

Sygn. akt: KIO 42/16

WYROK
z dnia 27 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego występuje Zarząd Mienia m.st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wykluczenia Wykonawcy D.M. z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji dokonanie czynności odrzucenia oferty tego Wykonawcy**
2. **Oddala zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych**
3. **Oddala zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy D.M. do uzupełnienia wykazu usług i wykazu sprzętu**
4. **kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego występuje Zarząd Mienia m.st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa, i**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

4.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa, w imieniu którego występuje Zarząd Mienia m.st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa** na rzecz Odwołującego **AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** kwotę 18.600 zł, 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są Prace polegające na utrzymaniu porządku i czystości na terenie międzywala Wisły, będącego we władaniu m. st. Warszawy, wykonywane przez pracowników zatrudnionych w ramach tzw. „Służby Brzegowej”. Ogłoszenie zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 217-396224 z dnia 10/11/2015 r. Odwołujący AG-Complex Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegających na naruszeniu przez Zamawiającego art. 26 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D.M. z powodu nie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z uwagi na niedookreślenie formy udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, bowiem wskazana w zobowiązaniu forma udostępnienia jest jedynie iluzorycznym określeniem i stoi w sprzeczności z pkt 11.1.4. SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał wprost określenia konkretnej formy udziału podmiotu w realizacji zamówienia. Zobowiązanie ma zatem charakter iluzoryczny i w rzeczywistości wykonawca nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, tym samym nie spełnia warunków wiedzy i doświadczenia. Ponadto Odwołujący zarzucił, że do zobowiązania podmiotu trzeciego nie został załączony żaden dokumenty potwierdzający umocowanie osoby podpisanej na zobowiązaniu do reprezentacji podmiotu trzeciego, naruszeniu przez Zamawiającego art. 26 ust. 2a PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D.M. z powodu naruszenia przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie warunków zawodowych poprzez wykonanie udostępnionego zamówienia wskazanego w poz. nr 2 wykazu wykonanych zamówień w sposób nienależyty, za co została naliczona kara umowna.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy D.M. do uzupełnienia wykazu usług i wykazu sprzętu - z uwagi na fakt, iż załączone do oferty wykazy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, wykluczenie na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b PZP Wykonawcy D.M. z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania

spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez nieokreślenie w treści zobowiązania podmiotu trzeciego konkretnej formy udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia przez N.R. Sp. z o.o. oraz brakiem wykazania, czy osoba, która podpisała zobowiązanie jest uprawniona do reprezentacji podmiotu trzeciego, jak również z powodu nie wykazania czy udostępnienie zasobów ma charakter rzeczywisty, a nie iluzoryczny i nie wykazanie czy w rzeczywistości wykonawca D.M. dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, a tym samym nie spełnia warunków wiedzy i doświadczenia, wykluczenie na podstawie art. 24 ust 2a PZP Wykonawcy D.M. z udziału w postępowaniu z powodu naruszenia przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie warunków zawodowych poprzez wykonanie nienależycie zamówienia wskazanego w poz. nr 2 wykazu wykonanych zamówień, dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w oparciu o art. 91 ust 1 PZP, - bowiem cena oferty Odwołującego mieści się w wysokości środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia przez Zamawiającego i oferta Odwołującego w przypadku wykluczenia Wykonawcy D.M. jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy, względnie: nakazanie wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP Wykonawcy D.M. do uzupełnienia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, potwierdzający spełnienie warunku określonego w pkt 10.1.2 SIWZ i wykazu sprzętu potwierdzającego spełnienie warunku określonego w pkt 10.1.2 SIWZ - z uwagi na fakt, iż załączone do oferty wykazy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a w przypadku, gdy złożone przez niego dokumenty nie potwierdzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia lub potencjału technicznego lub w przypadku nie złożenie żadnych dokumentów, wykluczenie Wykonawcy D.M. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 PZP z udziału w postępowaniu.

W dniu 05.01.2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę D.M.. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie, w którym przedstawił poniżej wskazane okoliczności oraz argumentację:

Zamawiający określił warunek wiedzy i doświadczenia (pkt 10.1.2. SIWZ): Wykonawca musi wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta, prace polegające na całorocznym utrzymaniu czystości na terenach ogólnodostępnych o powierzchni minimum

200 ha; przez okres ponad 6 miesięcy w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta prace polegające na zmiataniu w sezonie letnim terenów ogólnodostępnych o powierzchni minimum 7 ha; przez okres ponad 4 miesięcy w sezonie zimowym w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta, z zastrzeżeniem, że powierzchnia terenów utrzymywanych wynosiła minimum 15 ha.

Spełnienie ww. warunku Zamawiający oceniał będzie na podstawie załączonego do oferty wykazu, określonego w pkt. 11.1.2 SIWZ, sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ i załączonych dowodów dotyczących najważniejszych usług określających, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W zakresie potencjału technicznego (pkt 10.1.4. SIWZ) Zamawiający określił warunek: Wykonawca musi wykazać, że dysponuje: sprzętem do mechanicznego czyszczenia plaż, tj. przesiewarką automatyczną o parametrach: głębokość czyszczenia: minimum 20 cm, sita taśmy odsiewającej 3 rodzaje 15x25, 20x30, 25x30 mm. Przykładowe typy maszyn spełniających wymogi Zamawiającego: Matador, Supra max lub równoważna. Maszyna może być samojezdna. Spełnienie ww. warunku oceniane będzie na podstawie przedłożonego w ofercie stosownego wykazu Wykonawcy (wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ).

W pkt 10.2. SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykluczy z postępowania 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 nie wykluczy Wykonawcy, jeżeli udowodni on, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

W pkt 11.1.4. SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, należy przedłożyć w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (oryginał lub kopia poświadczona notarialnie) - wzór stanowi załącznik nr 9 do SIWZ. Zamawiający wymagał, aby składany dokument: wskazywał okres, jakiego dotyczy zobowiązanie; zawierał informację, który zasób jest udostępniany przez inny podmiot; w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia, określał konkretną formę udziału ww. podmiotu w realizacji zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo itp.); jaki stosunek łączy Wykonawcę z

podmiotem udostępniającym zasób (np. umowa zlecenie, umowa o współpracę, kontrakt, inne).

Zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy, 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.

Wykonawca D.M. przedstawił: wykaz usług zawierający 2 zamówienia: zamówienie realizowane na rzecz Zamawiającego (Zarząd Mienia m. st. Warszawy) polegające na utrzymaniu porządku i czystości na terenie międzywala Wisły będącego we władaniu m. st. Warszawy, wykonywane w ramach tzw. „Służby Brzegowej”, które obejmowało: przez co najmniej 12 mies. prace polegające na całorocznym utrzymaniu czystości na terenach ogólnodostępnych o pow. min. 200 ha, przez co najmniej 6 mies. prace polegające na zmiataniu w sezonie letnim terenów ogólnodostępnych o pow. min. 7 ha, zrealizowane w okresie: 01.05.2013-27.12.2015 o wartości 1.401.908,68 zł, zamówienie realizowane na rzecz Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi polegające na letnim i zimowym, ręcznym i mechanicznym oczyszczaniu pasów dróg publicznych na terenie miasta Łodzi w latach 2013-2016 w rejonie I - Zimna Woda Żabiniec, które obejmowało cykliczne oczyszczanie chodników wraz z odśnieżaniem w sezonie zimowym na łącznej poz. 27,45 ha, zrealizowane w okresie: 01.01.2013-21.10.2016 o wartości 1.920.093,88 zł.

Jako dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu usług załączonego do oferty, Wykonawca przedstawił referencje z dnia 05.10.2015 r. wystawione na podmiot: N.R. Sp. z o.o. przez Urząd Miasta Łodzi. W treści dokumentu podmiot, na którego rzecz prace były wykonywane, wskazał, że „Usługi wykonywane były należycie i zgodnie z warunkami umowy, za wyjątkiem dnia 26 stycznia 2014 r. Wydział Gospodarki Komunalnej naliczył karę umowną w wysokości 3.992,36 zł z tytułu nienależytego wykonania usługi zimowego utrzymania dróg w dniu 26 stycznia 2014 r.”.

W dniu 29.12.2015 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę D.M. do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający w treści wezwania wskazał, iż wymaga, aby składany dokument wskazywał okres, jakiego dotyczy zobowiązanie, zawierał informację, który zasób jest udostępniany przez inny podmiot, w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia, określał konkretną formę udziału ww. podmiotu w realizacji zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo), jaki stosunek łączy Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób (np. umowa zlecenie umowa o współpracę, kontrakt, inne).

Jako uzasadnienie wezwania Zamawiający wskazał, iż Wykonawca przy spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powołał się na doświadczenie innego podmiotu, ale nie złożył pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Wykonawca D.M. złożył zobowiązanie podmiotu N.R. Sp. z o.o. podpisane przez Prezesa Zarządu. Z zobowiązania wynika, iż udostępnianym zasobem jest wiedza i doświadczenie, zasób udostępniany jest na cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia, udostępnienie będzie realizowane w formie „doradztwa - będzie polegało na optymalizacji kosztów przy wykonywaniu zimowego odśnieżania” a stosunkiem, jaki będzie łączył oba podmioty jest umowa zlecenie.

W toku postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego - w trybie art. 26 ust 3 PZP do uzupełnienia wykazu sprzętu, bowiem Odwołujący „wykazał dysponowanie maszyną samojezdną typu Beach Tech Marina. Zamawiający wskazał, iż z danych otrzymanych od producenta wynika, iż maszyna ma głębokość czyszczenia dla piasku suchego 15 cm a dla mokrego 10 cm. A co za tym idzie nie spełnia wymogów Zamawiającego”.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego jakoby maszyna samojezdna typu Beach Tech Marina nie spełnia warunków opisanych przez Zamawiającego (głębokość czyszczenia minimum 20 cm) tj., że maszyna ma głębokość czyszczenia dla piasku suchego 15 cm, a dla piasku mokrego 10 cm. Odwołujący ponownie złożył wykaz potencjału technicznego sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ o treści identycznej, jak załączony do złożonej oferty. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał złożone oświadczenie, co do parametrów maszyny typu Beach Tech Marina, a w szczególności parametru dotyczącego głębokości czyszczenia i oświadczył, iż zaproponowana maszyna spełnia wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry (t.j. posiada głębokość czyszczenia minimum 20 cm), co potwierdza, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie w tym zakresie było prawdziwe, prawidłowe i poparte posiadanymi dokumentami. Odwołujący, podkreślił jednocześnie, iż Zamawiający nie miał podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci wykazu sprzętu, bowiem w żaden sposób Zamawiający nie wykazał, iż złożony wykaz był błędny, jak również nie wykazał, jakiego rodzaju informację otrzymał od producenta i czy otrzymana informacja pozwala stwierdzić, że zaoferowana maszyna nie spełniała wymagań.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający bezpodstawnie uznał za prawidłowy i spełniający wymagania dokument, który w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 3 PZP przedstawił Wykonawca D.M., tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, mimo, iż treść zobowiązania, w zakresie dotyczącym formy udziału podmiotu w

realizacji zamówienia nie spełniała przesłanek ustawowych. Zgodnie z art. 26 ust. 2b PZP Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, w tym także na wiedzy i doświadczeniu, o ile będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oddanymi mu do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z w/w przepisu wynika, że Wykonawca ma zapewnić i jednocześnie udowodnić Zamawiającemu możliwość korzystania z zasobu podmiotu trzeciego. Wykonawca w formularzu ofertowym nie wskazał, iż będzie korzystał z usług podwykonawcy realizując zamówienie. Zdaniem Odwołującego, w przypadku udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia - udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia jest z racjonalnego punktu widzenia konieczny. Zasoby wiedzy i doświadczenia mają szczególny charakter, zasoby te są nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, zasoby są niemożliwe do samodzielnego obrotu.

W zobowiązaniu wskazano, iż doradztwo będzie polegać na „optymalizacji kosztów pracy” - z takiego stwierdzenia nie sposób wnioskować, w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana Wykonawcy podczas wykonywania „doradztwa”. Wykonawca nie udowodnił, w jaki sposób zasób wiedzy i doświadczenia należący do N.R. Sp. z o.o. będzie faktycznie udostępniony.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 26 ust 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D.M. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie określenia w zobowiązaniu podmiotu trzeciego formy udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia przez N.R. Sp. z o.o., bowiem złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie określa wprost formy udostępnienia zasobu, a wskazana forma „*doradztwa - będzie polegało na optymalizacji kosztów przy wykonywaniu zimowego odśnieżania*” jest jedynie iluzorycznym określeniem formy udostępnienia i stoi w sprzeczności z pkt 11.1.4. SIWZ gdzie Zamawiający wymagał wprost określenia konkretnej formy udziału podmiotu w realizacji zamówienia. Do zobowiązania nie został załączony żaden dokument potwierdzający, iż osoba, która podpisała zobowiązanie podmiotu trzeciego jest uprawniona do jego reprezentacji, mimo to, Zamawiający nie powziął wątpliwości co do złożonego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że treść zobowiązania jest bardzo lakoniczna w zakresie wszystkich wskazanych 4 punktów. Wiadomo jedynie, iż zasób będzie udostępniony na 36 miesięcy w formie umowy zlecenia i dotyczyć będzie doradztwa polegającego na optymalizacji kosztów przy wykonywaniu zimowego odśnieżania. Brak w tym zobowiązaniu konkretnych elementów, z którymi będzie wynikało, iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia ma charakter rzeczywisty, że podmiot faktycznie udostępnia swoją wiedzę nie tylko w zakresie optymalizacji kosztów, ale także w tym najważniejszym i

podstawowym zakresie, w jaki sposób należy realizować i wykonywać takie zamówienie.

Odwołujący podkreślił także, że dokument może zostać uzupełniony tylko raz, a Zamawiający w toku postępowania wezwał już Wykonawcę do uzupełnienia w/w wykazu. Zamawiający nie może powtórnie wykonać w/w czynności i wezwać Wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania, a zatem Wykonawca D.M. winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający uznał za prawidłowy i spełniający wymagania wykaz usług załączony do oferty Wykonawcy D.M., w którym to wykazie w poz. 2 przedstawił zamówienie realizowane przez podmiot trzeci, mimo, iż z przedstawionych referencji Urzędu Miasta Łodzi wynika, że zamówienie nie zostało zrealizowane należycie, bowiem naliczono karę umowną. Zdaniem Odwołującego fakt, że w ramach określonej usługi zostały naliczone kary umowne skutkuje niemożnością uznania takiej usługi za należycie wykonaną. Samo wystawienie „referencji” nie świadczy o należytej realizacji zamówienia. W treści zostało wskazane, że zamówienie było realizowane należycie za wyjątkiem dnia 26 stycznia 2014 r., za który naliczono karę umowną w wysokości 3.992,36 zł z tytułu nienależytego wykonania usługi zimowego utrzymania dróg. W pkt 10.2. SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykluczy z postępowania 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 nie wykluczy Wykonawcy, jeżeli udowodni on, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Odwołujący podkreślił, że Wykonawca nie udowodnił, tj. nie załączył do oferty żadnych dokumentów potwierdzających, że podmiot, na którego zasoby wiedzy i doświadczenia się powołuje, podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust 2a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D.M. z powodu naruszenie przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie warunków zawodowych poprzez wykonanie nienależycie zamówienia wskazanego w poz. nr 2 wykazu wykonanych zamówień.

Zamawiający uznał za prawidłowy i spełniający wymagania wykaz sprzętu załączony do oferty Wykonawcy D.M., którego treść była kopią opisu wymagań Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wykazie przedstawionym przez w/w Wykonawcę nie było informacji identyfikującej sprzęt, którym dysponuje, sprzęt nie został w żaden sposób zindywidualizowany i Zamawiający z treści wykazu nie uzyskał żadnej informacji o tym, jakim faktycznie sprzętem dysponuje Wykonawca. Wykaz sprzętu miał potwierdzać spełnienie warunku udział w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. W ocenie Odwołującego nie może stanowić spełnienia warunków udziału w postępowaniu powtórzenie opisu warunku postawionego przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Wykonawcy zobowiązani byli podać opis sprzętu, parametry urządzenia, formę władania.

Odwołujący zarzucił, że mimo iż Zamawiający nie uzyskał żadnej informacji o dysponowanym przez Wykonawcę sprzęcie (producent, model, parametry techniczne), to zaniechał wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 PZP do złożenia wykazu z informacjami, których sam wymagał.

Odwołujący wskazał, że w stosunku do niego Zamawiający skierował wezwanie do uzupełnienia wykazu sprzętu w trybie art. 26 ust 3 PZP twierdząc, iż określony nazwą producenta sprzęt Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. O ile w stosunku do Odwołującego Zamawiający powziął bliżej nieokreślone wątpliwości, co do opisanego sprzętu, tak w stosunku do Wykonawcy D.M., którego sprzęt nie został w ogóle wykazany w wykazie, Zamawiający żadnych wątpliwości nie miał i nie miał również żadnej wiedzy, jakim sprzętem Wykonawca ten będzie dysponował.

Odwołujący argumentował, że: Fakt, iż Wykonawca D.M. realizował dla Zamawiającego tożsamy przedmiot zamówienia nie świadczy z góry o tym, iż Wykonawca ten sprzęt opisany przez Zamawiającego posiada. Każdy Wykonawca ma takie same prawa, jak i obowiązki - każdy musi wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu - przedstawiając właściwe dokumenty. Dokument, zawierający kopie opisu wymagań Zamawiającego, w żaden sposób nie wskazuje, jaki sprzęt miał na myśli Wykonawca. Zamawiający nie ma, zatem wiedzy o sprzęcie przy udziale, którego zamówienie będzie realizowane. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 26 ust 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy D.M. do złożenia wykazu sprzętu, bowiem wykaz załączony do oferty nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie zawiera informacji o producencie czy modelu sprzętu, którym dysponuje Wykonawca, co uniemożliwia dokonanie weryfikacji i sprawdzenia parametrów sprzętu, jakim Wykonawca posłuży się do realizacji zamówienia). Odwołujący wskazał także, że sprzęt wymagany przez Zamawiającego w warunkach udziału postępowania jest sprzętem specjalistycznym i nie jest powszechnie dostępny na rynku, nawet na zasadzie udostępnienia potencjału poprzez wynajem, czy dzierżawę takiego sprzętu do realizacji zamówienia. Tym bardziej dziwi fakt, iż D.M. sprzętem tym dysponuje na zasadzie własności.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców. W stosunku, bowiem do oferty Odwołującego Zamawiający skorzystał z procedury wezwania do uzupełnienia wykazu sprzętu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, wskazując, iż podany przez Odwołującego sprzęt nie spełnia wymaganych parametrów. W stosunku zaś do oferty D.M. Zamawiający zaniechał dokonania jakichkolwiek czynności, pomimo że nie posiadał wiedzy, jakiego rodzaju sprzętem Wykonawca ten posłuży się do realizacji zamówienia.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1) Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku wykazania przez Wykonawcę D.M. spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał określenia konkretnej formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W ocenie Izby, zobowiązanie podmiotu trzeciego, jakie przedstawił Wykonawca D.M., ma charakter iluzoryczny i z treści tego zobowiązania nie sposób wywieść, w jaki sposób potencjał podmiotu trzeciego miałby zostać przekazany Wykonawcy. Ogólne stwierdzenie o „doradztwie”, bez określenia, na czym doradztwo to miałyby polegać, w żaden sposób nie gwarantuje rzeczywistego przepływu wiedzy. W rzeczywistości więc Wykonawca D.M. nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, a tym samym nie spełnia warunków wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych to Wykonawca ma udowodnić Zamawiającemu, że w trakcie realizacji zamówienia będzie rzeczywiście dysponował udostępnionym zasobem, a więc z niego korzystał. W ocenie Izby Wykonawca D.M. składając takie oświadczenie podmiotu trzeciego nie udowodnił realności korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Ponownie należy podkreślić, że te zasoby nie zostaną udostępnione. O ile przedmiotem zamówienia jest utrzymywanie określonego obszaru w okresie zimowym, w tym np. odśnieżanie, to w świetle treści oświadczenia zasoby wiedzy i doświadczenia w ogóle nie mają zostać udostępnione w tym zakresie. Z treści oświadczenia podmiotu trzeciego wynika bowiem, że podmiot ten

miałby doradzać Wykonawcy w zakresie optymalizacji kosztów, co w ogóle nie jest związane z przedmiotowym zamówieniem.

Kwestia optymalizacji kosztów nie dotyczy przekazywania wiedzy na temat tego, w jaki sposób zamówienie powinno zostać zrealizowane, a tego powinno dotyczyć przekazywanie zasobów. Optymalizacja kosztów dotyczy wewnętrznej organizacji wykonawcy i gospodarowania jego zasobami, a więc nie jest związana z kwestią prawidłowego wykonywania zamówienia przez wykonawcę.

Także argument Zamawiającego dotyczący artykułu 26 2e ustawy Prawo zamówień publicznych jest nietrafiony. Artykuł ten wprowadzono nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Wynika z niego solidarna odpowiedzialność Wykonawcy i podmiotu trzeciego za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zadeklarowanych zasobów. Jednakże należy mieć na uwadze, że podmiot trzeci, który wystosował oświadczenie, że będzie doradzał Wykonawcy D.M. w zakresie optymalizacji kosztów, zobowiązał się jedynie do odpowiedzialności tylko za optymalizację kosztów, nie za zamówienie, które jest znacznie szersze (obejmuje całe zimowe utrzymanie określonego obszaru). Wyznaczone zatem zostały granice solidarnego zobowiązania i obejmuje ono wyłącznie optymalizację kosztów. Podmiot trzeci nie zobowiązał się do odpowiedzialności za wykonanie całości zadania.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie dla osób podpisujących oświadczenie o zobowiązaniu do udostępnienia potencjału na czas realizacji zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający ma możliwość sprawdzenia takiego umocowania w ogólnie dostępnych rejestrach. Jednakże z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że Zamawiający nie dokonał takiej weryfikacji. Tym samym w ogóle brak jest pewności co do prawidłowości złożonego oświadczenia.

Izba nie nakazywała wezwać Wykonawcy D.M. do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca winien już w treści oferty złożyć wszystkie odpowiednie dokumenty wymagane w treści SIWZ. Instytucja wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest instytucją przewidującą wyjątek od zasady, że wszystkie dokumenty powinny zostać złożone wraz z ofertą. Zatem złożone dokumenty w wyniku wezwania, powinny być kompletne i nie pozostawiać żadnych wątpliwości, potwierdzać jednoznacznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca D.M. został wezwany do uzupełnienia dokumentów, które miały potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającym na posiadaniu wiedzy i doświadczenia w realizacji określonego zamówienia. Zatem Wykonawca ten już raz skorzystał z dobrodziejstwa tego artykułu. W wyniku uzupełnienia winien był jednoznacznie wykazać, że postawiony wykonawcom warunek spełnia. W wyniku wezwania przedstawił oświadczenie, które nie stanowi

potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia. Ponowne wezwanie tego Wykonawcy jest więc bezpodstawne.

Powyższe oznacza, że Zamawiający winien wykluczyć Wykonawcę D.M. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2) Zgodnie z pkt. 10.1.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przystępujący do postępowania spełniali m.in. warunek: wykonywał prace przez okres ponad 4 miesiące w sezonie zimowym w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta, z zastrzeżeniem, że powierzchnia terenów utrzymywanych wynosiła minimum 15 ha.

Jako dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu usług załączonego do oferty, Wykonawca D.M. przedstawił referencje z dnia 05.10.2015 r. wystawione na podmiot N.R. Sp. z o.o. przez Wydział Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi.

Odwołujący zarzucił, że opisane prace nie zostały zrealizowane należyście, bowiem naliczono karę umowną. Kara została naliczona wyłącznie w dniu 26 stycznia 2014 r., natomiast umowa została zawarta na okres 01.01.2013 r. - 31.10.2016 r.

W ocenie Izby decydujące znaczenie ma okoliczność, że w treści referencji Wydział Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi wyraźnie potwierdził, że usługi były wykonywane należyście i zgodnie z warunkami umowy. Oznacza to, że nie można uznać, że Wykonawca nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie. Rzeczywiście w treści referencji jest także mowa, że wyjątkiem był jeden dzień - kara umowna z tytułu nienależytego wykonania prac naliczona została jedynie za jeden dzień, tj. 26.01.2014 r. Jeden dzień spośród kilkudziesięciu miesięcy wykonywania umowy może mieć charakter incydentalny. Nie można więc tylko na tej podstawie uznać, że Wykonawca nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie. Słusznie zauważył Zamawiający, że referencje zostały wystawione w dniu 05.10.2015 r., a więc 21 miesięcy po tym fakcie. Z referencji wynika, że umowa została zawarta do dnia 31.10.2016 r. Powyższe informacje można zinterpretować w ten sposób, że Wykonawca podjął konkretne środki, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia, skoro umowa nie została wypowiedziana, a wręcz zostało potwierdzone w treści referencji, że Wykonawca wykonywał zamówienie należyście. Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie wyklucza z postępowania takiego

Wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że artykuł ten dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał zamówienie nienależycie, a więc odnosi się do całości zadania. W niniejszym przypadku referencje potwierdziły prawidłowe wykonanie całości zadania, z treści referencji w żaden sposób nie można wywieść, aby wykonawca nie wykonał zamówienia. Powyższa okoliczność ma znaczenie kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy. Treść referencji potwierdza prawidłowość zrealizowania całego zadania. Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż w sytuacji, gdyby zamówienie nie zostało wykonane, lub zostało wykonane nieprawidłowo, nie zostałyby wystawione referencje, w których wprost wskazano, że Wykonawca wykonywał zadanie należycie i zgodnie z warunkami umowy.

W ocenie Izby istotne znaczenie miała także wysokość kary umownej. Należy zaznaczyć, że wartość prac wynosi 1 920 093,88 zł, zaś naliczona kara wynosi 3 992,36 zł, co stanowi 0,2 % wartości zamówienia. Nie można zatem mówić o celowym działaniu, jak również o rażącym zaniedbaniu. Fakt, że taka sytuacja pojawiła się tylko jeden raz (jeden dzień) w trakcie umowy trwającej 34 miesiące i do dnia wystawienia referencji nie powtórzyła się, również w ocenie Izby może świadczyć o tym, że ewentualne naruszenie miało charakter wyłącznie incydentalny i podmiot nie naruszał już obowiązków, a zatem można uznać, że podjął konkretne środki, które zapobiegły zawnionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. W świetle powyższego brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

3) Zamawiający na potwierdzenie udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, żądał przedłożenia wypełnionego wykazu sprzętu stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. W pkt. 10.1.4 SIWZ zostały opisane wymagane parametry sprzętu. W wykazie sprzętu należało podać opis sprzętu, jego parametry oraz formę władania. Zamawiający nie wymagał podania marki i modelu urządzenia.

W przygotowanym wzorze „Wykaz sprzętu” (załącznik nr 8 do SIWZ) Zamawiający zamieścił treść oświadczenia: „Niniejszym wyrażam zgodę na sprawdzenie przez Zamawiającego danych podanych powyżej.” Wzór załącznika nr 8 do SIWZ był taki sam dla każdego Wykonawcy. Podpisując go każdy z Wykonawców oświadczył, że Zamawiający może zweryfikować poprawność i prawdziwość podanych parametrów maszyny, które były wymagane w pkt. 10.1.4 SIWZ.

Wykonawca D.M. w dwóch pierwszych pozycjach przedstawił opis dedykowanego urządzenia. Zamawiający wyjaśnił, że nie miał wątpliwości co do zgodności zadeklarowanego sprzętu z wymaganym. Ponadto oświadczył, że posiada wiedzę, że Wykonawca D.M. dysponuje maszyną o parametrach podanych w SIWZ, ponieważ firma

wykonywała dla Zamawiającego usługi o podobnym charakterze w wyniku udzielenia zamówienia na analogiczny zakres usług w poprzednim okresie trzech lat.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy D.M. do uzupełnienia wykazu usług i wykazu sprzętu. Podstawą takiego rozstrzygnięcia jest fakt, że Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ podania marki czy modelu sprzętu. Dlatego też Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Wykonawcy D.M. do uzupełnienia informacji w tym zakresie. Co więcej, Wykonawca D.M. w swoim oświadczeniu przepisał wszystkie oferowane parametry urządzenia, potwierdzając tym samym spełnienie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Potwierdził także swoją gotowość do poddania się weryfikacji co do poprawności i prawdziwości podanych parametrów maszyny. Powyższe oznacza, że Wykonawca oświadczył, że spełnia warunki SIWZ. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zabrania weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu jedynie dzięki przedstawionemu przez Wykonawcę oświadczeniu. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający oświadczył, że znane jest mu urządzenie, jakim dysponuje Wykonawca D.M., gdyż ten Wykonawca dotychczas świadczył usługi na rzecz Zamawiającego. Tym samym, brak było podstaw do dodatkowej weryfikacji. Odwołujący w trakcie rozprawy sam oświadczył, że: Zamawiający może bazować jedynie na wiedzy w zakresie zrealizowanych zamówień na jego rzecz. Powyższe oznacza, że przyznał rację, iż Zamawiający może czerpać wiedzę z okoliczności dotyczących dotychczasowych usług realizowanych na jego rzecz. Zatem w sytuacji, gdy Wykonawca D.M. potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, brak było podstaw do wzywania go do składania dodatkowych informacji w zakresie posiadanego sprzętu, w szczególności, gdy Zamawiający nie wymagał dodatkowych informacji, a nadto fakt dysponowania przez tego Wykonawcę właściwym urządzeniem jest znany Zamawiającemu.

Odwołujący stwierdził także, że jego wątpliwości budzi wskazana przez Wykonawcę D.M. forma władania sprzętem (własność). Nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Stwierdzenie, że Odwołujący posiada wątpliwości, czy Wykonawca D.M. rzeczywiście jest właścicielem sprzętu deklarowanego w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie może stanowić podstawy do uznania tego faktu za udowodniony. To na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodził skutki prawne.

W ocenie Izby nie można także uznać, aby Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby w żaden sposób nie jest sprzeczna z ustawą ani określonymi w niej zasadami czynność Zamawiającego polegająca na wnikliwym badaniu oferty Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że z ostrożności procesowej, zwrócił się z pytaniem (w formie e-mail) do przedstawiciela handlowego na terenie Polski z prośbą o

podanie parametrów oferowanego przez Odwołującego modelu. Wobec wątpliwości co do zgodności przedstawionego modelu w stosunku do wymogów SIWZ, zwrócił się do Odwołującego z prośbą o uzupełnienie oferty o dokument potwierdzający dysponowanie odpowiednim sprzętem. Odwołujący udzielił w wyznaczonym terminie odpowiedzi, z której wynikało, że ocena Zamawiającego była błędna. Odwołujący ponownie złożył załącznik nr 8 - wykaz sprzętu, zawierający ten sam model maszyny do czyszczenia plaż. Zamawiający uznał wyjaśnienie Wykonawcy i przyjął jego oświadczenie co do zgodności z wymogami SIWZ. Należy zauważyć, że każdy w Wykonawców złożył oświadczenie w treści oferty, że wyraża zgodę na zweryfikowanie zgodności parametrów oferowanego urządzenia z SIWZ. Uprawnienie zatem do weryfikacji wynikało i z oferty i z treści ustawy, która w art., 87 ust. 1 przewiduje możliwość wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający nie naruszył zatem żadnej z zasad, a co więcej, zachowanie jego zmierzało do usunięcia wszelkich wątpliwości. Fakt, że Zamawiający nie dokonywał wnikliwego badania oferty Wykonawcy D.M. w zakresie dysponowania określonym sprzętem wynikał także z okoliczności, że Wykonawca ten zadeklarował jednoznacznie, że urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. Nie istniała zatem obiektywna potrzeba kierowania dodatkowych pytań do tego Wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył zasad postępowania przy dokonaniu oceny oferty Wykonawców w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu określonym sprzętem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....