

WYROK

z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe ASWRO B.J., ul. Reymonta 3/1/2, 50-225 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**, przy udziale wykonawcy:

- A. **CELMAR Sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ASWRO B.J., ul. Reymonta 3/1/2, 50-225 Wrocław,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ASWRO B.J., ul. Reymonta 3/1/2, 50-225 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni, (Dziennik Urzędowy UE za numerem: 2015/S 193-350101 z 06.10.2015 r.), w dniu 28 grudnia 2015 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Bohdana Jetz, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ASWRO B.J. z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem poinformowania wykonawców przez zamawiającego za pośrednictwem faksu w dniu 15 grudnia 2015 r., że na zadanie 1 wybrano ofertę odwołującego, natomiast na zadanie 2 wybrano ofertę przystępującego CELMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.

Zarzutami odwołania zostały objęte czynności badania i oceny ofert podjęte przez zamawiającego oraz:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy CELMAR Sp. z o.o. („wykonawca CELMAR”) w Zadaniu 2;
2. wyboru oferty wykonawcy CELMAR jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2;
3. zaniechania wyboru w Zadaniu 2, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
4. błędnego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy CELMAR, poprzez niewskazanie wszystkich przesłanek wykluczenia w Zadaniu 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Zarządowi Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, iż podejmując ww. czynności, naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej jako: „ustawa Pzp”, tj. w szczególności następujące przepisy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanych przepisów, pomimo, iż wykonawca ten powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, jednocześnie nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

4. art. 24 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, tj. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a zamawiający posiada lub powinien posiadać dowody na tę okoliczność.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 2;
- 2) wykluczenia wykonawcy CELMAR z postępowania w Zadaniu 2;
- 3) wskazania dodatkowych przesłanek wykluczenia wykonawcy CELMAR w Zadaniu 1;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w drugiej części postępowania (Zadaniu 2).

Odwołujący powoływał się na swoją legitymację do wniesienia odwołania, gdyż złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w obu jego częściach tj. zarówno w Zadaniu 1, jak i w Zadaniu 2. Tymczasem, jak stwierdził, na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia, w szczególności w części dotyczącej Zadania 2. Jako ofertę najkorzystniejszą w Zadaniu 2 wybrano ofertę wykonawcy CELMAR, który powinien zostać wykluczony. W wyniku tego bezprawnego działania zamawiającego, polegające na naruszeniu wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, odwołujący może ponieść szkodę, poprzez niezyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie odwołującemu.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej podnosił, iż niepodanie wszystkich przyczyn wykluczenia wykonawcy CELMAR w rozstrzygnięciu dotyczącym Zadania 1 może spowodować dodatkową szkodę po stronie odwołującego. W przypadku, gdyby, wbrew niewątpliwym okolicznościom faktycznym oraz prawnym, wykonawca CELMAR złożył skuteczne odwołanie w zakresie swojego wykluczenia z części dotyczącej Zadania 1, odwołujący mógłby nie uzyskać przedmiotowego zamówienia także w tej części. Stałoby się tak, pomimo faktu, iż wykonawca CELMAR podlega wykluczeniu z postępowania także z przyczyn niewskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 grudnia 2015 r.

zawierającym uzasadnienie wykluczenia wykonawcy CELMAR. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zarzut I. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podnosił, że wykonawca CELMAR, na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2 Specyfikacji, złożył na stronie 25 oferty Załącznik Nr VIB Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę.

Aby skutecznie potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wykaz ten musiał obejmować wskazanie doświadczenia w utrzymaniu i konserwacji przynajmniej 1400 obiektów infrastruktury przystankowej.

Odwołujący wyjaśniał, że Wykaz złożony przez wykonawcę CELMAR pierwotnie składał się z 10 pozycji, z których zamówienia wskazane w pozycji 1 i 2, wykonane na rzecz ZDIUM Wrocław, dotyczyły zamówień wykonanych nienależycie, o czym wiedział tak zamawiający, jak i wykonawca CELMAR. Mimo to, suma obiektów, których rzekomo utrzymania i konserwacji miał podjąć się wykonawca CELMAR w pozostałych 8 pozycjach wykazu wynosi 1438. Innymi słowy, warunek udziału w postępowaniu, na podstawie wskazanego wykazu, należałoby uznać za spełniony, pomimo niemożności uwzględnienia dwóch pozycji ze złożonego wykazu.

Po analizie złożonego wykazu oraz sprawdzeniu informacji przedstawionych przez wykonawcę CELMAR, odwołujący doszedł do przekonania, iż wykonawca ten nie dysponuje zadeklarowanym doświadczeniem.

W pozycji nr 4 Wykazu, zamówienie wykonane na rzecz UM Dąbrowa Górnicza, wykonawca CELMAR podał wykonanie konserwacji 381 obiektów infrastruktury przystankowej, a tymczasem wykonał konserwację jedynie 78 obiektów. Analogicznie, w pozycji 8 złożonego wykazu, wykonawca podał wykonanie 130 obiektów, a w rzeczywistości dokonał konserwacji jedynie 30 obiektów.

Odwołujący wyjaśniał, że Załącznik Nr VIB został uzupełniony na wezwanie z dnia 25 listopada 2015 r. W uzupełnionym wykazie wykonawca CELMAR przedstawił nowe zrealizowane zamówienia, nieskutecznie opierając się na doświadczeniu podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale nie usunął żadnej pozycji z wykazu. Z tego względu odwołujący uznał, że złożone przez wykonawcę

CELMAR nieprawdziwe informacje, przynajmniej mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż wskazane uchybienie zostało oparte na informacjach powszechnie dostępnych. W związku ze skomplikowanym i czasochłonnym, szczególnie dla podmiotów prywatnych, procesem weryfikacji informacji złożonych przez wykonawcę CELMAR wraz z ofertą dokumentów, odwołujący zastrzegł sobie prawo do rozwinięcia zarzutu o wskazanie kolejnych informacji przekazanych przez wykonawcę CELMAR, które odwołujący zidentyfikuje, jako nieprawdziwe.

Zarzut II. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przytoczył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie zapisu części II pkt 2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniali warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.) w ilości nie mniejszej niż:

- i. minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
- ii. minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania.

Wykonawca CELMAR złożył ofertę na dwie części (na Zadanie 1 oraz na Zadanie 2), a więc powinien wykazać się posiadaniem doświadczenia w wykonaniu zadań polegających na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej w zakresie 1400 obiektów. Tymczasem, w ocenie odwołującego wykonawca CELMAR nie wykazał się posiadaniem doświadczenia w wykonywaniu zadań polegających na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej, ani w zakresie 1400, ani nawet 700 obiektów.

Odwołujący przyznał, że uzupełniony Załącznik Nr VIB zawiera 12 pozycji, na sumę 4418 obiektów, niemniej zdaniem odwołującego:

- 1) 1400 obiektów, wskazanych w pozycjach nr 1 oraz nr 2 wykazu, wykonanych na rzecz ZDIUM Wrocław nie może być uznanych, gdyż zamówienie na konserwację tych obiektów zostało wykonane nienależycie. Nienależyte wykonanie tego zamówienia zostało stwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 34/15.

- 2) zamówienie wykonane na rzecz Dąbrowy Górniczej, wskazane w pozycji nr 4 wykazu, zdaniem odwołującego obejmuje wykonanie jedynie 78, a nie 381 obiektów.
- 3) zamówienie wykonane na rzecz UM Sosnowiec, pozycja 6 wykazu, obejmowało według odwołującego, nie tyle konserwację, co monitoring obiektów infrastruktury przystankowej (76 obiektów),
- 4) zamówienie wykonane na rzecz UM Kobierzyce, wskazane w pozycji nr 8 wykazu w przekonaniu odwołującego obejmowało wykonanie 30, a nie 130 obiektów,
- 5) w zakresie pozycji 9 wykazu, dotyczącej wykonania zamówienia na rzecz gminy Żory, odwołujący podnosił, iż nie zostały przedstawione dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tego zamówienia (66 obiektów),
- 6) zamówienie wskazane w pozycji 10 wykazu, wykonywane na rzecz MZK Tychy, było wykonywane przez Przedsiębiorstwo „CIVITATIS” A.M., który to przedsiębiorca zdaniem odwołującego nie udostępnił skutecznie swojego doświadczenia wykonawcy Celmar (338 obiektów).
- 7) zamówienie wskazane w pozycji 11 uzupełnionego wykazu, wykonane na rzecz UM Wrocław, według odwołującego zostało wykonane nienależycie oraz obejmuje inny zakres przedmiotowy niż wskazany w opisie warunku w części II pkt 2 Specyfikacji (750 obiektów),
- 8) obsługa infrastruktury przystankowej, czyli zamówienie wskazane w pozycji 12 uzupełnionego wykazu, wykonane na rzecz ZDTM Szczecin, zdaniem odwołującego obejmuje inny przedmiot zamówienia niż wskazany w opisie warunku w części II pkt 2 Specyfikacji. Ponadto, zamówienie to, zostało wykonane przez firmę WIR-MAR M.S., który to przedsiębiorca nie udostępnił skutecznie swojego doświadczenia Wykonawcy CELMAR oraz było wykonywane w innym zakresie niż wskazano to w wykazie - Nr VIB (830 obiektów).

Tak więc, ostatecznie odwołujący przyjął, iż z Załącznika Nr VIB złożonego i uzupełnionego przez wykonawcę CELMAR wynika realizacja maksymalnie 555 obiektów.

Zarzut III. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR, pomimo, iż wykonawca ten powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, jednocześnie nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia:

1. W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, tak jak to określono w części II pkt 2 SIWZ, wykonawca CELMAR posłużył się referencjami podmiotów trzecich. Wobec tego, wykonawca ten, był zobowiązany do wykazania zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż czysto formalne traktowanie wymagania określonego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, polegającego na automatycznym uznaniu wszelkich zobowiązań podmiotów trzecich do dysponowania zasobami przez danego wykonawcę, praktycznie pozbawia sensu stawianie jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie takiej koncepcji skutkowałoby niemożliwością faktycznej weryfikacji potencjału wykonawców do wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczał, że ustawodawca, poprzez zmiany przepisów, a także doktryna i orzecznictwo, starają się podkreślać rolę realności udostępnienia potencjału. Tak więc, udostępnienie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter realny, pozwalający na wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia.

Odwołujący negował, aby za takie można uznać złożenie ogólnego oświadczenia przez udostępniającego, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, a tym bardziej złożenie oświadczenia, którego realizacja jest nierealna lub chociaż nieprawdopodobna bądź, które pozostaje w sprzeczności z treścią oferty lub innych zobowiązań. Odwołujący podnosił, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, zwłaszcza w kontekście udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, iż udostępnienie takie powinno nieść za sobą możliwość faktycznego wykorzystania potencjału innych podmiotów w trakcie realizacji zamówienia. Przyznał, że nie da się określić uniwersalnej treści takiego zobowiązania. Niemniej, dla zapewnienia faktycznej możliwości dysponowania wiedzą i doświadczeniem, niezbędne jest zapewnienie jakiejś formy uczestnictwa w wykonaniu zamówienia przez podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie. Powyższe wynika z istoty stosunku, jaki łączy podmiot udostępniający doświadczenie z wykonawcą. Skoro udostępnienie potencjału ma mieć charakter realny, to nie jest wystarczające złożenie abstrakcyjnego, oderwanego od okoliczności faktycznych i prawnych oświadczenia o udostępnieniu swojego potencjału.

Na tym tle, stwierdził, iż nie można uznać zobowiązań podmiotów trzecich, przedłożonych przez wykonawcę CELMAR za gwarantujące dysponowanie odpowiednimi zasobami, w tym wypadku wiedzą i doświadczeniem, w trakcie realizacji zamówienia. Zauważył, iż wiedza i doświadczenie ma być udostępniona przez trzy różne podmioty, tj firmy:

- i. ARRET Sp. z o.o.
- ii. Przedsiębiorstwo „CIVITATIS” A.M.
- iii. WIR-MAR M.S.

Przy czym zaznaczał, że żaden z tych podmiotów nie został wskazany jako podwykonawca. Zamiast tego, wszystkie trzy podmioty mają świadczyć na rzecz wykonawcy CELMAR działalność doradczą. W związku z tym założył, że jest to czysto abstrakcyjne

zobowiązanie, gdyż wykonawca nigdy nie będzie dysponował pełnym potencjałem, a co najwyżej otrzyma doradztwo w pewnym, ograniczonym zakresie, w którym konsultacje będzie prowadził akurat dany podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie. Ze zobowiązań nie można wyczytać, iż konsultacje będą się odbywać w formie jakiegoś konsylium bądź narady. Ponadto, zakwestionował samą ideę udostępniania wiedzy i doświadczenia od podmiotów, które dysponują zaledwie częścią wiedzy i doświadczenia potrzebnej do wykonania danego zamówienia, w okolicznościach niniejszej sprawy.

W przekonaniu odwołującego, żaden z podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie nie udostępnił, ani nie wykazał posiadania doświadczenia, które można uznać za wystarczające do wykonania niniejszego zamówienia, zatem żaden z tych podmiotów nie może być uznany za dysponenta doświadczenia, które może być przekazane wykonawcy CELMAR w celu wykazania spełniania warunków udziału w danym postępowaniu. Nie uznał za realne udostępnienie doświadczenia poprzez konsultację przez konsultanta, który posiada zaledwie ułamek doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a w szczególności gdy, tak jak firma Przedsiębiorstwo „CIVITATIS” A.M., dysponuje mniejszym doświadczeniem od samego wykonawcy.

Jednocześnie odwołujący zauważył, iż ARRET Sp. z o.o. działa w formie spółki kapitałowej. Badając realność udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, należy zaznaczyć, iż „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia nigdy nie będzie bezpośrednio spółka kapitałowa, ale konkretne osoby, zajmujące się realizacją danych zamówień. Wobec tego, firma ARRET Sp. z o.o. wskazała, iż usługi na rzecz wykonawcy CELMAR będzie świadczył p. M.M.. Przy czym, ze złożonego zobowiązania jak zaznaczał odwołujący nie wynika, jaką rolę p. M.M. pełnił przy realizacji poprzednich zamówień, a więc nie jest możliwa weryfikacja realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowo odwołujący zakwestionował skuteczność udostępnienia potencjału przez firmę ARRET Sp. z o.o. w związku z faktem, iż podobne zobowiązanie wykonawca CELMAR przedstawił w poprzednim postępowaniu na obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej prowadzonym przez ZDIUM (zamówienie na 2014 r.). Współpraca tych firm doprowadziła do nienależytego wykonania zamówienia, co zostało stwierdzone m.in. orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2015 r., o sygn. akt KIO 34/15. Wobec tego kwestionował, iż współpraca wykonawcy CELMAR z firmą ARRET Sp. z o.o. zapewnia odpowiednie dysponowanie potencjałem, gwarantujące rzetelne wykonywanie zamówień publicznych.

Jednocześnie, odwołujący zauważył, iż przedstawione przez wykonawcę CELMAR zobowiązania wskazują na brak realności udostępnienia potencjału, ale także nie spełniają

przesłanek formalnych, przypisanych tego typu zobowiązaniom. W szczególności nie został określony:

- a. charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- b. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, który nie został określony, ani w odniesieniu do prowadzonego postępowania, ani w zakresie samego wykonania zamówienia.

Zarzut IV. Naruszenia art. 24 ust. 2a poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR, pomimo iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, tj. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a zamawiający posiada lub powinien posiadać dowody na tę okoliczność.

Odwołujący zacytował fragment art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nienależycie wykonali poprzednie zamówienie, o ile nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie danego wykonawcy, a możliwość wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp została przewidziana przez zamawiającego.

Ponadto, podnosił iż zamawiający dysponuje lub powinien dysponować odpowiednimi dowodami na nienależyte wykonanie zamówienia. Tak więc, aby dany wykonawca podlegał wykluczeniu, muszą zostać łącznie spełnione cztery przesłanki:

- i. wykonawca wykonał zamówienie nienależycie;
- ii. wykonawcy można przypisać winę za poważne naruszenie obowiązków zawodowych;
- iii. odpowiedni zapis został umieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków;
- iv. zamawiający dysponuje albo powinien dysponować odpowiednimi dowodami na nienależyte wykonanie zamówienia.

Zdaniem odwołującego, w danym postępowaniu, wszystkie powyższe okoliczności zachodzą w odniesieniu do wykonawcy CELMAR Sp. z o.o.

Przesłankę iii. uznał za spełnioną na podstawie zapisu części VIII pkt 5 SIWZ.

W zakresie pozostałych przesłanek, odwołujący sugerował, że zamawiający wie lub przynajmniej powinien wiedzieć o nienależytym wykonaniu lub wykonywaniu przez wykonawcę CELMAR następujących zamówień:

- a. Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich (Zamawiający: ZDIUM Wrocław) - zamówienie wykonywane w 2014 r.
- b. Rozwieszanie rozkładów jazdy i informacji pasażerskiej na przystankach komunikacji

zbiorowej organizowanej przez Gminę Wrocław (zamawiający UM Wrocław) - zamówienie wykonywane obecnie.

Odwołujący przekonywał, że w zakresie zamówienia a. wszystkie okoliczności są znane zamawiającemu, gdyż to on był podmiotem, na rzecz którego wykonawca CELMAR nienależycie wykonał zamówienie. Nienależyte wykonanie zamówienia zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 34/15. Ponadto, na nieprawidłowe wykonanie tego zamówienia zamawiający powołał się w drugim akapicie swojego pisma - wezwania do uzupełnień z dnia 25 listopada 2015 r. Odwołujący zaznaczał, że żadne okoliczności w tym zakresie (fakt nienależytego wykonania, wina) nie były kwestionowane przez wykonawcę CELMAR.

Z kolei, w odniesieniu do zamówienia b., podnosił iż ZDIUM Wrocław aktywnie współpracuje z UM Wrocław, ze względu na tożsamość obiektów, na których wykonywane są zadania w ramach zamówień zlecanych przez oba te podmioty. Tak więc zamawiający powinien wiedzieć, iż wykonawca CELMAR wykonuje to zamówienie niedbale, bez poszanowania obowiązków zawodowych, co skutkuje koniecznością uznania tego zamówienia za wykonywane nienależycie.

W podsumowaniu odwołujący podtrzymał, że:

1. wykonawca CELMAR, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, podał nieprawdziwe, zawyżone informacje o swoim doświadczeniu;
2. Wykaz - Załącznik Nr VIB obejmuje także zamówienia o innym przedmiocie niż wskazany w SIWZ, a także wykonywane przez podmioty trzecie, które nie udostępniły skutecznie swojej wiedzy i doświadczenia;
3. udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie jest nie tylko formalnie niepoprawnie, ale przede wszystkim nierealne. Nie jest prawdopodobnym urządzenie wspólnych, wielostronnych konsultacji przy wykonywaniu zamówienia, podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenie same nie dysponują tymi przynajmniej w stopniu wystarczającym do wykonania zamówienia, a historia wykonywania zamówień przy współpracy z ARRET Sp. z o.o. wskazuje na nierealność, brak skuteczności w należyтым wykonywaniu zamówień w oparciu o doświadczenie tego podmiotu;
4. wykonawca CELMAR poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy wykonywaniu poprzednich zamówień, w tym w szczególności przy zamówieniach wykonywanych na rzecz zamawiającego lub podmiotu blisko z nim współpracującego, tj. UM Wrocław.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 grudnia 2015 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił a dniu 31 grudnia 2015 r. w formie elektronicznej z podpisem weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu

wykonawca CELMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu (w kopii przesłanej stronom), powołując się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru jego oferty na część 2 zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę CELMAR Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy, podtrzymał stanowisko zajęte w powiadomieniu o wynikach przetargu i wnosił o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami i zmianami, oferty wykonawcy CELMAR Sp. z o.o., korespondencji w sprawie uzupełniania dokumentów, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 34/15.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła dopuścić dowody wnioskowane przez przystępującego oznaczone numerem 1 do 5. Pozostałe wnioskowane dowody nie dotyczyły przedmiotowego postępowania odwoławczego; oraz dopuściła dowody wnioskowane przez odwołującego (nr 1-3).

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) po zmianach w dniu 19.10.2015 r. oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 22.10.2015 r. nr 2015/S 205-372331 zawiera następujące postanowienia.

Punkt 2 części II Instrukcji dla Wykonawców SIWZ otrzymał brzmienie: Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

a) w ilości nie mniejszej niż:

- minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
- minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania.

Punkt 9.2.3 części IV Instrukcji dla Wykonawców otrzymał brzmienie:

Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania, wg załącznika nr VI B wraz z dowodami czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Punkt 13 strony nr 3 Formularza oferty otrzymał brzmienie:

Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2 Instrukcji dla Wykonawcy, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
 - b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- wg załącznika nr VIB wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.
- Tabela i opis pod tabelką Załącznika nr VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez

Wykonawcę" otrzymał brzmienie:

Nazwa zamówienia (szczegółowy opis prac - wykonane czynności, rodzaj obiektu, ilość obiektów), Wartość zadania brutto [zł], Nazwa Zamawiającego, adres, Termin realizacji-rozpoczęcia - zakończenia.

Należy wymienić wykonane usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2 Instrukcji dla Wykonawcy, tj.(...), wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zamienną stronę nr 3 Formularza oferty oraz zamienny Załącznik nr VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez Wykonawcę po uwzględnieniu odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2231/15.

W części II punkt 4 Instrukcji dla Wykonawców SIWZ postanawia: Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zadzie spełnia/nie spełnia.

Część III SIWZ.

1. Przedmiotem zamówienia jest obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania;

- Zadanie 1: rejon zachodni,

- Zadanie 2: rejon wschodni.

2. Zakres zamówienia:

a) utrzymanie w czystości i należyтым stanie estetycznym (w tym dokładne mycie i bieżące usuwanie nielegalnych reklam, ogłoszeń, napisów, graffiti, itp.) obiektów wyposażenie przystanków oraz mebli miejskich pozostających w zarządzie Zamawiającego, a w szczególności:

- słupków przystankowych ze znakami D-15 i D-17 oraz gablotami informacyjnymi,
- pylonów przystankowych, paneli informacyjnych i paneli z nazwą przystanku,
- ławek wolnostojących zamontowanych na przystankach,
- gablot informacyjnych w wiatach i gablot wolnostojących,
- wiat przystankowych,
- mebli miejskich, i
- urządzeń Dynamicznej Informacji Pasażerskiej,

- b) utrzymanie należytego stanu technicznego obiektów, zapewniającego bezpieczeństwo pasażerom i innym uczestnikom ruchu.
- c) utrzymywanie należytego stanu technicznego instalacji elektrycznej w wiatrach oraz niezwłoczne zabezpieczanie ich w przypadku uszkodzeń (granicą eksploatacji instalacji elektrycznej jest zacisk wyjściowy zabezpieczenia znajdującego się w słupie oświetlenia ulicznego),
- d) niezwłoczne zabezpieczenie obiektów w przypadku uszkodzeń oraz zniszczeń powstałych wskutek wandalizmu, kolizji drogowych lub działania sił przyrody,
- e) wykonanie nowych słupków przystankowych, ławek, gablot informacyjnych oraz ich elementów,
- f) wykonanie konstrukcji wiat przystankowych,
- g) montaż i demontaż obiektów oraz ich elementów,
- h) naprawę i remont obiektów, w tym kompleksowy remont konstrukcji ścian i dachów wiat przystankowych,
- i) wykonanie i naprawę utwardzeń gruntu w obrębie wiat przystankowych,
- j) wykonywanie nad rowami i przy rowach konstrukcji z betonu zbrojonego, celem ustawienia wiaty na przystanku,
- k) wykonanie instalacji elektrycznej do wiat przystankowych na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego projektu wykonawczego,
- l) naprawa instalacji elektrycznej do wiat przystankowych,
- m) ustawianie i demontaż tymczasowych słupków przystankowych i tymczasowych ławek wolnostojących oraz zakładanie i zdejmowanie pokrowców zasłaniających znaki D-15 i D-17,
- n) umieszczanie w gablotach informacyjnych rozkładów i informacji dotyczących linii autobusowych funkcjonujących poza komunikacją miejską organizowaną przez Gminę Wrocław (np. przewoźników PKS),
- o) naprawę, remont i wykonanie mebli miejskich,
- p) awaryjne otwieranie boksów rowerowych - dotyczy zadania 2 rejon „wschodni”.

3. Usługi będące przedmiotem zamówienia należy realizować na podstawie załączonej Specyfikacji Technicznej, która zawiera szczegółowe zasady realizacji zamówienia z uwzględnieniem wytycznych dla Wykonawcy określonych w pkt 6.

4. Prace realizowane są w dwóch rejonach obsługi: zachodnim i wschodnim. Podział rejonów obsługi opisano w załączniku nr ST-1. Obiekty wyposażenia przystanków i mebli miejskich podlegające obsłudze wskazano w zestawieniach - załączniki nr ST-2, ST-3 i ST-6 stan na 25.08.2015 r. W czasie trwania umowy liczba obiektów może ulec zmianie.

5. Zamówienie należy zrealizować w terminie od dnia 01.01.2016r. do dnia 31.12.2017r.

1. Wykonawcy przedstawią oferty zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz poniosą wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

Część IV SIWZ Sposób przygotowania oferty.

8. Oferta musi zawierać następujące dokumenty:

8.1. Formularz oferty opracowany wg załącznika 1.

8.4. Zakres części zamówienia powierzonych Podwykonawcom (w przypadku, gdy Wykonawca nie zamierza realizować zamówienia siłami własnymi).

8.5. Zestawienie kosztów zadania wg załącznika nr III A III B

9. Do oferty należy dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia:

9.2. W celu potwierdzenia spełnienia warunku uczestnictwa określonego w cz. II Instrukcji:

9.2.1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu załącznika nr V.

9.2.2. Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II (...)

9.2.3. Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.) (...)

9.2.3.1. Dowodami, o których mowa w pkt 9.2.2. i 9.2.3.

1) poświadczenie,

2) inne dokumenty, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

Wykonawca w miejsce poświadczeń, o których mowa powyżej może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, określone w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

9.2.3.2. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem na rzecz, którego usługi, wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 9.2.2. i 9.2.3., zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt 9.2.3.1.

9.2.3.3. W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w pkt 9.2.2. i 9.2.3. oraz pkt 9.2.3.1. budzą wątpliwość Zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały być wykonane, o przedłożenie

dotychczasowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu.

9.2.7. W sytuacji, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

9.4. Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach wg załącznika nr XI.

10. Formularz oferty oraz załączniki do formularza oferty powinny zostać wypełnione według warunków i postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez dokonywania w nich zmian przez Wykonawcę i podpisane przez osobę lub osoby uprawnione.

Część VIII Sposób oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

4. Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub pełnomocnictw, lub którzy złożyli oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy lub wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający wezwie także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

5. Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawców zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania

lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Ocena zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności zostanie dokonana na podstawie załączonej do oferty „Informacji o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach”. Zamawiający będzie badać, czy stwierdzone fakty niewykonania lub nienależytego wykonania wskazują na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Zamawiający nie wykluczy z postępowania Wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

10. Zamawiający wybierze najkorzystniejszą ofertę spośród nieodrzuconych ofert, na podstawie następujących kryteriów:

- Kryterium cena ofertowa brutto - 90%,
- Kryterium okres gwarancji dla ocynkowanych konstrukcji stalowych - 10%.

Formularz oferty stanowi załącznik nr I.

Załącznikami do formularza oferty są między innymi:

Punkt 13. Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2 Instrukcji dla Wykonawcy, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,

wg załącznika nr VIB wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

17. Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy

wykonywaniu zamówienia,

- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

19. Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach wg załącznika Nr XI.

Załącznik Nr II Zakres czynności powierzonych podwykonawcom.

Załącznik Nr V stanowi oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Załącznik Nr VIA stanowi wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę [w zakresie remontów i wykonywania wiat przystankowych],

Załącznik Nr VIB stanowi wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę,

- który należało wypełnić dla zadania/zadań, na które składana jest oferta.

Należy wymienić wykonane usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 1 Instrukcji dla Wykonawcy, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,

W przypadku polegania na zasobach innego podmiotu należy załączyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu, zgodnie z częścią IV pkt 9.2.7. Instrukcji dla Wykonawcy oraz dokumenty dotyczące: zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Załącznik Nr XI stanowi Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach na przetarg nieograniczony na obsługę obiektów wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania;

Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni.

Nazwa wykonawcy, Adres wykonawcy

W poniższej tabeli należy wskazać czy Wykonawca, członek Konsorcjum, w związku z realizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zamówieniami na dostawy, usługi lub roboty budowlane miał lub ma: (należy wpisać TAK lub NIE) przypadki rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy? W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie należy załączyć do oferty opis danego przypadku ze wskazaniem, jakie działania Wykonawca podjął lub zamierza podjąć w celu wyeliminowania podobnych przypadków w przyszłości wg wzoru: Nazwa zamówienia, Nazwa Zamawiającego, Termin umowy rozpoczęcia zakończenia, Opis przypadku.

Uwaga: Zgodnie z postanowieniami art 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

Zamawiający podał wzór umowy, na warunkach której zamierza udzielić zamówienia oraz przedstawił Specyfikację techniczną dla zadania 1 i 2.

W dniu 30 października 2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ, że przez obiekt infrastruktury przystankowej rozumie przystanek, zawierający między innymi znak przystankowy, ławkę, gablotę na informację pasażerską, itp. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu zależne jest od wykazania ilości utrzymywanych i konserwowanych przystanków, nie zaś od ilości elementów na danym przystanku. Ponadto zamawiający zmienia treść SIWZ poprzez zamienny załącznik VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę przez) zmianę brzmienia w kolumnie 1 nazwa zamówienia tabelki w załączniku VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę” na Nazwa zamówienia (szczegółowy opis prac – wykonanie czynności – ilość obiektów.” *Niniejsze pismo stanowi integralną część SIWZ.*”

Zamawiający w odpowiedzi na zapytania do SIWZ z dnia 3 listopada 2015 r. podał, co następuje.

„Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta zgodnie z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) w związku z zapytaniem wyjaśnia:

Pytanie nr 3:

W nawiązaniu do udzielonych odpowiedzi Zamawiającego z dnia 30.10.2015 r. na zadane przez nas pytania z dnia 23.10.2015 r. pragniemy zwrócić uwagę, że Zamawiający dokonał jedynie odpowiedzi na pytanie nr 1, pomijając odpowiedzi na pytanie nr 3, nr 4 oraz ewentualnie nr 5 (w zależności od odpowiedzi na pytanie nr 4). Konieczność odpowiedzi na pytanie nr 2 uzależniona była od odpowiedzi na pytanie nr 1 oraz analogicznie odpowiedzi na

pytanie nr 5 od odpowiedzi na pytanie nr 4. Czyli:

1) Zgodnie z treścią odwołania firmy CELMAR Sp. z o.o., Odwołujący wnosił o zmianę warunku udziału w postępowaniu poprzez uzależnienie wielkości zamówienia od ilości przystanków. W dniu 19.10.2015 r. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie. Zgodnie z dokonaną zmianą treści SIWZ Zamawiający postawił warunek wykonania „zadania lub zadań polegających na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej w ilości nie mniejszej niż 700 obiektów (1400 obiektów). W związku z faktem, że uwzględnienie odwołania w całości wiąże się z dokonaniem zmian treści SIWZ zgodnie z wnioskami Odwołującego, prosimy o potwierdzenie, że w sformułowaniach „nie mniejszej niż 700 obiektów” oraz nie mniejszej niż 1400 obiektów” Zamawiający użył sformułowania „obiektu” jako synonimu przystanku. W przypadku odpowiedzi przeczącej prosimy o informacje:

2) Czy w przypadku usługi polegającej na utrzymaniu i konserwacji 250 wiat przystankowych, gdzie każda wiata posiadała znak przystankowy, gablotę na informację pasażerską oraz ławkę następujący sposób liczenia obiektów w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia jest prawidłowy: ilość obiektów = ilość gablot (250 szt.) + ilość znaków przystankowych (250 szt.) + ilość ławek (250 szt.) = 750 obiektów?

3) Czy w przypadku usługi ciągłej polegającej na utrzymaniu i konserwacji 250 elementów infrastruktury przystankowej realizowanej na podstawie trzech oddzielnych kontraktów (I kontrakt- rok 2013, II kontrakt- rok 2014, III kontrakt- rok 2015) dla jednego zamawiającego, Zamawiający uzna, że wykonawca wykazał się utrzymaniem 750 obiektów (250 obiektów w roku 2013+250 obiektów w roku 2014 + 250 obiektów w roku 2015)?

4) Zgodnie z warunkiem wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymaga wykazania się zadaniem lub zadaniami polegającymi na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.). Czy za wystarczające Zamawiający uzna wykazanie się zadaniami polegającymi na utrzymaniu jedynie jednego rodzaju infrastruktury przystankowej, np. znaków przystankowych, czy też wymaga wykazania się doświadczeniem w utrzymaniu wszystkich wymienionych rodzajów infrastruktury przystankowej, tj. znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską?

W przypadku odpowiedzi przeczącej prosimy o informację:

5) Czy prace polegające na utrzymaniu i konserwacji znaków przystankowych, ławek i gablot na informację pasażerską muszą występować łącznie w każdym zadaniu przedstawianym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu? Czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, w przypadku wykazania się trzema oddzielnymi usługami, gdzie pierwsza polegała na utrzymaniu znaków przystankowych, druga na utrzymaniu ławek a trzecia na utrzymaniu gablot na informację

pasażerską?

Pytania nr 3 i 4 nie są związane w żaden sposób z odpowiedzią na pytanie nr 1. W związku z powyższym prosimy o odpowiedź na pytanie nr 3, nr 4 oraz w zależności od odpowiedzi na pytanie 4 odpowiedź na pytanie 5.

Odpowiedź nr 3:

W związku z doprecyzowaniem oczekiwań Wykonawcy zwracającego się o wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający informuje, iż w zakresie wiedzy i doświadczenia, uznaje warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

a) w ilości nie mniejszej niż:

- *minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,*
- *minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,*

b) na kwotę nie mniejszą niż:

- *minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,*
- *minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania.*

Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy w toku badania i oceny złożonych ofert. Niniejsze pismo stanowi integralną część SIWZ.”

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 16.11.2015 r. Wpłynęły oferty.

1. GAWA P.P.H.U. A.W., ul. Canaletta 85, 51-650 Wrocław

Zadanie 2 - cena brutto: 1 578 555,43 zł. Gwarancja dla ocynkowanych konstrukcji stalowych: 60 miesięcy

2. CELMAR Sp. z o.o., ul. Św. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom

Zadanie 1 - cena brutto: 1 318 324,23 zł

Zadanie 2 - cena brutto: 1 291 175,28 zł

Gwarancja dla ocynkowanych konstrukcji stalowych: 60 miesięcy

3. ASWRO Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe B.J., ul. Reymonta 3/1/2, 50-225 Wrocław

Zadanie 1 - cena brutto: 1 857 988,80 zł

Zadanie 2 - cena brutto: 1 792 483,92 zł

Gwarancja dla ocynkowanych konstrukcji stalowych: 60 miesięcy.

Odwołujący CELMAR Sp. z o.o. w dokumentach oferty zawarł Załącznik Nr VIB dla zadania

1 i 2 - wykaz zrealizowanych zamówień, obejmujący pozycje:

- 1) Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: rejon zachodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł, zamawiający: ZDiUM Wrocław; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014
- 2) Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: rejon wschodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł, zamawiający: ZDiUM Wrocław; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014
- 3) Utrzymanie, konserwacja i mycie wiat przystankowych" (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 165 obiektów); 249 717, 13 zł; [271 360,59 zł.] MZDill Zabrze; 01.03.2013-31.12.2013
- 4) „Bieżąca konserwacja małej architektury miejskiej na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza" (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; 381 obiektów); 1 214 441,37 zł, (ponad 350 000 zł); UM Dąbrowa Górnicza; 10-06.2010- 09.06.2014
- 5) „Mycie wiat autobusowych" (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 215 obiektów; 78 109,92 zł; UM Gliwice; 01.01.2012- 31-12.2012
- 6) „Konserwacja wiat przystankowych (w ramach monitoringu)" (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; 76 obiektów; UM Sosnowiec; 04.07.2011- 01.07.2014
- 7) „Bieżąca naprawa wiat przystankowych na terenie Chorzowa" (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 67 obiektów; 42 859,04 zł; UM Chorzów 17.11.2011 -16.11.2012
- 8) „Remont wiat przystankowych stanowiących mienie gminy Kobierzyce (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 130 obiektów; 174 389,40 zł; UM Kobierzyce; 02.04.2014 -nadal
- 9) „Naprawa wiat przystankowych na terenie gminy Żory"(utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 66 obiektów;16 980, 00 zł; UM Żory; 01.01.2014 -31.12.2014
- 10) „Letnie i zimowe utrzymanie przystanków autobusowych trolejbusowych na terenie miasta Tychy 338 obiektów (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 338 obiektów; 273 928,71 zł; MZK Tychy; 06.12.2013 -31.10.2015

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. za wyjątkiem poz. 1 i 2 realizowanej na rzecz zamawiającego oraz poz. 9, przedstawił referencje należytego wykonaniu usług wymienionych w wykazie.

W Załączniku VIA CELMAR Sp. z o.o. przedstawił dla zadania 1 i 2 wykaz zrealizowanych zamówień w postaci wiat przystankowych.

- 1) Wykonanie 26 wiat przystankowych; UM Przemyśl; 10.12.2012

- 2) Wykonanie 7 wiat przystankowych; ZDiUM Wrocław; 14.01.2014
- 3) Wykonanie 17 wiat przystankowych; UM Konstancin; 10.11.2013,
- 4) Wykonanie 23 wiat przystankowych; UM Kalisz; 28.10.2014

Zamawiający - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta wezwał dnia 25.11.2015 r., w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcę CELMAR do uzupełnienia oferty o:

„1. dowody potwierdzające, że zadania:

a) „Utrzymanie, konserwacja i mycie wiat przystankowych” - 165 obiektów dla MZDiU Zabrze na kwotę 249 717,13 zł brutto,

b) „Naprawa wiat przystankowych na terenie gminy Żory” - 66 obiektów na kwotę 16 950,00 zł brutto,

wymienione w załączniku nr VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez Wykonawcę” zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

2. (...)

3. „Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach” wg załącznika nr XI do SIWZ. Do oferty nie załączono powyższych dokumentów.

Ponadto informujemy, że zamówienia wymienione w załączniku nr VIB realizowane na rzecz ZDiUM od 15.02.2014 r. do 31.12.2014 r. nie będą uwzględnione, ponieważ zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. 34/15 z dnia 20.01.2015 r. CELMAR Sp. z o.o. nie może ich wykazywać celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne w związku z uznaniem ich za nienależycie wykonane (*„Zamawiający nie kwestionował posłużenia się dla spełnienia warunku udziału, samych usług, biorąc pod uwagę ich zakres i wartość, ale zakwestionował prawidłowość (należytość) ich wykonania. Dlatego też zasadnie wystąpił w wezwaniu o wskazanie dla wykazania spełniania warunku udziału „innego zadania spełniającego warunek postawiony w cz. II SIWZ”. (...) a zatem decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za uzasadnioną”).*

Pozostałe wymienione przez Państwa zamówienia w załączniku nr VIB łącznie nie spełniają warunku uczestnictwa w postępowaniu.

W przypadku, gdy nie dysponują Państwo dowodami, że w/w zadania (w pkt 1 i 2) zostały wykonane lub są wykonywane należycie wzywamy Państwa do wskazania innych zamówień potwierdzających spełnienie warunku określonego w cz. II pkt 2 Instrukcji dla wykonawców: *„posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informacje pasażerską, itp.):*

a) w ilości nie mniejszej niż:

- *minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,*
- *minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,*
- b) *na kwotę nie mniejszą niż:*
 - *minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,*
 - *minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania."*

Wykonawca CELMAR pismem z dnia 27.11.2015 r. prosił o wyjaśnienia. W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 27.11.2015 zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie wezwania do uzupełnienia. W wezwaniu do uzupełnienia zamawiający poinformował, że uważa, iż zadania wskazane w pozycji 1 i 2 wykazu, wykonywane na rzecz Zamawiającego zostały wykonane nienależycie, i nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a pozostałe wymienione zamówienia w załączniku IVB łącznie nie spełniają warunku uczestnictwa w postępowaniu. Wykonawca CELMAR powołał się na wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 sygn. akt KIO 1557/11, z którego wynika obowiązek zamawiającego sprecyzowania treści wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Wykonawca podnosił, że „Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu składa się z kilku elementów. Zamawiający postawił wymagania co do łącznej wartości wykonanych zadań, ilości obiektów, zakresu wykonywanych czynności. Z otrzymanego wezwania (...) nie wynika, które elementy warunku doświadczenia nie zostały spełnione oraz do którego zadania wykazu usług, Zamawiający ma zastrzeżenia. Wskazane w wykazie w pozycjach 3- 10 zadania łącznie przekraczają wymaganą przez Zamawiającego wartość, ilość obiektów oraz polegają na utrzymaniu i konserwacji infrastruktury przystankowej. CELMAR Sp. z o.o. na podstawie wezwania do uzupełnienia nie jest w stanie określić, w jakim zakresie powinien dokonać uzupełnienia wykazu usług, czy w ocenie Zamawiającego nie wykazał się odpowiednią wartością robót, ilością przystanków czy zakresem wykonywanych czynności. W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie i uszczegółowienie wezwania do uzupełnienia o informacje pozwalające CELMAR Sp. z o.o. dokonać prawidłowej czynności uzupełnienia oraz wyznaczenie nowego terminu na uzupełnienie.

W odpowiedzi z dnia 30.11.2015 r. Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta wyjaśnia, w związku z Państwa wątpliwościami do pisma nr TXZ.71.120.114903.2015.ET z dnia 25.11.2015 r., iż zadania wskazane w załączniku nr VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez Wykonawcę” nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż:

- zadania wskazane w pozycji 1 i 2 nie będą uwzględnione przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. 34/15 z dnia 20.01.2015 r.,
- dla zadań 3 i 9 nie złożono dowodów potwierdzających, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

- zadania wskazane w pozycji 4-8 i 10 nie spełniły warunku uczestnictwa w postępowaniu określonego w części II pkt 2 Instrukcji dla wykonawców - ponieważ łączna suma obiektów infrastruktury przystankowej wyniosła 1207 szt. utrzymywanych i konserwowanych za kwotę 1 171 906,40 zł brutto (dla zadania realizowanego na rzecz UM Dąbrowa Górnicza przyjęto kwotę 350 000 zł brutto).

W przypadku, gdy oferta Wykonawcy zostanie uzupełniona o dowody potwierdzające, że zadania wskazane w pozycji 3 i 9 zostały wykonane lub są wykonywane należycie, będzie ona spełniała warunek uczestnictwa w postępowaniu określony w cz. II pkt 2 Instrukcji dla wykonawców.

W przypadku, gdy nie dysponują Państwo dowodami, że zadania wskazane w pozycji 3 i 9 zostały wykonane lub są wykonywane należycie zostali Państwo wezwani pismem nr TXZ.71.120.114903.2015.ET z dnia 25.11.2015 r. do wskazania innych zamówień potwierdzających spełnienie warunku określonego w cz. II pkt 2 Instrukcji dla wykonawców.

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 30.11.2015 r. na wezwanie do uzupełnienia dokumentów podał: *„W załączniku przekazujemy żądane dokumenty. W odniesieniu do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadania realizowanego dla gminy Zabrze informujemy, że fakt wystawienia referencji po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, nie może skutkować negatywnie dla CELMAR sp. z o.o. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być wystawione po terminie składania ofert. Jednak z ostrożności CELMAR sp. z o.o. do przedmiotowych referencji dołącza referencje wystawione w dniu 3 grudnia 2013 oraz wszystkie protokoły odbioru z prac wykonanych po dniu 3 grudnia 2013.*

Jednocześnie w trybie art. 26 ust 4 pzp CELMAR sp. z o.o. wyjaśnia, że omyłkowo podał złą wartość prac zrealizowanych dla MZDII Zabrze. Prawidłowa wartość prac to 271 360,59 zł.

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. załączył załącznik nr XI Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach, gdzie podał, że nie miały miejsca przypadki rozwiązania, wypowiedzenia, odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. załączył uzupełniony załącznik Nr VIB, w którym ujął 2 dodatkowe pozycje:

11) „Rozwieszanie rozkładów jazdy i informacji pasażerskiej na przystankach komunikacji zbiorowej organizowanej przez Gminę Wrocław (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 780 obiektów); 215 379,15 UM Wrocław; 01.01.2014 -31.10.2018

12) „Obsługa infrastruktury przystankowej” (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej 830 obiektów; 651 978,80 zł; ZDTM Szczecin; 01.01.2013 -31.12.2013

Do pisma załączył:

- 1) Referencje MZDII w Zabrze z 9.12.2013 r. potwierdzające należyte wykonanie prac przez CELMAR Sp. z o.o. - poz. 3 wykazu;
- 2) Informację UM Wrocław potwierdzające należyte wykonanie prac przez CELMAR (poz. 11);
- 3) Referencje MZDII w Zabrze z 20.11.2015 r. potwierdzające należyte wykonanie prac przez CELMAR Sp. z o.o. – (poz. 3 wykazu);
- 4) Referencje ZDTM Szczecin z 21.03.2014 - (poz. 12 wykazu); dla WIR-MAR M.S.;
- 5) Protokół wystawiony przez MZDII w Zabrze z dnia 6 i 10.12.2013 r. odbioru prac konserwacji wiat przystankowych;

Oświadczenie WIR-MAR M.S. o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla CELMAR Sp. z o.o. o treści: „na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni. WIR-MAR w okresie i w związku z realizacją przywołanego wyżej zamówienia, w ramach zawartej umowy o współpracy prowadzić będzie na rzecz CELMAR Sp. z o.o. działalność doradczą i consultingową w zakresie procesu utrzymania, konserwacji i wykonania obiektów infrastruktury przystankowej gwarantującą należyte wykonanie zobowiązania. Wspomniane czynności będą wykonywane osobiście przez p. M.S..

Oświadczenie A.M. firmy CIVITAS o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla CELMAR Sp. z o.o. o treści: „na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni. A.M. firma CIVITAS w okresie i w związku z realizacją przywołanego wyżej zamówienia, w ramach zawartej umowy o współpracy prowadzić będzie na rzecz CELMAR Sp. z o.o. działalność doradczą i consultingową w zakresie procesu utrzymania, konserwacji i wykonania obiektów infrastruktury przystankowej gwarantującą należyte wykonanie zobowiązania. Wspomniane czynności będą wykonywane osobiście przez p. A.M..

Oświadczenie ARRET Sp. z o.o. o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla CELMAR Sp. z o.o. o treści: „na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni,. ARRET Sp. z o.o. w okresie i w związku z realizacją przywołanego wyżej zamówienia, w ramach zawartej

umowy o współpracy prowadzić będzie na rzecz CELMAR Sp. z o.o. działalność doradczą i consultingową w zakresie procesu utrzymania, konserwacji i wykonania obiektów infrastruktury przystankowej gwarantującą należyte wykonanie zobowiązania. Wspomniane czynności będą wykonywane osobiście przez p. Mariusza Marszałkowskiego. Jednocześnie ARRET Sp. z o.o. na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia będzie dostarczał materiały niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia, takie jak szyby hartowane, czy elementy stalowe. Oświadczenie dotyczy Załącznika VIA i poz. 9 Załącznika VIB, która nie została uwzględniona z braku potwierdzenia należytego wykonania usługi.

Z postępowania wykluczono następujących wykonawców:

1. Zadanie 1: CELMAR Sp. z o.o.,

Odrzucono oferty następujących wykonawców:

1. Zadanie 1: CELMAR Sp. z o.o., ul. Św. Cyryla i Metodego 50, 41 -909 Bytom (odrzucono ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania)

2. Zadanie 2: GAWA P.P.H.U. A.W., Ul. Canaietta 85, 51-650 Wrocław

Najkorzystniejsza oferta

Zadanie 1: ASWRO Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe B.J., ul. Reymonta 3/1/2, 50-225 Wrocław z ceną brutto: 1 857 988,80 zł i gwarancją dla ocynkowanych konstrukcji stalowych: 60 miesięcy

Zadanie 2: CELMAR Sp. z o.o., ul. Św. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom z ceną brutto: 1 291 175,28 zł i gwarancją dla ocynkowanych konstrukcji stalowych: 60 miesięcy.

Uzasadnienie wyboru. Zadanie 1: Wybrano Wykonawcę, który złożył jedyną nieodrzuconą ofertę spośród złożonych ofert (spełniająca wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zadanie 2: Wybrano Wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę spośród nieodrzuconych ofert (spełniająca wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający wykluczył wykonawcę CELMAR Sp. z o.o. z postępowania na część 1 zamówienia z uwagi na nie wykazanie dysponowania wymaganymi osobami do realizacji zamówienia. Podał następujące uzasadnienie: „*Na zadaniu 1 zostali Państwo wykluczeni z postępowania podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazali Państwo spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ofertę uznaje się za odrzuconą zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Uzasadnienie: W dniu 25.11.2015 r. Zamawiający wezwał Państwa, w myśl z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia oferty m.in. o „Wykaz osób” wg załącznika nr VII A do SIWZ z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W wyznaczonym terminie uzupełnili Państwo*

ofercie o w/w załącznik, w którym przedstawili Państwo trzy brygady robocze, lecz w dwóch z nich widniało to samo imię i nazwisko - Pan D.P.. W dniu 04.12.2015 r. Zamawiający wezwał Państwa, w myśl z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień, czy Pan D.P. wymieniony w uzupełnionym Załącznik nr VIIA „Wykaz osób - zadanie I” będzie pracował jednocześnie w dwóch brygadach roboczych. W odpowiedzi wyjaśnili Państwo, że Pan D.P. został wskazany w dwóch brygadach omyłkowo. Zgodnie z cz. II pkt 3 d) Instrukcji dla Wykonawców o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponowali co najmniej trzema dwuosobowymi brygadami roboczymi na każde zadanie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „(...) złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (...)”. Zamawiający nie mógł powtórnie zwrócić się do Państwa o uzupełnienie oferty o Wykaz osób wg załącznika nr VII A do SIWZ, gdyż możliwość ta została już wcześniej wyczerpana. W związku z powyższym nie wykazali Państwo spełnienia uczestnictwa w postępowaniu i podlegają Państwo wykluczeniu.”

Wykonawca GAWA PPHU A.W., której oferta została odrzucona podnosiła w korespondencji z zamawiającym, że zapowiedziano: „Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia Wykonawcy w toku badania i oceny złożonych ofert”, jeżeli Zamawiający nie podał kryteriów oceny, nie zdefiniował pojęć to powinien dokonać oceny wg przedstawianych wykonanych usług i kierować się ilością podaną przez oferenta bez swojej własnej interpretacji. (...). Powyższe prace dotyczą utrzymania i konserwacji w różnym zakresie i wymagają wielu specjalistów np. ślusarzy, spawaczy, elektryków, monterów konstrukcji, brukarzy, czy pracowników sprzątających, dlatego nie można liczyć wykonywanych prac, jako jedno zamówienie, zwłaszcza, że są to różne prace i zamówienia. Zamawiający nie określił w specyfikacji, jaki ma być zakres utrzymania i konserwacji. Jak porównać prace przy myciu, z naprawami albo konserwacją elektryczną, jeżeli wcześniej nie wypracowano i nie podano do wiadomości kryteriów oceny.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w zadaniu 2, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego wyboru oferty wykonawcy CELMAR Sp. z o.o. w zakresie zadanie nr 2 zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Ad. Zarzut I. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) ustawodawca przewidział, że w odniesieniu między innymi, do wykazu usług zamawiający może w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny określić (...) usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o (...) usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził, że zamawiający wymagał złożenia Załącznika Nr XI stanowiącego Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach, gdzie należało wskazać czy Wykonawca, członek Konsorcjum, w związku z realizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zamówieniami na dostawy, usługi lub roboty budowlane miał lub ma: (należy wpisać TAK lub NIE) przypadki rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy?

Okolicznością bezsporną pozostawało, że przystępujący CELMAR Sp. z o.o. zapłacił zamawiającemu kary umowne, jednak umowa z CELMAR nie została rozwiązana. Przystępujący nie miał zatem podstaw, aby wypełnić Załącznik Nr XI w sposób wskazany przez zamawiającego. Informację o zamówieniach wykonanych nienależycie zawarł zatem w poz. 1 i 2 Załącznika VIB Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę, tj. ujął:

- 1) Obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: rejon zachodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł, zamawiający: ZDiUM Wrocław; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014,
- 2) Obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: rejon wschodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł, zamawiający: ZDiUM Wrocław; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014.

W powyższych okolicznościach trudno zatem uznać, że ziszczyła się przesłanka wykluczenia wykonawcy CELMAR Sp. z o.o. z postępowania przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się (...) wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. był uprawniony, aby złożyć ogólne oświadczenie w Załączniku Nr V o spełnieniu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, skoro uznawał, że pozostałe usługi referencyjne, które przedstawił w Załączniku VIB Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę - potwierdzały jego wiedzę i doświadczenie na poziomie wymaganym przez zamawiającego, wliczając w to również potencjał udostępniony przez podmioty trzecie.

Poz. 1 i 2 Załącznika VIB Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę miały zatem charakter informacyjny, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dodatkowo nie można było pominąć, iż kwestionowane pozycje wykazu zostały zrealizowane na rzecz samego zamawiającego, o czym posiadał on dokładną wiedzę. Nie można zatem doszukiwać się celowego działania po stronie wykonawcy CELMAR Sp. z o.o., aby jego zamiarem było wprowadzenie zamawiającego w błąd i tą drogą uzyskanie zamówienia publicznego. Obiektywnie informacja o wykonanych zamówieniach była prawdziwa, a zamawiający wiedział o wszelkich okolicznościach realizacji tych zamówień. Z drugiej strony, wykonawca CELMAR Sp. z o.o. nie mógł zamieścić ww. zrealizowanych nienależycie usług w Załączniku Nr XI stanowiącego Informację o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach. Zamawiający wymagał wypełnienia załączników w sposób zgodny z jego wytycznymi.

Nie budziła wątpliwości Izby okoliczność, iż zamawiający nie zaliczył wykonawcy CELMAR Sp. z o.o. poz. 1 i 2 Załącznika VIB, jako iż usługi te wykonane zostały nienależycie. Przy ocenie oferty tego wykonawcy należało zatem skupić się na ustaleniach, czy pozostałe usługi referencyjne wskazane w omawianym załączniku, potwierdziły, iż wykonawca CELMAR Sp. z o.o. posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie, aby mógł podjąć się z pozytywnym skutkiem realizacji zamówienia.

W trakcie rozprawy odwołujący doprecyzował, że zarzut podania nieprawdziwych informacji przez przystępującego odnosił nie tyle do poz. 1 i 2 wykazu usług według załącznika VI B, ale także do pozostałych pozycji tego wykazu, które zdaniem odwołującego nie obejmowały tak zakresu rzeczowego polegającego na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.), jak i odbiegały od rzeczywistych ilości obsługiwanych przez CELMAR obiektów. W szczególności odwołujący kwestionował pozycje 4 i 8 wymienionego Wykazu VIB i na tej podstawie faktycznej oparł zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe wykazało, że wykonawca CELMAR legitymuje się

doświadczeniem przy wykonywaniu usług ujętych w wykazie Załącznika VIB za wyjątkiem poz. 1,2 i 9, które nie zostały zaliczone, jako że prace na rzecz zamawiającego zostały wykonane nieprawidłowo, a w odniesieniu do poz. 9 nie zostało przedstawione potwierdzenie należytego wykonania usług.

W odniesieniu do kwestionowanej pozycji nr 8 wykazu VIB remont wiat przystankowych wykonanych na zlecenie Gminy Kobierzyce, złożony przez przystępującego dowód numer 4 potwierdził, że łącznie było to 36 wiat, które obejmowały różne obiekty (malowanie ławek, elementów konstrukcji, naprawę dachów itp.). Część z tych prac mogła być zatem zaliczona do bieżącej konserwacji, a nie do remontów objętych załącznikiem VIA. Zdaniem Izby nie dało się wykluczyć, że ogólna ilość konserwowanych obiektów, w ramach owych 36 wiat, wynosiła 180, a więc tyle ile podał przystępujący CELMAR. Ponadto, odwołujący kwestionował jedynie ilość obiektów wykazanych w danej pozycji, nie odnosił się do charakteru prac, stanowiących po części remonty, które co do zasady podlegały ujęciu w załączniku nr VIA. Ilość obsługiwanych obiektów dotyczących poz. 8 Wykazu - 381, została potwierdzona zaświadczeniem zlecającego, tj. UM Dąbrowa Górnicza.

Nie można było pominąć, że pomimo tego, iż wykonawcy usilnie domagali się doprecyzowania przez zamawiającego sposobu obliczania ilości obiektów infrastruktury przystankowej, dyspozycje zamawiającego zawarte w SIWZ oraz w wyjaśnieniach pozostały niedokładne i niespójne, stąd wykonawcy mogli w sposób uprawniony dokonywać ich interpretacji w sposób, który uznawali za zasadny i przyjmować za odrębne elementy infrastruktury przystankowej, wszystko co w obrębie tej infrastruktury się mieściło.

Zdaniem Izby przystępujący nie złożył żadnych informacji w wykazie VIB, które odbiegały w sposób niewątpliwy od stanu zgodnego z rzeczywistością, do tego z celowym zamiarem wprowadzenie w błąd zamawiającego. W orzecznictwie Sądów Okręgowych, w szczególności wskazano na konieczność prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3, tj. z uwzględnieniem przepisów art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, który mówi o możliwości wykluczenia wykonawcy, który jest winny poważnego wprowadzenie w błąd zamawiającego (wyroki Sądów Okręgowych: we Wrocławiu z dnia 20 października 2010 r., XGA296/08, w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., IVCA683/12, w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. VIGA134/12 oraz w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. IICA1285/12).

Biorąc także pod uwagę ustalenia i ocenę przedstawione przy omówieniu zarzutu II, Izba nie stwierdziła podstaw, aby przypisać wykonawcy CELMAR złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ lub chociażby mogących mieć wpływ na wynik przedmiotowego

postępowania. Dowody wnioskowane przez odwołującego w konfrontacji z dowodami przedstawionymi przez przystępującego CELMAR takich okoliczności nie potwierdziły. Zarzut odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ad. Zarzut II. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 1a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 (...) ustawy Pzp.

Bezsporne pozostawało, że w zakresie wiedzy i doświadczenia, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania, wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Stosownie do unormowań § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) - zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań żądał złożenia Wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II pkt 2 Instrukcji dla Wykonawcy, tj. wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.):

- a) w ilości nie mniejszej niż:
 - minimum 700 obiektów, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,

- minimum 1400 obiektów, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
 - b) na kwotę nie mniejszą niż:
 - minimum 525 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na jedno zadanie,
 - minimum 1 050 000 zł brutto, jeżeli oferta składana jest na dwa zadania,
- wg załącznika nr VIB wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Bezspornym pozostawało, że wykonawca CELMAR Sp. z o.o. złożył ofertę na zadanie 1 i 2 w Załączniku VIB Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę uzupełnionym na wezwanie zamawiające, zawarł ilość pozycji, które w ocenie wykonawcy, biorąc także pod uwagę zasoby udostępnione przez podmioty trzecie, potwierdzały spełnienie omawianego warunku dla uczestnictwa w części 1 i 2 postępowania.

W odniesieniu do rozumienia pojęcia „obiekt infrastruktury przystankowej” zamawiający w dniu 30 października 2015 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ, że przez obiekt infrastruktury przystankowej rozumie przystanek, zawierający między innymi znak przystankowy, ławkę, gablotę na informację pasażerską, itp. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu zależne jest od wykazania ilości utrzymywanych i konserwowanych przystanków, nie zaś od ilości elementów na danym przystanku (...).”

W kolejnych odpowiedziach na zapytania do SIWZ z dnia 3 listopada 2015 r., 2) Czy w przypadku usługi polegającej na utrzymaniu i konserwacji 250 wiat przystankowych, gdzie każda wiata posiadała znak przystankowy, gablotę na informację pasażerską oraz ławkę następujący sposób liczenia obiektów w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia jest prawidłowy: ilość obiektów = ilość gablot (250 szt.) + ilość znaków przystankowych (250 szt.) + ilość ławek (250 szt.) = 750 obiektów? (...). Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, iż: *„w zakresie wiedzy i doświadczenia, uznaje warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.): a) w ilości nie mniejszej niż: (...); b) na kwotę nie mniejszą niż: (...). Niniejsze pismo stanowi integralną część SIWZ.”*

Wobec powyższego Izba uznała, że liczy się ostateczne wyjaśnienie zamawiającego, sprowadzające się do potrzymania treści warunku SIWZ, iż należało podać zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp., a w wykazie VIB „Wykaz zamówień zrealizowanych przez wykonawcę” - podać Nazwę zamówienia (szczegółowy opis prac - wykonane czynności- ilość obiektów). Z uwagi na otwarty charakter

tego wymagania - poprzez użycie oznaczenia „itp” pozwalało to, jako „obiekty” traktować wszystkie elementy infrastruktury przystankowej, które znajdują się w jej obrębie, a zwłaszcza wtedy, gdy ich utrzymanie wchodzi w skład czynności przedmiotowego zamówienia, które ma obowiązek świadczyć wykonawca, jeżeli z nim zostanie zawarta umowa.

Dyspozycje zamawiającego nie do końca pozostawały spójne i jasne. Zamawiający mając na uwadze zasady określone w art. 7 ustawy Pzp - równego traktowania wykonawców i zapewnienia przestrzegania między nimi uczciwej konkurencji powinien tak ukształtować warunki zamówienia, aby jego czynności były dla wszystkich wykonawców przewidywalne.

Oceniając działania zamawiającego, Izba podzieliła trafne stanowisko wykonawcy GAWA PPHU A.W., której oferta została odrzucona, która w korespondencji z zamawiającym podnosiła, że zapowiedziano: *„Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia Wykonawcy w toku badania i oceny złożonych ofert”, jeżeli Zamawiający nie podał kryteriów oceny, nie zdefiniował pojęć to powinien dokonać oceny wg przedstawianych wykonanych usług i kierować się ilością podaną przez oferenta bez swojej własnej interpretacji. (...). Powyższe prace dotyczą utrzymania i konserwacji w różnym zakresie i wymagają wielu specjalistów np. ślusarzy, spawaczy, elektryków, monterów konstrukcji, brukarzy, czy pracowników sprzątających, dlatego nie można liczyć wykonywanych prac, jako jedno zamówienie, zwłaszcza, że są to różne prace i zamówienia. Zamawiający nie określił w specyfikacji, jaki ma być zakres utrzymania i konserwacji. Jak porównać prace przy myciu, z naprawami albo konserwacją elektryczną, jeżeli wcześniej nie wypracowano i nie podano do wiadomości kryteriów oceny.”*

Skoro zabrakło precyzji w opisie pojęcia - „utrzymanie i konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.)”, należało dopuścić interpretację polegającą na jak najszerszym ich znaczeniu. W przeciwnym bowiem wypadku, zamawiający na etapie badania ofert mógłby dokonywać arbitralnych ocen, co nie powinno mieć miejsca.

Przystępując CELMAR Sp. z o.o. wykazał, że wykonał zadanie lub zadania polegające na utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej (znaków przystankowych, ławek, gablot na informację pasażerską, itp.): w ilości nie mniejszej niż 1400 obiektów, gdyż ofertę złożył na dwa zadania.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zaliczeniu na poczet prawidłowo wykonanych usług referencyjnych z wykazu usług według uzupełnionego załącznika VI B wykonawcy CELMAR pozostawały pozycje od 3 do 12, z wyłączeniem poz. 9, i w ilościach tam wskazanych.

Rzeczywisty zakres i ilość prac oraz obiektów wchodzących w skład kwestionowanych przez odwołującego pozycji wykazu VI B - przystępujący CELMAR, oprócz złożonych wcześniej referencji, protokołów odbioru usług, potwierdził rozpatrzonymi w trakcie rozprawy dowodami numer 1 -5, stanowiącymi:

1. Umowę zawartą pomiędzy WIR-MAR M.S. a Gminą Miasta Szczecin dot. pozycji 12 wykazu VIB na okoliczność, że zakres tego udostępnionego potencjału dotyczy utrzymania i konserwacji infrastruktury przystankowej.
2. Protokół odbioru robót wraz z SIWZ (Urząd Miejski Sosnowiec) dotyczący poz. 6 - konserwacji wiat przystankowych w ramach usługi nazwanej monitoringiem w ilości 76 obiektów. Na str. 19 i 20 tej specyfikacji opisane zostały czynności utrzymania i konserwacji infrastruktury przystankowej, a nie wyposażania ich w monitoring.
3. Opis przedmiotu zamówienia dla przetargu prowadzonego przez Gminę Wrocław w zakresie postępowania na stałą obsługę przystanków komunikacji zbiorowej (dot. poz. 11 wykazu), gdzie na str. 3 tego opisu został określony rodzaj prac, który jest zbieżny przynajmniej w części z przedmiotem zamówienia na zadanie 1 i 2 w przedmiotowym przetargu.
4. Przedstawiony dowód dot. poz. 8 i potwierdza, że przedmiotem zamówienia był remont wiat przystankowych w miejscowościach położonych w Gminie Kobierzyce, których to zakres prac obejmował również bieżącą konserwację np. malowanie obiektów przystankowych, a wykonawca CELMAR mógł ogólną ilość konserwowanych obiektów wskazać w ilości 180, skoro definicja zamawiającego nosiła charakter niesprecyzowany i otwarty.
5. Prawidłową ilość obiektów tj. 381 podaną w treści wykazu, w zakresie poz. 4 potwierdza zaświadczenie wydane przez UM w Dąbrowie Górniczej.

Nie zaprzeczyły powyższym okolicznościom dowody przedstawione przez odwołującego

1. z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kobierzyce na remont wiat przystankowych stanowiących mienie Gminy Kobierzyce na okoliczność dotyczącą pozycji 8 wykazu, że liczba obiektów przystankowych podanych przez przystępującego była zawyżona. Prawidłowo przyjął przystępujący za obiekt „wszystkie elementy składające się na infrastrukturę przystankową - znaki przystankowe, ławki, gabloty, itp.”, gdyż upoważniła go do tego zastosowany przez zamawiającego w SIWZ otwarty opis danego warunku.
2. SIWZ w innym postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wrocław dot. poz. 11 - rozwieszenia rozkładów jazdy i informacji pasażerskich na przystankach komunikacji zbiorowej, organizowanym przez ww. Gminę. Sam zamawiający potwierdził, że w

skład przedmiotowego postępowania wchodziło rozwieszanie rozkładów jazdy oraz informacji pasażerskich dla różnych przewoźników, i mogło to dotyczyć 750 obiektów.

3. W zakresie poz. 4 twierdzeniem i dowodom odwołującego, że suma wiat wynosiła 78, zaprzeczyło zaświadczenia wydane przez UM w Dąbrowie Górniczej, które potwierdziło - 381 obsługiwanych obiektów. Ilość obiektów infrastruktury przystankowej nie musiała być zbieżna z ilością wiat.

Izba uznała jednocześnie, że udostępnienie potencjału na rzecz przystępującego CELMAR przez podmioty trzecie w poz. 10 i 12 wykazu VIB, tj. przez firmę CIVITAS A.M. i WIR-MAR M.S. nastąpiło skutecznie o czym szerzej w punkcie Ad. III zarzutów odwołania. Udostępnienie potencjału przez firmę ARRET Sp. z o.o. odnosiło się w zasadzie do Załącznika nr VIA, a pozycja 9 wykazu VIB nie została przystępującemu zaliczona z braku referencji. Dlatego też kwestionowanie skuteczności udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez firmę ARRET Sp. z o.o. było bezprzedmiotowe.

W ocenie Izby, skoro została wybrana jako najkorzystniejsza oferta firmy CELMAR Sp. z o.o. na część 2 zamówienia, a na zadanie nr 1 oferta tego wykonawcy została ostatecznie odrzucona, można było nawet rozważać, że dla realizacji jednej z części przedmiotowego zamówienia było wystarczające doświadczenie na poziomie - minimum 700 obiektów, gdyż takie byłoby wymagane i wystarczające, gdyby którykolwiek z wykonawców ubiegał się jedynie o jedną z części zamówienia.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Przystępujący CELMAR wykazał doświadczenie przewyższające poziom 1400 obsługiwanych obiektów infrastruktury przystankowej.

Ad. Zarzut III. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanych przepisów, pomimo, iż wykonawca ten powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, jednocześnie nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zamawiający zamieścił w 9.2.7. SIWZ informację, że w sytuacji, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty

dotyczące:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Żądanie według punktu 17 SIWZ pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumentów dotyczących:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

- znajduje umocowanie w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231), który w celu oceny czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów może żądać dokumentów, o których mowa w SIWZ.

Wykonawca CELMAR Sp. z o.o. w wykazie zrealizowanych usług umieścił pozycje wykonane przez podmioty trzecie, które na jego rzecz zobowiązały się użyć potencjału wiedzy i doświadczenia, tj.:

- 1) Oświadczenie WIR-MAR M.S. o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla CELMAR Sp. z o.o. o treści: *„na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni. WIR-MAR w okresie i w związku z realizacją przywołanego wyżej zamówienia, w ramach zawartej umowy o współpracy prowadzić będzie na rzecz CELMAR Sp. z o.o. działalność doradczą i consultingową w zakresie procesu utrzymania, konserwacji i wykonania obiektów infrastruktury przystankowej gwarantującą należyte wykonanie zobowiązania. Wspomniane czynności będą wykonywane osobiście przez p. M.S.”* (poz. 12 Wykazu);
- 2) Oświadczenie A.M. firmy CIVITAS o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla CELMAR Sp. z o.o. o treści: *„na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z*

podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni. A.M. firma CIVITAS w okresie i w związku z realizacją przywołanego wyżej zamówienia, w ramach zawartej umowy o współpracy prowadzić będzie na rzecz CELMAR Sp. z o.o. działalność doradczą i consultingową w zakresie procesu utrzymania, konserwacji i wykonania obiektów infrastruktury przystankowej gwarantującą należyte wykonanie zobowiązania. Wspomniane czynności będą wykonywane osobiście przez p. A.M.” (poz. 10 Wykazu).

Izba miała na uwadze, iż niezbędne elementy, tj.:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu - wiedza i doświadczenie (w zakresie dokładnie opisanym i potwierdzonych dokumentami należytego wykonania usług z poz. 10 i 12 wykazu Załącznika VIB),
 - b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia - działalność doradcza i konsultingowa w zakresie procesu utrzymania, konserwacji, obiektów infrastruktury przystankowej,
 - c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem - umowa o współpracy,
 - d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia - na czas realizacji dla ZDiUM we Wrocławiu zamówienia pt. „Obsługa obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: Zadanie 1: rejon zachodni, Zadanie 2: rejon wschodni”,
 - e) deklarowany osobisty udział w formie doradztwa przez A.M. i M.S.
- w złożonych zobowiązaniach tych podmiotów trzecich zostały ujęte w sposób minimalny, ale wystarczający - wynikający z dyspozycji przywołanych wyżej norm i wymagań SIWZ. Ponadto, podmiot który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów nie ponosi winy - co dodatkowo uwiarygodnia złożone w tym zakresie oświadczenia.

W odniesienia zaś do sposobu udostępnienia zasobów poprzez doradztwo i konsultacje, Izba odniosła je do opisu przedmiotu zamówienia, który obejmuje według Części III SIWZ.

1. Obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania.2. Zakres zamówienia:

a) utrzymanie w czystości i należyłym stanie estetycznym (w tym dokładne mycie i bieżące usuwanie nielegalnych reklam, ogłoszeń, napisów, graffiti, itp.) obiektów wyposażenie przystanków oraz mebli miejskich pozostających w zarządzie Zamawiającego, a w szczególności:

- słupków przystankowych ze znakami D-15 i D-17 oraz gablotami informacyjnymi,

- pylonów przystankowych, paneli informacyjnych i paneli z nazwą przystanku,
 - ławek wolnostojących zamontowanych na przystankach,
 - gablot informacyjnych w wiatkach i gablot wolnostojących,
 - wiat przystankowych,
 - mebli miejskich, i
 - urządzeń Dynamicznej Informacji Pasażerskiej,
- b) utrzymanie należytego stanu technicznego obiektów, zapewniającego bezpieczeństwo pasażerom i innym uczestnikom ruchu,
- c) utrzymywanie należytego stanu technicznego instalacji elektrycznej w wiatkach oraz niezwłoczne zabezpieczanie ich w przypadku uszkodzeń (granica eksploatacji instalacji elektrycznej jest zacisk wyjściowy zabezpieczenia znajdującego się w słupie oświetlenia ulicznego),
- d) niezwłoczne zabezpieczenie obiektów w przypadku uszkodzeń oraz zniszczeń powstałych wskutek wandalizmu, kolizji drogowych lub działania sił przyrody,
- e) wykonanie nowych słupków przystankowych, ławek, gablot informacyjnych oraz ich elementów,
- f) wykonanie konstrukcji wiat przystankowych,
- g) montaż i demontaż obiektów oraz ich elementów,
- h) naprawę i remont obiektów, w tym kompleksowy remont konstrukcji ścian i dachów wiat przystankowych,
- i) wykonanie i naprawę utwardzeń gruntu w obrębie wiat przystankowych,
- j) wykonywanie nad rowami i przy rowach konstrukcji z betonu zbrojonego, celem ustawienia wiaty na przystanku,
- k) wykonanie instalacji elektrycznej do wiat przystankowych na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego projektu wykonawczego,
- l) naprawa instalacji elektrycznej do wiat przystankowych,
- m) ustawianie i demontaż tymczasowych słupków przystankowych i tymczasowych ławek wolnostojących oraz zakładanie i zdejmowanie pokrowców zasłaniających znaki D-15 i D-17,
- n) umieszczanie w gablotach informacyjnych rozkładów i informacji dotyczących linii autobusowych funkcjonujących poza komunikacją miejską organizowaną przez Gminę Wrocław (np. przewoźników PKS),
- o) naprawę, remont i wykonanie mebli miejskich,
- p) awaryjne otwieranie boksów rowerowych - dotyczy zadania 2 rejon „wschodni”.

Przy czym ww. prace o poważniejszym ciężarze gatunkowym remont, wykonanie wiat - odnosiły się do załącznika VI A, którego odwołujący w ofercie CELMAR nie kwestionował. Usługi referencyjne bieżącego utrzymania obiektów infrastruktury

przystankowej - były zamieszczone w Zał. VIB.

Biorąc pod uwagę powyższy zakres zamówienia Izba uznała, że nie jest on na tyle skomplikowany, aby wymagał nieodzownie udziału podmiotu udostępniającego zasoby w charakterze podwykonawcy. Sposób udostępnienia zasobów poprzez doradztwo i konsulting mieści się w przyjętych w praktyce sposobach korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich i może dotyczyć mniej złożonych zamówień, czy zamówień o niewielkim zakresie w stosunku do całości zamówienia. Prace przy utrzymaniu i konserwacji obiektów infrastruktury przystankowej mają charakter powtarzalnych, rutynowych czynności, np. mycia, czyszczenia, zrywania nielegalnych reklam.

Zarzuty odwołującego, kwestionujące że osoby wskazane w zobowiązaniach jako osobiście mające świadczyć owe usługi doradcze same nie mają kwalifikacji w tym zakresie - pozostały przez odwołującego nie dowiedzione. A.M. firma CIVITAS oraz M.S. firma WIR-MAR prowadzą jednoosobową działalność gospodarczą – należycie zrealizowali zamówienia, które jako swoją wiedzę i doświadczenie udostępnili przystępującemu, zatem trudno im odmówić odpowiednich kwalifikacji.

Zamawiający nie ustanowił warunku, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem przy wykonywaniu jednej usługi obejmującej 1400 obiektów, dopuścił wielość usług na taką ilość obiektów się składających, w ślad za tym i w tej formie mógł być udostępniony potencjał wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie. Podążając za tokiem rozumowania odwołującego, to nawet wykonawca, który w całości opierałby się na potencjale własnym, ale składającym się kilku usług referencyjnych, również nie miałby wiedzy i doświadczenia aby organizacyjne obsługiwać zamówienie o porównywalnej wielkości 1400 obiektów infrastruktury przystankowej. Zdaniem Izby nie jest tu istotna sama ilość obiektów infrastruktury przystankowej, lecz powtarzalny charakter tych samych czynności. Stronę organizacyjną przedmiotowego zamówienia zamawiający natomiast zabezpieczył, żądając wykazania potencjału technicznego i potencjału osób, które będą wykonywać zamówienie, które w ofercie przystępującego nie było podważane odwołaniem.

Kwestionowane przez odwołującego oświadczenia o udostępnieniu wiedzy doświadczenia na rzecz CELMAR, aczkolwiek związane w treści, w ocenie Izby zawiera konieczne elementy, aby mogło zostać przyjęte przez zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego i zamawiającego, że przystępujący CELMAR spełnił wymóg udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, przy czym polegał w tym zakresie w części na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew zarzutom odwołującego, złożone oświadczenia A.M. firmy CIVITAS oraz M.S.

firmy WIR-MAR wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącą że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu oraz w SIWZ, w ślad za przytaczanym przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zawarł to odniesienie w postanowieniach SIWZ oraz sprecyzował dalsze wymagania wynikające z treści § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), gdyż w SIWZ postanowił, *„iż wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:*

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Zgodnie z przywoływaną wyżej regulacją, dane te mają służyć zamawiającemu jako narzędzie oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Zdaniem Izby czynności zamawiającego przeprowadzone zostały w sposób poprawny i dostosowany do wytycznych ustawowych.

Nie można było, bowiem dokonywać tej oceny w oderwaniu od całego zaistniałego kontekstu sytuacyjnego w danym postępowaniu przetargowym.

Po pierwsze, przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, obejmuje bieżące utrzymanie infrastruktury przystankowej. Z tych też względów udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia mogło się ograniczać do różnych form „doradztwa” i nie łączyć z bezpośrednim zaangażowaniem podmiotu udostępniającego ten zasób w realizację usługi, gdyż przewidziane prace wraz z pracami porządkowymi, np. czyszczenie wiat i zdejmowanie nielegalnych reklam nie cechują się szczególnym skomplikowaniem, co oznaczało że mogą je wykonywać osoby przyuczone w niezbędnym stopniu, które otrzymają bieżące polecenia

sposobu wykonania prac.

Ustawodawca nie bez powodu zaznaczył, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Istotne jest zatem, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby realne wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiącego wytyczne dla stosowania prawa krajowego w tym zakresie. W ujęciu przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. A więc chodzi o ustalenie adekwatnej sytuacji, zaistniałej w konkretnym postępowaniu.

Zamawiający w sposób poprawny zweryfikował i upewnił się, że wykonawca CELMAR będzie realnie mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby podmiotów trzecich przez cały czas wykonywania zamówienia, gdyż ma do nich rzeczywisty dostęp.

Nie znajdowały zatem pokrycia w ustalonych faktach, zarzuty odwołującego, iż udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez A.M. firmy CIVITAS oraz M.S. firmy WIR-MAR ma charakter fikcyjny, służący jedynie wypełnieniu przesłanek formalnych.

W końcu trzeba też mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp przepis, iż podmiot który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy - stworzył dodatkowe gwarancje - w sposób istotny zwiększające wiarygodność składanych oświadczeń w tym zakresie. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Ad. Zarzut IV. Naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na podstawie wskazanego przepisu, pomimo, iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, tj. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a zamawiający posiada lub powinien posiadać dowody na tę okoliczność.

Odwołujący ograniczył się do przytoczenia części przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Przepis ten w całości ma treść: Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zamawiający w warunkach SIWZ zapowiedział, że: *„wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Ocena zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do jego rzetelności zostanie dokonana na podstawie załączonej do oferty „Informacji o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach”. Zamawiający będzie badać, czy stwierdzone fakty niewykonania lub nienależytego wykonania wskazują na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Zamawiający nie wykluczy z postępowania Wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.”*

Izba stwierdziła, że treść załącznika XI „Informacji o niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówieniach” – akcentując fakt rozwiązania umowy z wykonawcą zamówienia - nawiązuje do brzmienia uchylonego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, który stanowił, że z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Załącznik Nr XI ma bowiem treść: *„W poniższej tabeli należy wskazać czy Wykonawca, członek Konsorcjum, w związku z realizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed*

upływem terminu składania ofert zamówieniami na dostawy, usługi lub roboty budowlane miał lub ma: (należy wpisać TAK lub NIE) przypadki rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie należy załączyć do oferty opis danego przypadku ze wskazaniem, jakie działania Wykonawca podjął lub zamierza podjąć w celu wyeliminowania podobnych przypadków w przyszłości wg wzoru: Nazwa zamówienia, Nazwa Zamawiającego, Termin umowny rozpoczęcia zakończenia, Opis przypadku. Uwaga: Zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.”

Stosowanie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jest dla zamawiającego fakultatywne, jeżeli jednak zapowiedział w warunkach zamówienia stosowanie danego przepisu, obowiązany jest dochować wszystkich wymagań tej normy.

Odwołujący nie wykazał ziszczenia się wszystkich łącznych przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, wobec wykonawcy CELMAR, które obejmowałyby razem:

- a) okres 3 lat przed wszczęciem postępowania,
- b) zawinione, zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo tego wykonawcy,
- c) poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę CELMAR,
- d) nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia,
- e) zdolność zamawiającego do wykazania powyższego za pomocą dowolnych środków dowodowych,
- f) przewidzenie takiej możliwości wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- g) z uwzględnieniem przesłanek negatywnych - niewykluczenia z postępowania wykonawcy, który:
 - udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości
 - oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Bezsporne pozostawało, że przystępujący CELMAR zapłacił zamawiającemu kary umowne w związku z realizacją umów na:

- 1) Obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli

miejskich z podziałem na zadania: rejon zachodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014,

2) Obsługę obiektów wyposażenia przystanków wrocławskiej komunikacji zbiorowej i mebli miejskich z podziałem na zadania: rejon wschodni (utrzymanie, konserwacja obiektów infrastruktury przystankowej; ponad 700 obiektów); wartość zadania brutto - ponad 1 050 000 zł; termin realizacji 15.02.2014-31-12.2014.

W ocenie Izby nie jest to jednak równoznaczne z przyjęciem zawinionego, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ze strony wykonawcy CELMAR Sp. z o.o. Zaistnienie zdarzeń uprawniających zamawiającego do naliczenia kar umownych, nie ogranicza się do zamierzonego działania wykonawcy, czy jego rażącego niedbalstwa, zakładającego szczególnie nasilenie złej woli wykonawcy, może bowiem wynikać ze zwykłego niedotrzymania obowiązków określonych w umowie, których wykonanie zamawiający zabezpieczył karami umownymi, np. opóźnieniem w realizacji oznaczonego obowiązku, nawet nie związanego ze zwłoką wykonawcy.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 34/15. Przedmiotem rozpoznania w tej sprawie było jednak wezwanie wykonawcy CELMAR do uzupełnienia wykazu usług. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę był zatem ten zarzut, a nie ocena czy okoliczności danego przypadku kwalifikowały się do zastosowania wobec wykonawcy CELMAR sankcji wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r. ograniczyła się jedynie do stwierdzenia, okoliczności bezspornych - faktu zapłaty kar przez wykonawcę CELMAR oraz uznała, że w związku z niewłaściwym wykonaniem zamówienia na rzecz zamawiającego - wezwanie wykonawcy CELMAR do uzupełnienia wykazu wykonanych usług było uzasadnione. Dlatego też powoływanie się na ustalenia tegoż wyroku przez odwołującego w aspekcie wykazania przesłanek naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR z tej podstawy prawnej nie znajduje usprawiedliwionych racji.

W szczególności odwołujący wykonawca, mimo że świadczy dane usługi na rzecz zamawiającego - co potwierdza przedłożony przez niego wykaz zrealizowanych zamówień - nie mógłby wiążąco wypowiadać w przedmiocie zdolności zamawiającego do wykazania za pomocą dowolnych środków dowodowych zawinionego, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy CELMAR w aspekcie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie każde nieprawidłowe wykonanie zamówienia stanowi postawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, natomiast upoważnia zamawiającego do nieuwzględnienia danej usługi referencyjnej przy ustalaniu

wiedzy i doświadczenia wykonawcy. W przeciwnym wypadku przepis o wykazywaniu zarówno zamówień wykonanych należycie, jak i zamówień wykonanych nienależycie byłby nieracjonalny, skoro każde nieprawidłowe wykonanie zamówienia równałby się z wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Ad. Zarzut 5. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CELMAR na zadanie 1, z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających. Wobec ustalonych okoliczności, że wykonawca CELMAR Sp. z o.o. nie zaskarżył odwołaniem powyższej czynności zamawiającego, zarzut nie mógłby podlegać uwzględnieniu w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nawet ewentualne uchybienia zamawiającego nie miały i nie mogą mieć wpływu na ostateczny wynik postępowania w części 1 zamówienia, co powoduje bezprzedmiotowość tych zarzutów - na etapie orzekania przez Izbę, w oparciu o art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Finalnie zarzut ten nie został także podtrzymany przez odwołującego.

Zauważalny był brak precyzji i niejednoznaczności w dyspozycjach zamawiającego. Zaznaczyć przy tym należy, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny, spójny i jasny. Jednoznaczne opisywanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontrydyczny, jednakże pełna dokumentacja przetargowa - jako materiał dowodowy tej sprawy, przytoczony wyżej w przedstawieniu tego materiału oraz inne wnioskowane i przeprowadzone dowody - nie potwierdziły trafności zarzutów odwołującego wobec oferty wykonawcy CELMAR Sp. z o.o., tj. nie potwierdziły naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przepisów, a wybór oferty wykonawcy CELMAR na część 2 zamówienia nie naruszył dyspozycji art. 91 ust. 1 tej ustawy ani zasad rządzących postępowaniem według reguł art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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:

.....