

Sygn. akt: KIO 1620/20

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę **PPUH KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **SAMTRAK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PPUH KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PPUH KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **PPUH KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz zamawiającego - **Miasto Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Jastrzębie Zdrój prowadzi postępowania na „Utrzymanie letnie i zimowe miasta Jastrzębie - Zdrój (Kwartaly 2, 6, 7, 8, 9, 12, 13)” znak sprawy: BZP.271.11.2020 Części V. kwartał nr 9. Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 053-126307

Odwołujący: PPUH KOMUNALNIK sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego w tym postępowaniu kwestionując w szczególności wybór oferty złożonej przez wykonawcę SAMTRAK Sp. z o.o.

Zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- Art. 24 ust. 1 pkt 23 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SAMTRAK, który razem z wykonawcą Masbud Plus Sp. z o.o. - należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.) - złożyli odrębne oferty, nie wykazując, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- Art. 24 ust. 1 pkt 20 przez zaniechanie wykluczenia SAMTRAK z uwagi na fakt, że zawarł on z Wykonawcą między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.
- Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 i 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. znku przez zaniechanie odrzucenia oferty wskazanej z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- Art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 przez czynność braku wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia oferty SAMTRAK na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Wykonawca udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanych do wykorzystania pojazdów na chodniki w zakresie utrzymania zimowego pomimo, iż złożył niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym wyjaśnienia na ten temat wraz z brakiem złożenia dowodów potwierdzających, iż ww. pojazdy mogą być używane do zimowego utrzymania chodników, a przez to nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- art. 7 ust. 1 przez subiektywną ocenę wyjaśnień Wykonawcy SAMTRAK złożonych w zakresie wykazania zasobów technicznych do realizacji przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów;
- Art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 przez

brak wykluczenia Wykonawcy, a co za tym idzie odrzucenia oferty SAMTRAK na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że SAMTRAK dysponuje wymaganym w siwz doświadczeniem mimo, że wykonywał usługi wykazane w wykazie usług na rzecz podmiotu powiązanego, a dane ilościowe wskazane w referencjach nie są zgodne ze stanem faktycznym i nie zostały poświadczone zgodnie z zasadami reprezentacji, a przez to Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,

- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty SAMTRAK mimo, iż została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 przez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;

Wniósł o:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy „SAMTRAK” Sp. z o.o. Sp. k. jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał nr 9);
2. Z ostrożności procesowej nakazanie dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert,
3. Odrzucenia oferty Wykonawcy „SAMTRAK” jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał nr 9) z uwagi na okoliczności wskazane powyżej,
4. Wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał nr 9)

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. W zakresie części nr V ofertę złożyło dwóch Wykonawców, tj. Odwołujący oraz „SAMTRAK”. Oferta Odwołującego uzyskała w kolejności drugi wynik w przedmiotowej części.

II. Wskazano na powiązania osobowe między Wykonawcami. Wykonawca SAMTRAK złożył ofertę w postępowaniu na część V. Wykonawca Masbud Plus Sp. z o.o. złożył ofertę na część

III. W złożonym oświadczeniu dot. przynależności do grupy kapitałowej Wykonawca wskazywał, iż wzajemne powiązania pomiędzy podmiotami SAMTRAK i Masbud Plus sp. z o.o. nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, co jednak ma miejsce.

Nie ma ani jednego dokumentu podpisanego przez inną osobę, która działa jako pełnomocnik jednego z wykonawców lub też drugi wspólnik w spółce jawnej. W formularzach ofertowych zostały popełnione identyczne błędy. Zwraca również uwagę podobieństwo obu ofert pod względem graficznym. Obie oferty były uzupełniane ręcznie, zawierają podobne skreślenia, złożono identycznie graficznie wypełnione wykazy, oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, a nawet przedstawiono w nich identyczną argumentację faktyczną. Dokumenty te nie różnią się żadnym elementem poza danymi firm. Doszło do uzgodnienia ceny przez dwóch różnych przedsiębiorców.

Złożenie ofert przez dwóch, powiązanych ze sobą wykonawców, co do zasady powoduje wykluczenie tychże wykonawców zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp., przy czym może to też być czyn nieuczciwej konkurencji powodującym odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp. Obaj Wykonawcy nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji.

W podanym przypadku SAMTRAK sp. z o.o. sp. k. i Masbud Plus sp. z o.o. są powiązane ze sobą, co skutkuje koniecznością wykazania przez oba podmioty, iż złożenie przez nie osobnych ofert nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji. Dodatkowo, w związku z tym, iż pan T. K. składał ofertę w swoim imieniu jako Prezes Zarządu Masbud Plus Sp. z o.o., będąc jednocześnie współnikiem spółki z o.o. sp. k.- SAMTRAK, mógł mieć co najmniej wiedzę o ofertach i cenach oferowanych przez oba podmioty przed otwarciem ofert. Sam został także wskazany w obu ofertach jako osoba do kontaktu w sprawach zamówienia (a raczej - tego zamówienia oraz zamówienia siostrzanego, na pozostałe kwartały miasta, nr 10, tj. postępowania nr BZP.271.10.2020).

W zakresie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odnoszącego się do czynu nieuczciwej konkurencji obejmującego zмовę przetargową pomiędzy dwoma wykonawcami, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu na dwie części zamówienia, zarzut zasługuje na uwzględnienie. Kumulacja szeregu czynności, które w normalnych okolicznościach trudno byłoby uznać za działania przypadkowe, w połączeniu z szeregiem innych okoliczności skutkujących wymiernymi korzyściami dla dwóch lub większej liczby przedsiębiorców, umożliwia stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji i wyciągnięcie wobec podmiotów pozostających w zмовie przewidzianych prawem konsekwencji.

Odwolujący zarzuca ww. Wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dokonaniu zмовy przetargowej przy składaniu ofert.

Elementem wręcz przesądającym o uznaniu działań tych wykonawców za niedozwolony i sprzeczny z przepisami ww. ustaw, było wskazanie w formularzach ofertowych tożsamej osoby do kontaktu, tożsamej osoby reprezentującej wszystkie podmioty z grupy kapitałowej (mimo ogólnych wskazówek przeczących zawartych w oświadczeniu o grupie kapitałowej), podobnych stawek cenowych, jak również na skutek tego faktu otwarcie możliwości do manipulacji ofertami na skutek popełnienia fikcyjnej omyłki przy konstruowaniu oświadczeń celem bezpiecznego wycofania się oferenta z jednej z części.

Wszystkie wskazane wyżej dowody Zamawiający winien uznać za wystarczające, aby podzielić w tym zakresie zasadność zarzutu Odwołującego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu stypizowanego w treści art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów funkcjonującego w związku z treścią art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zku (2018 r., poz. 419 ze zm).

Należy wskazać, iż wykonawca Masbud Plus nie posiada stosownego doświadczenia oraz potencjałów technicznych do realizacji aż 3 kwartałów (2 części z postępowania nr 10 i jednej części z postępowania nr 11). Inżynieria w konstruowaniu wykonawstwa obu podmiotów (Masbud Plus i SAMTRAK) spowodowała, iż obaj Wykonawcy w obu postępowaniach zastrzegali jako tajemnice przedsiębiorstwa prawie wszystkie składne oświadczenia i dokumenty (m.in. dot. wykazów sprzętu, wyjaśnienia dot. wykazów usług, czy nawet jak w przedmiotowym postępowaniu oświadczenia o grupie kapitałowej wraz z załącznikami)

Działania, w połączeniu z zastrzeżeniem wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz ich złożenie przez podmioty powiązane, miało na celu wprowadzenie w błąd oraz naruszało zasady uczciwej konkurencji.

Po zbadaniu własnych potencjałów oraz doświadczenia wykonawca Masbud Plus Sp. z o.o. mimo składania wyjaśnień dot. cz. III niespodziewanie wycofał się z walki o pozyskanie ww. zamówienia, tj. przez mylnie złożone oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą (najprawdopodobniej oczywiście świadomie - złożenie oświadczenia nie na ten kwartał, o który Zamawiający wnosił) jego oferta została odrzucona.

Mając na uwadze całokształt wyjaśnień Wykonawców powiązanych (SAMTRAK, Masbud Plus) w przedmiotowych postępowaniach, niezrozumiałym jest pominięcie przez zamawiającego dalszych nieścisłości jak identyczne wyjaśnienia + te same zdjęcia, co wykonawca powiązany Masbud Plus Sp. z o.o. na cz. II tego postępowania, potencjał techniczny pojazd SUZUKI JIMNY z ksero dowodu rejestracyjnego - tylko jednej strony - pierwszej złożonej. Dokumenty były zastrzeżone, a zdjęć nie przedstawiono, gdyż Wykonawca Masbud Plus przesłał informację, że z powodu problemów technicznych nie mógł złożyć wyjaśnień mimo, iż w tym samym czasie Pan T. K. w pozostałych częściach i kwartałach nie miał problemów technicznych ze składaniem oświadczeń i dokumentów), na Kwartał Nr 15 w postępowaniu nr 10 wykonawca Masbud Plus złożył te same wyjaśnienia, co w niniejszym postępowaniu (ten sam układ tekstu, czcionka, te same treści itp.) - wyjaśnienia dotyczyły tylko norm emisji EURO, wszystkie, za wyjątkiem gwarancji bankowej, dokumenty podpisywał Pan T. K. w obu postępowaniach i dla obu wykonawców, tj. Masbud Plus i jako SAMTRAK, faktycznie dla Wykonawcy SAMTRAK T. K., ofertę i oświadczenia JEDZ podpisał elektronicznie jako samodzielnie działający członek zarządu.

Zamawiający nie wziął w ogóle pod uwagę występujących powyżej powiązań i zależności.

Jak wynika z powyższego wykonawca SAMTRAK bazuje jedynie na usługach wykonywanych dla podmiotu powiązanego, nie ma w swojej palecie usług pozyskanych w trybie konkurencyjnym. Wyraźnie Wykonawca SAMTRAK wskazuje cyt. „zwrot użyty w referencjach „na rzecz klientów Masbud Plus sp. z o.o. ” wynikał zapewne z faktu, że SAMTRAK sp. z o.o. sp. k wykonuje na rzecz Masbud Plus sp. z o.o. wiele realizacji (w tym w charakterze podwykonawcy)”. Powyższe, w połączeniu z podziałem przez zamawiającego zakresu

realizacji usługi na 2 postępowania bliźniacze, i w połączeniu z możliwością złożenia oferty jedynie na 2 części w każdym postępowaniu, wskazuje na ukryty zamiar powiązanych wykonawców w stosunku do obecnej i przyszłych realizacji ww. usług, tj. pozyskanie jak największej ilości kwartałów do ich utrzymania.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmową w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami - działającymi na danym rynku, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie lokalny rynek w ramach prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest możliwe przypadkowe zaoferowanie podobnych lub wręcz cen, jak również popełnienie rodzajowo tożsamyh omyłek w oferowanych częściach zamówienia. Jak wyżej wskazano, oferta Wykonawcy SAMTRAK powinna podlegać odrzuceniu również ze względu na fakt, jakie skutki wywarło na przebieg postępowania działanie obu wykonawców, w tym kształt złożonych przez nich oświadczeń woli.

III. Zarzut dot. niewykazania wymaganego w siwz sprzętu do realizacji zamówienia

Zgodnie z wymaganiami siwz, pkt. 8.3 ppkt. 3 Wykonawca winien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował wskazanym poniżej sprzętem do utrzymania letniego i zimowego w zakresie minimalnym (tu wskazano wymogi sprzętowe).

W rozdziale 16 wskazano kryteria oceny ofert. Jednym z kryteriów wskazanych w ppkt. 16.2 było kryterium środowiskowe - pojazdy z niską emisją spalin EURO i/lub STAGE (TIER) S1 - waga 30%.

Wykonawca „SAMTRAK” w formularzu ofertowym w pkt. 4 wskazał dwa pojazdy do utrzymania chodników z pługiem i rozrzutnikiem: Suzuki Jimny rej. WE 622JG i rej. DW 863XR oba o normie emisji spalin EURO 5, co przy wykazaniu piaskarki także z ww normą emisji spalin, zostało Wykonawcy przyznane 30 pkt w tym kryterium.

Zamawiający pismem z 21.05.2020r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w jaki sposób pojazdy Suzuki Jimny jako mikrosamochody terenowe, lekkie, zamierza wykorzystywać w sezonie zimowych na chodnikach wraz z zamontowanym pługiem i rozrzutnikiem.

W wyjaśnieniach Wykonawca opisał parametry pojazdu Suzuki Jimny, w tym: „ Według naszego doświadczenia oraz wiedzy nie mamy wątpliwości że Suzuki Jimny idealnie poprzez swoją moc oraz wagę spełnia się w odśnieżaniu chodników”. Wskazano także, że „montaż pługa oraz rozrzutnika przedstawione zostały w załączonej dokumentacji fotograficznej”.

Wykonawca „SAMTRAK” w wyjaśnieniach wskazuje, iż posługuje się quadami. Nie wykazał ich jednak w wykazie sprzętu, gdyż nie posiadają normy emisji spalin i nie otrzymałby za nie dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert.

Wskazał dane techniczne, co jednak nie przesądza o tym, iż są one dopuszczone do ruchu drogowego na chodnikach i deptakach miejskich (Zamawiającego).

Odwołujący zwrócił się o ocenę techniczną do Rzecznawcy Samochodowego zrzeszonego w Stowarzyszeniu Rzecznawców Techniki Motoryzacyjnej i Ruchu Drogowego.

Na podstawie przedłożonych Zamawiającemu dokumentów, uzyskano opinię rzeczoznawcy w zakresie rodzaju pojazdu i przydatności do wykonywania prac zimowego utrzymania dróg. W opinii czytamy, iż: „Samochody Suzuki Jimny są samochodami osobowymi przeznaczonymi do przewozu 4 osób. Różnica między dopuszczalną masą całkowitą a masą własną wynosi 360 kg i po odjęciu masy przewożonych osób (75kg + 3 x 60kg) 255 kg pozostawia do dyspozycji 105 kg. Masa zamontowanego osprzętu wraz z zasypem znacznie przekracza powyższe 105 kg. Zamontowanie rozrzutnika na haku holowniczym powoduje przekroczenie dopuszczalnego nacisku na hak (75 kg), co będzie skutkowało zmianami właściwości trakcyjnej samochodu.” We wnioskach rzeczoznawca stwierdza, iż „stan techniczny zgłoszonego do przetargu samochodów jest niezgodny z danymi zawartymi w dowodzie rejestracyjnym. W obecnym stanie pojazdy wymagają ponownych badań homologacyjnych, oraz zmiana przeznaczenia pojazdów na samochód specjalny do zimowego utrzymania dróg”.

Odwołujący zwrócił się o ocenę techniczną do Rzecznawcy Samochodowego Stowarzyszenia Rzecznawców Samochodowych EKSPERTMOT w Katowicach. Uzyskano opinię nr 260/2020 w zakresie ustalenia czy pojazdy z wykazu sprzętu SAMTRAK spełniają wymogi przetargu. Rzecznawca stwierdził, iż: 1. „na podstawie analizy zebranej dokumentacji można stwierdzić, że wyżej zidentyfikowane pojazdy nie spełniają wymogów określonych w warunkach technicznych prawa o ruchu drogowym i nie mogą być eksploatowane na drogach publicznych”. 2. dane wyżej zidentyfikowanych pojazdów zawarte w dowodach rejestracyjnych nie odpowiadają stanowi faktycznemu”.

Opisano fotografie, dane z dowodów rejestracyjnych i wynikające z nich informacje.

Z treści rozporządzenia wynika, że dotyczy ono wszelkich pojazdów, także specjalnych (np. § 7 ust. 10 i 11, § 11 ust. 5e i ust. 11), z wyjątkiem (§ 1 ust. 1 pkt 1-4): /.../.

Nadto wskazano przepisy prawa o ruchu drogowym dotyczące rejestracji, opisu, przeznaczenia, wymaganych dokumentów.

Wskazano artykuł pn. „Pług na samochodzie: użyteczny, ale... nielegalny”: cyt. pokonywanie przeróbek, jak doczepianie pługa do samochodu osobowego, powoduje, że samochód nie może być już dopuszczony do ruchu po drogach publicznych, a więc i osiedlowych, będących drogami wewnętrznymi” - wyjaśnia w ww. artykule młodszy aspirant Joanna Skrent z pomorskiej drogówki. www.trojmiasto.pl/wiadomości/Plug-na-samochodzie-uzyteczny-ale-nielegalny-

IV. Zarzut dot. rzetelnego zbadania sposobu dysponowania wykazanym sprzętem do realizacji usługi:

W wyjaśnieniach SAMTRAK z 27.05.2020r, wskazuje się, iż pojazdy wynajmowane są od firmy cytując „zajmującej się wynajmem jak i leasingiem pojazdów”, natomiast zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, dysponowanie pojazdem leasingowanym wino być zbadane pod kątem

jego rzeczywistej dostępności. Z uwagi na utajnienie danych posiadacza pojazdu i właściciela pojazdu (dowody rejestracyjne poz. C.1.1. i C.2.1) Zamawiający winien zbadać zgodność zawartych tam danych z wyjaśnieniami Wykonawcy.

V. Zarzut dot. nie wykazania wymaganego w siwz doświadczenia w realizacji podobnych zamówień:

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należało wykazać, iż Wykonawca wykonał/wykonuje zadanie obejmujące swym zakresem utrzymanie letnie i zimowe o minimalnej powierzchni 220 000 m². Jednocześnie zgodnie z zapisami pkt. 8.23. ppkt. 1) lit. b) siwz w celu spełnienia powyższego warunku Wykonawca mógł wykazać 1 zadanie na utrzymanie letnie i zimowe o powierzchni min. 220 000 m² lub wykazać 2 zadania odrębne dla utrzymania letniego i zimowego z zastrzeżeniem, iż powierzchnia utrzymywana w okresie zimowym jest nie mniejsza niż 40% powierzchni 220 000 m²".

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp „SAMTRAK” przedstawił wykaz usług wykazując jedno zadanie wraz z referencją. Z dokumentów wynikało, iż w ramach jednego zadania świadczył na rzecz firmy MASBUD PLUS Sp. z o.o. usługi letniego utrzymania terenów oraz całodobowego zimowego utrzymania terenów o łącznej powierzchni 256 165 m². W dalszej części wskazano, iż usługa ta była wykonywana na rzecz klientów firmy wystawiającej wykonawcy referencje.

Referencje miały potwierdzać zakres usługi, Spółdzielnia JAS-MOS jak i Firma MASBUD wystawiły referencje świadczące pełny zakres usługi wraz z wywozem. Jak wynika z dokumentacji referencje obejmują szerszy zakres niż faktycznie wykonywany zakres usług.

Pismem z 23.06.2020r. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, z których wynika, iż:

na rzecz jakich klientów były wykonywane ww. usługi wyjaśniono, iż usługi te zleciła firma Masbud Plus Sp. z o.o. a podmiotem, który uprzednio zlecił Masbud Plus sp. z o.o. wykonywanie tych usług jest – Sp-nia Mieszkaniowa „JAS- MOS” z/s w Jastrzębiu - Zdroju.

Co do ilości klientów, których obejmowała ww. usługa w odpowiedzi czytamy, iż ta, o której mowa w referencjach, dotyczy utrzymania letniego i zimowego u jednego klienta Masbud Plus (SM JAS - MOS), po zawarciu umowy z którym Masbud Plus z o.o. zleciła spółce Samtrak Sp. z o.o. Sp. k. realizację części zakresu umowy ”,

Co do pytania czy liczba utrzymywanych metrów była stała przez cały okres realizacji wyjaśniono, że liczba metrów kwadratowych w ramach jest stała.

Co do pytania nr 4 „ SAMTRAK” wskazał, iż opisana w referencjach realizacja wynikająca z umowy pomiędzy Samtrak z Masbud Plus sp. z o.o. wynosiła jedynie część „tej” powierzchni tj. część powierzchni 113 485,89 m², w tym utrzymanie zimowe powierzchni 90 108 m².

Co do okresu świadczonych usług wg ww. wykonawcy to od 01.07.2018r. do 30.10.2020r. wskazano, iż są to usługi świadczone w chwili obecnej.

W wykazie zdań wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat „SAMTRAK” wskazał podmiot, na rzecz którego wykonywał swoje usługi tj. Masbud Plus Sp. z o.o.

Z referencji wydanych przez Masbud Plus wynika, iż „SAMTRAK” wykonał usługi letniego utrzymania terenów oraz całodobowego zimowego utrzymania terenów o łącznej powierzchni 256 165 m², przy czym w tym zimowe utrzymanie terenów o powierzchni 90 108 m².

Zgodnie zaś z referencjami wydanymi przez Spółdzielnię Mieszkaniową „JAS-MOS” z 14.04.2020r. wynika, iż firma Masbud Plus sp. z o.o. wykonała na rzecz ww. Spółdzielni utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych nieruchomości o pow. 389 594,93 m², całodobowe zimowe utrzymanie terenów - pow. 113 485,89 m².

Budzi wątpliwości zgodność ze stanem faktycznym wyliczenia metrów kwadratowych tak w referencji Spółdzielni mieszkaniowej, jak i w referencji firmy Masbud Plus sp. z o.o.

Spółdzielnia Mieszkaniowa „JAS-MOS” publikuje na swojej stronie internetowej od ponad 10 lat sprawozdania Zarządu z działalności za dany rok obrotowy. Dodatkowo publikuje cyklicznie (kilka razy w roku lub nawet co miesiąc) biuletyny dla Mieszkańców, gdzie zawiera podstawowe informacje dot. jej działalności. Dowód: <http://smjasmos.pl/>

Na ww stronie internetowej zestawiono dane ze sprawozdań Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej „JAS-MOS” w zakresie realizacji jej obowiązków, w tym w zakresie utrzymania zimowego załączając sprawozdanie Zarządu z działalności Spółdzielni za 2019 rok ,za 2018 rok, za 2017 rok, za 2016 rok za 2015 rok za 2014 rok i za 2013 rok

Dowód: <http://smjasmos.pl>

Jak wynika z ww. sprawozdań powierzchnia - jak to ujmuje Spółdzielnia - do zimowego utrzymania wynoszą 41 940,41 m².

Nie wiadomo dlaczego w referencjach Spółdzielni wydanych w dniu 14,04.2020r. widnienie powierzchnia 113 485,89 m², a w referencjach Masbud Plus sp. z o.o. wydanych na rzecz „SAMTRAK” widnieje powierzchnia 90 108 m², skoro Zarząd Spółdzielni przyznaje od ponad 7 lat, iż powierzchnia zimowego utrzymania - i to jak pisze Zarząd- CAŁE JEJ ZASOBY - wynoszą jedynie 41 940,41 m².

Pod Sprawozdaniem Zarządu Spółdzielni, zgodnie ze statutem, podpisali się wszyscy trzej członkowie Zarządu Spółdzielni: pod referencjami widnieje jedynie podpis Prezesa Zarządu Pana P. Sz. (Zarząd reprezentuje Spółdzielnię kolegiąlnie - Oświadczenia woli w imieniu Spółdzielni składają dwaj członkowie Zarządu lub jeden członek Zarządu i pełnomocnik.

Prezes Zarządu spółdzielni jest także przewodniczącym Rady Miejskiej Jastrzębia Zdroju, a co za tym idzie ma wgląd i pełną kontrolę nad wykonywaniem zadań zamawiającego; zatem kwestia poświadczenia przez ww. osobę w referencjach danych powinna zostać zbadana dogłębnie, na podstawie rzetelnych informacji i twardych danych dowodowych np. faktur, przelewów za nie i protokołów odbioru.

VI. Zarzut alternatywny dot. prowadzenia działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami prawa w dziedzinie ochrony środowiska - uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej związanej z gospodarką odpadami:

W formularzu JEDZ Wykonawca oświadczył, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mimo, iż Zamawiający nie wymagał wykazania się odpowiednimi decyzjami administracyjnymi dot. m.in. szeroko pojętej ochrony środowiska, czy gospodarki odpadami, winien mieć to na uwadze w kontekście opisu przedmiotu zamówienia i złożonego oświadczenia w formie JEDZ. Z uwagi na fakt, iż szereg dokumentów z tym związanych zostało przez wykonawcę zastrzeżonych lub w ogóle zamawiający po nie nie sięgał, trudno w sposób jednoznaczny wskazać w sposób precyzyjny zakres naruszenia. Mając jednak na uwadze chociażby wpisy do BDO należy podnieść, iż Wykonawca SAMTRAK sp. z o.o. sp.k. nie posiada uprawnień do realizacji całego zakresu przedmiotu zamówienia w kształcie opisanym w siwz.

VII. Wskazane wyżej czynności i zaniechania Zamawiającego skutkują naruszeniem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 i art. 24 ust. 1 pkt. 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy SAMTRAK Sp. z o.o. sp. k., który zmierza do udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy z uwagi na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący uznaje odwołanie za zasadne i wnosi jak na wstępie. Załączono dowody wskazane w odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

W dniu 16 marca 2020 r. ogłosił dwa odrębne postępowania na utrzymanie pn: „Utrzymanie letnie i zimowe miasta Jastrzębie — Zdrój (Kwartały 2,6,7,8,9,12,13), „Utrzymanie letnie i zimowe miasta Jastrzębie — Zdrój (Kwartały 1,3,4,5,10,11).

Każde z tych postępowań obejmowało kilka części, odpowiadające kwartałom, na jakie jest podzielone Miasto. W ramach każdego z postępowań ustalano indywidualnie wytyczne co do ilości np. metrów kwadratowych objętych utrzymaniem letnim, bądź zimowym, ustalanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, minimalnych uwarunkowań w zakresie sprzętu, czy też wymogów w zakresie zaplecza finansowego, jakim winien dysponować. Oba postępowania były od samego początku odrębne i całkowicie niezależne.

W postępowaniu w ramach, którego zostało złożone odwołanie, podzielone zostało na siedem (7) części, tj. kwartałów, gdzie w ramach:

- kwartału nr 7 (część III) ofertę złożyła firma Masbud Jastrzębie - Zdrój, - kwartału nr 9 (część V) ofertę złożyła firma SAMTRAK Jastrzębie - Zdrój.

Obie złożone oferty zostały podpisane przez Pana T. K.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazano:

Powiązania osobowe pomiędzy w/w Wykonawcami w ramach niniejszego postępowania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, a tym samym brak było i brak jest podstaw do wykluczenia obu Wykonawców z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy pzp (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.).

Obaj Wykonawcy, realizując obowiązki wynikające z w/w ustawy, złożyli w dniu 30.04.2020 wymagane oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej przedstawiając wyjaśnienia w zakresie istniejących powiązań wykazując jednocześnie, iż powiązania te nie wpływają na zakłócenie konkurencji. Wykonawcy Ci złożyli oferty na inne kwartały, co oznacza, iż oferty ich dotyczą dwóch różnych części w ramach jednego postępowania. Zgodnie z założeniami specyfikacji każdy Wykonawca startujący w ramach przedmiotowego postępowania mógł złożyć ofertą na maksymalnie 2 części. Warunek ten został wyraźnie wyartykułowany w pkt. 4.2 siwz. Zatem skoro jeden i ten sam Wykonawca w ramach jednego i tego samego postępowania, mógł złożyć dwie oferty z zastrzeżeniem, iż składane są na różne części, to trudno kwestionować układ polegający na złożeniu dwóch różnych ofert przez dwie różne firmy powiązane ze sobą osobowo. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawców w powyższym zakresie były wystarczające i trudno na ich podstawie, uwzględniając indywidualne założenia w postępowaniu, zarzucać Wykonawcom zakłócanie konkurencji.

Kolejnym zarzutem jest zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencje w postępowaniu przez Wykonawców, o których mowa powyżej. Sytuacja, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu absolutnie nie mieści się w podstawie wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy pzp, tym samym brak jest podstaw do stawiania zarzutów zamawiającemu w zakresie zaniechania odrzucenia oferty i niewłaściwej analizy zaistniałej sytuacji. Zarzut względem Zamawiającego polegający na zaniechaniu odrzucenia ofert z uwagi na to, iż Wykonawcy powiązani ze sobą zarówno kapitałowo jak i osobowo zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między Wykonawcami, co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy pzp stanowi obligatoryjną podstawę do wykluczenia obu podmiotów jest bezpodstawny. Wg Zamawiającego również, i w tym przypadku brak jest podstaw do kwestionowania udziału w/w podmiotów w postępowaniu. Sam fakt, iż Wykonawcy złożyli oferty na dwie różne części, które są całkowicie odrębnymi bytami powoduje, iż zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny. Sam Odwołujący w ramach postępowania złożył dwie (2) oferty tj. na część V kwartał 9 i część VI kwartał 12.

Wszystkie argumenty Odwołującego w tym zakresie mogłyby być słuszne, ale przy założeniu, że w/w Wykonawcy powiązani, faktycznie ze sobą konkurują, czyli złożyliby oferty w ramach tej samej części, a skutkiem ich działań byłoby wyeliminowanie innych, ograniczenia ich udziału, czy też naruszenie konkurencji w oparciu o uzgadnianie warunków składanych ofert, ceny ofertowej itp. W tym miejscu należy podkreślić fakt, iż każdy Wykonawca miał prawo

zastrzec część swojej oferty i innych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty.

Kolejnym zarzutem jest fakt, iż firma SAMTRAK nie wykazała się dysponowaniem sprzętem wymaganym w siwz do zimowego utrzymania, albowiem dwa zaoferowane pojazdy marki Suzuki Jimny przeznaczone do utrzymywania chodników, są pojazdami nie mającymi statusu pojazdów specjalnych do zimowego utrzymania, oraz pojazdów mogących poruszać się po ogólnodostępnych chodnikach.

W pkt. 8.3.3) SIWZ Zamawiający wymagał aby „Wykonawca w celu spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.1.3) lit. c) SIWZ wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponować wskazanym poniżej sprzętem do utrzymania letniego i zimowego w ramach części V w zakresie minimalnym, w tym miejscu opisanym co do przykładowych nazw i wymaganych parametrów.

Ponadto należy zauważyć, iż zadaniem Wykonawcy na etapie składania oferty było wykazanie wyłącznie pojazdów z normą emisji spalin EURO, STAGE/TIER, które wykorzysta do realizacji zadania w przypadku udzielenia mu zamówienia.

Pozostałe pojazdy i sprzęt wykorzystywany do realizacji zadania Wykonawca zobowiązany był wykazać na wyraźne — zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwaniem Zamawiającego wypełniając odpowiednio załącznik nr 7 - Wykaz sprzętu, potwierdzający spełnienie warunku określonego w pkt. 8.3.3) siwz.

Z uwagi na wątpliwość Zamawiającego, na etapie weryfikacji ofert, związane z możliwością wykorzystania, do utrzymania zimowego chodników, samochodów Suzuki Jimny o nr rej WE 622JG oraz DW 863XR uwzględniając ich konstrukcję, pismem z 21.05.2020 r. Zamawiający wystąpił do firmy Samtrak. o wyjaśnienie sposobu montażu pługa i rozrzutnika do tego rodzaju pojazdów. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia dołączając zdjęcia poglądowe, które miały wykazać, iż takowy montaż jest możliwy. Biorąc pod uwagę fakt, iż Wykonawca uprawdopodobnił Zamawiającemu możliwość takiego montażu, naturalną konsekwencją było uznanie wyjaśnień za wystarczające. Odwołujący kwestionuje, iż na zdjęciu przedstawiony jest pojazd, którego numer szcztkowy (KWI 98.....) wskazuje, iż jest to samochód nie wykazany przez Firmę SAMTRAK. Zamawiający sformułował pytanie w sposób otwarty oczekując odniesienia się do cyt. „...do tego typu pojazdów (...)” a nie do pojazdu o określonym nr rej. Ta sama uwaga odnosi się do kwestii czy mamy do czynienia z samochodem dwu czy czteromiejscowym.

Odwołujący stawia również zarzuty uwzględniając w/w samochody w odniesieniu do zapisów specyfikacji, które są dla zamawiającego nieczytelne. Nie wiadomo, czy chodzi o to, że przedmiotowe samochody nie zostały wyraźnie wskazane w specyfikacji. Zamawiający dopuścił inne pojazdy specjalistyczne dokonując w SIWZ zapisu „ ...Do utrzymania chodników

i deptaków dopuszcza się oprócz pojazdów specjalistycznych między innymi: Multikar, Lublin, Zuk, mikrociągnik, pługi wirnikowe oraz inne sprzęty np. quady, odśnieżarki spalinowe ręczne w miejscach, gdzie użycie tych sprzętów jest możliwe. (...)

Kwestia niezgodności przeznaczenia wykazanych pojazdów z danymi zawartymi w dowodach rejestracyjnych, czyli innymi słowy brak kwalifikacji pojazdu zgodnie z obowiązującym prawem do zimowego utrzymania wydaje się na tym etapie bezpodstawne. Na żadnym etapie Zamawiający nie przewidywał dokonywania analizy wykazanych pojazdów pod kątem spełnienia przez nich wymogów określonych w Prawie o ruchu drogowym, tym samym brak było podstaw do szczegółowego analizowania zapisów w dowodach rejestracyjnych, które były przedłożone do oferty. Dowody rejestracyjne miały służyć li tylko potwierdzeniu odpowiedniego poziomu emisji spalin jako elementu oferty dla otrzymania dodatkowych punktów w ramach kryterium środowiskowego.

Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla Wykonawcy i wchodzić w kompetencje innych organów chociażby w zakresie dopuszczenia pojazdu do ruchu drogowego. Istotny w tym miejscu jest również fakt, iż zarzut Odwołującego dotyczy pojazdów wykorzystywanych do utrzymania zimowego. Zgodnie z zapisami Opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca zgłasza gotowość przystąpienia do utrzymania zimowego, a więc pełne wyposażenie sprzętowo-materiałowe, na dzień 1 listopada (Zasady prowadzenia utrzymania i kontroli w okresie letnim pkt. 14).

Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia robót zgodnie z przyjętym zakresem do przestrzegania zasad wykonywania usług zawartych w siwz i wykonywania tych prac zgodnie z przepisami BHP, a także do przestrzegania rygorów wynikających z przepisów prawa, w tym również prawa miejscowego - cz. IV postanowienia wspólne OPZ.

Zamawiający wyklucza jednocześnie ewentualność, że doświadczony w zimowym utrzymaniu terenów Wykonawca, jakim mieni się firma SAMTRAK (wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.05.2020 r. znak postępowania BZP.271.11.2020) korzysta ze wskazanych przez siebie pojazdów w sposób niezgodny z ich przeznaczeniem.

W/w okoliczności absolutnie nie oznaczają, iż ten aspekt Zamawiający całkowicie pomija, albowiem warunkiem podpisania umowy jest przeprowadzenie wizji bazy sprzętowo materiałowej, w ramach której Zamawiający zastrzegł sobie możliwość kontroli wykazanego sprzętu, i to jest ten moment, gdzie tego rodzaju wątpliwości byłyby z pewnością kwestionowane przez Zamawiającego. Kolejnym aspektem podniesionym przez Odwołującego jest niewykazanie w siwz doświadczenia w realizacji podobnych zamówień.

Zamawiający dokonał oceny wykazanego doświadczenia Wykonawcy na podstawie dokumentów przez Wykonawcę przedłożonych, tj. wykaz zadań wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi wystawione przez Zlecającego, tj. firmę Masbud oraz referencji wystawionych przez SM JAS-MOS na rzecz firmy Masbud, wyjaśnić co do

treści przedłożonych dokumentów, o które wnioskował Zamawiający. Z treści przedłożonych dokumentów wynika, iż firma SAMTRAK w ramach utrzymania terenów należących do SM JAS-MOS (zamawiający) była Podwykonawcą firmy MASBUD. Jako Podwykonawca firma SAMTRAK wykonywała część zakresu umowy o czym zamawiający został poinformowany pismem z dnia 23.06.2020. Zatem logicznym jest, iż dane wynikające z przedłożonych dwóch referencji są różne. Odwołujący podnosi jednak, iż w ramach utrzymania zimowego całe zasoby spółdzielni wynoszą 41 940,41 m², gdzie tymczasem Firma Masbud miała utrzymywać obszar o powierzchni 113 485,89m², a firma SAMTRAK 90 108m². Informacje o wielkości powierzchni będącej w zasobach Spółdzielni Odwołujący powziął ze sprawozdań zarządu spółdzielni. Z pewnością rolą zamawiającego jest szczegółowa weryfikacja dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w ramach danego postępowania, co nie oznacza jednak konieczności weryfikacji każdej przedłożonej informacji szukając np. w internecie potwierdzenia jej zgodności z danymi faktycznymi. Zgodnie z 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../, czytamy, iż - „Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane i są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie”. Zamawiający na etapie analizy dokumentów dotyczących doświadczenia z tej możliwości nie skorzystał, albowiem nie widział takiej potrzeby. Jednakże po zwróceniu uwagi przez Odwołującego na ten aspekt, zamawiający wystosował pismo do Spółdzielni Mieszkaniowej o wyjaśnienia podniesionych rozbieżności. W odpowiedzi otrzymał informację iż „...obmiar wykazany w referencjach dla firmy SAMTRAK Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju przy ul. 11 Listopada 22 jest rzeczywisty”. Rozbieżność została natomiast zakwalifikowana jako błąd drukarski. W takich okolicznościach zamawiający nie miał i nie ma podstaw do kwestionowania wykazanego doświadczenia tym bardziej, iż każdy podpisując jakiegokolwiek oświadczenie w imieniu podmiotu, który reprezentuje ma świadomość, odpowiedzialności karnej.

Kolejnym zarzutem jest prowadzenie działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami prawa w dziedzinie ochrony środowiska.

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż w trakcie prowadzenia zadania powstają odpady komunalne o kodach: - 20 03 03 — odpady z czyszczenia ulic i placów, - 20 03 06 — odpady ze studzienek kanalizacyjnych, - 20 02 01 — odpady ulegające biodegradacji.

Natomiast zgodnie z zapisami projektu umowy to wykonawca jest wytwórcą odpadów powstających w trakcie wykonywania powierzonych obowiązków i po jego stronie pozostaje właściwe postępowanie z odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W informacji zamieszczonej na stronie internetowej Ministerstwa Ochrony Środowiska czytamy: „Baza danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami

zobowiązuje wielu przedsiębiorców działających w zakresie gospodarowania odpadami do wpisu do Rejestru-BDO. Obowiązkiem wpisu do Rejestru-BDO objęte są nie tylko podmioty, które wytwarzają, transportują odpady oraz prowadzą ewidencję tych odpadów, ale również wprowadzający na terytorium kraju produkty w opakowaniach, opony, oleje smarowe, pojazdy, baterie lub akumulatory, sprzęt elektryczny i elektroniczny, producenci, importerzy i wewnątrzspółnotowi nabywcy opakowań. W niektórych przypadkach może to dotyczyć nawet jednoosobowych działalności gospodarczych, które również zobowiązane są do prowadzenia ewidencji odpadów. Natomiast zgodnie z art. 66 ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2020 poz. 797) obowiązek prowadzenia ewidencji odpadów nie dotyczy wytwórców odpadów komunalnych. Tym samym podniesiony zarzut jest także chybiony.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SAMTRAK Sp. z o.o. s.k. w Jastrzębiu Zdroju, który wniósł o oddalenie odwołania uzasadniając stanowisko.

Stwierdził, że czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, prowadzące do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, nie były dokonane z naruszeniem prawa, nie spełniły się w toku postępowania przesłanki mogące uzasadniać wykluczenie Przystępującego ani też odrzucenie jego oferty.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentów Odwołującego związanych z przynależnością do grupy kapitałowej oraz dotyczących popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji (pkt II uzasadnienia odwołania), podniósł, że zarzuty odwołania są całkowicie bezpodstawne i nie mogą być w żadnym stopniu uznane za słuszne. Przystępujący nigdy nie krył swojego powiązania kapitałowego ze spółką MASBUD PLUS Sp. z o.o., w swoim oświadczeniu zawarł w tym zakresie obszernie wyjaśnienia, które w odwołaniu zostały całkowicie pominięte. Okoliczności dotyczące składów zarządu i struktury własnościowej spółek: MASBUD PLUS Sp. z o.o., SAMTRAK Sp. z o.o. i SAMTRAK Sp. z o.o. sp.k. są bezsporne. Gdyby nie wystąpiły, Przystępujący złożyłby oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Odwoływanie się do przepisów ksh dotyczących zasad reprezentacji nie ma znaczenia w kontekście podnoszonego zarzutu.

Odwołujący usiłuje wywołać wrażenie, że znajomość ceny oferty Przystępującego złożonej w cz. 5 (kwartał 9) miała wpływ na cenę oferty wykonawcy Masbud Plus sp. z o.o. w cz. 3 (kwartał 7). Art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp nie powinien być interpretowany w ten sposób, że wykonawcy składający oferty w poszczególnych, niezależnych od siebie częściach postępowania, powinni składać przedmiotowe oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej biorąc pod uwagę wykonawców składających oferty w całym postępowaniu, a nie tylko wykonawców

składających oferty w ramach tej samej części. W ten sposób złożono oświadczenie obu wykonawców (Przystępującego i MASBUD PLUS).

Wyjaśnienia w tym zakresie zostały złożone - wraz z oświadczeniem o przynależności do grupy kapitałowej. Zamawiający ocenił je w sposób prawidłowy. Niesłuszny jest zarzut, że wymagane są dodatkowe pisma, czy wyjaśnienia.

Jeśli chodzi o zarzut zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy pzp (zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji) wskazać należy przede wszystkim, że Odwołujący nawet nie był w stanie wskazać, na czym to rzekome porozumienie miałyby polegać. Oczywiście jest, że w kwestii czynu nieuczciwej konkurencji trudno o jednoznaczne dowody. Jednak to na Odwołującym jako podmiocie podnoszącym zarzut formalny w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji ciąży obowiązek po pierwsze sformułowania, na czym w jego opinii taki czyn miałby polegać, a następnie - uprawdopodobnienia podnoszonych okoliczności. Argumentacja odwołania w tym zakresie odnosi się do stwierdzenia, że skoro wykonawcy: MASBUD PLUS i SAMTRAK są powiązani kapitałowo, to miał miejsce czyn nieuczciwej konkurencji. Fakt, że p. T. K. jest osobą zaangażowaną w obie spółki być może mógłby mieć znaczenie, gdyby w postępowaniu w którejkolwiek z części istotnie MASBUD PLUS i SAMTRAK byłyby dla siebie konkurencją.

Taka sytuacja nie ma miejsca.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać uznany za posiadający wartość w kontekście oceny zarzutu zmowy przetargowej. Zastrzeżenie tajemnicy jest narzędziem przewidzianym w ustawie, dostępnym dla wykonawców w odniesieniu do informacji, które stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa. Skorzystanie przez wykonawcę z tego uprawnienia - w odniesieniu do informacji, które za taką tajemnicę uważa - nie stanowi żadnego modus operandi członka zmowy przetargowej.

Jeżeli natomiast Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ten bezpodstawnie przyjął zastrzeżenie tajemnicy przez Przystępującego, to zarzut winien zostać wprost sformułowany przez Odwołującego, a także - złożony w odpowiednim terminie, tj. 10 dni od daty w której Przystępujący powziął wiedzę o czynności Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące potencjału technicznego Przystępującego zostały sformułowane w sposób nie odpowiadający przebiegowi postępowania, na potrzeby potwierdzenia z góry powziętej tezy, jakoby Przystępujący nie posiadał potencjału wystarczającego dla wykonania zamówienia.

W rzeczywistości Przystępujący potwierdza i zapewnia, że dysponował i dysponuje sprzętem pozwalającym na przyznanie maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący pojazdu Suzuki Jimny, wbrew twierdzeniom Odwołującego - wezwaniu z 21 maja 2020 roku nie odnosiło się do samochodu o konkretnych numerach rejestracyjnych. Przedmiotem wezwania Zamawiającego było wyjaśnienie, czy Suzuki Jimny

(samochód jako model) będzie wykorzystywany w sezonie zimowym na chodnikach wraz z zamontowanym pługiem i rozrzutnikiem.

Wyraźnie i jednoznacznie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie "w jaki sposób zamierzacie Państwo do tego typu pojazdów zamontować pług wraz z rozrzutnikiem". Oczywistym jest więc, że chodziło o wyjaśnienie ogólnej możliwości zamontowania do pojazdu Suzuki Jimny pługu oraz rozrzutnika. Przystępujący dokonał takiego wyjaśnienia, załączając nawet zdjęcia obrazujące taki montaż. Zamawiający nie oczekiwał okazania tych konkretnych samochodów z zamontowanym pługiem i rozrzutnikiem, ani Przystępujący w żadnej mierze nie twierdził, że prezentuje sposób montaż na tychże konkretnych pojazdach.

Na wezwanie Przystępujący udzielił odpowiedzi w formie opisowej i zilustrował wyjaśnienia fotografiami Suzuki Jimny z zainstalowanym osprzętem. Zarzut dotyczący „niezgodności załączonych fotografii z danymi w dowodach rejestracyjnych” jest bezprzedmiotowy, ponieważ Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach, że dołącza do nich przykładowe fotografie i nigdy nie twierdził, że fotografie, jakie dołącza mają dowodzić faktu dysponowania pojazdem. W tym zakresie Zamawiający prawidłowo oparł się na oświadczeniu Przystępującego i treści wyjaśnień.

W pkt 8.3.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza nie tylko pojazdy specjalistyczne, ale również inne z wyszczególnieniem: Mikrokar, Żuk, Lublin, mikrociągnik, pługi wirnikowe itp. - a także dodatkowo inne sprzęty np. quady, odśnieżarki spalinowe ręczne w miejscach, gdzie użycie tych sprzętów jest możliwe. Jasny jest też zapis SIWZ o tym, że pojazdy do utrzymania zimowego chodników i deptaków z pługiem i rozrzutnikiem wraz z materiałem do posypywania nie mogą przekroczyć masy całkowitej 2,5 tony. Suzuki Jimny jest pojazdem podobnym do Multikara, Lublina czy Żuka (niektóre z tych są zresztą od Suzuki Jimny cięższe), a skuteczniejszym niż mikrociągnik czy quad. Nie ma podstaw do przyjęcia, że waga pojazdu Suzuki przekraczać będzie w trakcie realizacji umowy dopuszczone 2500 kg - równie dobrze granicę tę mógłby przekroczyć przeładowany pojazd typu żuk, Lublin czy Multikar. Stąd ograniczenie wagowe wprowadzone przez Zamawiającego, mające chronić odśnieżane powierzchnie przed uszkodzeniem zbyt ciężkim pojazdem, którego to ograniczenia Przystępujący będzie oczywiście bezwzględnie przestrzegał.

Co tyczy się twierdzeń Odwołującego o „braku zdolności technicznej pojazdów z ich planowanym przeznaczeniem” i rzekomą niezgodnością w dowodach rejestracyjnych (s. 16 odwołania,), wskazuje należy na nieprzydatność przedstawionych opinii technicznych.

Przywołane opinie bazowały jedynie na okazanych przez Odwołującego dowodach rejestracyjnych i zdjęciach innego pojazdu niż te wskazane w dowodach rejestracyjnych. Przystępujący nie udostępnił Odwołującemu pojazdów, którymi dysponuje, z czego wynika, że opinie techniczne zostały sporządzone przez ekspertów, którzy opiniowanych pojazdów nawet nie widzieli. Eksperci ci otrzymali od Odwołującego dowody rejestracyjne dwóch pojazdów i

zdjęcia innych. Odwołujący wywodzi, podpierając się wadliwymi opiniami technicznymi, że zamontowanie pługu i rozrzutnika do Suzuki Jimny powinno wiązać się ze zmianą wpisu w dowodzie rejestracyjnym. Wykonawcy wykazać mieli, że dysponują lub będą dysponować wskazanym sprzętem do utrzymania zimowego w zakresie minimalnym.

Kryteria pozacenowe zostały przez Zamawiającego ukształtowane w ten sposób, że odnoszą się do emisji spalin i zastosowanego napędu (pojazdy elektryczne i/lub napędzane gazem ziemnym S2). Są to kryteria środowiskowe, które Przystępujący spełnił, nie może zatem zostać uznany za słuszny zarzut, że przyznanie punktów w tym zakresie było wadliwe.

Natomiast kwestia ujawnienia w dowodzie rejestracyjnym wykazywanych samochodów faktu wykorzystywania ich w sposób zadeklarowany w ofercie nie powinna mieć znaczenia w przedmiotowym Postępowaniu i Zamawiający słusznie odstąpił od badania tej okoliczności. Zgodnie z punktem 8.3.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca zamówienia dla części V mógł wykazać, że „dysponuje lub będzie dysponować wskazanym poniżej sprzętem do utrzymania letniego i zimowego w zakresie minimalnym, (tu wymieniono wymagania sprzętowe pojazdów w zakresie wyposażenia).

Przystępujący spełnił wymogi Zamawiającego, tj. wykazał dysponowanie odpowiednimi pojazdami. Zastrzec należy, że w punkcie 8.3.3 SIWZ mowa jest o warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. minimalnych oczekiwaniach Zamawiającego co do sprzętu, jakim dysponuje wykonawca. Tymczasem w odwołaniu Odwołujący analizuje sprzęt zaoferowany w ramach kryteriów środowiskowych, który nie był i nie jest jedynym sprzętem, jakim dysponuje Przystępujący.

Przystępujący jako podmiot profesjonalnie zajmujący się świadczeniem usług utrzymania letniego i zimowego ma wiedzę o konieczności aktualizacji danych w dowodzie rejestracyjnym i takiej aktualizacji dokonał przedstawiając dwa zaświadczenia o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu wraz z opisem dokonanych zmian dla dwóch pojazdów Suzuki Jimny o wskazanych numerach rejestracyjnych.

W związku z powyższym zarzut Odwołującego nie ma podstaw faktycznych, gdyż samochody, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia mają już wymagane badanie techniczne, a wpisy w dowodach rejestracyjnych zostaną zaktualizowane w najbliższych dniach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie miał podstawy do badania treści dowodów rejestracyjnych w kontekście wskazanym w odwołaniu. Pojazdy wymagane do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania zimowego będą wykorzystywane w tej funkcji w odpowiednim do tego czasie. Przystępujący jest gotowy do realizacji umowy i ten wymóg został przez Przystępującego bezwzględnie spełniony.

Dopuszcza się, w trakcie trwania umowy, wymianę pojazdów wraz z osprzętem na inny niż podany w Załączniku nr 5 do umowy. Skoro więc dopuszczalna jest w trakcie realizacji umowy

wymiana pojazdu na całkowicie inny, to tym bardziej dopuszczalne jest dostosowanie tego samego pojazdu do potrzeb związanych z zamówieniem (instalacja pługu i rozrzutnika).

Powyższy przepis dopuszcza zmianę każdego pojazdu, jaki będzie wykorzystywany do realizacji umowy i określa warunki takiej zmiany. Co istotne Zamawiający pozwala wykonawcy na wymianę sprzętu bez konieczności zawierania chociażby aneksu do umowy. W ocenie Przystępującego nie było zadaniem ani uprawnieniem Zamawiającego dokonywanie oceny, czy montaż haków holowniczych został uwzględniony w dowodzie rejestracyjnym, tak samo jak Zamawiający nie bada, czy wykonawca świadcząc usługi przekracza dozwoloną prędkość, dysponuje kompletem oświetlenia etc. Kwestie te mogą ewentualnie rzutować na fakt należytego wykonania umowy.

W przypadku pojazdów Suzuki Jimny montaż pługu i rozrzutnika jest możliwy zarówno faktycznie, jak i prawnie. Potwierdzeniem są zaświadczenia przywołane. Takie zaświadczenie (bez zmiany homologacji) prowadzi do zmiany rodzaju pojazdu w trybie administracyjnym.

Podkreślenia wymaga, że zgodność pojazdu z odpowiednimi normami administracyjnymi podlegać powinna ocenie dopiero w toku realizacji zamówienia. Tyczy się to zarówno danych zawartych w dowodzie rejestracyjnym jak i wszelkich innych wymogów umożliwiających pojazdowi poruszanie się po drogach publicznych (aktualne badania techniczne, oświetlenie, wyposażenie związane z bezpieczeństwem w ruchu drogowym, letnie / zimowe ogumienie itp.). Z kolei na etapie udzielania zamówienia istotne pozostaje wyłącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oświadczenia Przystępującego, że ten dysponuje lub będzie dysponował sprzętem wskazanym w pkt 8.3.3. SIWZ. W świetle przywołanych wyżej dokumentów oraz tych wymaganych do wpisania w dowodzie rejestracyjnym odpowiedniego przeznaczenia pojazdu (w tym wymaganych na stronie organu administracji, na który powoływał się Odwołujący w pkt III lit. h odwołania), kwestia homologacji jawi się więc jako zupełnie bezprzedmiotowa dla danego postępowania. W zakresie jeszcze pkt III odwołania wskazał, że bezzasadny jest zarzut wykazania tych samych zdjęć przez podmiot powiązany dla części III postępowania (pkt III lit. e odwołania). Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że zdjęcia mają charakter poglądowy, ilustrują montaż pługa i rozrzutnika w pojeździe Suzuki Jimny.

Co do pkt IV odwołania, to zarzut dot. rzetelnego zbadania sposobu dysponowania wykazanym sprzętem do realizacji usługi nie został należycie umotywowany. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, żądając wskazania szczegółowych informacji w zakresie podstawy dysponowania pojazdami, w szczególności wyjaśnienia na jaki okres zostały zawarte umowy najmu, czy pojazdy będą wykorzystywane tylko do realizacji przedmiotowego zamówienia, czy wynajmujący jest firmą leasingową, kto jest leasingobiorcą/ wynajmującym itp. Takich wyjaśnień Przystępujący udzielił, odpowiadając na każde z postawionych pytań. Nie jest zrozumiałe w jaki sposób i które przepisy pzp Zamawiający miałby naruszyć uznając

wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające. Nie jest wystarczającym uzasadnieniem zarzutu lakoniczne powołanie się na częściowe utajnienie danych z dowodu rejestracyjnego oraz wskazanie na przedmiot działalności firmy wpisanej do dowodu rejestracyjnego, czy bliżej niezidentyfikowane przepisy kc, z których dla Zamawiającego miałyby na gruncie pzp wynikać jakieś obowiązki w zakresie badania umowy leasingu. Tym bardziej, że pojazdy są przez Przystępującego wynajmowane, a nie leasingowane, co wynika z wyjaśnień Przystępującego. Odnosząc się do kolejnego punktu odwołania (V) zatytułowanego „Zarzut dot. niewykazania wymaganego w SIWZ doświadczenia, stwierdzić należy, że zarzut taki nie polega na prawdzie, chociaż istotnie informacja, do której dotarł Odwołujący może wprowadzić w błąd.

Przystępujący potwierdza i zapewnia, że referencje, jakie wystawiła Spółdzielnia Mieszkaniowa JASMOS w zakresie usługi utrzymania letniego i zimowego zawierają prawdziwe informacje w zakresie powierzchni, na której Przystępujący wykonywał usługi. Sprawozdania zarządu spółdzielni sporządzane były w oparciu o corocznie powielany wzór i niestety wskutek omyłki powierzchnia zimowego utrzymania terenów nie została zaktualizowana od 2013 roku. Po zwróceniu uwagi na ten problem Zarząd Spółdzielni poinformował, że zaktualizuje informacje na kolejnym zebraniu członków.

Odnosząc się do kwestii osoby upoważnionej do podpisania referencji wskazał na orzecznictwo KIO stwierdzające, że referencje przedstawiane przez wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli.

Ostatni z punktów odwołania (VI) odnoszący się do zarzutów w stosunku do Zamawiającego, został opisany jako zarzut alternatywny i skupia się na problemie wpisów do BDO. Jak jednak sam przyznaje Odwołujący, „trudno w sposób jednoznaczny, wskazać w sposób precyzyjny zakres naruszenia”.

Załączono Zaświadczenia o przeprowadzonym badaniu technicznym dwóch pojazdów Suzuki Jimny wraz z opisem dokonanych zmian, Wydruk ze strony <https://warszawa1915.pl/-/zqloszenie-zmiany-rodzaju-pojazdu> oraz Wydruk z rejestru BDO

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi dwa odrębne postępowania, nr 10 i 11, każde podzielone na części. Pierwsze zostało zakończone i zamówienie udzielono w dwóch dopuszczalnych częściach firmie MASBUD, która jest powiązana osobowo i udziałowo z obecnym Przystępującym. Neguje twierdzenie, iż przedstawione powiązanie kapitałowe nie narusza konkurencji w postępowaniu, w tym w zakresie części będącej przedmiotem rozpatrzenia. MASBUD prowadzi także działalność na rzecz spółdzielni mieszkaniowej z udziałem Przystępującego w celu wypracowania doświadczenia. Przypomniał, że spółdzielnia w dokumencie podpisanym przez prezesa, pełniącego oprócz tego funkcję przewodniczącego Rady Miasta, z referencjami zawierającymi informacje niezgodne z dokumentacją spółdzielni

wskazuje na odmienne powierzchnie obsługiwane (różnica 40 000 m² a 113 000 m² w referencjach). Zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione utajnienie wszystkich istotnych informacji na każdym etapie postępowania, co znacząco utrudnia realną ocenę dokumentacji. Stwierdził, że Zamawiający nierzetelnie i niedogłębnie ocenił przedstawione referencje. Stwierdził, iż nierealna jest teza o odpłatnym zagospodarowaniu odpadów zielonych, w konsekwencji podał w wątpliwość, czy usługa była faktycznie wykonywana. Podtrzymał zarzuty co do niewykazania dysponowania wymaganym sprzętem. Zauważył, że dla oceny w kryteriach przedstawiono pojazdy osobowe. Natomiast pojazd zgodny z wymaganym przeznaczeniem wymagana odrębnych badań i dopuszczenia do ruchu. Przystępujący dopiero w złożonym piśmie potwierdził tę okoliczność przedstawiając wynik badań technicznych, a jednocześnie brak rejestracji, tj. dopuszczenia do ruchu. Ewentualnie niezyskanie przez wykonawców punktów spowodowałoby, iż nie zostałyby wybrany w przedmiotowej części. Podkreślił prowadzoną przez firmę MASBUD i Przystępującego inżynierię procesową zmierzającą do uzyskania wyboru oferty w określonej części. Wskazał na pismo Urzędu Miasta o braku przekazywania odpadów zielonych do PSZOK przez Przystępującego. Odnośnie kwestionowanych referencji zauważa, że odpowiedź spółdzielni kierowana do Zamawiającego wskazuje na pomyłkę jedynie w biuletynie „Nasze Mieszkanie”, a nie w corocznych sprawozdaniach spółdzielni

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi.

Stwierdził, że w zakresie referencji uzyskanych od spółdzielni mieszkaniowej otrzymał dodatkowe wyjaśnienie, które okazał (pismo z 28 lipca 2020 r.), w którym spółdzielnia potwierdza powierzchnię utrzymania zimowego przedstawioną dla firmy SAMTRAK i stwierdza, że w biuletynie Informacyjnym „Nasze Mieszkanie” wkraść się błąd drukarski. Przypomniał warunek w pkt 8.3.3 SIWZ dotyczący określonego sprzętu ze stwierdzeniem, iż wykonawca „dysponuje lub będzie dysponował”. W zakresie powiązań kapitałowych i ich ewentualnych następstw dla prowadzonych postępowań przedstawił stanowisko w odpowiedzi. Wskazał również na odpowiedź dotyczącą odpadów komunalnych, wpisu do rejestru BDO zauważając jednocześnie, iż Przystępujący wskazał na dysponowanie takim wpisem złożonym w piśmie procesowym.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem przedstawionym w złożonym piśmie. Stwierdził, że ostatni zarzut odwołania w rzeczywistości nie powinien być rozpatrywany niezależnie od faktu, że wykonawca dysponuje wpisem do BDO pomimo braku takiego wymogu dla odpadów komunalnych. Odnośnie zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji stwierdził, że w rozpatrywanym stanie faktycznym, przy znanych powiązaniach między spółkami, nie doszło do nieuczciwej konkurencji. Kwestionuje tezę o prowadzonej nielegalnej

„inżynierii cenowej”. Stwierdził, iż nie jest prawdą, że powadzi działalność, w tym usługi wyłącznie na rzecz MASBUDu. Odnośnie wymaganego sprzętu stwierdził, iż na etapie oceny ofert nie było, w odniesieniu do deklarowanych pojazdów, wymogów, o jakich pisze Odwołujący. W zakresie referencji oświadczył, że dokumenty referencyjne są poprawne.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia oraz jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W ocenie Izby czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty, nie były dokonane z naruszeniem prawa i nie spełniły się w toku postępowania przesłanki mogące uzasadniać wykluczenie przystępującego lub odrzucenie jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów związanych z przynależnością do grupy kapitałowej oraz dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji, zauważyć należy, że powiązania kapitałowe przystępującego ze spółką MASBUD PLUS Sp. z o.o. nie są przez nikogo kwestionowane, przystępujący w swoim oświadczeniu zawarł w tym zakresie potwierdzenie takiego powiązania; wprawdzie wyjaśnienia niezasadnie zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz ich treść potwierdziła znane okoliczności faktyczne. Powyższe nie prowadzi jednak do wniosku, że złożenie oferty przez Przystępującego i MASBUD PLUS miałyby prowadzić do zakłócenia konkurencji, skoro spółka MASBUD PLUS zaoferowała wykonanie usług dla innych części, którymi Odwołujący nie był nawet zainteresowany i nie złożył oferty.

W szczególności na fakt braku zakłócenia konkurencji wskazuje okoliczność, iż obydwie podmioty łącznie złożyły dwie oferty mieszcząc się tym samym w limicie maksymalnym przewidzianym przez zamawiającego dla jednego wykonawcy.

Odnośnie oceny, czy firma SAMTRAK wykazała się dysponowaniem sprzętem wymaganym w siwz do zimowego utrzymania, w tym podając dwa pojazdy marki Suzuki Jimny

przeznaczone do utrzymywania chodników, które są pojazdami nie mającymi statusu pojazdów specjalnych do zimowego utrzymania, Izba ustaliła, że dla wykazania spełnienia warunku wykonawca, stosownie do pkt. 8.3.3) SIWZ miał wykazać, „iż dysponuje lub będzie dysponować” wskazanym poniżej sprzętem do utrzymania letniego i zimowego w ramach części V w zakresie minimalnym, (dalej opisanym o określonych parametrach i przykładowych nazwach). Wykonawca zadeklarował, że będzie dysponować wymaganym sprzętem, co jest deklaracją wystarczającą do uznania spełnienia w/w warunku. Przedstawienie pojazdów konkretnej marki wyżej wskazanej było ukierunkowane w istocie na uzyskanie korzystnej punktacji w kryterium pozacenowym związanym z normą emisji spalin EURO, STAGE/TIER. Prowadzone postępowanie dowodowe wykazało przy tym, że wykonawca podjął realne prace zmierzające do uzyskania formalnego statusu pojazdów przedstawionych jako możliwych do użycia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, jako że dysponuje badaniem technicznym po zmianach w pojazdach dostosowujących je do świadczenia przedmiotowych usług.

Odnosnie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku doświadczenia w realizacji podobnych usług na zasadach wyszczególnionych w siwz Izba uznaje, że zamawiający poprawnie dokonał oceny wykazanego doświadczenia wykonawcy na podstawie dokumentów przez Wykonawcę przedłożonych, tj. wykaz zadań wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi wystawione przez Zlecającego, tj. firmę Masbud oraz referencji wystawionych przez SM JAS-MOS na rzecz firmy Masbud, wyjaśnień co do treści przedłożonych dokumentów, o które wnioskował Zamawiający. Z treści przedłożonych dokumentów wynika, iż firma SAMTRAK w ramach utrzymania terenów należących do SM JAS-MOS (zamawiający) była Podwykonawcą firmy MASBUD. Jako podwykonawca firma SAMTRAK wykonywała część zakresu umowy o czym zamawiający został poinformowany pismem z dnia 23.06.2020. Odwołujący podnosi, iż w ramach utrzymania zimowego całe zasoby spółdzielni wynoszą 41 940,41 m², gdzie tymczasem Firma Masbud miała utrzymywać obszar o powierzchni 113 485,89m², a firma SAMTRAK 90 108m². Informacje o wielkości powierzchni będącej w zasobach Spółdzielni odwołujący powziął ze sprawozdań zarządu spółdzielni. Rolą zamawiającego jest weryfikacja dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w ramach danego postępowania; zamawiający na etapie analizy dokumentów dotyczących doświadczenia z tej możliwości nie skorzystał, natomiast po zwróceniu uwagi przez odwołującego na ten aspekt, wystosował pismo do Spółdzielni Mieszkaniowej o wyjaśnienia podniesionych rozbieżności. W odpowiedzi otrzymał informację iż „...obmiar wykazany w referencjach dla firmy SAMTRAK Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju przy ul. 11 Listopada 22 jest rzeczywisty”. Rozbieżność w wielkościach powierzchni została natomiast określona jako błąd drukarski. W takich okolicznościach zamawiający nie miał i nie ma podstaw do kwestionowania w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykazanego dokumentami doświadczenia, skoro otrzymał

dwukrotnie, pierwotnie w ramach referencji, a ponownie w odpowiedzi na swoje pytanie, potwierdzenie wielkości powierzchni obsługiwanej w ramach świadczeń na rzecz spółdzielni.

Zarzut prowadzenia działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami prawa w dziedzinie ochrony środowiska z uwagi na fakt, iż przystępujący nie posiada uprawnień do realizacji całego zakresu przedmiotu zamówienia z uwagi na brak stosownego wpisu do BDO nie potwierdził się, jako że wykonawca przedstawił taki wpis, niezależnie od faktu, iż obowiązek prowadzenia ewidencji odpadów nie dotyczy wytwórców odpadów komunalnych. Tym samym podniesiony zarzut jest niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że kwestionowane działania Zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....