespondencja Zamawiającego kierowana do Wykonawcy w trakcie realizacji umowy. Nienależyte wykonanie umowy potwierdza m.in. korespondencja ZDM/DTŚO/1220/2007 z dn. 26.06.2007 r: (40 sztuk nieczynnych latarni przy ul. Wybrzeże Gdyńskie, ul. Krasieńskiego, ul. Słowackiego), WOŚ-XVIII-II-7636/2040/2007 z dn. 11.10.2007 r., WOŚ-XIII-II-7636/2163/2007 z dn 29.10.2007 r. UD-XVIII-WOŚ-AT-7636/2216/2007 z dn. 08.11.2007 r., ZDM/DTŚO/2579/2007 z dn. 21.11.2007 r., UD-XVIII-WOŚ-II-7636/2374/2007 z dn. 27.11.2007 r. ZDM/DTŚO/2359/2007 z dn. 06.12.2007 r. Zważywszy, że załączone przez Wykonawcę referencje z dn. 12.12.2007 r., odnoszą się także do 2 innych umów Zamawiający zmiierzając do zbadania wszystkich okoliczności sprawy, przeprowadził ich analizę i dokonał następujących ustaleń: 1) Umowa nr NPZP/139/PN/86/06 - VIII (Dzielnica Bielany) powinna być wykonana w terminie do dn. 30.11.2007 r. (§ 1 ust 4 umowy). Protokół zdawczo-odbiorczy z dn. 30.11.2007 r. potwierdza, że umowa w części nie była wykonana w terminie. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy termin dodatkowy na usunięcie usterek do dnia 10.12.2007 r., który nie został dochowany. Protokół odbioru końcowego, przekazania obiektów do użytku potwierdza, że umowa została ostatecznie zrealizowana w dn. 21.02.2008 r. tj. z 83-dniowym opóźnieniem. W okresie obowiązywania umowy Wykonawca został obciążony karami umownymi w wysokości 2.000,- PLN z tytułu nieterminowego wykonania zobowiązań umownych (pisma ZDM/DTŚO/568/2007 Z dn. 16.03.2007 r.

oraz ZDM/DTŚO/269/2007 z dn. 07.03.2007 r.). Ponadto Zamawiający kierował do Wykonawcy korespondencję dotyczącą nieczynnego oświetlenia m.in. odnośnie ulic Krasińskiego, Toeplitza, Hozjusza, Słowackiego (pismo ZDM/DTŚO/2618/2007 z dn. 27.11.2007 r.). 2) Umowa nr NDZP/139/PN/86/06 - IX (Dzielnica Wola) powinna być wykonana w terminie do dnia 30.11.2007 r., (§ 1 ust 4 ustawy). Protokół zdawczo-odbiorczy z dn. 30.11.2007 r. potwierdza, że umowa w części nie była wykonana w terminie. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy termin dodatkowy na usunięcie usterek do dnia 10.12.2007 r., który nie został dochowany. Protokół odbioru końcowego i przekazania obiektów do użytku potwierdza, że umowa została zrealizowana w całości w dn. 29.01.2008 r. tj. z 60-dniowym opóźnieniem. W okresie obowiązywania umowy Wykonawca został obciążony karami umownymi w wysokości 10.000 zł i 500 zł z tytułu niewykonania zobowiązań umownych (pismo ZDM/DTSO/310/2007 r. z dn. 15.02.2007 r. oraz pismo ZDM/DTŚO/2461/2006 z dnia 27.12.2006 r.). Z wynagrodzenia za konserwację oświetlenia ulicznego w styczniu 2007 r. została także potrącona kwota w wysokości 2.748,86 zł za nieświecące oprawy (Faktura VAT nr 026/RAR/2007). Umowa realizowana była nienależycie o czym świadczy liczna korespondencja ZDM, urzędu Dzielnicy Wola i osób trzecich kierowana do Wykonawcy, m.in. pisma WOŚ-XVII-0717/151/06/11/07/AO z dn. 22.01.2007 r., ZDM/DTŚO/219/2007 z dn. 02.02.2007 r., WOŚ-XVII-0717/151/06/AO z dn. 28.12.2006 r., ZDM/DTŚO/272/2007 r. z dn. 08.02.2007 r., ZDM/DTŚO/246/2006 z dn. 27.12.2006 r., ZDM/DTŚO/160/2007 z dn. 24.01.2007 r. W kontekście powyższych ustaleń dotyczących sposobu i jakości realizowanych umów oraz terminowości wykonania zobowiązań umownych w pełni zasadne staje się uznanie przez Zamawiającego, iż zawarte w dokumencie „Referencje” określenie „dostatecznie” na potwierdza należytego wykonania umowy i nie może być z tym pojęciem utożsamiane. W świetle objętych analizą dokumentów nie budzi wątpliwości, że wykonanie usług nie było zgodne z zobowiązaniem umownym Wykonawcy, rodziło szereg zastrzeżeń Zamawiającego i stało się przyczyną naliczania kar umownych. Zwraca uwagę także fakt, że Wykonawca posiadał pełne rozeznanie, co do przyczyn uznania umów objętych referencjami, za wykonane jedynie dostatecznie, a nie należycie. Pismem (bez numeru) z dn. 20 lutego 2009 r. kierowanym do ZDM Wykonawca wnosił o wystawienie zmienionych, referencji. W odpowiedzi z dn. 26.02.2009 r. Zamawiający odmówił zmiany dokumentu wskazując, że został on już raz

wystawiony oraz wyjaśniając podstawy sformułowania jego treści, w tym nieterminowości wykonania zobowiązań umownych, dokonania potrąceń kar umownych, zastrzeżenia co do poziomu i zakresu prac konserwacyjnych. Ponadto, co prawda w innym postępowaniu, ale Wykonawca uzyskał jednoznaczną negatywną odpowiedź Zamawiającego, na pytanie czy referencje stwierdzające, że prace wykonane dostatecznie będą równoważne z pracami wykonanymi należycie. Nie budzi wątpliwości, że w chwili składania oferty, a wraz z nią referencji wykonawca wiedział, iż nie będą one uznane za spełniające wymogi SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 08.02.2010 r. wezwał firmę „RAR” Sp. j. w trybie art. 26 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedstawienia referencji potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W dniu 12.02.2010 r. Firma „RAR” Sp. j. przedstawiła referencje wydane przez Urząd Gminy Michałowice z dnia 12.01.2010 r. oraz Burmistrza Łomianek z dnia 14.01.2010 r. Z uwagi na to, iż ww. referencje nie zawierają informacji, w których zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność, terminowość i należyte wykonanie usługi, zamawiający w dniu 18.02.2010 r. wystąpił do instytucji, które wystawiły ww. referencje z zapytaniem, czy umowy wymienione w referencjach były wykonywane poprawnie, rzetelnie i należycie. W dniu 26.02.2010 r., Zamawiający otrzymał odpowiedzi z Urzędu Gminy Michałowice oraz od Burmistrza Łomianek, z których wynika że umowy z Firmą „RAR” Sp. j. były wykonywane nieterminowo i z naliczeniem kar umownych. (...)

W wyniku oddalenia protestu RAR w dniu 26.03.2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, art. 22 ustawy, art. 24 ustawy, art. 25 ustawy, art. 26 ustawy, art. 38 ust. 4b ustawy, art. 89 ustawy oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił:

„(...) W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający zobowiązał Wykonawców do wykazania, że w ostatnich trzech przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie

wykonywał konserwację oświetlenia ulicznego przez co najmniej 6 miesięcy. W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku wykonawca musiał przedstawić wykaz usług, ich ilość oraz ich wartość a także dołączyć dokumenty, w których Zamawiający potwierdził poprawność, rzetelność, terminowość i należyte wykonanie usługi z koniecznością wykazania zakończenia świadczenia usługi w w/w zakresie. Odwołujący do złożonej swojej oferty załączył referencje wydane przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, potwierdzające ilość oraz wartość wykonanych usług których przedmiotem była konserwacja oświetlenia ulicznego w Warszawie na terenie Dzielnic: Białołęka, Żoliborz, Bielany, Wola w Warszawie. Referencje załączone do oferty w sprawie rodzajów dokumentów, potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich mógł żądać Zamawiający od wykonawcy. Firma „RAR” R. Olwiński R. Wachowski z siedzibą w Warszawie wykonała prace zgodnie z umową DIZP/139/PN/86/06-IU w zakresie konserwacji w ilości 6.172 szt. oprav oświetleniowych w okresie 1.12.2006 - 30.11.2007 na kwotę 436.429,53 brutto; DIZP/139/PN/86/06/VH w zakresie konserwacji 3.284 szt. oprav oświetleniowych w okresie 1.12.2006 r. - 30.11.2007 r. na kwotę 230.836,71zł brutto; DIZP/139/PN/86/06-VUI w zakresie konserwacji 5.593 szt. oprav oświetleniowych w okresie 1.12.2006 - 30.11.2007 r. na kwotę 395.487,71 zł brutto; DIZP/139/PN/86/06-IX w zakresie konserwacji 6.459 szt. oprav oświetleniowych w okresie 1.12.2006 r. -30.11.2007 r. na kwotę 456.723k64 zł brutto. Według opinii Zamawiającego w referencjach zostało wpisane, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym, a więc poprawnym, bez wskazania poniesionych strat przez Zamawiającego. (...) W załączonych referencjach 12.12.2007 r. przez Odwołującego, Zamawiający nie wpisał uwagi o nienależyтым wykonaniu usługi, nie określił poniesionej ewentualnej szkody przez Zamawiającego, a więc nie została wypełniona przesłanka dotycząca art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający w Rozstrzygnięciu Protestu z dnia 16 03.2010 r. otrzymanego przez Odwołującego w dniu 17.03.2010 r. podniósł kwestie wykonania umowy NOZP/139/PN/86/06-UI obszar Białołęka, NDZP/139/PN/86/06-VTI obszar Żoliborz, NOZP/139/PN/86/06-VJH obszar Bielany, NDZP/139/PN/86/06-IX obszar Wola, że umowa winna być wykonana do dnia 30.11.2007 podnosząc, że protokoły odbioru robót datowane były na dzień 29.01.2008 r., 20.02.2008 r. i 21.02.2008 r. Zamawiający nie podnosi faktu, że termin podpisanie

protokołu, a termin wykonania zobowiązania, nie jest tożsamy. W protokole nie zostało opisane, że naprawa przewieszek nie została wykonana po terminie. (...) Zamawiający nie wpisał do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tak jak to zrobił w innym postępowaniu, że nie będzie uznawał referencji z określeniem, że prace zostały wykonane dostatecznie. A tylko taki zapis dawałby Zamawiającemu prawo do kwestionowania określenia wykonanych prac w stopniu dostatecznym, a Wykonawcy posiadającemu referencje z określeniem wykonania prac w stopniu dostatecznym chcącemu brać udział w postępowaniu, umożliwiałoby wystąpienie do Zamawiającego z protestem o zmianę zapisu, na zapis, który byłby zgodnego z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów dotyczący dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców dla spełnienia warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający w piśmie ZDM/132/10/Z z dnia 26.02. 2010 r. zawiadamiając Odwołującego o wykluczeniu „RAR” R. Olwiński R. Wachowski Spółka Jawna z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniu oferty, przyjął wadliwą interpretację przepisów Prawo zamówień publicznych o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu po przez przyjęcie, że złożone dokumenty w ofercie Odwołującego określone w pkt 5.3.1 SIWZ, a następnie częściowo zmienione pismem OZP/1369/09/Z z dnia 23.12.2009 r. Zarzut Zamawiającego nie znajduje podstaw prawnych do stwierdzenia, że zapis w referencjach z dnia 12.12.2007r. stwierdzający wykonanie prac w stopniu dostatecznym, nie jest adekwatny do wykonania prac w stopniu należyтым. Zadaniem referencji jest potwierdzenie wykonania umowy. Stwierdzenie, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym, a więc pozytywnym, potwierdzają wykonanie usługi, zaprzeczają nie wykonania usługi, zaprzeczają poniesieniu szkody przez Zamawiającego. Potwierdzają wykonanie usługi w stopniu prawidłowym, a co za tym idzie w stopniu należyтым. Zamawiający w dniu 9 lutego 2010 r. pismem ZDM/75/10/Z wezwał Odwołującego zgodnie dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac związanych z prowadzeniem konserwacji oświetlenia ulicznego w okresie sześciu miesięcy w ostatnich trzech latach od wszczęcia postępowania W dniu 12.02.2010 r. o godz. 11:15. Odwołujący dostarczył do siedziby Zamawiającego dokumenty, których żądał Zamawiający dla dodatkowego potwierdzenia informacji o posiadanym doświadczeniu zawodowym Wykonawcy,

dostarczono dodatkowe dokumenty, jakich mógł żądać Zamawiający od Wykonawcy. Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego kserokopie referencji uzyskanych od innych zamawiających, w których zostały potwierdzone ilości konserwowanych opraw, okres konserwowanych opraw, wartości umów(...). Nie prawdą jest, że były potrącane kary umowne za nie wykonywanie usługi dotyczącej konserwację oświetlenia ulicznego. Zamawiający wykazuje, w oddaleniu protestu, że Odwołującemu były potrącane kary umowne, nic nie wspomina natomiast, że kary umowne są potrącane każdemu wykonawcy, ponieważ tak została skonstruowana umowa.(...)”.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i protestu w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem prawa dyscypliny finansów publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ , złożoną przez Odwołującego ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Zamawiający w pkt 5.3.1. siwz wymagał, aby wykonawca wykazał się w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności – w tym okresie, doświadczeniem w realizacji konserwacji oświetlenia ulicznego przez co najmniej 6 miesięcy (co najmniej jedna umowa trwająca przez okres 6 miesięcy).

W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku Wykonawca musiał wykazać, że zakończył świadczenie usługi w w/zakresie. W przypadku złożenia oferty w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego na:

5.3.1.2. 2 części – liczba konserwowanych opraw oświetleniowych powinna wynosić, łącznie co najmniej 4.000 szt., wartość netto, co najmniej 147.000 zł – str. 5 siwz.

Na potwierdzenie spełniania ustalonego warunku w pkt. 6.1.3 zamawiający wymagał załączenia informacji o doświadczeniu zawodowym wykonawcy (Doświadczenie zawodowe – zał. Nr 3). Informacja musi zawierać dane na temat doświadczenia, potwierdzając jednocześnie spełnienie warunku określonego w pkt 5.3.1. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione w informacji prace zostały wykonane należycie, poprawnie, rzetelnie i terminowo – str. 5 i 6 siwz.

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert – pkt 14.1, str. 11 siwz.

Odwołujący się zamierza ubiegać się o dwie – IV i IX część zamówienia i złożył ofertę wraz wymaganym załącznikiem nr 3 w którym wykazał prace realizowane na rzecz zamawiającego. Załączył również referencje wystawione odpowiednio w dniach 12.12.2007r., dotyczące okresu od 1.12.2006 roku, do dnia 30.11.2007 r. potwierdzające wykonanie czterech umów dotyczących ilości opraw i wartości odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu zawierające stwierdzenie, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym (str. 5 i 6 oferty).

Pismem z dnia 8 lutego 2010 roku zamawiający wezwał odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac, gdyż referencje zawierające stwierdzenie, że prace zostały wykonane w stopniu dostatecznym nie stanowią dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów do dnia 12 lutego 2010 roku, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący się w wyznaczonym terminie przedstawił referencje wydane przez Urząd Gminy w Michałowicach z dnia 12.01.2010 r. oraz Burmistrza Łomianek z dnia 14.01.2010 r.

W dniu 18.02.2010 r. zamawiający wystąpił do instytucji, które wystawiły ww. referencje z zapytaniem, czy umowy wymienione w referencjach były wykonywane poprawnie, rzetelnie i należycie.

W piśmie z dnia 26.02.2010 r. Wójt Gminy Michałowice oświadczył, iż nie może potwierdzić poprawności, rzetelności i terminowości wykonywania usług konserwatorskich

przez RAR a także, że kary umowne nie zostały naliczone z powodów proceduralnych. Ponadto oświadczył, że protokołem końcowym wykonawca został wezwany do usunięcia wykrytych awarii i nieprawidłowości w celu przekazania sieci oświetlenia nowemu konserwatorowi.

W piśmie z dnia 26.02.2010 r., skierowanym do ZDM, Burmistrz Łomianek oświadczył, że umowa realizowana przez Firmę „RAR” Sp. j. była wykonywana nieterminowo i z naliczeniem kar umownych.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż wykluczenie z postępowania pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt. 5.3.1 siwz wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania usług konserwacji oświetlenia ulicznego wykonywanych przez okres co najmniej 6 m-cy łącznie z podaniem ich ilości, wartości oraz dołączenia dokumentów, w których zamawiający potwierdzi należyte wykonanie usługi.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że przedłożona w ofercie Odwołującego referencja z dnia 12.12.2007 r. wystawiona przez ZDM w Warszawie jest niewystarczająca i niespełniająca wymogów postawionych w siwz. Kwestionowana referencja z 12.12.2007 r. zawierała informację, że odwołujący realizował usługi dotyczące wykonania konserwacji oświetlenia ulicznego w Warszawie na terenie dzielnic: Białołęka, Żoliborz, Bielany i Wola w terminie od 1.12.2006 do 30.11.2007 r., zaś prace konserwacyjne zostały wykonane w stopniu dostatecznym.

W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, że dokonał szczegółowego badania okoliczności dotyczących wystawionych referencji. Stwierdził, iż umowy wykonywane na rzecz zamawiającego przez odwołującego wykonywane były nieterminowo. Szczegółowe informacje zostały zawarte w rozstrzygnięciu protestu przez

zamawiającego, które zawiera też liczną korespondencję kierowaną ze strony zamawiającego do odwołującego. Ponadto, stwierdził iż użycie w treści referencji sformułowania, iż prace zostały wykonane w sposób dostateczny oznaczało, iż zostały wykonane niezgodnie z umową i w sposób nienależyty.

Należy zauważyć, że odwołujący na rozprawie sam przyznał, iż naliczone zostały mu kary umowne w wysokości 2 tysięcy i 10 tysięcy złotych (Dzielnica Wola i Dzielnica Bielany) tytułem nieterminowego wykonania 2 umów zawartych z zamawiającym. Odwołujący fakty te przyznał także w piśmie z dnia 20 lutego 2009 r. kierowanym do ZDM w Warszawie, w którym wnosił o wydanie referencji na wykonanie umowy dotyczącej konserwacji oświetlenia ulicznego w okresie wrzesień 2006 – 30 listopad 2007 r. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający pismem z dnia 26.02.2009 r. odmówił Odwołującemu wystawienia zmienionych referencji, wskazując iż referencje z dnia 12.12.2007 r. za wykonanie umów w nich wskazanych zostały przekazane Odwołującemu listem poleconym w dniu 14.01.2008 r. oraz wyjaśniając, iż z uwagi na nieterminowe wywiązywanie się odwołującego z zobowiązań umownych oraz potrącenia umowne w łącznej wysokości 12 tys. złotych, poziom i zakres prac konserwacyjnych wykonywanych przez Odwołującego został określony w stopniu dostatecznym.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Zamawiającego, iż przedstawione referencje jako oświadczenie wiedzy podmiotu je wystawiającego, tj. ZDM w Warszawie nie mogą stanowić dowodu należytego wykonania umów przez Odwołującego.

Odwołujący będący przedsiębiorcą na podstawie art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego jest bowiem zobowiązany do wykonania zobowiązania zgodnie z należyłą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach zarówno jednostronnie i dwustronnie profesjonalnych należy zatem brać pod uwagę to, że działalność ta ma charakter gospodarczy lub zawodowy, co oznacza m. in., że jest prowadzona stale i w założeniu przynajmniej oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie przez Odwołującego działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Takie

zwiększone oczekiwania kodeks cywilny stawia wobec przedsiębiorcy i jest to wzorzec surowszy niż odnoszący się do osób wykonujących podobne zobowiązania poza zakresem działalności zawodowej lub gospodarczej (E.Gniewek „Komentarz do kodeksu cywilnego” Wyd.C.H.Beck). Wykonawca, będący przedsiębiorcą wykonujący umowę w trybie udzielenia zamówienia publicznego, powinien wykonać ją zgodnie z należytą starannością określaną - przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, tj. zgodnie z art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego.

Nie sposób też podzielić stanowisko odwołującego w kwestii korzystności i uznać należyte wykonanie usług konserwacji oświetlenia referencji uzupełnionych przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Informacje uzyskane przez zamawiającego od podmiotów, które wystawiły referencje potwierdzają, iż usługi realizowane na rzecz ich wystawców były wykonywane z zastrzeżeniami, m. in. nieterminowo w związku z czym przez Urząd Miejski w Łomiankach naliczył kary umowne. Przedstawiony przez Odwołującego protokół odbioru z dnia 04.05.2009 r. również wskazywał, iż odwołującemu powyższy podmiot naliczył karę umowną za nieterminową realizację usług. Urząd Gminy w Michałowicach nie naliczył co prawda kar umownych wykonawcy z powodów proceduralnych nie mniej jednak wskazuje wyraźnie, iż usługi konserwatorskie były realizowane niepoprawnie i nieprawidłowo. Izba zwraca uwagę, iż odwołujący nie kwestionował powyższej czynności zamawiającego złożył dodatkowe referencje w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy, art. 22 ustawy, art. 24 ustawy, art. 25 ustawy, art. 26 ustawy, art. 38 ust 4b ustawy, art. 89 ustawy oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) i potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenia jego oferty.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*