

WYROK
z dnia 20 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2015 r. przez wykonawcę J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice

przy udziale:

- A. wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa Natezja Sp. j., ul. Raciborska 25 G, 44-153 Tychy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2, nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Firmy Usługowo-Handlowej Natezja Sp. j. do złożenia Wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy – załącznik nr 6 SIWZ, nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Remondis Gliwice Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego Wykazu Usług – załącznik nr 5 SIWZ, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2;

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice na rzecz J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015-2017” (nr sprawy: ZDM.26.2.2015).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2015/S 042-072183.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący: J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych ” ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom powziął w dniu 24 kwietnia 2015 r. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 4 maja 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności i zaniechań podjętych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2 - „oczyszczanie chodników”.

Odwołujący zarzucił, że w toku przedmiotowego Postępowania w zadaniu nr 2 naruszono następujące przepisy:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Firmy Usługowo Handlowej „Natezja” U. H., D. B. sp. j. z siedzibą w Trachach, dalej "FUH Natezja", mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania FUH Natezja, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej;

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania FUH Natezja do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Remondis Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, dalej „Remondis”, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Remondis do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu wykazu usług;

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniu nr 2 - „Oczyszczanie chodników”:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy FUH Natezja, ewentualnie:

wezwania FUH Natezja do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu polisy, a w przypadku braku wyjaśnień i uzupełnienia lub uzupełnienia dokumentu nieprawidłowego - wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,

4. wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis, ewentualnie:

5. wezwania Remondis do udzielenia wyjaśnień lub ewentualnego uzupełnienia, a w przypadku braku wyjaśnień i uzupełnienia lub uzupełnienia dokumentu nieprawidłowego - wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,

6. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania FUH Natezja.

W związku z powyższym zarzutem zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 8.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że o zamówienie w zadaniu nr 2 mogą ubiegać się wykonawcy, których potencjał techniczny pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, tzn. wykonawca musi dysponować, co najmniej następującymi narzędziami:

- 1) zamiatarka mechaniczna o dmc do 3,5t zabudowanym odkurzaczem wyposażona w zraszacz o zmiennym rozstawie szczotek zmiatających - 3 szt.;
- 2) dmuchawy typu STIHL lub równoważne - 3 szt.;

- 3) samochód ciężarowy o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t - 4 szt.

Zauważył przy tym, że do oferty FUH Natezja został dołączony „Wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy” w zadaniu nr 2, a w przedmiotowym wykazie FUH Natezja wskazała:

- a) 636 Green Machines Series Ais Sweeper (zamiatarka) - 3 szt.;
- b) Johnston CN200 (zamiatarka) -1 szt.;
- c) Dmuchawa STIHL - 5 szt.;
- d) Ford Transit do 3,5 t - 2 szt.;
- e) KIA K2500 do 3,5t -1 szt.

Wskazał również, że w dniu 15 kwietnia 2015 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał FUH Natezja do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający poinformował tego wykonawcę, że załączony do oferty wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie ilości wymaganych narzędzi - zgodnie z wymogiem wykonawca miał wykazać się dysponowaniem co najmniej 4 sztukami samochodów ciężarowych, natomiast z Wykazu FUH Natezja wynikało, iż wykonawca ten dysponuje 3 samochodami ciężarowymi.

Zaznaczył, że Zamawiający precyzyjnie wskazał, iż wzywa do uzupełnienia wymaganego w pkt. 8.3 i 9.1 SIWZ wykazu potencjału technicznego (Załącznik nr 6) do zadania nr 2, a w odpowiedzi na ww. wezwanie, FUH Natezja uzupełniła wykaz potencjału technicznego, wskazując w przedmiotowym dokumencie następujące urządzenia:

- a. Ford Transit - 2 szt.;
- b. KIAK2500- 1 szt.;
- c. Multicar M25 -1 szt.;
- d. Mercedes VITO -1 szt.

Zdaniem Odwołującego uzupełniony przez wykonawcę FUH Natezja wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego z pkt 8.3 i 9.1 tiret 3 SIWZ, bowiem w uzupełnionym przez FUH Natezja wykazie, wykonawca wskazał urządzenia mające potwierdzać dysponowanie odpowiednią ilością samochodów ciężarowych, co stanowi zaledwie jeden z elementów warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.3 SIWZ.

Według Odwołującego z uzupełnionego wykazu w żaden sposób nie wynika, że FUH Natezja zgodnie z warunkiem Zamawiającego opisanym w SIWZ dysponuje zamiatarką

mechaniczną o dmc do 3,5t zabudowanym odkurzaczem wyposażoną w zraszacz o zmiennym rozstawie szczotek zmiatających, dmuchawą typu STIHL lub równoważną, jak również, że samochody ciężarowe wskazane w uzupełnionym wykazie spełniają wymóg nieprzekraczania DMC do 3,5t.

Odwołujący stwierdził, że Wykaz potencjału technicznego wymagany jest w celu potwierdzenia warunku określonego w SIWZ, a wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wykazu potencjału technicznego dotyczyło braku spełniania warunku w zakresie samochodów ciężarowych, jednak Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu wykazu mającego potwierdzać spełnianie warunku zgodnie z pkt 8.3 i 9.1 SIWZ.

W kontekście powyższego zarzucił, że w uzupełnionym dokumencie FUH Natezja nie wskazała, że dokument ten dotyczy wyłącznie części odnoszącej się do obowiązku wykazania się dysponowaniem odpowiednią ilością samochodów ciężarowych.

Podniósł, że uzupełniony dokument stanowi nowe oświadczenie woli wykonawcy i zastępuje dokument pierwotnie dołączony do oferty, a także stanowi on samodzielną podstawę dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z czym, niedopuszczalna jest łączna interpretacja przez Zamawiającego wykazu uzupełnionego oraz dołączonego do oferty.

W związku z tym, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia do dokumentów FUH Natezja przedłożyła dokument, który nie potwierdza – w ocenie Odwołującego - spełniania warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, żądanie wykluczenia FUH Natezja z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za konieczny i uzasadniony.

Według Odwołującego wykaz potencjału technicznego (zarówno ten załączony pierwotnie do oferty FUH Natezja, jak i uzupełniony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) nie potwierdza spełniania przez FUH Natezja warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.3 SIWZ również z tego względu, iż wykonawca ten nie opisał podstawowych cech oferowanych urządzeń zgodnie z kolumną nr 3 Załącznika nr 6 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 8.3 SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości sformułował wymagania w zakresie sprzętu.

Argumentował przy tym, że celem uwzględnienia we wzorze wykazu stanowiącego

Załącznik nr 6 do SIWZ kolumny nr 3 „Cechy podstawowe potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu” było nakazanie wykonawcy dokonania opisu cech urządzeń w taki sposób, aby Zamawiający mógł w oparciu o wskazane przez niego informacje ocenić spełnianie warunku w tym zakresie.

Zaznaczył, że FUH Natezja w kolumnie nr 3 uzupełnionego wykazu wskazała jedynie ilość sztuk sprzętu, którym dysponuje (samochodów ciężarowych).

W przekonaniu Odwołującego nie może budzić wątpliwości fakt, że podanie informacji o ilości urządzeń nie stanowi opisu cech tych urządzeń, ponieważ z uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego wykazu nie wynika, że wymienione samochody ciężarowe gwarantują dopuszczalną masę całkowitą do 3,5t. Przykładowo, wskazał, że Ford Transit i Multicar M25 występują w różnych dopuszczalnych masach całkowitych (masa Multicar M2 5 może nawet oscylować wokół 3,9-4,5 ton) w związku z czym, brak jest możliwości weryfikacji, czy rzeczywiście FUH Natezja spełnia warunek sformułowany w pkt 8.3 SIWZ, w którym Zamawiający wprost wskazał, że waga samochodu ciężarowego wskazywanego na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym nie może przekraczać 3,5t.

Wywodził, że jeśli uznać, że podstawą dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego może być również pierwotnie załączony do oferty wykaz potencjału technicznego (czemu Odwołujący zaprzeczył), to w wykazie załączonym do oferty opis cech jest nieprawidłowy i niewystarczający do stwierdzenia, że FUH Natezja dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, bowiem Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował 3 szt. zamiatarek mechanicznych o DMC do 3,5t zabudowanych odkurzaczem, wyposażonych w zraszacz o zmiennym rozstawie szczotek zamiatających.

Według Odwołującego z opisu zamieszczonego przez FUH Natezja w poz. 1 i 2 wykazu dołączonego do oferty, nie wynika, że wskazane przez tego wykonawcę urządzenia miały zabudowane odkurzacze, wyposażone były w zraszacz oraz by pracowały w oparciu o zmienny rozstaw szczotek.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie mógł w oparciu o treść oferty stwierdzić, że FUH Natezja spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Podniósł, że Wykaz potencjału technicznego był już dokumentem uzupełnianym

przez FUH Natezja, a zatem brak jest podstaw do ponownego stosowania w tym samym zakresie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec ww. wykonawcy, a tym samym, zarzut zaniechania wykluczenia FUH Natezja z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp również z tego względu jest uzasadniony.

Dodatkowo w ramach zarzutu skierowanego przeciwko FUH Natezja Odwołujący zgłosił również brak spełniania przez konkurenta treści pkt 8.5 SIWZ podmiotowego warunku stosownie, do którego o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, których sytuacja ekonomiczna i finansowa pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, tzn. „Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną na kwotę co najmniej 100 000 zł dla każdego zadania”.

Zauważył, że w pkt 9.1 tire 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że dokumentem, jaki należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie jest opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zwrócił uwagę, że FUH Natezja do oferty dołączyła polisę od odpowiedzialności cywilnej nr 908536355442 Warta Ekstrabiznes Plus, w której określony zakres ubezpieczenia obejmuje „Wariant II, tj. „OC z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę”.

Zdaniem Odwołującego polisa przedłożona przez FUH Natezja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w pkt 8.5 SIWZ, gdyż treść dokumentu dołączonego do oferty FUH Natezja (w szczególności ww. klauzula dotycząca Wariantu II) wskazuje, że wykonawca ten nie posiada polisy w zakresie prowadzonej przez siebie działalności za wykonanie usług - odpowiedzialność ta została wyłączona.

Mając na uwadze fakt, że w Zadaniu nr 2, którego dotyczy odwołanie przedmiotem zamówienia są usługi polegające na zmiataniu chodników, Odwołujący stwierdził, iż polisa przedłożona przez FUH Natezja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej z pkt 8.5 SIWZ (z uwagi na fakt, iż działalność usługowa została wyłączona z zakresu polisy Warta Ekstrabiznes Plus w ramach przyjętego Wariantu II).

Drugi zarzut odnosił się do zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis z powodu nie spełniania przez ten podmiot warunku podmiotowego opisanego w pkt 8.2 tiret 2 SIWZ zgodnie, z którym o udzielenie przedmiotowe zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na zmiataniu chodników o wartości co najmniej 200 000 zł brutto w skali 1 roku.

Według Odwołującego z wykazu załączonego do oferty (składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia) powinno w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wynikać, czy wykonawca, które ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego spełnia warunki podmiotowe postawione przez Zamawiającego.

Zauważył przy tym, że wykonawca Remondis złożył ofertę na trzy zadania, a z wykazu nie wynika, która z usług jest wykazywana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 2. Już tylko ta okoliczność powinna stanowić podstawę wezwania Remondis do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu wykazu.

Niezależnie od powyższego stwierdził, że analiza treści wykazu usług załączonego do oferty Remondis nasuwa wątpliwość, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. że:

- wykonał usługę polegającą na zmiataniu chodników,
- o wartości co najmniej 200 000 zł brutto,
- w skali 1 roku.

Zdaniem Odwołującego usługi z poz. 2 i 5 wykazu nie spełniają wymogu kwotowego ustalonego przez Zamawiającego w SIWZ - usługa wykonana na rzecz Prezydenta Miasta Żory osiągnęła wartość 108 231,07 zł brutto, natomiast usługa wykonana na rzecz Sepctrum Silesia Service sp. z o.o. — 146 898, 77 zł brutto. Z opisu usługi wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Kędzierzyna - Koźle nie wynika natomiast, że obejmuje zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu zmiatanie chodników.

Przyznał, że usługi wskazane w poz. 1 i 4 wprawdzie wskazują na realizację usług związanych z utrzymaniem chodników, jednak dotyczą również innych czynności - np. usługa z poz. 1: usuwania skutków kolizji i oczyszczania powierzchni jezdni, poz. 4: sprzątnięcie placów miejskich, usuwanie zanieczyszczeń z poboczy.

W ocenie Odwołującego z opisu usług wskazanych przez Remondis w poz. 1 i 4 nie wynika również, czy ich element polegający na zmiataniu chodników osiągnął wartość 200 000 zł brutto w skali roku (w szczególności, iż usługa wskazana w poz. 4 była wykonywana krócej niż 1 rok).

Powyżej opisane wątpliwości powinny zostać usunięte – według zapatrywania Odwołującego - poprzez wezwanie Remondis na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku braku złożenia wyjaśnień/uzupełnienia - wykluczenia tego wykonawcy w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Trzeci zarzut odnosił się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzucił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji traktował w odmienny sposób.

Wskazał, iż w stosunku do wykonawcy P. B. prowadzącego działalność pod nazwą PB System P. B. (wykonawca złożył ofertę w Zadaniu nr 3) Zamawiający w sposób bardzo rygorystyczny traktował treść złożonego przez niego wykazu potencjału technicznego i szczegółowo weryfikował jego treść, bowiem w wezwaniu z dnia 15 kwietnia 2015 r. Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie masy wskazywanego w wykazie pojazdu. Zamawiający w wezwaniu wprost stwierdził, iż „nie bez powodu określił w SIWZ maksymalny tonaż pojazdu do sprzątnięcia rynku”.

Wynika z tego, że wymagania w zakresie potencjału technicznego (w tym masy pojazdów) stanowią istotny element dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie.

Zarzucił, że Zamawiający takiej szczegółowej analizy zaniechał w stosunku do wykonawcy FUH Natezja w Zadaniu nr 2, mimo iż w uzupełnionym przez tego wykonawcę wykazie brak jest jakichkolwiek informacji w zakresie masy samochodów ciężarowych (podczas, gdy w SIWZ, analogicznie jak w Zadaniu nr 3 określił dopuszczalną masę dla pojazdów tego typu).

Zarzucił, że Zamawiający zaniechał również wezwania FUH Natezja do udzielenia wyjaśnień w zakresie zmiatarek, mimo iż FUH Natezja nie określiła ich parametrów (cech) w wykazie.

Skoro Zamawiający w tak szczegółowy sposób weryfikował wykaz potencjału technicznego załączonego do oferty P. B. prowadzącego działalność pod nazwą PB System P. B., to analogicznie powinien – według Odwołującego - dokonać dokładnej analizy wykazu usług załączonego do oferty Remondis, czego zaniechał.

W ocenie Odwołującego, ww. czynności i zaniechania Zamawiającego świadczą o fakcie, że Zamawiający w sposób nierówny traktuje wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w tym samym postępowaniu. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że opisane powyżej przez Odwołującego czynności i zaniechania dotyczą innej części postępowania (zadania nr 3), gdyż zasada art. 7 ustawy Pzp dotyczy całego postępowania, a nie jego części.

Pismami z dnia 7 maja 2015r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Firma Usługowa-Handlowa Natezja s.j. oraz Remondis Gliwice sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert Przystępujących: Firmy Usługowo-Handlowej Natezja s.j. oraz Remondis Gliwice sp. z o.o., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 kwietnia 2015r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 12 maja 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba uznała, że Odwołujący wykazał istnienie przesłanek z art.179 ust.1 ustawy Pzp, które uzasadnił w rozdziale VI odwołania wskazując, że w Zadaniu nr 2 złożone zostały trzy oferty - tj. wykonawcy FUH Natezja, Remondis oraz ZUKTZ. Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący podniósł również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww.

przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego wykonawcy FUH Natezja oraz Remondis powinni zostać wykluczeni z postępowania, a oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w zadaniu nr 2. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Przechodząc do rozstrzygnięcia merytorycznego Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 oraz art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępujących z przedmiotowego przetargu z powodu nie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie czy istniały podstawy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych lub żądania ich wyjaśnień umożliwiających prawidłową ocenę spełniania tych warunków.

W związku z powyższym, w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 8 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych Warunków w punkcie 2 dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdzie wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy Wykonawca musi wykazać zrealizowanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej: dla zadania nr 2 - jedną usługę polegającą na zmiataciu chodników o wartości co najmniej 200 000 zł brutto w skali 1 roku.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale 8 pkt 3 SIWZ dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego, gdzie o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których potencjał techniczny pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy Wykonawca musi dysponować, co najmniej niżej wymienionymi pełnosprawnymi narzędziami i urządzeniami:

Dla zadania nr 2:

- 1) zmiatarka mechaniczna o dmc do 3,5 t zabudowanym odkurzaczem wyposażona w zraszacz o zmiennym rozstawie szczotek zmiatających - 3 szt.
- 2)dmuchawy typu STIHL lub równoważne - 3 szt.
- 3)samochód ciężarowy o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5t - 4 szt.

Nadto Izba ustaliła, że rozdziale 8 pkt. 5 SIWZ Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełnienia warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, ustalając, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których sytuacja ekonomiczna i finansowa pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną na kwotę, co najmniej 100 000 zł dla każdego zadania.

Poza tym Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 9 pkt. 1 SIWZ - Dokumenty lub oświadczenia, jakie musi zawierać oferta określił dokumenty, jakie należy złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- wykaz potencjału technicznego dostępnego wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami o treści ZAŁĄCZNIKA NR 6 do SIWZ,

- wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane o treści ZAŁĄCZNIKA NR 5 do SIWZ oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, określenie usług, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, w tym informacja o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie: W wykazie usług (ZAŁĄCZNIK NR 5) Wykonawca może wykazać tylko usługi potwierdzające spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia,

- opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zdolność finansową lub ekonomiczną innych podmiotów, przedkłada powyższy dokument dotyczący tego podmiotu.

Izba również zauważyła, że w 3 rubryce Wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy – załącznik nr 6 SIWZ Zamawiający wymagał określenia cech podstawowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, że Przystępujący: Firma Usługowa-Handlowa Natezja s.j. jedynie pod l.p. 1 Wykazu z dnia 1 kwietnia 2015r. określił żądane przez Zamawiającego

cechy podstawowe, a w pozostałych przypadkach powyższego wykazu wpisał w tej rubryce jedynie nazwę i ilości sztuk, zamiast podania cech podstawowych, zaś w uzupełnionym Wykazie z dnia 16 kwietnia 2015r. również podał jedynie ilości pojazdów.

Jednakże, zważywszy, że Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ katalogu cech, które miały być wskazane, Izba nie znalazła podstawy do uznania, że oświadczenie Przystępującego: Firmy Usługowo-Handlowej Natezja s.j. daje bezpośrednią możliwość wykluczenia tego wykonawcy z przetargu na zasadzie art.24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.22 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp.

W takim przypadku, według zapatrywania Izby, Zamawiający, dostrzegając brak wskazania w Wykazie przez Przystępującego: Firmę Usługowo-Handlową Natezja s.j. cech podstawowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, powinien wystąpić do tego wykonawcy o złożenie nowego Wykazu zawierającego wymagane cechy pozwalającego mu na ocenę spełniania spornego warunku w zakresie posiadanego potencjału technicznego.

W kontekście powyższego, Izba doszła do przekonania, że wezwanie Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2015r. miało zbyt wąski i nieprecyzyjny zakres, bowiem zawężało żądanie jedynie do uzupełnienia Wykazu o wymagane 4 sztuki samochodów o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t, podczas gdy powinno zawierać wymaganie zadeklarowania przez Przystępującego: Firmę Usługowo-Handlową Natezja s.j. cech podstawowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także posiadać informację, że nowy Wykaz musi określać i specyfikować wszystkie wymagane przez Zamawiającego pojazdy.

Powyższa czynność Zamawiającego jest szczególnie istotna z racji konieczności wykonania przez niego postanowienia rozdziału 8 pkt.8 SIWZ, który stanowi, że z treści złożonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż wykonawca spełnił warunki wymienione powyżej.

W ocenie Izby niewskazanie przez Przystępującego: Firmę Usługowo-Handlową Natezja s.j. cech podstawowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu uniemożliwiło Zamawiającemu ocenę podmiotowego warunku w zakresie potencjału technicznego zgodnie z powołanymi wyżej postanowieniami SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający będzie zobowiązany do zastosowania art.26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie wezwania do uzupełnienia Wykazu niezbędnego do

wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy – załącznik nr 6 SIWZ, a w razie wątpliwości co do jego treści również do jego wyjaśnienia na zasadzie art.26 ust.4 ustawy Pzp.

Przechodząc do omówienia zarzutu odwołania dotyczącego warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej Przystępującego: Firmy Usługowo-Handlowej Natezja s.j. Izba uznała jego argumentację za przekonywującą.

Zgodnie z § 1 ust.1 pkt. 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Rozstrzygając zarzut odwołania Izba stanęła na stanowisku, że polisa od odpowiedzialności cywilnej nr 908536355442 Warta Ekstrabiznes Plus z dnia 1 kwietnia 2015r.potwierdza spełnianie podmiotowego warunku.

Należy wskazać, że przepis cyt. wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie określa precyzyjnie zakresu związania ubezpieczenia z przedmiotem zamówienia.

Wobec braku takiego wskazania w tym przepisie należy przyjąć, że wynikające z zakresu ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia, z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonaną usługę mieści się w wymaganiu określonym przepisami powyższego rozporządzenia.

W ocenie Izby zakres ubezpieczenia określonego w powyższej polisie OC pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia.

Ostatecznie, potwierdził się również zarzut odwołania skierowany przeciwko wykonawcy Remondis Gliwice sp. z o.o., jako, że ze złożonego przez niego wykazu nie wynika, jednoznacznie, jakie wymagane wartości odnoszące się do zmiatania chodników były zrealizowane w ramach zamówień wskazanych w pozycji 1, 3 i 4 Wykazu usług – załącznik nr 5.

Zdaniem Izby, Zamawiający na podstawie jedynie zadeklarowanych wartości i określonego przedmiotu wykonanych usług nie był w stanie dokonać oceny warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający jest zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp w celu pozyskania dokumentów i informacji umożliwiających mu rzetelną ocenę ofert, a następnie na tej podstawie dokonać ponownego badania i oceny złożonych przez wykonawców ofert.

Jednocześnie Izba również uznała, że doszło do naruszenia zasady równości i konkurencyjności w przedmiotowym przetargu z powodu pominięcia przez Zamawiającego przepisów art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp w aspekcie konieczności starannego działania przy ocenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....