

Sygn. akt: KIO/2232/10

WYROK

z dnia 29 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 października 2010 r. przez **Green-Art. Acer Piotr Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16A/49** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80 – 254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Green-Art. Acer Piotr Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16A/49 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Green-Art. Acer Piotr Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16A/49** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **184 zł 85 gr** (słownie: sto osiemdziesiąt cztery złote osiemdziesiąt pięć groszy) przez **Green-Art. Acer Piotr Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16A/49** na rzecz **Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80 –**

254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
do wyroku sygn. akt KIO/2232/10

Dnia 14 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego się, którym jest Piotr Dettlaff prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Green-Art. Acer w przedmiocie zamówienia: *Sprzątanie i odśnieżanie ulicznej infrastruktury drogowej i komunikacyjnej Miasta Gdańska w okresie od 01.10.2010r. do 30.09.2013r., w zakresach: Zakres I - Rejon: Wschodni, Zakres II - Rejon: Południowy, Zakres III - Rejon: Centralny, Zakres IV - Rejon: Północny, Zakres V - Rejon: „Pas Nadmorski” - sygn. akt 84/B/UC/2010* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2010 roku pod numerem 2010/S 153-236803.

Działając na podstawie art.180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) – dalej ustawy Pzp - Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, tj. braku wykluczenia Wykonawcy: KOM-BIS sp. z o.o., ul. Sucha 31, 80-531 Gdańsk (zwanego dalej KOM-BIS) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zakres II);
- zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, tj. braku wykluczenia Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ZIELEŃ” Sp. z o.o., ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk (zwanego dalej ZIELEŃ) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zakres II);
- niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w Zakresie II - z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż obie oferty z niższymi cenami, złożone w Zakresie II przez Wykonawców: KOM-BIS oraz ZIELEŃ winny zostać uznane przez Zamawiającego za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zostały złożone przez Wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

Zatem oferta Odwołującego winna być - w Zakresie II - wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W dniu 4 października 2010 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w formie faksu przesłanego na numer Odwołującego- zgodnie z art.

182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie (w Zakresie II):

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy: KOM-BIS i uznanie przez Zamawiającego oferty złożonej przez tego Wykonawcę za najkorzystniejszą;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy: ZIELEŃ.

W związku z powyższym Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KOM-BIS,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w Zakresie II,
- 3) wykluczenia z postępowania Wykonawcy: KOM-BIS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 4) wykluczenia z postępowania Wykonawcy : ZIELEŃ na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 5) uznania za najkorzystniejszą - oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący odnośnie zarzutu braku wykluczenia Wykonawcy: KOM-BIS, wyboru oferty KOM-BIS jako najkorzystniejszej po dokonaniu analizy oferty KOM-BIS oraz wyjaśnień i uzupełnień dokumentów dokonanych przez KOM-BIS, wskazywał co następuje:

Zamawiający w SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania w pkt. III „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW” ust. 1 i 2 wskazał, iż „w prowadzonym postępowaniu mogą uczestniczyć Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, iż powyższe warunki zostały spełnione, jeżeli Wykonawca:

1. zrealizował w okresie ostatnich 2 latach z okresu ostatnich 3 lat (licząc od dnia upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie), w każdym roku z osobna usługi z zakresu:
 - oczyszczania ulic, placów i innych obiektów na powierzchni: - nie mniejszej niż 300.000 m² - dot. zakresów I, II ,III, IV
2. posiada doświadczenie w realizacji zamówień odpowiadających swoim charakterem, rodzajem (prace porządkowe, utrzymanie zimowe obiektów, mechaniczne oczyszczanie

nawierzchni i wartością niniejszemu zamówieniu i dla każdego rejonu oddzielnie, wykażą się, wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż: II zakres - Rejon Południowy - 900 000 zł"

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zażądał złożenia wykazu usług oraz dokumentów, np. referencji, potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, że są wykonywane należycie.

Wykonawca: KOM-BIS złożył wraz z ofertą oraz uzupełnił na wezwanie Zamawiającego wykazy usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący ma uzasadnione podejrzenie, iż w pismach złożonych przez KOM-BIS w dniach **15 i 30 września 2010 roku** w sprawie udzielenia wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu, poświadczona została nieprawda i złożenie tych pism wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w art. 297 Kodeksu Karnego.

W piśmie z dnia **15 września 2010 roku** Wykonawca: KOM- BIS wskazuje, że w 2009 roku realizował usługi na powierzchni 401 795 m (wymóg Zamawiającego -300 000 m²) o wartości 217 649,39 zł.

Daty wykonania tych usług np. 12 sierpnia 2010 roku, 25 sierpnia 2010 roku nie stanowią potwierdzenia, że Wykonawca: KOM-BIS realizował wskazane usługi **również w 2009 roku.**

Prawidłowo należałoby wskazać ramy czasowe realizacji usług, np. od 03 sierpnia 2009 roku do 12 sierpnia 2010 roku lub od 03 sierpnia 2009 roku do nadal.

W piśmie z dnia **30 września 2010 roku** Wykonawca: KOM-BIS wskazuje, że w okresie od 03 sierpnia 2009 roku do 30 sierpnia 2009 roku zrealizował usługi:

- na powierzchni 344 458 m² - co stanowi 85% powierzchni wskazanej w piśmie z dnia 15 września 2010 roku jako usług wykonanych w całym 2009 roku,

- na kwotę 88 271,41 zł co stanowi 40% wskazanej wartości w piśmie z dnia 15 września 2010 roku.

Reasumując, w okresie 27 dni od rozpoczęcia działalności Wykonawca: KOM-BIS zrealizował usługi:

- wartościowo 40% usług za cały 2009 rok, czyli w pozostałych 4 miesiącach 2009 roku tylko 60% (średnio po 15% wartości miesięcznie)
- ilościowo 85% powierzchni wykazanych w całym 2009 roku usług, czyli w pozostałym okresie przez 4 miesiące 2009 roku tylko 15% powierzchni.

Odwołujący wskazywał także, że:

a) w referencji wystawionej przez CM. Auto Plus sp. z o.o., Gdańsk, ul. Hallera 132 widnieje zapis „(...) w sezonie zimowym 2009/2010 świadczyła usługi związane z wywozem nieczystości, sprzątnięciem terenu zewnętrznego oraz odśnieżaniem. Obsługiwana powierzchnia wynosi 16 000 m².”

Natomiast Wykonawca. KOM-BIS w piśmie z dnia 30 września 2010 roku wskazuje, że wykonywał tę usługę w okresie od 03 sierpnia 2009 roku do 30 sierpnia 2009 roku.

b) referencja z dnia 10 grudnia 2009 roku wystawiona przez Ligę Obrony Kraju, ul. Kopernika 16, Gdańsk potwierdza wykonanie przez KOM-BIS usługi o powierzchni 100 100m². W piśmie z dnia 15 września 2010 roku Wykonawca: KOM-BIS wskazuje, iż wykonał tę usługę z datą 10 grudnia 2009 roku, natomiast w piśmie z dnia 30 września 2010 roku wskazuje wykonanie powyższej usługi tylko w sierpniu 2009 roku.

KOM-BIS w piśmie złożonym w dniu 15 września 2010 roku do Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku wskazał co następuje:

„Ad. 1 Usługa świadczona dla GZNK ZB wykonywana była w 2010r. zgodnie z przedstawioną referencją natomiast w 2009r. usługi świadczone były dla innych podmiotów gospodarczych.

Ad.2. Wartość poszczególnych zadań wynosi:...”

Zgodnie z tym zestawieniem wartość wykonanych przez KOM-BIS zadań dla różnych podmiotów gospodarczych w 2009 roku wyniosła 217 649,39 zł, natomiast z treści pisma z dnia 30 września 2010 roku wynika, że w okresie od dnia 03 sierpnia 2010 roku do dnia 30 sierpnia 2009 roku wykonał wartościowo usługi na łączną kwotę 88 271,41 zł.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 roku w sprawie wystawiania faktur VAT, fakturę wystawia się nie później niż siódmego dnia od dnia wydania towaru lub wykonania usługi. (Dz. U. nr 212, poz. 1337)

W sprawozdaniu finansowym, którego kopię załączam Wykonawca: KOM-BIS wykazał, że:

a) w 2009 roku spółka osiągnęła następujące wyniki: przychód - 52.927,00 zł, koszty- 121.030,22 zł oraz wynik finansowy (strata brutto) - 68.103,22 zł.

b) w NOCIE NR 10 „Struktura rzeczowa przychodów ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” przychody netto ze sprzedaży usług: 51 211,78 w tym: wywóz nieczystości kontenerem: 29 792,20; wywóz nieczystości pojemnikami: 1 950,42; akcja zima: 691,68 ; pozostała sprzedaż: 18 777,48; przychody ze sprzedaży materiałów: 525,42; przychody netto ze sprzedaży razem: 51 737,20”.

Reasumując, niemożliwym jest, aby Wykonawca: KOM-BIS zrealizował w 2009 roku usługi w wysokości, którą wykazał w złożonych przez niego oświadczeniach.

Odwołujący podnosił także, iż to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego („ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie wywodzącej z tego faktu skutki prawne”). W przedmiotowej sprawie Zamawiający bez dokładnego zbadania stanu faktycznego, niejako a priori założył, iż Wykonawca: KOM-BIS spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia Wykonawcy: KOM-BIS złożone zostały w dniu 30 września 2010 roku a już w dniu 1 października 2010 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z powyższego - Zamawiający nie dochował należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert, a tym samym dopuścił się przy tym rażącego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, iż bezspornie zostało powyżej dowiedzione, iż Wykonawca: KOM-BIS złożył w pismach z dnia 15 i 30 września 2010 roku nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania w pkt. III „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW” ust. 3 wskazał, iż „w prowadzonym postępowaniu mogą uczestniczyć Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, iż powyższe warunki zostały spełnione, jeżeli Wykonawca dysponuje sprzętem w ilościach zapewniających realizację usługi na powierzchni dróg objętych zamówieniem, tj. nie mniejszych niż” wskazane w SIWZ.

KOM-BIS wskazał w oświadczeniu dotyczącym dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia następujące pozycje:

- Samobieżna jednostka sprzętowa wyposażona w pług czołowy i posypywarke o masie całkowitej nie przekraczającej 4 ton.

KOM-BIS wskazał, iż dysponuje następującym sprzętem: Ursus C 355 nr rej GWE 5AM6, Escort 335, GWE 3 AA6, Escort 335 GD 0223.

Odwołujący wskazuje, iż wymieniony sprzęt nie jest własnością KOM-BIS, gdyż ciągniki o nr rej. GWE 5AM6 i GWE 3AA6 są własnością p. Krystyny B. zam. Dobrzewino ul.

Wiązowa 3. W świetle powyższego, KOM-BIS nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Wykonawca: KOM-BIS winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu braku wykluczenia Wykonawcy: ZIELEŃ, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zamawiający w SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania w pkt. III „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW” ust. 5 wskazał, iż „w prowadzonym postępowaniu mogą uczestniczyć Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, iż powyższe warunki zostały spełnione, jeżeli Wykonawca:

5. posiada aktualne zezwolenia

a) Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, [decyzja wydana na podstawie ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach (Dz. U. Nr 62, poz. 628 z późn. zm.)]

b) Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska [decyzja wydana na podstawie ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.)].

Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawców należy przedstawić zgodnie z zał. 1 do niniejszej Specyfikacji."

W załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, iż Wykonawcy muszą złożyć między innymi: „Aktualne zezwolenia na:

a. prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, [decyzja wydana na podstawie ustawy z dnia 27.04.2001r. o odpadach (Dz. U. Nr 62, poz. 628 z późn. zm.)]

b. prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska [decyzja wydana na podstawie ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 132, poz. 622 ze zm.)]"

Wykonawca: ZIELEŃ posiada decyzję Prezydenta Miasta Gdańska znak: WS-I-766Do/10.06/BA z dnia 25 września 2006 roku na odbieranie m.in. odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01, mieszczących się w podgrupie „Odpady z ogrodów i parków (w tym z cmentarzy) 20 02" oraz niesegregowanych odpadów

komunalnych o kodzie 20 03 01 i odpadów z czyszczenia ulic i miast o kodzie 20 03 03, mieszczących się w podgrupie „Inne odpady komunalne 20 03”. Uprawnienie co do odbierania odpadów o kodzie 20 03 01 ograniczone jest do odpadów odbieranych z terenów cmentarzy i terenów zielonych oraz odpadów pochodzących ze sprzątnięcia terenów rekreacyjnych, wykonywanych na podstawie umów zawartych z innymi podmiotami niż mieszkańcy.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sprzątnięcie i odśnieżanie ulicznej infrastruktury drogowej i komunalnej Miasta Gdańska - 5 zakresów, obejmujące min. opróżnianie koszy na śmieci rozmieszczonych w ciągach ulic, na wydzielonych ciągach rekreacyjnych, przystankach autobusowych i tramwajowych, parkingach ogólnodostępnych oraz w tunelach dla pieszych, a także odbiór worków z nieczystościami i liśćmi od właścicieli i zarządców nieruchomości zlokalizowanych przy drogach publicznych (wystawianych w pasie drogowym).

Zakres ten tylko w niewielkiej części mieści się w ww. zezwoleniu na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, które posiada ZIELEŃ. Wykonawca: ZIELEŃ posiada bez żadnych ograniczeń terenowych zezwolenie na odbiór odpadów ulegające biodegradacji (20 02 01), do których zaliczane są liście w workach wystawianych przez właścicieli i zarządców nieruchomości zlokalizowanych przy drogach publicznych. W zakresie niesegregowanych odpadów komunalnych (20 03 01), do których zaliczane będą nieczystości w workach wystawiane przez właścicieli i zarządców nieruchomości zlokalizowanych przy drogach publicznych, a także odpady w koszach na śmieci, zezwolenie Wykonawcy: ZIELEŃ nie obejmuje terytorium ulic, przystanków autobusowych i tramwajowych, parkingów ogólnodostępnych oraz tuneli dla pieszych.

Reasumując, Wykonawca: ZIELEŃ nie posiada zezwolenia odpowiadającego przedmiotowi niniejszego zamówienia, tym samym nie posiada uprawnień do świadczenia usług stanowiących przedmiot niniejszego postępowania.

W świetle powyższego, Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w pkt. III „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW ust. 5 SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania, zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 25 października 2010 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w toczącym się postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po szczegółowym rozpatrzeniu zarzutów i żądań zawartych w w/w odwołaniu postanowił ich nie uwzględniać wobec czego podtrzymał dokonane rozstrzygnięcie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty Odwołującego:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kom-Bis Sp, z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz PPH Zieleń Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.
2. dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej

Zamawiający poinformował, iż po szczegółowym rozpatrzeniu przedstawionych w odwołaniu dowodów i argumentacji nie uznaje ich za słuszne. Na powyższe twierdzenie składają się dowody w postaci oświadczeń i dokumentów z oferty wykonawcy, przeprowadzone czynności wyjaśniające oraz informacje przekazane przez wykonawcę Kom-Bis po terminie wniesienia.

Zamawiający na wstępie zaznaczył, iż ocena postawionych zarzutów w stosunku do firmy Kom-bis dotyczących braku należytego doświadczenia w zakresie oczyszczania ulic i placów z racji na brak szczegółowego uzasadnienia do przytoczonych wartości była utrudniona, jednakże zarówno ta argumentacja jak i indywidualne wywody nie mają potwierdzenia w treści złożonych dokumentów i oświadczeń. Z analizy treści w/w dokumentów wynika, iż wykonawca Kom-Bis w zestawieniu wykonanych usług wskazał ich wartość za rok 2009 na poziomie 24.000zł.

Zauważyć należy, iż Wykonawca Kom bis przedstawił swoje doświadczenie zgodnie z wymogiem Zamawiającego oraz wzorem „Wykaz zrealizowanych usług” stanowiącym zał. 1c do SIWZ. Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień (zał. nr 1 i 2) odnosiły się w pierwszej kolejności do ustalenia, które z usług świadczone były również w 2009r. oraz jakie wartości z łącznie podanej kwoty o wartości ponad 993 tys zł przypadają na zadania potwierdzone referencjami (3 z 23 wykazanych).

Wyjaśnienia Wykonawcy oraz bardziej szczegółowo rozpisany wykaz wykonanych usług pozwolił na stwierdzenie, iż wykonawca wymagane doświadczenie posiada, co w konsekwencji doprowadziło do wskazania oferty firmy Kom bis jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w tylko sobie wiadomy sposób dokonał podsumowania wykazanych wartości prac uzyskując kwoty 217.649,39 oraz 88.271,41zł i w połączeniu ich z dokumentami finansowymi firmy wskazał na podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, które mają wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie podziela takiego toku rozumowania, które dodatkowo z racji na brak odniesienia do poszczególnych pozycji wykazu w omawianych dokumentach nie pozwala na ich kompleksowe sprawdzenie. Jednakże Zamawiający z ostrożności przeprowadził czynności wyjaśniające kierując wnioski o złożenie wyjaśnień dotyczących prawdziwości złożonych informacji przez firmę Kom Bis do ich wystawców. W wyniku tego działania uzyskano potwierdzenia, iż usługi były faktycznie świadczone.

Dodatkowo wykonawca, przedłożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące postawionych zarzutów w odwołaniu wskazując między innymi na politykę nowo powstałej firmy w zakresie pozyskiwania klientów i promocji swoich usług.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż z racji na wykazanie ponad próg minimalny usługi świadczone dla firmy CM Auto Plus w Gdańsku podnoszone jako dowód w odwołaniu, potwierdzający nieprawdziwe informacje nie były brane pod uwagę, jednakże w toku prowadzonych wyjaśnień zostały potwierdzone przez wystawcę referencji jako zgodnie z zakresem usług jaki przedłożył wykonawca.

Kolejny **zarzut dotyczący wykazania przez firmę Kom bis sprzętu**, który nie jest własnością tegoż wykonawcy również nie zasługuje na uznanie. Wykonawca zgodnie z warunkiem udziału miał obowiązek wykazania, iż dysponuje specjalistycznym sprzętem. Na potwierdzenie tego warunku należało złożyć stosowne oświadczenie w formie wykazu sprzętu a w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów.

Wskazanie w tym zakresie przez odwołującego właściciela w/w sprzętu nie przesądza, iż firma oświadczyła nieprawdę i nie spełnia warunku. Odwołujący, nie przytoczył żadnego dowodu świadczącego, iż pomiędzy stronami nie istnieje żaden stosunek zobowiązaniowy pozwalający na wykazanie omawianego sprzętu. Uzyskane dodatkowo wyjaśnienia od firmy Kom-bis potwierdziły prawdziwość złożonego oświadczenia o dysponowaniu sprzętem na podstawie umowy najmu.

Zamawiający nie wymagał zgodnie z przepisami ustawy, aby wykonawca legitymował się prawem własności sprzętu wobec czego dopuszczalna była wszelka forma dysponowania poprzez najem, dzierżawę, użyczenie, leasing jak również dopuszczono zgodnie z art. 26 ust 2b Pzp możliwość dysponowania w czasie przyszłym lecz tylko w tym przypadku należało powyższy fakt udokumentować przedkładając np. zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia sprzętu.

Zważywszy na powyższe postanowiono jak na wstępie.

Zarzut dotyczący braku wykluczenia wykonawcy PPU Zieleń Sp. z o.o.

W celu potwierdzenia czy w/w wykonawca posiada stosowne uprawnienia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i może wykonać przedmiot zamówienia opisany w SIWZ Zamawiający wystąpił z wnioskiem o opinię do organu, który zezwolenie dla danego podmiotu wydał. Opinia w powyższym zakresie była pozytywna, została wydana po analizie opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ i obowiązującej klasyfikacji kodów. Wobec powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż podmiot na podstawie uzyskanych zezwoleń posiada uprawnienia do wykonania niniejszego zamówienia czym jednocześnie spełnia warunki podmiotowe udziału w postępowaniu.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, iż wobec posiadanych informacji z dokumentów pierwotnie złożonych do oferty oraz wyjaśnień zarzuty wykonawcy nie zasługują na uznanie a nawet przypadku stwierdzenia, iż któryś z nich okazał się prawdziwy i zasługiwał na uwzględnienie to żądania wykonawcy od pkt 3 do 5 odwołania nie mogą zostać spełnione bez wykonania czynności obligatoryjnych wynikających z art. 26 ustawy Pzp. Dopiero tak przeprowadzona procedura nie będzie stanowiła naruszenia w/w przepisów, jak również jednakowo traktowała wykonawców w związku z zasadami wynikającymi z art. 7 ustawy, a dokonana ocena ofert pozwoli na podjęcie dalszych decyzji dotyczących wykluczeń wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do niniejszego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wezwanych uczestników postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów nieodrzczenia kwestionowanych ofert oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca, w toku prowadzonej rozprawy wycofał zarzut dotyczący wykazu sprzętu złożonego przez wykonawcę Kom-bis. Wobec powyższego zarzut ten nie będzie rozpatrywany przez Izbę.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, prowadzi postępowanie na *Sprzątanie i odśnieżanie ulicznej infrastruktury drogowej i komunikacyjnej Miasta Gdańska w okresie od 01.10.2010r. do 30.09.2013r., w zakresach: Zakres I - Rejon: Wschodni, Zakres II - Rejon: Południowy, Zakres III - Rejon: Centralny, Zakres IV - Rejon: Północny, Zakres V - Rejon: „Pas Nadmorski” - sygn. akt 84/B/UC/2010.*

W niniejszym postępowaniu mogli uczestniczyć Wykonawcy, którzy spełniali warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył następujące warunki szczegółowe:

1. wykonawca zrealizował w okresie ostatnich 2 latach z okresu ostatnich 3 lat (licząc od dnia upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie), w każdym roku z osobna usługi z zakresu:
 - oczyszczania ulic, placów i innych obiektów na powierzchni nie mniejszej niż 300 000 m²
 - utrzymania zimowego ulic, placów i innych obiektów na powierzchni nie mniejszej niż 50 000 m²
2. wykonawca posiada doświadczenie w realizacji zamówień odpowiadających swoim charakterem, rodzajem (prace porządkowe, utrzymanie zimowe obiektów, mechaniczne oczyszczanie nawierzchni) i wartością niniejszemu zamówieniu i dla każdego rejonu oddzielnie i wykaże się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 900 000 zł.

Wykazywana powierzchnia nie mogła być efektem sumowania powierzchni wynikającym z częstotliwości świadczenia usług.

Spełnianie warunku należało udokumentować poprzez wykaz zrealizowanych usług z zakresu oczyszczania obiektów potwierdzonych dokumentami na dowód, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawcy mieli legitymować się także (posiadać) aktualne zezwolenia:

1. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów (decyzja wydana na podstawie ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach);
2. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska (decyzja wydana na

podstawie ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). W złożonym odwołaniu wykonawca Odwołujący się kwestionuje wykazu usług złożony przez wykonawcę Kom-bis i znajdujący się w ofercie oraz uzupełniony wyjaśnieniami złożonymi w dniach 15 i 30 września 2010 roku, a także postępowaniem wyjaśniającym przeprowadzonym przez Zamawiającego oraz zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska złożone przez wykonawcę PPU „Zieleń” Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut braku wykluczenia Wykonawcy: KOM-BIS, wyboru oferty KOM-BIS jako najkorzystniejszej nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w zapisach SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu nie zawarł żadnych ograniczeń, aby usługi wskazywane w ramach wykazywania się doświadczeniem w zakresie oczyszczania ulic, placów i innych obiektów oraz utrzymania zimowego ulic, placów i innych obiektów na wymaganej ilości powierzchni nie mogły się pokrywać. Jest to zjawisko powszechne przy takiego rodzaju usługach ponieważ często zdarza się, iż usługi sprzątnięcia, oczyszczania połączone są z usługami zimowego utrzymania i wykonywane są w ramach jednej umowy. Brak ograniczeń dotyczy także warunku wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia o łącznej wartości brutto określonej przez Zamawiającego.

Wykonanie usług zamieszczonych w pierwotnym wykazie oraz dokumentach uzupełnionych przez wykonawcę Kom-bis w ramach złożonych wyjaśnień potwierdzają referencje przedłożone wraz z tymi wykazami. Dodatkowo postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez samego Zamawiającego (w momencie badania ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a także w wyniku otrzymania odwołania) i uzyskane jednoznaczne wyjaśnienia złożone przez samych wystawców referencji (usługodawców) nie potwierdzają faktu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Izba wskazuje, iż oświadczenie woli należy tłumaczyć jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku stosunków wynikający z umów, należy je interpretować zgodnie z jego celem i zamiarem stron nie zaś opierać się na dosłownym brzmieniu. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił faktu złożenia nieprawdziwych informacji w prowadzonym postępowaniu przez wybranego wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego nie znajdują również potwierdzenia w składanych dokumentach zarzuty odnoszące się do niespełnienia przez wykonawcę Kom-bis warunków

udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania odpowiedniego doświadczenia czy raczej nie wykazania spełniania tegoż warunku. Jak już wyżej zauważono wykonanie wymaganych usług w wymaganej ilości powierzchni czy też ich wartości potwierdził zarówno wykonawca, jak też jego usługodawcy. Odwołujący przeprowadził analizę na podstawie dokumentów finansowych złożonych do Krajowego Rejestru Sądowego. Po pierwsze skład orzekający Izby pragnie zauważyć, iż dokumenty takie nie były wymagane przez Zamawiającego na etapie składania ofert dlatego też nie mógł on posiadać takiej wiedzy i weryfikować jej w określony sposób, po drugie zaś Zamawiający w momencie ich otrzymania i zapoznania się z nimi oraz zarzutami Odwołującego się nie jest organem uprawnionym do oceny zgodności postępowania wykonawcy Kom-bis z przepisami czy to ustawy o rachunkowości czy też innych przepisów odnoszących się do obowiązków podatkowych nałożonych na przedsiębiorców i prowadzenia przez niego rozrachunków finansowych. Trudno natomiast polemizować z potwierdzeniem wykonania usług z przedsiębiorcami, na rzecz których usługi te były wykonywane i którzy to potwierdzili wszystkie okoliczności wykazane przez wykonawcę posługującego się referencjami. Nie udowodniono również, iż fakt taki może wynikać z tego, iż wykonawca Kom-bis ujął w tabeli zarówno kwotę przychodu otrzymaną jako sumę wynagrodzeń za świadczenie określonych usług po sierpniu 2009 roku oraz wartość usług świadczonych za referencje. W ocenie Izby złożony wykaz, referencje i wyjaśnienia wraz z dokumentami przedstawionymi przez Odwołującego się nie potwierdzają niewykonania usług w wymaganych ilościach i wartościach. Nie potwierdziły się zarzuty odnoszące się do niewykazania spełniania warunków udziału oraz złożenia nieprawdziwych informacji.

Zarzut braku wykluczenia Wykonawcy: ZIELEŃ.

Zamawiający w zapisach SIWZ nie wymagał, aby zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska odnosiło się do określonych kodów zawartych w katalogu odpadów, w tym kodów, które odpowiadałyby opisowi przedmiotu zamówienia. Tym niemniej zauważyć należy, iż w zezwoleniu nadanym decyzją Prezydenta Miasta Gdańska (nr WŚ-I-7661Do/10/06/BA, wydaną 25 września 2006 roku) złożonym wraz z ofertą przez wykonawcę PPU „Zieleń” Sp. z o.o. wynika, iż w przypadku niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych określonych kodem 20 03 01 jego działalność podlega ograniczeniom odnoszącym się do odbioru i transportu w sposób selektywny powyższych odpadów z terenu cmentarzy i terenów zielonych i terenów rekreacyjnych, wykonywanych na podstawie umów zawieranych z innymi podmiotami niż mieszkańcy. Z uzasadnienia decyzji wynika, iż podstawę ograniczenia stanowił zakres prowadzonej przez przedsiębiorcę

działalności polegającej na pielęgnacji i sprzątnięciu terenów zielonych oraz odbieraniu odpadów niesegregowanych z tych terenów i cmentarzy. Ograniczenie niewątpliwie ma wpływ na możliwość wykonywania zakresu przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. W zakres bowiem zamówienia wchodzi sprzątnięcie i odśnieżanie ulicznej infrastruktury drogowej i komunikacyjnej Miasta Gdańska, które obejmuje m.in. opróżnianie koszy rozmieszczonych w ciągach ulic, przystankach autobusowych, parkingach, tunelach dla pieszych. W tym miejscu skład orzekający Izby przychyliła się do wniosków wynikających z opinii prawnej przedłożonej w toku prowadzonej rozprawy przez Odwołującego się.

Warto również zwrócić uwagę, iż już po upływie terminu składania ofert wykonawca PPU „Zieleń” Sp. z o.o. wystąpił do właściwego organu o rozszerzenie zakresu przedmiotowego posiadanego zezwolenia. Takowe rozszerzenie wykonawca uzyskał, otrzymując decyzję wydaną przez Prezydenta Miasta Gdańska w dniu 23 września 2010 roku. Opinie przedłożone przez Zamawiającego, a uzyskane od organu wydającego zezwolenie, w sprawie interpretacji decyzji posiadanej przez wykonawcę uwzględniają, w ocenie Izby, stan po zmianie decyzji z 2006 roku, czyli odnoszą się do stanu prawnego i faktycznego datowanego na dzień 23 września 2010 roku. W takiej sytuacji przychylić należy się do wniosku Odwołującego, iż w dniu składania ofert wykonawca nie przedstawił prawidłowego dokumentu pozwalającego na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Nie można zgodzić się również z twierdzeniami przytaczanymi przez Zamawiającego na rozprawie, iż ograniczenie z decyzji odnosiło się do sposobu odbioru odpadów (czyli, że mają one być odbierane selektywnie) nie zaś do przedmiotu wynikającego z decyzji.

Jednakże nawet uwzględnienie powyższego zarzutu odnoszącego się do wykonawcy PPU „Zieleń” Sp. z o.o. nie będzie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania ponieważ wykonawca Odwołujący się nie uzyska w przypadku wykluczenia tego wykonawcy zamówienia ponieważ nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wykonawcy i oferty obecnie uznanej za najkorzystniejszą. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę, iż Izba nie uwzględniła zarzutów odnoszących się do wykonawcy zajmującego pierwszą pozycję w rankingu ofert, nawet pomimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawcy PPU „Zieleń” Sp. z o.o., nie ma to wpływu na wynik postępowania i nie pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia, co w prowadzi do wniosku, iż ze względu na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na wyznaczoną rozprawę Izby.

Przewodniczący:

.....