

**WYROK**

**z dnia 17 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 r. przez **wykonawcę FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Myszków z siedzibą w Myszkowie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Zawierciu** zgłaszających przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **wykonawcy FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu** na rzecz **Zamawiającego: Gminy Myszków z siedzibą w Myszkowie** kwotę **18.600,00 zł**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Myszków z siedzibą w Myszkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. : *„Gospodarka odpadami komunalnymi w Gminie Myszków 1) część 1 zamówienia – realizacja obowiązków Gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca FCC Polska z siedzibą w Zabrze (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 2 września 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pomimo niewykazania przez wykonawców braku podstaw wykluczenia, a to w skutek zaakceptowania przez Zamawiającego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia; art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem 5 ust. 2 pkt 3.1) ppkt a, b, oraz c oraz Rozdziałem 6, pkt 17 ppkt 6, 7 oraz 8 SIWZ poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie z udziału w postępowaniu pomimo faktu, iż nie wykazał on spełniania określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu: a) warunków legitymowania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, b) warunku dysponowania oznaczonym przez Zamawiającego sprzętem technicznym oraz c) warunku wykazania dysponowania wymaganym przez Zamawiającego personelem, a także zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem 5 ust. 2 pkt 3.1 ppkt a, b oraz c oraz Rozdziałem 6, pkt 17 ppkt 6, 7 oraz 8 SIWZ 3) SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez wykonawców pomimo okoliczności, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty

wykonawców jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawcy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, a oferta winna zostać odrzucona.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie, wykluczenie ww. wykonawców z udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty ww. wykonawców, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczanego przez Odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 2 września 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający – Gmina Myszków z siedzibą w Myszkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Gospodarka odpadami komunalnymi w Gminie Myszków 1) część 1 zamówienia – realizacja obowiązków Gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków”*.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu pomimo niewykazania przez wykonawcę podstaw wykluczenia oraz złożenia nieprawdziwych informacji zgodzić należało się z Zamawiającym że zarzuty te podlegają oddaleniu. Zgodzić należało się z Zamawiającym oraz Przystępującym, że istotne znaczenie ma forma elektroniczna złożonych dokumentów a w tym przypadku istotne znaczenie ma data złożonego podpisu. Biorąc pod uwagę niniejszy stan faktyczny, oraz to że dokument składany jest w formie elektronicznej, zatem oświadczenie tam zawarte składane są w dacie podpisu elektronicznego. W konsekwencji nie można mówić, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i że istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Słusznie zauważył Przystępujący, że analogiczna sytuacja występuje w przypadku odwołania składanego przez Odwołującego, gdzie odwołanie może opatrzone być inną datą, niż złożony podpis elektroniczny. Powyższe – jak zauważył Przystępujący - nie ma znaczenia zarówno w przypadku odwołania jak i dokumentu JEDZ, a istotna jest data podpisu elektronicznego.

Odnosząc się do zarzutu niespełniania przez Przystępującego warunku legitymowania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem należało uznać, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Jednym z warunków specyfikacji było wykazanie się w ostatnich trzech latach przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje należycie usługę lub usługi polegające na odbiór i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o łącznej wartości brutto usług nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł. W przypadku wykazywania przez wykonawcę usługi lub usług nadal wykonywanych zrealizowana łączna wartość brutto usług winna odpowiadać co najmniej określonymu powyżej minimalnemu poziomowi wartości wykonanych usług. W ocenie Odwołującego referencje złożone przez Przystępującego nie czynią zadość określonym w SIWZ warunkom. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz usług stanowi potwierdzenie wykonanych usług a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że nie można żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzanych przez osoby trzecie – w tym przypadku z referencji – wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Szczegółowe informacje mają wynikać z oświadczenia wykonawcy, którym jest stosowny wykaz i zawarte w nim informacje, nie zaś referencje. Referencje mogą mieć charakter ogólny i potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, gdyż taki jest cel ww. dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zatem szczegółowe informacje (polegające na wskazaniu terminu realizacji, zakresu zamówienia) potwierdza składany przez wykonawcę wykaz, nie zaś referencja, której celem jest wykazanie należytego wykonania zamówienia. Powyższe niejednokrotnie wskazywano już w orzecznictwie Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Dlatego też zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu niespełniania przez Przystępującego warunku dysponowania oznaczonym przez Zamawiającego sprzętem technicznym również należy uznać że zarzut nie potwierdził się. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że zarzut braku możliwości stwierdzenia przeznaczenia danego pojazdu i braku możliwości zsumowania ich z pojazdami lidera konsorcjum nie można uznać za zasadny, gdyż członek konsorcjum – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. jednoznacznie określił konkretne przeznaczenie wskazanych w JEDZ trzech pojazdów, tj. rodzaj odpadów jakie będą nimi przewożone – zmieszane odpady komunalne. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że zarzut braku możliwości zidentyfikowania pojazdów nie potwierdził się gdyż z ze złożonego JEDZ wynikało do czego pojazd jest przeznaczony, tj. do odbioru odpadów komunalnych. Zatem zsumowanie trzech pojazdów do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych członka konsorcjum z trzema pojazdami do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych lidera konsorcjum potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W wykazie urządzeń technicznych należało wyszczególnić urządzenia techniczne niezbędne do wykonania zamówienia, w drugiej kolumnie należało wskazać ilość sztuk, w następnej

informację o podstawie dysponowania. Wykonawca wyszczególnił pojazdy w sposób wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionował postanowień weryfikacji, gdyby Zamawiający wymagał podania numeru rejestracyjnego bądź innych informacji, jak słusznie zauważył Przystępujący – takie informacje znalazłyby się w wykazie.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez Przystępującego warunku dysponowania wymaganym przez Zamawiającego personelem należy również uznać, że zarzut również nie potwierdził się zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Odwołujący twierdzi, że wobec stwierdzenia w SIWZ konieczności wykazania dysponowania wymaganymi osobami należało złożyć stosowne umowy o pracę bądź inne dokumenty zauważyć należy za Zamawiającym że nie żądał aby wykonawcy na potwierdzenie spełnienia tego warunku składali umowy z osobami wymienionymi w załączniku nr 9. Zamawiający wymagał złożenia załącznika nr 9 – wykazu osób zawierającymi informacje: imię i nazwisko, zakres wykonywanych czynności przez wykazane osoby i informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że istotne znaczenia miało to, czego w postępowaniu Zamawiający żądał. Zamawiający nie żądał dodatkowych dokumentów tj. np. umowa o pracę, a istotne elementy zostały przez wykonawcę wskazane w wykazie. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jak słusznie zauważył Przystępujący przepis ten może mieć zastosowanie w przetargu wieloetapowym, w konsekwencji nie doszło do naruszenia.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

**Przewodniczący:**

.....