

Sygn. akt: KIO 2471/11

WYROK

z dnia 29 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Bogdan Cielecki i Krzysztof Tokarczyk prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Firma Projektowo-Usługowo-Handlowa „Juvent” s.c., ul. Prądnicka 10/310, 30-002 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wielka Wieś, ul. Wesoła 48, 32-089 Wielka Wieś,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Bartosz Słowiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz Słowiński, (lider) oraz Krzysztof Polakiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Carbon” K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału, z siedzibą lidera: ul. Sobieskiego 6, 33-350 Piwniczna Zdrój** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2471/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bogdan Cielecki i Krzysztof Tokarczyk prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Firma Projektowo-Usługowo-Handlowa „Juvent” s.c., ul. Prądnicka 10/310, 30-002 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bogdan Cielecki i Krzysztof Tokarczyk prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Firma Projektowo-Usługowo-Handlowa „Juvent” s.c., ul. Prądnicka 10/310, 30-002 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Gmina Wielka Wieś prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Prowadzenie zimowego utrzymania pasa drogowego dróg gminnych w sezonie zimowym 2011/2012, 2012/2013”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 173-284052 w dniu 9 września 2011 r.

W dniu 8 listopada 2011 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Bartosz Słowiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz Słowiński oraz Krzysztof Polakiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Carbon K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału (dalej zwane Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg”).

Wykonawca: Bogdan Cielecki i Krzysztof Tokarczyk prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Firma Projektowo-Usługowo-Handlowa „Juvent” s.c. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, a z ostrożności procesowej także wobec zaniechania czynności wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wskazujących na brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia mu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz pełnomocnictwa upoważniającego do złożenia oferty i dokonywania innych czynności w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp, w zakresie :

- art. 7 ust 3, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
- art. 22 ust 1 pkt 2, przez błędne przyjęcie, iż Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
- art. 24 ust 2 pkt 4, w wyniku zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg”, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust 2 pkt 2, z uwagi na niewniesienie przez Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wadium do terminu składania ofert,
- art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 2 pkt 4 i w związku z art. 22 ust 1 pkt 2, z

uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wykluczonego z postępowania,

- art. 26 ust 3, z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” do uzupełnienia dokumentów wskazujących brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia i brakującego pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” jako najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” oraz odrzucenia jego oferty, a także o przeprowadzenie dowodu z historii rachunku bankowego zamawiającego, na który wpływają i na którym przechowywane są środki finansowe wnoszone tytułem wadium, i w tym celu wezwanie zamawiającego przez Krajową Izbę Odwoławczą do przedłożenia wyciągu z rachunku bankowego przedstawiającego stan operacji na rachunku w dniu 17 października 2011 r., ze szczególnym uwzględnieniem godzin wpływów środków finansowych z tytułu wadium.

Na wypadek nieuwzględnienia ww. żądań odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wezwania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz brakującego pełnomocnictwa.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, co następuje.

W Rozdziale VII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający wskazał m.in., iż w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca wykazać się musi, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 usługami odpowiadającymi swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości 700 tys zł brutto za jeden sezon zimowy. Wykonawca musiał wykazać, że utrzymywał zarówno pas jezdny, jak i ciągi pieszce.

W załączonym do oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” „wykazie wykonanych usług” wymienionych zostało pięć usług. Tylko wykazane w pkt 1 tegoż wykazu zadanie pt. „Kompleksowe utrzymanie dróg wojewódzkich - zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich i chodników wg standardu II w sezonie 2010/2011 127,317” spełnia zakreślony w siwz próg wartościowy. Pozostałe usługi nie przekraczają tej wartości, a ponadto w pkt 2 jako przedmiot wskazano „wynajem nośników samochodowych wraz z kierowcą do zimowego utrzymania

dróg administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu w sezonie 2008/2009", który to jest zasadniczo odmienny od przedmiotu niniejszego zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy przedstawionym w piśmie z dnia 28 października 2011 r., iż wartość takich usług może być sumowana - w sytuacji, gdy w rzeczywistości stanowią one zupełnie odrębne zamówienia, realizowane w różnym czasie, przez różne podmioty (usługa wymieniona w pkt 3 realizowana była przez Władysława Gut prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Transportowo-Usługowo-Handlowa „Śliwka" Władysław Gut, zaś wymieniona w pkt 4 przez Jana Pajor prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa Jan Pajor). (wyrok KIO z dnia 07 września 2011 r. sygn. akt: KIO 1867/11).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z dnia 24 października 2011r. Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" złożyło dokument „wykaz wykonanych usług" zawierający tylko jedną pozycję oznaczoną numerem „6". Wartość wymienionej tam usługi wynosi 207 036,44 zł.

Mając na uwadze fakt, iż Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" wykonało tylko jedną usługę zimowego utrzymania dróg opiewającą na wartość wskazaną przez zamawiającego w siwz, a złożony w uzupełnieniu dokument również nie potwierdza spełniania tego warunku zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" z postępowania.

Ponadto, odwołujący podniósł, że stosownie do dyspozycji art. 45 ust 3 Pzp wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Musi ono zabezpieczać złożoną ofertę już od momentu otwarcia, przez cały okres związania ofertą. Z załączonej do oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" kopii polecenia przelewu złożonego w banku wynika, iż wpłata wadium na konto zamawiającego została dokonana w dniu 17 października 2011 r. Mając na uwadze wyznaczoną przez zamawiającego datę składania ofert, a więc 17 października 2011 r., godz. 9:30 (otwarcie ofert: godz. 10:00) zdaniem odwołującego w momencie złożenia, jak i otwarcia, oferta Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" nie była zabezpieczona wadium. Ta okoliczność powinna skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp i odrzuceniem oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg" na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp.

W Rozdziale VIII siwz „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu" w pkt 3 zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, jest on zobowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2.2.1-2.2.7 siwz.

Z oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wynika (dokument pt. „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”), iż w realizacji części zamówienia brać będzie udział p. Ryszard S. Fakt ten potwierdziło Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” w piśmie z dnia 28 października 2011r. stwierdzając, iż: „Pan Ryszard S. posiada uprawnienia do kierowania ruchem drogowym, wobec czego jako osoba zgłoszona przez Wykonawcę do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia powinien być uwzględniony przy spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie” i dołączając dokument podpisany przez ww. osobę pt. „Zobowiązanie do współpracy”, zawierające oświadczenie, iż zamierza współpracować z Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie osoba ta złożyła zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy potencjału technicznego na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Mając na uwadze przywołane wyżej postanowienia siwz, podmiot ten powinien złożyć również dokumenty, o których mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2.2.1-2.2.7 siwz. Wobec ich niezłożenia, obowiązkiem zamawiającego było wezwanie Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 Pzp, której to czynności zamawiający zaniechał.

Dodatkowo, z załączonych do oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” dokumentów: umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa (udzielonego przez Krzysztofa Polakiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Carbon K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału) wynika, iż liderem Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” jest p. Bartosz S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz S.. Dokumenty powyższe datowane są na dzień 6 października 2011r. (data zawarcia umowy i udzielenia pełnomocnictwa). Oferta złożona przez Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” została podpisana przez p. Ryszarda S., który podpisał oświadczenia i wykazy załączone do oferty, a także potwierdził za zgodność z oryginałem kopie dokumentów. Zdaniem odwołującego, p. Ryszard S. nie posiada umocowania do działania w imieniu Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg”. W dokumentacji znajduje się wprawdzie pełnomocnictwo udzielone Ryszardowi S. przez Bartosza Słowińskiego, jednakże zostało ono udzielone w dniu 5 października 2011 r., a więc przed dniem zawarcia umowy konsorcjum, a także przed dniem udzielenia Bartoszowi Słowińskiemu pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” w postępowaniu, a które to pełnomocnictwo uprawniało do udzielania dalszych pełnomocnictw. Ponadto, zakres pełnomocnictwa z dnia 5 października 2011 r. dotyczy umocowania do działania wyłącznie w imieniu Bartosza Słowińskiego w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. W przypadku braku pełnomocnictwa do działania w imieniu wykonawcy obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp do jego złożenia w wyznaczonym terminie.

W dniu 21 listopada 2011 r. Konsorcjum: Bartosz Słowiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz Słowiński oraz Krzysztof Polakiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Carbon” K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2011 r. przedłożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Wskazał, że z treści referencji z dnia 29 kwietnia 2011. załączonych do oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” (str. 16-18) dotyczących pozycji nr 1 wykazu wynika, że zadanie to obejmowało „4 różne usługi zlecone oddzielnymi umowami, dotyczące utrzymania różnych dróg wojewódzkich w różnych miejscowościach.” Zamawiający wyjaśnił, że w ramach warunku „za najmniejszy wymagany poziom uznał usługi na kwotę 700 tys. zł za jeden sezon zimowy i jednocześnie wymagał wykazania co najmniej dwóch usług, wskazanie przez wykonawcę 4 usług zleconych oddzielnymi umowami o łącznej wartości 1. 674.152,93 złotych brutto (np.614.834,31 zł brutto = 315.674,79 zł brutto = 930.509,10 zł brutto – 1 usługa i 503.994,52 zł brutto + 239.649,31 zł brutto = 743643,83 – 2 usługa) potwierdza spełnianie tego warunku.” Zamawiający podkreślił również, że „opisując warunek w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zastrzegł, że kwota 700 tys. zł brutto ma się odnosić do różnych sezonów. Uwzględniając wyjaśnienia wykonawcy z dnia 28.10.2011r. Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia opisany przez Zamawiającego w SIWZ warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.”

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku zabezpieczenia oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wadium zamawiający wyjaśnił, iż w związku z umową zawartą z Krakowskim Bankiem Spółdzielczym kwota wadium przystępującego wpłynęła na rachunek zamawiającego w dniu 17 października 2011 r. o godz. 7.44. Zamawiający przedłożył do akt sprawy potwierdzenie wpłaty wadium, umowy o prowadzenie rachunków rozliczeniowych, oraz pismo Wydziału Finansowego z dnia 17 października 2011 r. potwierdzające, że do godz. 9,30 w dniu 17 października wpłynęło wadium od Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg”.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezłożenia dokumentów wskazujących na brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu zobowiązującego się do udostępnienia zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zamawiający wskazał, że z załączonych do oferty dokumentów i wyjaśnień wykonawcy z dnia 28 października 2011r. wynika, że p. Ryszard S. jest zatrudniony przez wykonawcę, jest też pełnomocnikiem Bartosza Słowińskiego oraz będzie wykonywał osobiście czynności związane z realizacją zamówienia, co oznacza, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powoływaniem się na zasoby innego podmiotu na

zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp. Dlatego też brak było podstaw do żądania od wykonawcy dokumentów, o których mowa w rozdz. VIII siwz ust. 2 pkt 2.2.1 – 2.2.7.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, w zakresie zarzutu dotyczącego braku umocowania p. Ryszarda S. do reprezentowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” w postępowaniu, że pełnomocnictwo z dnia 5 października 2011 r. jest pełnomocnictwem ogólnym oraz jednocześnie rodzajowym do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, związanych z działalnością firmy. Reprezentacja Bartosza Słowińskiego przez Ryszarda S. została wyrażona także przy zawieraniu umowy konsorcjum w dniu 6 października 2011 r., do której ww. pełnomocnictwo z dnia 5 października 2011 r. zostało załączone.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum: Bartosz Słowiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz Słowiński oraz Krzysztof Polakiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Carbon” K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału, tj. zgodnie z wymogami art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, uwzględniając stanowisko odwołującego przedstawione na rozprawie, iż nie popiera zarzutu dotyczącego niezachowania przez Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” terminu do wniesienia wadium, tj. w zakresie naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. Ten zarzut nie był wobec powyższego rozpoznawany przez Izbę.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, w wyniku zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym, Izba nie stwierdziła

okoliczności uzasadniających zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 5 oraz art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp.

W Rozdziale VII siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający wskazał m.in., iż w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca wykazać się musi, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 usługami odpowiadającymi swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości 700 tys. zł brutto za jeden sezon zimowy. Wykonawca musiał wykazać, że utrzymywał zarówno pas jezdny, jak i ciągi piesze.

Izba zgodziła się z wyjaśnieniem złożonym przez zamawiającego na rozprawie, że w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wynika, iż wymóg dotyczący wartości usług na poziomie 700 000,00 zł za jeden sezon zimowy nie został określony wobec każdej z (dwóch) wymaganych usług. Próg wartościowy należy zatem odnosić do wartości dwóch usług zrealizowanych w jednym sezonie zimowym. Nie sposób też uznać, że z treści omawianego opisu wynika, iż chodziło o dwie usługi zrealizowane w dwóch różnych sezonach zimowych.

Interpretacja treści warunku powinna być odczytywana w kontekście art. 22 ust. 4 Pzp, tj. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto, skoro zamawiający wprost nie określił, że każda z wykonanych usług musi spełniać wymóg w zakresie wartości (700 000,00 zł), to opis sposobu spełnienia warunku nie może być interpretowany zawężająco na etapie oceny ofert. Zauważyć należy, że treść złożonych przez wykonawców (zarówno odwołującego jak i przystępującego) wykazów wykonanych usług potwierdza, że wykonawcy podobnie rozumieli warunek skoro większość przedstawionych w wykazach usług opiewa na wartość niższą niż 700 000,00 zł.

Zamawiający nie zawarł również w postanowieniach siwz sposobu rozumienia pojęcia „usługa” użytego w treści warunku, w szczególności nie określił, czy usługę należy utożsamiać z umową o świadczenie. Wobec braku określenia przez zamawiającego jak rozumieć usługę, należy przyjąć, że pojęcie to zostało użyte w znaczeniu szerokim. Jak wynika z art. 2 pkt 10 Pzp przez pojęcie usługi – należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Opierając się na encyklopedycznej definicji należy przyjąć, że „usługa” to działanie podejmowane w celu zaspokojenia określonej potrzeby (lub potrzeb) klienta lub inaczej - to zespół czynności wykonywanych przez jedne podmioty na rzecz innych podmiotów w celu zaspokojenia ich potrzeb (konsumpcyjnych lub produkcyjnych). Każda usługa może być określona przy pomocy kilku indywidualnych elementów, w szczególności są to: podmiot

usługi, nazywany też usługodawcą, adresat lub użytkownik usługi, czyli usługobiorca, treść usługi, czyli zakres działań usługodawcy w stosunku do usługobiorcy, środki (np. narzędzia) za pomocą których usługodawca realizuje treść usługi wobec usługobiorcy, sposób, w jaki obsługujący używa środków by realizować treść usługi, czas i miejsce usługi. Usługa nie zawsze jest równoznaczna z umową. W ramach jednej umowy może być wykonanych kilka usług. Nie ma jednak wątpliwości, że usługi realizowane przez różnych wykonawców na rzecz różnych zamawiających w ramach odrębnych umów nie mogą stanowić jednej i tej samej usługi, tylko z tego względu, że treść takich usług jest podobna.

W świetle powyższego należy uznać, że zadania zrealizowane jako „Kompleksowe utrzymanie dróg wojewódzkich - zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich i chodników wg standardu II w sezonie 2010/2011 127,317” przez przystępującego i wskazane w poz. nr 1 wykazu wykonanych usług, wykonane w ramach czterech umów, jak wynika z treści referencji załączonych do oferty, stanowią cztery usługi wykonane na rzecz tego samego zamawiającego w różnych rejonach i miejscowościach. Odrębne umowy zostały bowiem zawarte w związku z podziałem przez zamawiającego zamówienia na części z uwagi na różne miejsca wykonania usług.

W świetle treści opisu sposobu oceny spełniania warunku całkowicie nieuprawnione jest działanie zamawiającego polegające na wybiórczym zakwalifikowaniu czterech umów (po dwie) jako dwóch usług, w celu osiągnięcia poziomu wymaganej wartości tych usług. W powyższym zakresie zamawiający, wbrew treści warunku i swojemu twierdzeniu na rozprawie, że wartość 700 000,00 zł nie odnosi się do każdej usługi, dokonywał sumowania wartości poszczególnych usług. Tak zsumowane usługi traktował jako jedną usługę w danym sezonie zimowym o wartości 700 000,00 zł. Zamawiający przyjął jednocześnie, że wymagane jest wykazanie dwóch usług (łączonych w sobie faktycznie różne usługi) o wartości 700 000,00 zł każda. Zamawiający przyjął nadto, że usługi wykonane przez różnych wykonawców na rzecz różnych zamawiających w różnych terminach (ale w jednym sezonie zimowym) stanowią jedną usługę z punktu widzenia wymogu w zakresie wartości. W tym zakresie Izba zgodziła się z odwołującym, iż na potrzeby przyjętej przez zamawiającego interpretacji warunku wartość usług nie może być sumowana w sytuacji, gdy w rzeczywistości stanowią one zupełnie odrębne zamówienia, realizowane w różnym czasie, przez różne podmioty, co dotyczy zarówno oferty przystępującego jak i odwołującego.

Należy zatem uznać, że wykonanie dwóch usług na podstawie dwóch umów w ramach zadania „Kompleksowe utrzymanie dróg wojewódzkich - zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich i chodników wg standardu II w sezonie 2010/2011 127,317” potwierdza spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Choć przyjęta przez zamawiającego interpretacja treści warunku zawiera w sobie sprzeczność i nie znajduje oparcia w opisie sposobu oceny

spełniania warunku zawartej w siwz, to należy zauważyć, że biorąc pod uwagę ustalone przez Izbę brzmienie warunku, nie skutkuje to zmianą oceny odnośnie spełniania przez Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” warunku wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do podmiotu (p. Ryszard S.) zobowiązującego się do udostępnienia przystępującemu niezbędnym zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia i brakującego pełnomocnictwa.

W Rozdziale VIII siwz „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” w pkt 3 zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, jest on zobowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2.2.1-2.2.7 siwz.

Z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, złożonego w ofercie Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wynika, iż w realizacji części zamówienia będzie brał udział p. Ryszard S. „Zobowiązanie do współpracy” zawiera oświadczenie, iż zamierza współpracować z Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie osoba ta złożyła zobowiązanie (z dnia 11 października 2011r.) do udostępnienia Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” potencjału technicznego w postaci samochodu BMW X1 4x4 patrolowy na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia (str.56 oferty).

Jak wynika z treści wyjaśnień Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” zawartych w piśmie z dnia 28 października 2011r. „Pan Ryszard S. posiada uprawnienia do kierowania ruchem drogowym, wobec czego jako osoba zgłoszona przez Wykonawcę do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia powinien być uwzględniony przy spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie”. Ponadto przystępujący wyjaśnił w pkt 4 ww. pisma, że p. Ryszard S. jest zatrudniony przez wykonawcę. Jak wynika z ugruntowanego poglądu w orzecznictwie KIO, osoba zatrudniona przez wykonawcę nie jest „innym podmiotem” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Jest to osoba udostępniająca samą siebie, co z punktu widzenia wykonawcy stanowi tzw. dysponowanie bezpośrednie, w przeciwieństwie do dysponowania na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp. Ponadto, osoba zatrudniona przez wykonawcę może udostępnić wykonawcy, również w sposób bezpośredni, własny pojazd samochodowy do tzw. celów służbowych. Nie mamy tu do czynienia z innym podmiotem - odrębnym w odniesieniu do danej osoby, ani też odrębnym w stosunku do

wykonawcy. Stosunek istniejący pomiędzy osobą p. Ryszarda S. a Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” wynikający z zobowiązań złożonych przez p. Ryszarda S. nie zawiera cech dysponowania tzw. pośredniego, a tylko w takim przypadku może być wymagane złożenie dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2.2.1-2.2.7 siwz (dokumenty te nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku umocowania p. Ryszarda S. do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła, że z załączonych do oferty Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” dokumentów, tj. umowy konsorcjum z dnia 6 października 2011 r. oraz pełnomocnictwa z tego dnia udzielonego przez Krzysztofa Polakiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Carbon K. Polakiewicz Skład Materiałów Budowlanych i Opału wynika, iż liderem Konsorcjum jest p. Bartosz Słowiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „Spec-Dróg” Bartosz Słowiński. Jak wynika z treści pełnomocnictwa udzielonego przed notariuszem p. Ryszardowi S. przez p. Bartosza Słowińskiego w dniu 5 października 2011 r. jest to pełnomocnictwo o charakterze stałym do reprezentowania i prowadzenia spraw w zakresie działania przedsiębiorstwa Bartosza Słowińskiego. Pełnomocnictwo to obejmuje zwykły zarząd przedsiębiorstwem jak i czynności przekraczające zwykły zarząd, co upoważnia tę osobę do prowadzenia wszelkich spraw przedsiębiorstwa, w tym również spraw wynikających z ustanowienia Bartosza Słowińskiego liderem konsorcjum. Podkreślić należy, że w komparcji umowy konsorcjum został wskazany sposób reprezentacji podmiotu, ustanowionego liderem konsorcjum, zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 5 października 2011r. załączonym do umowy konsorcjum, zatem należy uznać, iż z mocy tego pełnomocnictwa p. Ryszard S. jest umocowany jako pełnomocnik p. Bartosza S. do działania w jego imieniu w zakresie obowiązków wynikających z ustanowienia go liderem konsorcjum. Jak wynika z okoliczności, członek Konsorcjum F.H.U. „Spec-Dróg” przyjął taki sposób reprezentacji lidera konsorcjum (działającego przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 października 2011 r.) już w momencie zawierania umowy konsorcjum, a zatem dodatkowe pełnomocnictwo dla p. Ryszarda S. nie było konieczne.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia w przedmiotowym postępowaniu przepisów ustawy Pzp, co zostało przedstawione powyżej. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 7 ust 3 Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, należało uznać również za nieuzasadniony.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: