

WYROK
z dnia 25 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2019 r. przez wykonawcę Auto - Trans Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Żory

przy udziale wykonawcy G.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.G. w Żorach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części obejmującej zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Gminie Miejskiej Żory unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy G.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.G. w Żorach wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miejską Żory i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego - Gminy Miejskiej Żory na rzecz odwołującego Auto - Trans Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Gierałtovicach kwotę **18 900 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Żory prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg, chodników, schodów terenowych, parkingów w Gminie Miejskiej Żory w sezonie 2019-2020 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 157-388273. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 8 listopada 2019 r. wykonawca Auto - Trans Asfalty Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę G.S., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy pomimo, że nie odpowiada ona treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę G.S. oraz uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w złożeniu odwołania, gdyż jego oferta znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert, a zatem zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego przekłada się na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przywołał treść warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5 ppkt 2 lit. c) w zw. z pkt 5A ppkt 3 lit. a) SIWZ. Wskazał, iż wybrany wykonawca przedstawił w swojej ofercie jako dokumenty potwierdzające wykonanie usługi jedynie ofertę, faktury i karty pracy wystawiane Odwołującemu z racji dostarczania mu sprzętu do realizacji zamówienia odpowiadającego żądanemu doświadczeniu, a realizowanemu przez Odwołującego na rzecz Gminy Miejskiej Żory (załącznik do wyjaśnień z dnia 18 października 2019 r.). Oferta firmy G.S. nie została przez Odwołującego zaakceptowana, zleceniobiorca otrzymał jedynie zlecenie sprzętowe (w

załączeniu do odwołania Odwołujący przedstawił kopię zleceń z dnia 1 grudnia 2017 i 24 października 2018). Zdaniem Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 18 października 2019 r. Zamawiający został wprowadzony w błąd, iż pomiędzy usługodawcą i wynajmującym sprzęt firmą G.S. istniała umowa ustna. Odwołujący podkreślił, że Członek Komisji Przetargowej jak i osoba odpowiedzialna za zimowe utrzymanie dróg w Gminie Miejskiej Żory w latach ubiegłych potwierdza opinię, że firma G.S. nie wykonywała ZUD w pełni wszystkich zadań zgodnie z SIWZ pkt 3.1 (a, b, c, d, e, f) a tym samym nie wykonywała samodzielnie ww. zadań ZUD. Firma G.S. wykonywała zadania z punktu 3.1 c i d na polecenie dyżurnego akcji zima z ramienia Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o., pełniącego dyżur dla Gminy Miejskiej Żory w sezonie 2017-2018 i 2018-2019. Wybrany wykonawca nie był stroną umowy i nie realizował przedmiotowej usługi – na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył kopie umów z Gminą Miejska Żory. Dalej Odwołujący wskazał, iż nie jest prawdą, że wybrany wykonawca nie mógł uzyskać referencji ze strony Odwołującego na wynajem sprzętu, bowiem wcale się o nie ubiegał. Zauważył także, że wybrany wykonawca twierdził w piśmie z 16 października 2019 r., że wykonywał usługi na rzecz Spółdzielni, która jednakże wskazała pismem datowanym na 21 października 2019 r., iż usługa wykonywana była na drogach o długości 27,5 km - wprowadzając Zamawiającego w błąd art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności wskazują, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a wybrany wykonawca powinien zostać z postępowania wykluczony.

Zamawiający w dniu 21 listopada 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ i nie sposób odnieść się do tego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż zarówno w faktur, jak i ofert przedłożonych przez wybranego wykonawcę wynika, że przedmiotem usługi realizowanej na rzecz Odwołującego było ZUD. Zauważył, że Odwołujący opłacał wystawiane faktury przez dwa lata nie kwestionując ich, a także przyznał, że wybrany wykonawca wykonywał zadania z punktu 3.1 lit. c i d SIWZ – odśnieżał, pługował i usuwał śliskość drogową, czyli zdaniem Zamawiającego realizował usługę ZUD. Zamawiający podniósł, że to, jak należy definiować ZUD wynika z treści ogłoszenia (sekcji II.1.3). W jego ocenie nie budzi wątpliwości, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył jedynie wykonywania usługi polegającej na odśnieżaniu, pługowaniu, usuwaniu śliskości zimowej poprzez posypywanie piaskiem, solą dróg, chodników, parkingów, ręczne usuwanie śniegu i śliskości zimowej ze schodów terenowych.

Interpretacja ZUD jedynie w oparciu o pkt 3 SIWZ jest nieuzasadniona i powinna uwzględniać treść ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający dodał, że z dokumentacji przedstawionej przez wybranego wykonawcę wynika, że samodzielnie prowadził on i koordynował akcję zima na powierzonym mu przez Odwołującego terenie. Zamawiający odniósł się także do stanowiska wyrażonego przez jednego członka komisji przetargowej, wskazując, że zostało ono oparte na błędnym definiowaniu ZUD. Dalej Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca nie ubiegał się o referencje na wynajem sprzętu – materiał dowodowy potwierdza, że przedmiotem umowy łączącej wybranego wykonawcę z Odwołującym nie był wynajem sprzętu, a świadczenie usługi polegającej na ZUD. Wykonawca ubiegał się o referencje na realizację ZUD, ale Odwołujący odmówił mu ich wystawienia, dlatego złożone zostało oświadczenie własne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że nie można czynić wykonawcy zarzutu, że wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie długości km drogi utrzymywanej podczas realizacji usługi na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Żory, skoro swoją deklarację oparł on na informacjach uzyskanych od Spółdzielni (pismo z 13 września 2019 r.). Późniejsza weryfikacja długości drogi przez SM Żory (po złożeniu oświadczenia przez wykonawcę) nie może mieć wpływu na ocenę tego oświadczenia.

Wykonawca G.S. w dniu 21 listopada 2019 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że jego oferta została sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wybrany wykonawca podniósł m.in., że oferta, która była podstawą do realizacji prac na rzecz spółki Auto Trans Asfalty Sp. z o.o., obejmowała stawkę za dobowe utrzymanie poszczególnych rejonów w danej lokalizacji z użyciem odpowiedniego sprzętu oraz z użyciem materiałów, a także obejmowała stawkę za dobę akcji biernej. Pisemne potwierdzenia przez przedstawiciela Odwołującego wykonanych przez wykonawcę usług (przekazane Zamawiającemu w ramach wyjaśnień), poświadczają w określonych terminach realizację akcji biernej lub akcji czynnej z piaskowaniem lub bez piaskowania. Usługa - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie polegała na wynajmie sprzętu, o czym świadczy rozliczanie prac za usługę utrzymania dróg, w tym akcję bierną/czynną, czy też uwzględnienie w ofercie składanej do Odwołującego materiałów uszorstniających drogi i chodniki (z wyłączeniem soli). Również wykorzystanie materiałów uszorstniających w ramach realizacji usługi, było potwierdzane w formie papierowej ewidencji zatwierdzanej przez pracownika Odwołującego. Zdaniem wykonawcy to potwierdza, iż usługa realizowana na rzecz Odwołującego dotyczyła kompleksowej usługi zimowego utrzymania dróg w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Wykonawca G.S. wyjaśnił także, że złożone w postępowaniu nie były kartami pracy, lecz dokumentami potwierdzającymi realizację usługi. Za nieprawdziwe uznał

twierdzenia Odwołującego, że przekazywał sprzęt Odwołującemu do realizacji usługi.

Dalej wykonawca wskazał, że nie mógł uzyskać od Odwołującego referencji na wynajem sprzętu, ponieważ nie ubiegał się o takie referencje, gdyż nie świadczył dla Odwołującego usługi na wynajem sprzętu. Wyjaśnił, iż w piśmie do Zamawiającego oświadczył, że Odwołujący odmówił mu wystawienia pisemnych referencji do przedmiotowego postępowania. Zwrócił także uwagę, że dotychczas Odwołujący nie kwestionował faktur wystawionych przez niego za realizację usługi, a realizację prac zaczął podważać dopiero, gdy wziął udział w przedmiotowym postępowaniu. Następnie podniósł, że bez znaczenia jest opinia jednego z członków komisji przetargowej, na którą powołano się w odwołaniu, ponieważ komisja przetargowa dokonała wyboru oferty wykonawcy G.S. jako najkorzystniejszej. Wyjaśnił także, że umowa pisemna pomiędzy nim a Odwołującym nie została nigdy zawarta. Odwołujący będąc świadomym, że zlecenie podwykonawstwa wymaga szeregu czynności nie zgłosił go jako podwykonawcy, a zamówienie zostało wystawione na „wynajem sprzętu” przy czym w treści powołano się na ofertę dotyczącą zimowego utrzymania dróg. Określone w zleceniu na wynajem sprzętu stawki za dobę, są tymi samymi, które widniały w ofercie wykonawcy S.G. dotyczącej kalkulacji cenowej za dobowe utrzymanie poszczególnych rejonów wraz z materiałami. Dodał, że w załączonym do odwołania zleceniu widnieje zapis „zgodnie z przesłaną ofertą”. Oferty zawierały informację, że ceny ujęte w kalkulacji za dobowe utrzymanie dróg zawierają koszt piasku uszarpowania dróg i chodników. Również w potwierdzeniach wykonania usługi widniej zapis „piaskowanie” - co potwierdza, że prace realizowane przez wykonawcę obejmowały zimowe utrzymanie dróg, chodników, schodów, parkingów, nie zaś wynajem sprzętu (lub jak to określił Odwołujący - dostarczenie sprzętu).

Odnosząc się do realizacji usług na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Żory wykonawca wskazał, iż złożył w postępowaniu dokument potwierdzający, że w okresie ponad 2 miesiące należycie zrealizował usługę ZUD na drogach o łącznej długości ponad 30km. W jego ocenie również codzienne świadczenie usługi ZUD o długości kilkunastu kilometrów, a łącznie ponad 200 km w okresie 2 miesiące, mogłoby stanowić aspekt do zastanowienia się w zakresie możliwości spełnienia warunku.

Odwołujący w dniu 21 listopada 2019 r. złożył dalsze pismo procesowe, zawierające uzupełniającą argumentację oraz dowody na poparcie stawianych twierdzeń – oświadczenie Odwołującego, że wykonawca G.S. nie zwracał się do niego o wystawienie referencji, wydruki z tzw. księgi akcji zima oraz noty korygujące do faktur wystawionych przez ww. wykonawcę za realizację spornej usługi.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę G.S. wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym (w tym wezwania Zamawiającego z dnia 26 września 2019 r., 1 października 2019 r., 14 października 2019 r., 16 października 2019 r., 21 października 2019 r. i pisma Przystępującego złożone w odpowiedzi na te wezwania), pismo Zamawiającego z dnia 10 października 2019 r. do Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach oraz odpowiedź Spółdzielni na to pismo, wezwanie z dnia 22 października 2019 r. skierowane do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego na to wezwanie, zawiadomienie z dnia 29 października 2019 r. o wyborze ofert najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, piśmie procesowym Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 października 2019 roku. Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów załączonych do pism Odwołującego na okoliczności w tych pismach wskazane, tj. kopii zleceń na wynajem sprzętu z 1 grudnia 2017 r. i 24 października 2018 r., kopii umów Odwołującego z Gminą Miejską Żory na ZUD 2017-2018 i 2018-2019, oświadczenia Odwołującego w zakresie wniosku Przystępującego o wystawienie referencji, wydruków z „księgi akcji zima” oraz not korygujących.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu (krótki opis przedmiotu zamówienia) wskazano:

- prowadzenie i koordynowanie akcji zima,
- dostarczanie materiałów uszorstniających na pobocza dróg,
- zimowe utrzymanie (odśnieżanie, pługowanie, usuwanie śliskości zimowej poprzez posypywanie piaskiem, solą dróg, chodników, parkingów, ręczne usuwanie śniegu i śliskości zimowej ze schodów terenowych) w Gminie Miejskiej Żory w sezonie 2019/2020
- wywożenie śniegu,
- prace naprawcze po zakończeniu akcji zima.

Analogiczne postanowienie znalazło się w punkcie II.2.4 ogłoszenia (opis zamówienia).

Zgodnie z Rozdziałem 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest: zimowe utrzymanie dróg, chodników, schodów terenowych, parkingów w Gminie Miejskiej Żory w sezonie 2019-2020 r. Usługa ta polega na:

- a) prowadzeniu i koordynowaniu akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego,
- b) dostarczaniu materiałów uszorstniających na pobocza dróg w miejscach i ilościach wskazanych w załączniku nr 3,
- c) odśnieżaniu ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego,
- d) usuwaniu śliskości zimowej (gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego,
- e) wywożeniu śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego, zgodnie z pkt 5.4. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) pt. „Odśnieżanie drogi” – załącznik nr 4
- f) pracach porządkowych po zakończeniu akcji zimowej polegających na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania w terminie do 14 dni po zakończeniu akcji zimowej, zgodnie z pkt. 5.12. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) pt. „Zwalczanie śliskości zimowej na drodze - załącznik numer 5”.

W pkt 3.2) SIWZ wskazano, iż zamówienie dotyczy kompleksowego utrzymania dróg, chodników, schodów terenowych, parkingów, promenad w Gminie Miejskiej Żory (...).Z kolei w pkt 3.6) SIWZ podkreślono, że o rodzaju akcji w danym dniu i na danej drodze (akcja czynna, akcja bierna) decyduje wykonawca na podstawie występujących zjawisk atmosferycznych, prognoz atmosferycznych, uwzględniając ewentualne polecenia Zamawiającego (...).

W Rozdziale 5 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 5A ppkt 3a) SIWZ Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeśli wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy w tym okresie jedno zamówienie odpowiadające rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Przez usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rozumie się zrealizowanie co najmniej jednego zamówienia polegającego na zimowym utrzymaniu dróg o łącznej długości co najmniej 30 km. Zamówienie musi obejmować okres co najmniej 2 miesięcy. Wykonawca winien załączyć dowody określające czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie (w przypadku gdy usługa jest w trakcie realizacji - nie została zakończona - do dnia składania ofert, zrealizowany zakres usługi musi wynosić co najmniej 2 miesiące).

Zgodnie z Rozdziałem 7 pkt 7C ppkt 1 SIWZ Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący w JEDZ złożonym wraz z ofertą, w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazał na realizację usług:

1. odśnieżania dróg i chodników na dzielnicach Gminy Miejskiej Żory w sezonie zimowym 2018-2019 (1.11.2018 - 31.03.2019) na rzecz Odwołującego,
2. odśnieżania dróg i chodników na dzielnicach Gminy Miejskiej Żory w sezonie zimowym 2017-2018 (1.11.2017 - 31.03.2018) na rzecz Odwołującego.

Zamawiający w dniu 26 września 2019 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ w zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych. W treści wezwania wskazał m.in., iż z treści JEDZ nie wynika czy usługi, które wykonawca świadczył na rzecz Auto-Trans Asfalty obejmowały swoim zakresem zimowe utrzymanie dróg o łącznej długości co najmniej 30 km. Ponadto z podanego opisu wynika, że przedmiotem usług było jedynie odśnieżanie dróg i chodników natomiast warunek udziału

w postępowaniu dotyczył zimowego utrzymania dróg (ZUD). Zamawiający wskazał, iż zgodnie z punktem 3 SIWZ zimowe utrzymanie dróg, polega na:

- 1) prowadzeniu i koordynowaniu akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego,
- 2) dostarczaniu materiałów uszorstniających na pobocza dróg,
- 3) odśnieżaniu ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego,
- 4) usuwaniu śliskości zimowej (gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego,
- 5) wywożeniu śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego,
- 6) pracach porządkowych po zakończeniu akcji zimowej polegających na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania.

Odśnieżania dróg i chodników nie można zatem nazwać zimowym utrzymaniem dróg, a jedynie jego elementem. Istotną częścią zimowego utrzymania dróg jest prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na danym terenie, gdyż od skutecznego zarządzania tą akcją zależy ostateczny efekt wykonywanych usług. Zamawiający nie znalazł w opisie wskazanych usług informacji czy Przystępujący zajmował się w ramach przedmiotowych zamówień prowadzeniem i koordynowaniem akcji zimowej.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył poprawiony dokument JEDZ, w którym w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazał na realizację następujących usług:

1. „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2017-2018 o łącznej długości dróg przekraczającej 30 km obejmujące prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego; dostarczanie materiałów uszorstniających na pobocza dróg; odśnieżanie ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego; usuwanie śliskości zimowej (gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego, wywożenie śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego; prace porządkowe po zakończeniu akcji zimowej polegające na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania” - usługa realizowana na rzecz Odwołującego;
2. „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2018-2019 o łącznej długości dróg przekraczającej 30 km obejmujące prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego; dostarczanie materiałów uszorstniających na pobocza dróg; odśnieżanie ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego; usuwanie śliskości zimowej

(gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego, wywożenie śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego; prace porządkowe po zakończeniu akcji zimowej polegające na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania" - usługa realizowana na rzecz Odwołującego;

3. „Zimowe utrzymanie dróg i chodników na terenach podlegających pod Spółdzielnię Mieszkaniową w Żorach w latach 2015-2017 o łącznej długości dróg przekraczającej 30 km, obejmujące prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego; dostarczanie materiałów uszorstniających na pobocza dróg; odśnieżanie ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego; usuwanie śliskości zimowej (gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego, wywożenie śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego; prace porządkowe po zakończeniu akcji zimowej polegające na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania" - usługa realizowana na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Żory;
4. „Zimowe utrzymanie dróg i chodników na terenach podlegających pod Spółdzielnię Mieszkaniową w Żorach w latach 2017-2019, o łącznej długości dróg przekraczającej 30 km, obejmujące prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego; dostarczanie materiałów uszorstniających na pobocza dróg; odśnieżanie ulic, placów i chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego; usuwanie śliskości zimowej (gołoledzi) z ulic, placów, chodników oraz miejsc wskazanych przez Zamawiającego, wywożenie śniegu z chodników i ulic oraz innych miejsc ustalonych przez Zamawiającego; prace porządkowe po zakończeniu akcji zimowej polegające na naprawie szkód spowodowanych prowadzeniem zimowego utrzymania" - usługa realizowana na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Żory.

W piśmie przewodnim Przystępujący wyjaśnił także, iż w złożonym wcześniej dokumencie nastąpiło niepełne, a przez to błędne określenie opisu zrealizowanych usług. Prawidłowy zapis został zawarty w części IV poprawionego dokumentu JEDZ. Wskazał, iż prace świadczone były na rzecz Auto Trans Asfalty z siedzibą w Gierałtowicach w zakresie opisanym w pkt 3 SIWZ. Realizacja prac odbywała się w dzielnicach Gminy Miejskiej Żory, łączna długość utrzymania dróg znacznie przekraczała wymagane minimum 30 km. Obsługiwane rejony: Kleszczówka (29,76 km), Baranowice i Osiedla (140 km), Kleszczów (40 km), Rowień (51 km), Rój (56 km), Rogoźna (33 km), Osiny (17 km). Jednocześnie Przystępujący wskazał, iż w poprawionym dokumencie JEDZ w części IV kryteria kwalifikacji,

w sekcji C: Zdolność techniczna i zawodowa wprowadzone zostało dodatkowe 3 i 4 zadanie potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, realizowane na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach. Każde z wyżej opisanych zadań obejmowało zakres podany w punkcie 3 SIWZ, obejmowało utrzymanie dróg o łącznej długości przekraczającej 30 km oraz świadczone było przez okres przekraczający wymagane przez Zamawiającego minimum 2 miesiące.

W dniu 1 października 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, w tym wskazanych w pkt 7C ppkt 1 SIWZ. Przystępujący na wezwanie złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazał trzy usługi o nazwie „Zimowe utrzymanie dróg, chodników i parkingów” realizowane na rzecz SM w Żorach o łącznej długości dróg 32 km każda, w terminach odpowiednio 1.11.2016-31.03.2017, 1.11.2017-31.03.2018 oraz 1.11.2018-31.03.2019 oraz dwie usługi realizowane na rzecz Odwołującego o nazwach „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie 2017/2018 na dzielnicach Miasta Żory” oraz „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie 2018/2019 na dzielnicach Miasta Żory”. Przystępujący złożył ponadto referencje wystawione przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Żorach, gdzie wskazano, iż Przystępujący „realizował zadanie polegające na zimowym utrzymaniu własnym sprzętem dróg, chodników i parkingów będących w zasobach Spółdzielni w sezonie zimowym 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 na terenie około 32 km w sezonie, tj. od listopada do końca marca danego roku”, a także faktury VAT wystawione za usługę realizowaną na rzecz Odwołującego, gdzie jako nazwę wskazano „Zimowe utrzymanie dróg i chodników w sezonie zimowym 2017/2018 na dzielnicach Miasta Żory” oraz „Zimowe utrzymanie dróg i parkingów w sezonie zimowym 2018/2019 na dzielnicach Miasta Żory”.

Zamawiający pismem z dnia 10 października 2019 r. zwrócił się do Spółdzielni Mieszkaniowej Żory o wyjaśnienie czy usługa wskazana w referencjach złożonych przez Przystępującego w każdym z poszczególnych sezonów zimowych obejmowała zimowe utrzymanie dróg o łącznej długości co najmniej 30km z wyłączeniem długości parkingów i chodników. W odpowiedzi na powyższe, Spółdzielnia Mieszkaniowa Żory w piśmie z dnia 21 października 2019 r. wskazała, iż po analizie powierzchni i długości tras dróg zleconych do zimowego utrzymania Przystępującemu w sezonach zimowych określonych w referencjach, łączna długość trasy na drogach zrealizowanej usługi zimowego utrzymania wyniosła 27,50km bieżących. Długość ta nie obejmuje miejsc postojowych i wjazdów na parkingi oraz chodników, natomiast obejmuje drogi jezdne i pojarowe. Dodano, że obowiązkiem wykonawcy były wielokrotne przejazdy w ciągu dnia na powyższych trasach, według potrzeb wynikających z warunków atmosferycznych.

Równocześnie, pismem z dnia 14 października 2019 r., Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia dlaczego Przystępujący zakwalifikował wynajem sprzętu wraz z kierowcami na potrzeby wykonywania zamówienia przez Odwołującego jako realizację zamówienia. Zdaniem Zamawiającego pomimo, że Przystępujący był wynajmującym sprzęt z kierowcami, to nie realizował usługi, a jedynie wynajmował sprzęt, natomiast realizatorem usług był Odwołujący.

Przystępujący w piśmie z dnia 16 października 2019 r. wyjaśnił, iż przedmiotem realizacji zamówienia dla Odwołującego była kompleksowa realizacja zadania, nie zaś wynajem sprzętu wraz z kierowcami. Przystępujący wskazał, iż świadczył usługi jako podwykonawca Odwołującego realizując pełny zakres usługi w ramach wyznaczonych przez Odwołującego rejonów na terenie Żor. Na potwierdzenie powyższego przekazał kopię oferty z dnia 25.09.2018 r. jaka została przedstawiona Odwołującemu. Oferta ta została przyjęta i na jej podstawie realizowana była usługa zimowego utrzymania dróg. Oferta z dnia 25.09.2018 r. oraz zrealizowane pozytywnie zadania były podstawą do wystawiania comiesięcznych faktur, których kopie Przystępujący przekazał w załączeniu do pisma oraz były podstawą do zapłaty (Przystępujący złożył potwierdzenia przelewu). Na podstawie oferty z dnia 25.09.2018 r. Przystępujący realizował zimowe utrzymanie dróg na następujących terenach: Kleszczówka (29,76 km), Baranowice i Osiedla (140 km), Kleszczów (40 km), Rowień (51 km), Rój (56 km), Rogoźna (33 km), Osiny (17 km). Dalej Przystępujący wskazał, iż uwzględniając, że w przedmiotowym postępowaniu bierze udział wykonawca Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. na rzecz którego realizowane były wyżej wskazane prace, pomimo należytego wykonania prac na rzecz tej spółki (czego potwierdzeniem na obecnym etapie są zrealizowane płatności), Przystępujący może mieć trudności w otrzymaniu, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, wymaganych referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi. Dlatego niezależnie od powyższego w dokumencie JEDZ zawarte zostało drugie zadanie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zadanie realizowane było na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach. Zamówienia na rzecz Spółdzielni realizowane były przez okres 5-ciu miesięcy w sezonach 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019. Realizowane zamówienia polegały na zimowym utrzymaniu dróg o łącznej długości co najmniej 30 kilometrów w ramach każdego zamówienia z osobna. Na potwierdzenie należytego wykonania umowy, w załączeniu Przystępujący złożył referencje wystawione przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Żorach.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 16 października 2019 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak pewności czy oferta złożona Odwołującemu z dnia 25 września 2018 r. została przyjęta i to na jej podstawie była realizowana usługa ZUD, wezwał Przystępującego do złożenia kopii umowy łączącej go z Odwołującym, której przedmiotem

było ZUD lub innego dokumentu potwierdzającego, że taka oferta została przyjęta przez drugą stronę.

Przystępujący w odpowiedzi (pismo z 18 października 2019 r.) wyjaśnił m.in., iż wykonywanie usługi dla Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. nastąpiło w oparciu o umowę ustną. Z wiedzy posiadanej przez Przystępującego, Odwołujący nie dokonał zgłoszenia do Zamawiającego jego firmy jako podwykonawcy w umowie. W załączeniu do pisma Przystępujący przesłał kopię dwóch ofert jakie zostały złożone i przyjęte przez Odwołującego dla usług na lata 2017/2018 i 2018/2019. Oferty te zawierały poza podstawowym zakresem usługi, m.in. wycenę usługi związanej z akcją bierną oraz zawierały informację, iż kalkulacja cenowa za dobowe utrzymanie poszczególnych rejonów obejmuje koszt piasku do uszarystowania dróg i chodników. Przystępujący podniósł także, iż zgodnie ze standardami obowiązującymi przy wycenie usługi wynajmu sprzętu przy wynajmie sprzętu stosowane są m.in. stawki za wynajem sprzętu za motogodzinę pracy. „Ceny pracy maszyn i sprzętu budowlanego są to ceny zatrudnienia sprzętu lub środków transportu technologicznego, stosowane w kosztorysach budowlanych, oparte na cenach najmu z dodaniem ewentualnych kosztów jednorazowych. W przypadku sprzętu i środków transportu technologicznego nakłady rzeczowe ujęte w bazie katalogowej (KNR, KNNR, itp.), służącej najczęściej za podstawę sporządzania kalkulacji kosztorysowej, uwzględniają nie tylko czas bezpośredniej pracy sprzętu na stanowisku roboczym, ale i czas "znormowanych" przestojów, podczas których sprzęt nie wykonuje pracy użytkowej”. W przedstawionej ofercie dla spółki Auto Trans Asfalty brak jest wskazań, że temat dotyczy wynajmu sprzętu. Również sprzęt jakim prowadzone są akcje czynne jest zróżnicowany (o czym świadczy chociażby wykaz określony przez Zamawiającego w pkt 5.A. ppkt. 3b SIWZ - zasoby wymagane przez Zamawiającego, do których musi posiadać dostęp Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu), a wykorzystanie jego jest zależne od warunków pogodowych oraz potrzeb z tym związanych. Oferty dotyczyły wykonania usługi dla spółki Auto Trans Asfalty niezależnie od rodzaju sprzętu czy stosowanego materiału, a nie wynajmu sprzętu. Oferta obejmowała cenę ryczałtową za realizację kompleksowej usługi w danym rejonie za dzień świadczenia usługi. Za takie czynności były wystawiane faktury nie kwestionowane przez Odwołującego i w oparciu o nie dokonywane były płatności na rzecz mojej firmy. Wysokość stawki za motogodzinę pracy sprzętu jest uzależniona od jego rodzaju, więc z tego względu oferta przedstawiona Odwołującemu nie mogła dotyczyć wynajmu sprzętu, a dotyczyła kompleksowej usługi wraz z materiałem wskazanym w ofercie. Na potwierdzenie realizacji prac na rzecz Odwołującego w zakresie związanym z zimowym utrzymaniem dróg w ramach akcji czynnej i biernej Przystępujący przesłał w załączeniu wykaz potwierdzonych przez przedstawiciela Odwołującego realizacji utrzymania dróg, chodników schodów terenowych, parkingów

w Gminie Miejskiej Żory w ramach akcji czynnej, akcji biernej oraz akcji czynnej z posypywaniem, akcji czynnej z odśnieżaniem - w datach obejmujących okres świadczenia usługi.

Pismem z dnia 21 października 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do złożenia dowodów określających czy wskazane usługi zostały wykonane należycie, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Przystępujący nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – jego oświadczenie. Zamawiający wyjaśnił, że złożonych faktur nie można uznać za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, a co do zasady potwierdzić należyte wykonanie zamówienia może wyłącznie odbiorca świadczenia. Przystępujący w odpowiedzi wskazał, iż Odwołujący, który bierze udział w przedmiotowym postępowaniu, odmówił mu wystawienia pisemnych referencji. Przystępujący wskazał, iż dowodem na realizację usługi są m.in. dobowe potwierdzenia wykonywania usługi, których wykonanie potwierdzał własnoręcznym podpisem pracownik Odwołującego. Przystępujący oświadczył, że z przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać referencji od Odwołującego (wskazał, że z uwagi na fakt, że Odwołujący bierze udział w postępowaniu, to nie jest zainteresowany wystawieniem referencji). Oświadczył także, że wszystkie usługi zostały przez niego zrealizowane należycie.

Zamawiający, pismem z 22 października 2019 r., zwrócił się także do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień lub złożenie dodatkowych dokumentów, w szczególności umowy najmu sprzętu wraz z kierowcą pomiędzy Odwołującym a Przystępującym, na podstawie której Odwołujący przedstawia informacje, że Przystępujący nie zrealizował ZUD. Odwołujący w piśmie z dnia 24 października 2019 r. podtrzymał, że Przystępujący na jego rzecz nie realizował usługi ZUD, a jedynie usługi wynajmu sprzętu wraz z kierowcą na czas realizacji prac. Złożył kopie zleceń z dnia 1 grudnia 2017 r. i 24 października 2018 r. Wskazał, że umowy zawarte wówczas z Zamawiającym zawierały definicję Zimowego Utrzymania Dróg, w której zaledwie fragment wpisywały się prace wykonane przez Zleceniobiorcę. Podniósł, iż Przystępujący nie wykonywał prowadzenia i koordynowania akcji zimowej; projektu organizacji ruchu i zabezpieczenia ruchu na czas wywozu śniegu; informowania Gminy Miejskiej Żory o wszelkich sprawach dotyczących utrudnień w wykonywaniu zamówienia; przekazania codziennie Gminie Miejskiej Żory informacji o wykonanych na bieżąco pracach z podziałem na poszczególne drogi oraz znajdujące się w ich ciągu chodniki i obiekty inżynierskie; prowadzenia szczegółowej dokumentacji w „Książce akcji zimowej”; dostaw na bieżąco niezbędnej dla prawidłowego wykonania usług ilości materiałów rozmrażających; zapewnienia Gminie Miejskiej Żory dostępu do danych GPS; pełnienia całodobowego dyżuru (akcji czynnej i biernej) oraz podejmowania decyzji o zmianie akcji biernej na czynną. Odwołujący dodał, iż w raportach miesięcznych ZUD nigdy nie występował przedstawiciel firmy G.S.. Odwołujący

załączył także przykładową korespondencję mailową od Zamawiającego - Gminy Miejskiej Żory do Wykonawcy, iż zlecenia sprzętowe wykonywane przez firmę G.S. nie były wykonywane należycie i narażały zdrowie mieszkańców Żor. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż skoro wykonywał ZUD w latach 2017/2018 i 2018/2019, co zostało potwierdzone w otrzymanych referencjach, to a contrario nie mógł tego samego zakresu w tym samym czasie wykonywać inny podmiot. Oświadczył również, iż wysłał do Przystępującego noty korygujące do faktur w związku z błędnym opisem. Nazwa przed notą korygującą: „Zimowe utrzymanie dróg i parkingów (...)” a powinno być „Wynajem sprzętu wraz z kierowcą na okres prowadzenia akcji zima w Mieście Żory w sezonie zimowym(...)”. Dodał, że jego zdaniem, jeżeli Przystępujący uzupełniła swoje dokumenty o referencje/dowody na wykonanie ZUD dla Spółdzielni Mieszkaniowej Żory w ilości 30 km dróg, to wprowadził Zamawiającego w błąd i tym samym Zamawiający powinien skorzystać z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 października 2019 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego, która uzyskała najwięcej punktów według przyjętego kryterium oceny ofert (ceny).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części obejmującej zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zaktualizowała się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w ww. przepisie, bowiem Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5 ppkt 2c) w zw. z pkt 5A ppkt 3a) SIWZ. Powyższy uchybienie przejawiało się w dwóch aspektach.

Po pierwsze Izba stwierdziła, iż pomimo szeregu wezwań kierowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Przystępujący nie wykazał, że usługi realizowane na rzecz Odwołującego, na które powołał się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stanowiły zimowe utrzymanie dróg, o którym była mowa w treści warunku udziału w postępowaniu.

Nie budziło wątpliwości Izby, iż pojęcie „zimowego utrzymania dróg” (dalej także jako „ZUD”) użyte w treści spornego warunku należy interpretować w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r., sygn.

akt X Ga 457/16/za „wymagania w zakresie doświadczenia wykonawcy służą określönemu celowi – wykazaniu doświadczenia i wynikającej z niego zdolności do wykonania konkretnego zamówienia. Dlatego gdyby nawet przyjąć, że jest w niniejszej sprawie miejsce na wątpliwości co do rozumienia wskazanych wcześniej pojęć, to ewentualna ich interpretacja musi nastąpić przy uwzględnieniu tego, co jest przedmiotem zamówienia.” W ocenie Izby decydujące znaczenie dla ustalenia, jak rozumieć pojęcie zimowego utrzymania dróg, należy przypisać treści SIWZ. Co prawda w SIWZ Zamawiający nie zawarł wprost definicji ZUD, niemniej definicja ta pośrednio wynika z punktu 3 specyfikacji, gdzie zawarty został opis przedmiotu zamówienia i gdzie wskazano w sposób szczegółowy na czym polega usługa zimowego utrzymania dróg. Podkreślić trzeba, że usługa, jaką wykonawcy mieli wykazać się w celu spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, miała być zamówieniem odpowiadającym rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Zawarcie takiego odniesienia w treści warunku udziału potwierdzało, że warunek ten należy interpretować w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Z postanowień SIWZ, w szczególności punktu 3 odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny wynika zaś okoliczność, iż usługa zimowego utrzymania dróg nie ogranicza się wyłącznie do odśnieżania i usuwania śliskości zimowej, tj. do prac wskazanych w pkt 3.1 lit. c) i d) SIWZ, które Przystępujący realizował na rzecz Odwołującego. Istotnym elementem ZUD jest chociażby wyrażony w pkt 3.1 lit. a) SIWZ obowiązek prowadzenia i koordynowania akcji zimowej na ulicach, placach, chodnikach oraz miejscach wskazanych przez Zamawiającego. Obowiązek ten wskazuje, że zakres usługi ZUD jest szeroki i nie sprowadza się li tylko do odśnieżania i usuwania gołoledzi na polecenie usługodawcy, lecz do zarządzania całym procesem utrzymania dróg w okresie zimowym, tj. jego prowadzenia i koordynowania, decydowania o tym kiedy podjąć akcję czynną i jakich zasobów kadrowych, sprzętowych w tym celu użyć. Znajduje to potwierdzenie w treści SIWZ, gdzie w pkt 3.2) oraz 3.6) Zamawiający podkreślił, iż zamówienie dotyczy kompleksowego utrzymania dróg, a o rodzaju akcji w danym dniu i na danej drodze (akcja czynna, akcja bierna) decyduje co do zasady wykonawca na podstawie występujących zjawisk atmosferycznych, prognoz atmosferycznych. W ten właśnie sposób należało także interpretować pojęcie zimowego utrzymania dróg wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie przyznała racji Zamawiającemu, który wskazywał, iż pojęcie ZUD należy interpretować wyłącznie na gruncie treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe stanowisko nie znajduje oparcia w treści przepisów, ani w poglądach doktryny czy orzecznictwa. Słusznie podnosił Odwołujący, że ogłoszenie zawiera co do zasady krótki opis przedmiotu zamówienia, a jego szczegółowa specyfikacja znajduje się w SIWZ. Zamawiający w swoich wywodach

całkowicie pominął treść SIWZ i jej znaczenie dla interpretacji spornego warunku, deprecjonując jej wartość i nie odnosząc się do zakresu ZUD opisanego w SIWZ. Co istotne, argumentacja Zamawiającego prezentowana w postępowaniu odwoławczym pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego stanowiskiem zakomunikowanym Przystępującemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie, Zamawiający w treści skierowanego do Przystępującego wezwania z dnia 26 września 2019 r. do uzupełnienia JEDZ wprost wyjaśnił, że „Odsnieżania dróg i chodników nie można nazwać zimowym utrzymaniem dróg, a jedynie jego elementem. Istotną częścią zimowego utrzymania dróg jest prowadzenie i koordynowanie akcji zimowej na danym terenie, gdyż od skutecznego zarządzania tą akcją zależy ostateczny efekt wykonywanych usług”. Zamawiający sam zatem wskazał, że odsnieżanie to jedynie jeden z elementów zimowego utrzymania dróg i podkreślił wagę innego istotnego elementu tej usługi, tj. prowadzenia i koordynowania akcji zimowej.

Pomimo tak sformułowanego wezwania Przystępujący w wyjaśnieniach poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że zakres jego usług wskazanych w wykazie obejmował zakres podany w punkcie 3 SIWZ. Przystępujący na żadnym etapie wyjaśnień (przy czym podkreślić należy, że kwestia zakresu przedmiotowego usługi realizowanej na rzecz Odwołującego była przedmiotem szeregu wezwań) nie wykazał, że usługa ta stanowiła kompleksowe zimowe utrzymanie dróg, w szczególności, że do zadań Przystępującego należało także koordynowanie i prowadzenie akcji zima w powierzonych mu przez Odwołującego do utrzymania dzielnicach Miasta Żory. Na powyższe nie wskazuje żaden z dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także wykazy wykonanych prac potwierdzone podpisem Odwołującego. Przystępujący nie wyjaśnił nawet na czym konkretnie polegały jego zadania, a przede wszystkim czy to on samodzielnie odpowiadał za koordynowanie i prowadzenie prac w powierzonych mu dzielnicach, decydując o podjęciu danego rodzaju akcji i przyjmując za to odpowiedzialność, podczas gdy Zamawiający w wezwaniu zwracał uwagę na kluczowe znaczenie tego aspektu. W ocenie Izby samo sformułowanie „zimowe utrzymanie dróg” użyte przez Przystępującego w treści ofert czy faktur nie przesądza o faktycznym zakresie realizacji usługi. Twierdzenia Przystępującego, iż Odwołujący zaakceptował tak zatytułowane oferty, a faktury zaczął kwestionować dopiero na potrzeby przedmiotowego postępowania, również nie stanowią wystarczającego dowodu - sam Przystępujący zaakceptował przecież zlecenia wystawione przez Odwołującego, a zatytułowane „dostawa sprzętu wraz z kierowcą”, nie kwestionując wówczas, że użyta w zleceniach nazwa usługi może nie odpowiadać faktycznemu zakresowi realizacji usług. W ocenie Izby kwestia przyjętego nazewnictwa ma znaczenie drugorzędne - istotny jest faktyczny zakres prac realizowanych przez Przystępującego na rzecz Odwołującego. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że Przystępujący realizował na rzecz

Odwołującego część zadań powierzonych Odwołującemu na podstawie umów zawartych z Zamawiającym na zimowe utrzymanie dróg w Gminie Miejskiej Żory w sezonach 2017/2018 oraz 2018/2019, przy czym na jego podstawie w sposób nie budzący wątpliwości da się ustalić, że Przystępujący realizował prace wskazane w pkt 3.1 lit. c) i d) SIWZ, czyli jeden z elementów usługi ZUD. Analiza materiału dowodowego nie pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący wykazał, iż to on odpowiadał za prowadzenie i koordynowanie akcji zima we wskazanych dzielnicach Miasta Żory. Za niewystarczające w tym zakresie należy uznać ustne oświadczenie Przystępującego złożone na rozprawie, że to on był osobą do kontaktów w odniesieniu do realizacji usług na powierzonym mu obszarze. Odwołujący przeczył temu faktowi, wskazując, iż Przystępujący realizował zadania na polecenie dyżurnego akcji zima z jego strony, powołując się w tym zakresie także na stanowisko osoby dedykowanej do obsługi kontraktu ze strony Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2c) w zw. z pkt 5A ppkt 3a) SIWZ, a tym samym powinien podlegać wykluczeniu z postępowania wobec uprzedniego wyczerpania przez Zamawiającego instytucji wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów i złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp potwierdził się także w zakresie dotyczącym niezłożenia przez Przystępującego referencji lub innych dokumentów wystawionych przez Odwołującego potwierdzających należyte wykonanie usług świadczonych na rzecz Odwołującego w sezonie 2017/2018 i 2018/2019 na terenie Miasta Żory przy braku wykazania, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Przystępujący nie był w stanie uzyskać tych dokumentów.

Jak wskazano w pkt 7C ppkt 1 SIWZ, Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2c) w zw. z pkt 5A ppkt 3a) SIWZ, wymagał złożenia wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Powyższy wymóg jest zgodny z warunkami określonymi w rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), gdzie w § 2 ust. 4 pkt 2 wskazano, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Skład orzekający w pełni podziela pogląd wyrażony w przywoływanym przez Odwołującego wyroku Izby z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2671/17, iż treść ww. przepisu wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

Mając powyższe na uwadze, Przystępujący, decydując się na posłużenie oświadczenie własnym, zobowiązany był wykazać, że nie był w stanie uzyskać dokumentów od Odwołującego, a nadto, że przyczyna takiego stanu rzeczy była uzasadniona i miała obiektywny charakter. Tymczasem Przystępujący nie wykazał nawet, że podjął starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane, tj. Odwołującego. Zauważyć należy, iż Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie wystosowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp pominął całkowicie kwestię referencji, składając wraz z wykazem usług jedynie faktury VAT wystawione za realizację usług na rzecz Odwołującego, a zatem dokumenty inne niż pochodzące od podmiotu, na rzecz którego usługa była wykonywana. Następnie, w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2019 r., Przystępujący zasygnalizował jedynie, iż może mieć trudności w otrzymaniu, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, wymaganych referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi, a to ze względu na fakt, że Odwołujący sam bierze udział w postępowaniu. Przystępujący nie przedstawił wówczas jednakże żadnych

szczegółowych informacji czy w ogóle zwrócił się do Odwołującego o wystawienie referencji i czy napotkał z tego tytułu jakieś problemy. Swoje działanie oparł na hipotetycznych przewidywaniach, składając w miejsce poświadczenia odbiorcy usług dokumenty wystawione przez siebie samego (faktury, oferty). Dopiero na kolejne wezwanie Zamawiającego, w dniu 22 października 2019 r., Przystępujący wskazał, że Odwołujący odmówił mu wystawienia referencji. Odwołujący ponownie nie wyjaśnił jednak kiedy i w jakiej formie zwracał się do Odwołującego, jak również nie wskazał kiedy i w jakiej formie nastąpiła odmowa wystawienia dokumentu ani jakie były jej przyczyny. Sam Przystępujący upatrywał przyczynę odmowy w fakcie brania przez Odwołującego udziału w przedmiotowym postępowaniu, przy czym należy wskazać, że była to jedynie niczym nie poparta hipoteza.

Przystępujący nie przedstawił żadnych okoliczności, które uprawdopodobniałyby, że podjął jakiegokolwiek starania o wystawienie referencji. Lakoniczne twierdzenia Przystępującego zawarte w pismach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zostały poparte żadnymi szczegółowymi danymi (choćby co do daty wystąpienia o referencje czy daty uzyskania odmowy ich wystawienia), nie mówiąc już o jakichkolwiek dowodach. Tymczasem należyta staranność wykonawcy wymaga, aby podjął on w celu uzyskania referencji odpowiednie środki, a w przypadku braku możliwości ich uzyskania przedstawił zamawiającemu wiarygodne dane potwierdzające po pierwsze podjęcie tych środków, a po drugie uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze, która uniemożliwiła uzyskanie referencji pomimo podjęcia tych środków. Danych takich ani dowodów Przystępujący nie przedstawił także na rozprawie. Zdaniem Izby nie stanowi wiarygodnego dowodu oświadczenie złożone do protokołu przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, jakoby zwracał się do Odwołującego o wystawienie referencji w formie ustnej, czemu zresztą Odwołujący zaprzeczał. Zdaniem Izby Przystępujący nie dochował w tym zakresie należytej staranności. W dobie rozwoju technologii i postępującej elektronizacji nie przysporzyłoby Przystępującemu jakichkolwiek problemów zwrócenie się do Odwołującego o wystawienie referencji chociażby za pośrednictwem poczty e-mail, tudzież w innej formie umożliwiającej proste wykazanie, że okoliczność ta miała faktycznie miejsce i w jakim czasie. Zamiast tego Przystępujący poprzestał na złożeniu innych dokumentów niż wystawione przez odbiorcę usługi, nie wyjaśniając w sposób dostateczny, że w ogóle podjął środki w celu ich pozyskania i że Odwołujący faktycznie odmówił mu wystawienia referencji. Tymczasem Odwołujący kwestionował powyższe, podtrzymując, że wniosku o wystawienie referencji w ogóle nie otrzymał.

W konsekwencji Izba uznała, iż Przystępujący nie wykazał podstaw do złożenia Zamawiającemu oświadczenia własnego w miejsce dokumentów potwierdzających należyłą realizację usług wydanych przez podmiot, na rzecz którego usługi te były wykonywane,

a zatem nie potwierdził w sposób wymagany przez Zamawiającego i wynikający z przepisów prawa należytego wykonania usługi realizowanej na rzecz Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę oba omówione powyżej aspekty, Izba stwierdziła, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5 ppkt 2c) w zw. z pkt 5A ppkt 3a) SIWZ, a zatem powinien zostać wykluczony z postępowania, jak stanowi art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie - odnosząc się do powiązania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca nie zakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Tym samym ww. regulacja nie znajduje zastosowania w tej sprawie, jako że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania rodzi skutek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą, co następuje *ex lege*.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec braku przedstawienia w odwołaniu jakichkolwiek podstaw faktycznych mających potwierdzać, że oferta złożona przez Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślić należy, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18). W konsekwencji Odwołujący, stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp (który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy) powinien był wykazać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada ukształtowanemu przez Zamawiającego i zawartym

w SIWZ konkretnym wymaganiom. W treści odwołania nie podjęto nawet próby wykazania, że pomiędzy ofertą Przystępującego a treścią SIWZ zachodzi merytoryczna niezgodność.

Izba nie uwzględniła ponadto zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zgodnie zaś z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Rato legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Przy lekkomyślności wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast wykonawca nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Należy mieć na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania Zamawiający musi mieć na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wyeliminowania go z postępowania. Oznacza to, że zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Izba zwraca ponadto uwagę, iż ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jako, że to Odwołujący domagał się wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Tymczasem Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, że w okolicznościach stanu faktycznego zachowaniu Przystępującego można przypisać lekkomyślność czy niedbalstwo, a tym bardziej zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W treści odwołania jedynie szczątkowo zasygnalizowano, że za wprowadzające w błąd należy uznać oświadczenie Przystępującego o zawarciu umowy ustnej z Odwołującym. W ocenie Izby posłużenie się powyższym stwierdzeniem nie świadczyło o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd - Przystępujący jedynie wytłumaczył, że pomiędzy nim a Odwołującym nie została zawarta umowa pisemna. Nie budził wątpliwości Izby fakt, że Odwołujący i Przystępujący w istocie zawarli umowę, okoliczność, że ww. strony wiązała umowa nie była w gruncie rzeczy sporna - Odwołujący nie kwestionował, że Przystępujący realizował usługi na jego rzecz w sezonie zimowym 2018/2019 i 2017/2018, sporny był jedynie zakres tych usług (czyli przedmiot umowy). Powołanie się przez Przystępującego na okoliczność zawarcia umowy ustnej, zdaniem Izby było swojego rodzaju skrótem myślowym, wynikało z wnioskania *a contrario*, że nie zawarto umowy pisemnej, którą można byłoby przedstawić Zamawiającemu. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł również, by Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd twierdzeniem, że Odwołujący odmówił mu wystawienia referencji. Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia Przystępujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazał, że podjął dostateczne środki w celu uzyskania referencji, które uprawniałyby go do posłużenia się dokumentami innymi niż wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, co nie jest jednakże równoznaczne z przypisaniem mu zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd i świadomego podania informacji nieprawdziwych. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie przesądza w sposób jednoznaczny, że Przystępujący nie ubiegał się o referencje, przesądza natomiast o tym, że Przystępujący nie dołożył należytej staranności w celu ich pozyskania i wykazania Zamawiającemu, że zachodzi uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze uprawniająca do posłużenia się dokumentami własnymi.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się także w odniesieniu do przekazanych Zamawiającemu przez Przystępującego informacji dotyczących usług zrealizowanych na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach. Co prawda nie budzi wątpliwości Izby, iż Przystępujący wykazując się realizacją usługi na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach podał niezgodne ze stanem faktycznym dane w zakresie długości dróg objętych zimowym utrzymaniem, niemniej ww. wykonawcy nie sposób przypisać winy w takim działaniu. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie

Przystępujący swoje oświadczenie o długości dróg objętych zimowym utrzymaniem w ramach realizacji usług na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Żorach oparł bezpośrednio na treści oświadczenia ww. Spółdzielni zawartego w treści referencji z dnia 13 września 2019 r. Przystępujący nie miał podstaw, aby kwestionować wiarygodność tego oświadczenia. Dopiero analiza powierzchni i długości tras, z wyłączeniem miejsc postojowych i wjazdów na parkingi oraz chodników przeprowadzona przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Żorach na prośbę Zamawiającego doprowadziła do ustalenia, że długość utrzymywanego odcinka wynosiła 27,5 km. Skoro zatem sam odbiorca usługi ustalił rzeczywistą długość utrzymywanego przez Przystępującego odcinka dróg dopiero po dokonanej w tym celu dalszej, szczególnej analizie, wcześniej pozostając w przekonaniu, że długość dróg kształtuje się w granicach ok. 32 km, to nie sposób przypisywać Przystępującemu niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającego, nie mówiąc już o istnieniu po jego stronie intencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) i b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18 900 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (w kwocie 15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (w kwocie 3 600 zł) oraz kosztów dojazdu na rozprawę (w kwocie 300 zł).

Ponadto Izba wskazuje, iż podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i prezentowany w orzecznictwie Izby, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza co do zasady obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18). Izba zważyła jednakże, że częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji wyroku czyniło w pełni zadość żądaniu

Odwołującego, którym objęte było wykluczenie Przystępującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której pomimo oddalenia odwołania w zakresie obejmującym część zarzutów, istotna waga zarzutów uwzględnionych, spowodowała, iż zapadłe rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu, wszystkie podniesione zarzuty zmierzały bowiem do wyeliminowania Przystępującego i jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: