

Sygn. akt: KIO 1682/17

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2017 r. przez **Wykonawcę – A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Miejską Świdnik**, ul. Kard. Stefana Wyszyńskiego 15 (21-047 Świdnik)

przy udziale

Wykonawcy – **G.D.D.W. Spółka jawna** z siedzibą w (...), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – A. Sp. z o.o. z siedzibą w K. i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę A. Sp. z o.o. z siedzibą w K. tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Wykonawcy – A. Sp. z o.o. z/s w K. na rzecz Zamawiającego – Gminy Miejskiej Świdnik oraz Wykonawcy – G.D.D.W. Sp. j. z/s w L. kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:

2.4 na rzecz Zamawiającego – Gminy Miejskiej Świdnik kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych);

2.5 na rzecz Wykonawcy – G.D.D.W. Sp. j. z/s w L. kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Miejską Świdnik na *oczyszczanie terenów komunalnych oraz utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Gminy Miejskiej Świdnik w latach 2017-2019* (nr ref.: WIZ-Z.271.55.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.12.2016r., 2016/S 243-444438, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (G.D.D.W. Sp. j. z/s w L.), Wykonawca A. Sp. z o.o. z/s w K. wniósł w dniu 11 sierpnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1682/17).

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu mailem w dniu 2 sierpnia 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty G.D., który to wybór zmierza do udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy;
2. art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy G.D., w sytuacji gdy ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji potwierdzających spełnianie warunków pozytywnych w postępowaniu;
3. art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawcy G.D., pomimo, iż ten nie potwierdził spełniania warunków postępowania;
4. art. 90 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 2 ustawy Pzp i art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, który w wyniku złożonych wyjaśnień nie rozwiązał wątpliwości w zakresie ceny jego oferty, pomimo, iż Zamawiający potwierdził tę okoliczność w korespondencji z Wykonawcą G.D., a w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców poprzez wzywianie do składania kolejnych wyjaśnień;
5. art. 26 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 a ust 1 i 2 ustawy Pzp i art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, polegające na wezwaniu Wykonawcy G.D. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp w sytuacji gdy ten nie potwierdził wstępnie

spełniania warunków określonych przez Zamawiającego, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania;

6. art. 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp polegające na wezwaniu do uzupełnienia i w konsekwencji tego uzupełnieniu przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, wykaz usług o treści nie wykazanej pierwotnie w ofercie i oświadczeniu JEDZ, co spowodowało, iż Zamawiający uznał, iż Wykonawca spełnił określone warunki pozytywne, podczas gdy działanie takie naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania Wykonawcy G.D. i uznania jego oferty za odrzuconą, przeprowadzenie ponownego badania i oceny złożonych ofert, wezwanie Wykonawcy A. Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału i potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do poszczególnych podstaw zarzutów i czynności Zamawiającego dotyczących badania i oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza – G.D..

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd, jako podstawa zarzutu zaniechania wykluczenia G.D. na mocy art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Odwołujący wskazał na nieprawdziwe informacje mające wprowadzać Zamawiającego w błąd co do wykazania, iż G.D. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 6.2 siwz), w którym należało wykazać się doświadczeniem zawodowym w realizacji usługi letniego/zimowego oczyszczania terenów (ulic, parkingów, chodników o pow. 400.000 m²), utrzymania zieleni (koszenie trawników o pow. 400.000 m²).

Wykonawca w oświadczeniu w JEDZ złożonym wraz z ofertą pozostawił puste miejsce, w którym winien wskazać „usługę”, podobnie zresztą jak cały dokument. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do „uzupełnienia dokumentów”, tj. dokumentu wymaganego w pkt 8.2 siwz – JEDZ. Uzupełniony pismem z dnia 6.3.2017 r. dokument JEDZ, na str. 14 (rubryka Ib) zawiera informację, iż w latach 09.2014 – 24.01.2017 Wykonawca realizował dla T. (...) Sp. z o.o. usługę pn.: *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w regionach I i II*. Wykonawca 23.02.2017 r. został wezwany w trybie art. 26.1 Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń m.in. wykazu usług wykonanych (wraz z referencją). W złożonym wykazie Wykonawca ponownie wskazał, iż w latach 09.2014 – 24.01.2017 realizował opisaną w

uzupełnionym JEDZ usługę i dołączył referencję wystawioną przez T. (...) z dnia 24.01.2017 r. Referencja wskazywała, iż spółka G.D. realizowała w wykazie zadanie. W wyniku wezwania z dnia 5.6.2017 r. (w trybie art. 26.3 Pzp) G.D. złożyła nowy „wykaz usług”, w którym figurowała niewykazana wcześniej (w JEDZ) usługa realizowana dla Urzędu Miasta Lublin pn. *Kompleksowa konserwacja terenów zieleni komunalnej zlokalizowanej poza pasem drogowym w L. w rejonie III*. Dodatkowo Wykonawca przedłożył nowy dokument poświadczenia wystawiony dnia 2 marca 2016 r., który również pierwotnie nie został załączony.

Odwołujący ustalił, iż spółka G.D. istnieje w obecnej formule prawnej od roku 2015 (umowa spółki z dnia 28.09.2015 r., wniosek o rejestrację złożony w dniu 30.09.2015 r., rejestracja nastąpiła 6.10.2015 r. zgodnie z KRS), a zatem w dacie deklaruwanej w wykazie usług i referencji, a także w uzupełnionym dokumencie „wykaz usług” Spółka nie istniała, a więc nie mogła realizować przedmiotowej usługi. Podobnie sytuacja ta dotyczy drugiej usługi realizowanej w okresie 29.05.2013r. – 28.05.2015 r. Można przypuszczać, że zamówienia realizował M.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G.D. M.D., co potwierdza poświadczenie z dnia 2.03.2016 r. wydane przez UM Lublin. Tym samym poświadczenie w kolejnych dokumentach okoliczności niezgodnych ze stanem faktycznym nie może być traktowane inaczej, niż zamierzone działanie lub przynajmniej rażące niedbalstwo Wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji potwierdzających spełnianie warunków pozytywnych w postępowaniu.

Kolejną nieprawdziwą informacją ma być ta dotycząca zadeklarowanego w wymienionych dokumentach (JEDZ, „wykaz usług”, referencja dla usługi *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w regionach I i II*) zakresu usługi, która miała obejmować również zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie parkingów, co stanowi element warunku udziału w postępowaniu. Analiza dokumentacji tego postępowania ma wskazywać, iż zakres usługi nie obejmował utrzymania parkingów w lecie i w okresie zimy (wyciąg z siwz dla postępowania PS.221.1.24.2014).

Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako podstawa zarzutu zaniechania wykluczenia G.D. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

Podstawa faktyczna zarzutu dotyczy oceny usługi wskazanej w uzupełnionym JEDZ *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w regionach I i II*, w związku z zakresem, który nie potwierdza m.in. utrzymania parkingów, a także „zielni miejskiej” (koszenia trawników), co potwierdza wezwanie Zamawiającego z 5.6.2017 r. oraz

złożony nowy wykazu. W omawianym zakresie JEDZ nie potwierdza „wstępnie” spełnienia warunku, o czym świadczy również pismo skierowane do Odwołującego od Zarządu Dróg i Mostów w L., w którym wskazano, iż przedmiotowa usługa nie obejmuje utrzymania zieleni miejskiej, a więc i koszenia trawników o pow. 400.000 m².

Zamawiający tym samym mailem wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 1 oraz do przedłożenia „wykazu usług” wraz z referencją i następnie 5.6.2017 r. zastosował tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i otrzymał zmodyfikowany „wykaz usług”. Skoro warunek nie został wstępnie potwierdzony, to Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego oferta uznana za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. Ponieważ Wykonawca został już wezwany do uzupełnienia JEDZ nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp. Niemożliwe jest wezwanie do uzupełnienia tylko wykazu usług, albowiem wezwanie to jest możliwe po pozytywnej weryfikacji JEDZ.

Rażąco niska cena – zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę G.D., gdyż złożone wyjaśnienia nie rozwiązywały wątpliwości w zakresie ceny oferty, co potwierdził Zamawiający w korespondencji z Wykonawcą z dnia 12.07.2017 r. W konsekwencji, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców ponownie wezwał G.D. do składania dodatkowych wyjaśnień. Wezwanie z dnia 5.06.2017 r. było precyzyjne, a termin do złożenia wyjaśnień na wniosek Wykonawcy został wydłużony. Ocena tych wyjaśnień prezentowana w piśmie z 12.07.2017 r. potwierdza niejasność i sprzeczność złożonych wyjaśnień, a także brak wyliczenia cen i dowodów oraz ich ogólny i abstrakcyjny charakter. W tej sytuacji nie powinien być wzywany do „wyjaśnień uzupełniających”, zwłaszcza że te prowadziły do korygowania i modyfikacji wyjaśnień złożonych pierwotnie, przedkładania nowych danych i dowodów, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający naruszył normę wyrażoną w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 a ust. 1 i 2 ustawy pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków i potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w sytuacji, gdy Wykonawca nie potwierdził wstępnego spełnienia warunków pozytywnych określonych w siwz, co winno skutkować wykluczeniem w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Dodatkowo, jednocześnie wzywając do uzupełnienia JEDZ oraz złożenia dokumentów Zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił na niedopuszczalność dopuszczenia do uzupełnienia dokumentów, które nie zostały przedłożone wraz z ofertą, prowadzących do modyfikacji treści oferty (nowa

usługa nie uwzględniona w JEDZ jak i pierwszym „wykazie usług” wraz z referencją oraz nowe osoby w „wykazie osób”).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca G.D.D.W. Sp.j. z siedzibą w L. (zwany dalej G.D.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym w części uwzględnił zarzuty dotyczące oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia przyznając, iż nie dokonał prawidłowej weryfikacji referencji pod kątem realizacji usługi utrzymania parkingów w lecie i w okresie zimy w ramach zadania pn.: *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach I i II*. Zamawiający zapowiedział potrzebę ustalenia, czy zaktualizował się obowiązek wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, co wymaga powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Ponadto Zamawiający uznał, iż w analizowanym stanie faktycznym żądanie uzupełnienia istotnych merytorycznie kwestii związanych z kwalifikacją podmiotu do udziału w postępowaniu, polegające na dopuszczeniu do kilkakrotnego wezwania Wykonawcy G.D. do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, doprowadziło do naruszenia zasady jednokrotnego uzupełnienia dokumentów. Z tej przyczyny Zamawiający uwzględnił zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 a ust 1 i 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp (nr 3, 5 i 6 odwołania).

W związku z tym stanowiskiem procesowym Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw ustnie do protokołu posiedzenia prowadzonego z udziałem stron.

Izba, zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 186 ust. 4 Ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Uwzględniając żądania Odwołującego wynikające z podniesionych zarzutów, dotyczących oceny oferty wybranej

jako najkorzystniejsza, odwołanie zmierza do wzruszenia wyniku postępowania i doprowadzenie do wskazania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Utrzymanie natomiast stanu, jaki wynika z podjętych i kwestionowanych czynności Zamawiającego, pozbawiałoby Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów w całości (w związku ze sprzeciwem wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego).

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oferty G.D., uzupełnionych oświadczeń oraz składanych w toku postępowania na wezwania Zamawiającego dokumentów, a także treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do której doprowadziły czynności Zamawiającego związane ze wstępną oceną deklaracji Wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu złożoną w JEDZ, a następnie oceną składanych na wezwania Zamawiającego dokumentów.

Zamawiający ocenił ofertę G.D. najwyżej i na podstawie pkt 8.6 ppkt 1 siwz dokonał weryfikacji zdolności tego Wykonawcy wzywając do uzupełnienia wstępnego oświadczenia złożonego w JEDZ oraz złożenia dokumentów potwierdzających, że usługa, którą Wykonawca wskazuje potwierdza posiadanie wymaganego doświadczenia opisanego w pkt 6.2.3 siwz.

Zamawiający wymagał zdolności technicznej lub zawodowej potwierdzonej wykonaną lub wykonywaną usługą letniego i zimowego oczyszczania terenów: ulic, parkingów, chodników, o powierzchni 400 000 m² (lit. a i b) oraz utrzymania zieleni - koszenie trawników o powierzchni 400 000 m² (lit. c).

Wykonawca G.D. zgodnie z pkt 8.5 siwz złożył wraz z ofertą wypełniony standardowy formularz JEDZ (załącznik nr 3 do siwz), w którym w części IV *Kryteria kwalifikacji* wypełnił część ^a zawierającą ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji, zaznaczając odpowiedzi „TAK” i pozostawiając niewypełnioną część C *Zdolność techniczna i zawodowa*, w szczególności dotyczącą głównych usług określonego rodzaju. Zgodnie z instrukcją wypełnienia, w tej części wykonawca sporządza wykaz z podaniem kwot, daty i odbiorców, zarówno publicznych jak i prywatnych – należy wymienić wszystkich odbiorców, a wykaz powinien obejmować zarówno klientów publicznych jak i prywatnych w odniesieniu do przedmiotowych dostaw lub usług (uwaga nr 40). Sporządzając wykaz wykonawcy są

związani informacją instytucji zamawiającej wskazaną w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia co do liczby lat (możliwe jest dopuszczenie legitymowania się doświadczeniem sprzed ponad trzech lat – uwaga nr 39).

Zamawiający pismem z dnia 23.02.2017 r. wezwał Wykonawcę G.D., którego ofertę ocenił najwyżej, w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy, do złożenia dokumentów: wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie/wykonywanie, wykazu osób, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, informacji z KRK, zaświadczenia z US, ZUS lub KRUS, odpisu z rejestru oraz oświadczeń Wykonawcy żądanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Kolejnym pismem, w tym samym dniu, Zamawiający wezwał Wykonawcę G.D. w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentu JEDZ bez wskazywania w jakim zakresie należy go uzupełnić.

W odpowiedzi na te wezwania G.D. przedłożył Zamawiającemu w terminie upływającym w dniu 06.03.2017 r. komplet żądanych dokumentów oraz wypełniony w części IV lit. C Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ), w którym wskazana została w lit. 1b) jedna usługa opisana jako: *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach I i II, realizowana w okresie 09/2014 – 24.01.2017 na rzecz Odbiory T.(...) Sp. z o.o. Wykonawca załączył wykaz usług wraz z referencją od Odbiorcy usługi z dnia 24.01.2017 r., w treści której wskazano, iż firma G.D.D.W. Spółka Jawna z siedzibą w L. od 2014 roku realizuje na nasze zlecenie zadanie pn. „Zimowe utrzymanie i letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach I i II”, Letnia powierzchnia oczyszczania wynosi 627 747 m². Powierzchnia zimowego utrzymania wynosi 1 149 355 m². Wartość dotychczas zrealizowanych robót (3.269.954,00 zł na dzień 20.01.2017 r.*

W wyniku podjętych czynności odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania zostało wniesione odwołanie G.D. z dnia 24 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 814/17) oraz odwołanie A. Sp. z o.o. z dnia 21 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 830/17). Wyrokiem z dnia 12 maja 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania i nakazała Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający drogą mailową w dniu 05.06.2017 r. wezwał G.D. w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentu – wykazu usług, gdyż złożony wykaz nie zawierał informacji o podmiotach na rzecz których usługi zostały wykonane, informacji o powierzchni oczyszczanych terenów. Z wykazu nie wynikało również, iż usługa obejmowała/obejmuje

koszenie trawników o powierzchni 400 000 m², a treść referencji nie potwierdza, iż usługi te wykonywane są należycie.

W odpowiedzi Wykonawca przedłożył komplet uaktualnionych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykaz usług opatrzony datą 12.06.2017 r. wraz z referencjami i oświadczeniem do referencji. W wykazie w pozycji pierwszej wskazana została ta sama usługa co w JEDZ oraz referencji z dnia 24.01.2017 r., z tą różnicą, iż w nazwie usługi dodano słowo „parkingów” w opisie zadania oraz odbiorcę – T. (...) Sp. z o.o. oraz powierzchnię oczyszczania letniego (627 747 m²) i zimowego (1 149 355 m²). Okres realizacji został wskazany datą rozpoczęcia: 09/2014 – nadal. Dodatkowo w wykazie Wykonawca zamieścił drugą usługę *Kompleksowa konserwacja terenów zieleni komunalnej zlokalizowanej poza pasem drogowym w L. w rejonie III dla Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Lublin. Powierzchnia całości umowy wyniosła 645 500 m² przy czym powierzchnia trawników wyniosła 645 000 m², realizowana w okresie 29.05.2013-28.05.2015. Przedłożone zostały także:*

- referencja od T.(...) Sp. z o.o. z dnia 24.01.2017 r. potwierdzająca, że firma G.D.D.W. Spółka Jawna od 2014 roku realizuje na nasze zlecenie zadanie pn. *„Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach I i II”*, uzupełnione o informację stwierdzającą, że roboty wykonywane są należycie;

- oświadczenie własne Wykonawcy z dnia 12.06.2017 r., w którym potwierdzał, iż zadanie z poz. 1 wykazu obejmowało również zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie parkingów;

- oświadczenie Zastępcy Dyrektora Wydziału Gospodarki Komunalnej z dnia 02.03.2016 r., w którym potwierdził *współpracę z firmą G.D. M.D.*, która realizowała usługę utrzymania zieleni (dot. usługi z poz. drugiej wykazu) w ramach umowy nr (...) z dnia 29.05.2013 r. (referencja).

W toku badania ceny oferty Zamawiający wzywał Wykonawcę G.D. dwukrotnie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, tj. pismem z dnia 05.06.2017 r. oraz pismem z dnia 12.07.2017 r. Złożone wyjaśnienia zostały opatrzone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Drugie wezwanie wynikało z wątpliwości, jakie budziły u Zamawiającego jednakowe kalkulacje cen jednostkowych w okresie letnim i zimowym, a także warunkach zimowych normalnych i ekstremalnych, stwierdzone sprzeczności wskazane w wezwaniu jako przykładowe oraz inne elementy szczegółowych kalkulacji przedstawionych przez Wykonawcę. Przedłożone kolejne wyjaśnienia prezentowały szczegółowe wyliczenia kosztów płac, administracji, BHP, materiałów oraz taboru, poparte ofertą cenową przygotowaną dla 20 pojazdów na okres 29 miesięcy.

W odpisie KRS nr 0000579235 z dnia 03.11.2016 r. Wykonawcy G.D.D.W. Sp. j., przedłożonym Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23.02.2017 r., widnieją wpisy o dacie rejestracji (06.10.2015), umowie spółki z 28.09.2015 r. oraz wspólnikach (Derkacz Marta, Anna Graś, Mirosławie Derkacz). Odwołujący do odwołania załączył wnioski o rejestrację podmiotu w rejestrze przedsiębiorców złożony w dniu 30.09.2015 r. wraz z postanowieniem referendarza sądowego o wpisie z dnia 06.10.2015 r. o dokonaniu wpisu spółki G.D.D.W. Spółka jawna, w którym jako wspólnicy wskazane zostały Marta Derkacz, Anna Gaś, pomiędzy którymi zawarta została umowa spółki jawnej z dnia 28.09.2017 r. (załączone w kopii do odwołania). Złożony przez Odwołującego odpis z KRS z dnia 10.08.2017 r. wskazuje jako wspólników: M.D. oraz G.D. Sp. z o.o.

Zamawiający już po wniesieniu odwołania wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie sytuacji prawnej Spółki (pismo z 16.08.2017 r.). W odpowiedzi, w piśmie z dnia 16.08.2017 r. Wykonawca poinformował o przekształceniu prowadzonego dotychczas przez M.D. przedsiębiorstwa, poprzez wniesienie całości przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55* k.c. aportem do spółki G.D.D.W. Spółka jawna w L.. Z dniem 1 listopada 2015 r. G.D.D.W. Spółka jawna, jako następcą prawnym G.D. M.D. w L., wstąpiła w ogół praw i obowiązków wnoszącego aport, w tym przejęła wszelkie istniejące zobowiązania zaciągnięte przez M.D., w tym pełną odpowiedzialność za ich należyte wykonanie.

Jako dowody w sprawie Odwołujący na rozprawie przedłożył:

- wzór umowy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lublin w 2014 r. na zimowe utrzymanie i letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin (na rejonach I-VI) wraz z kosztorysem ofertowym dla rejonu I;
- kosztorys ofertowy w obecnym postępowaniu (załącznik nr 7B do siwz);
- oświadczenie Zarządu Dróg i Mostów w L. dotyczące zakresu umowy dotyczącej zimowego utrzymania oraz letniego oczyszczania ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach: I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII – 8 części, nie obejmujący usługi utrzymania zieleni (dot. usługi z poz. nr 1 uzupełnionego wykazu usług).

Na rozprawie Przystępujący G.D. przedłożył:

- wyjaśnienie T.(...) Sp. z o.o. do referencji dotyczącej usługi z poz. nr 1 uzupełnionego wykazu wskazując, iż umowa zawarta była z M.D., który przekształcił swoje przedsiębiorstwo w G.D.D.W. spółka jawna, która aktualnie realizuje usługę. Zakres usługi obejmował także utrzymanie parkingów, a brak ich wyszczególnienia w siwz do przetargu uzasadnił tym, iż według Zamawiającego stanowią one część jezdni i nie wymagały wyróżnienia.

- informację z Zarządu Dróg i Mostów w L. z dnia 23.08.2017 r. dotyczącą umów nr 209/ZDM/14 oraz 210/ZDM/14 na *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów, schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach I i II*, potwierdzającą iż T.(...) Sp. z o.o. realizuje zimowe utrzymanie i letnie oczyszczanie parkingów – *miejsc postojowych znajdujących się bezpośrednio w sąsiedztwie drogi jako zatoki parkingowe oraz wyodrębnione poza nią jako place z miejscami postojowymi*;
- kopie umów nr (...) oraz nr (...) obie zawarte 14.08.2014 r. pomiędzy Gminą Lublin a T. (...) Sp. z o.o.;
- umowę o świadczenie usług z 21.08.2014 r. pomiędzy T.(...) Sp. z o.o. a M.D. (podwykonawcą);
- umowę nr (...) zawartą 29.05.2013 r. pomiędzy Gminą Lublin a konsorcjum w składzie z M.D. i C.K dotyczącą kompleksowej konserwacji terenów zieleni komunalnej zlokalizowanej poza pasem drogowym w L.w Rejonie nr III.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów, dla których podstawy faktycznej Odwołujący upatrywał w treści oświadczeń wstępnych złożonych w JEDZ i dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, a także czynnościach podjętych w toku weryfikacji oświadczenia wstępnego wobec ocenionej najwyższej oferty G.D.. Odwołujący wywodził również z okoliczności ponownego wezwania Wykonawcy G.D. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podstawę do uznania, iż powinna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy, czego Izba również nie podzieliła.

Odnosząc się zatem szczegółowo do obu podstaw zarzutów Izba w pierwszej kolejności prezentuje stanowisko związane z oceną oświadczeń złożonych w JEDZ oraz dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w przywołanym w ustaleniach pkt 6.2.3 siwz.

Odwołujący z jednej strony wywodził, iż Wykonawca G.D. wprowadził Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego stanu związanego ze stroną podmiotową jak i rzeczową usługi świadczonej na zlecenie T. (...) Sp. z o.o., w charakterze podwykonawcy, jak również wskazywał na przeszkody formalne do tego, aby wzywać Wykonawcę do złożenia dokumentów w sytuacji, w której nie potwierdził on wstępnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w JEDZ, co powinno skutkować uznaniem, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Również kwestia dopuszczalności wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów (wykazu

usług wraz z referencjami) budziła zastrzeżenia z tej przyczyny, iż Wykonawca nie potwierdził we wstępnym oświadczeniu w formularzu JEDZ załączonym do oferty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Także dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający dwukrotnie kierował wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy w odniesieniu do tych samych dokumentów i oświadczeń, doprowadzić miało do zmiany treści wykazu usług (dodano jeszcze jedną usługę). Powyższe wyznaczało zakres zarzutów związanych z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 (zarzut nr 2 z odwołania), art. 24 ust. 1 pkt 12 (zarzut nr 3 z odwołania), art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 a ust. 1 i 2 (zarzut nr 5 z odwołania), art. 26 ust. 3 Ustawy (zarzut nr 6 z odwołania).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do oświadczenia w JEDZ załączonego do oferty Izba uznała, iż Wykonawca rzeczywiście nie wypełnił części szczegółowej (IV.C), nie oznacza to jednak, że formularz nie zawiera oświadczenia wstępnego o spełnianiu warunków kwalifikacji. Zaznaczając w części ogólnej odpowiedź „TAK” Wykonawca zawarł jednoznaczną deklarację, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W toku rozprawy Zamawiający oraz Przystępujący odmiennie rozumieli sposób, w jaki należało wypełnić formularz JEDZ, których to różnic wprost na podstawie siwz nie można było rozwiązać. Zamawiający nie wskazał bowiem na konieczność wypełnienia części szczegółowej, a jednocześnie w pkt 8.1 siwz wymagał złożenia wstępnego oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie można odmówić racji Przystępującemu, iż samo odesłanie do instrukcji wypełniania formularza, nie mogło być ocenione jako szczegółowy opis wymagań Zamawiającego, co do informacji, jakie należało przedstawić w JEDZ składanym wraz z ofertą. Zgodnie z pkt 8.5 siwz, opis usługi (jej przedmiot, data wykonania i podmiot, na rzecz którego była realizowana) należało przedstawić dopiero w wykazie usług składanym na wezwanie Zamawiającego. W tej sytuacji można zatem mieć wątpliwość, czy wezwanie do uzupełnienia oświadczenia w JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy musiało nastąpić skoro Wykonawca złożył wstępne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji. Część szczególna formularza JEDZ zawierać ma (zgodnie z opisem części IV) opis głównych usług świadczonych w okresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu, a nie wskazania na jedną z nich, lub usługi wybrane. Zachodzi zatem pewna niezręczność przy wypełnianiu formularza, którego celem miało być ułatwienie wykonawcom składania ofert z wykorzystaniem tego samego dokumentu na potrzeby różnych postępowań, jako oświadczenia wstępnego. Dopiero bowiem na wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy, którego ofertę oceniłby najwyżej, składane miały być wykazy usług wraz z referencją potwierdzające wstępną deklarację wykonawcy. W tej sytuacji, wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy w piśmie z dnia 23.02.2017 r. nie można przypisywać znaczenia, na jakie wskazywał Odwołujący, czyli wezwania, które uniemożliwiało

późniejszą ocenę (wyjaśnienie, złożenie, uzupełnienie lub poprawienie) dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy. Nie można bowiem zapominać o innej wytycznej płynącej z orzecznictwa, iż wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy musi towarzyszyć jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego dlaczego jest ono kierowane i w jakim zakresie oczekuje wyjaśnienia, uzupełnienia lub zmiany oświadczeń lub dokumentów nie zbędnych do przeprowadzenia postępowania. Kierując się powyższym, nawet przyjęcie, iż z wezwaniem z dnia 23.02.2017 r. do uzupełnienia JEDZ, należało wiązać dalsze skutki w postępowaniu w postaci braku możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie przyczyny dla której uznaje oświadczenie wykonawcy złożone w JEDZ za niewystarczające. Wezwanie to natomiast zawierało wyłącznie wskazanie na podstawę prawną oraz dokument wymagający uzupełnienia – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ). W niniejszej sprawie błąd popełnił Zamawiający kierując do wykonawcy w niewielkich odstępach czasu (w tym samym dniu) wezwania do uzupełnienia oświadczenia wstępnego oraz złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów. Właściwym bowiem było najpierw zakończenie oceny oferty G.D., tak aby można było stwierdzić, iż została najwyżej oceniona i dopiero po tym etapie wezwanie Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów, którymi w interesującym zakresie były: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. W niniejszej sprawie, ocena oferty G.D. trwała w dłuższej perspektywie czasu, czego wyrazem były wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej z dnia 05.06.2017 r. oraz 12.07.2017 r. W tym stanie sprawy Izba uznała, iż wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 23.02.2017 r., którego podstawę stanowił przepis art. 26 ust. 1 Ustawy było przedwczesne, jednak konsekwencji tej czynności nie należy przenosić na wynik oceny dokumentów i ostatecznie na ocenę, czy Wykonawca G.D. wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Niewątpliwie, to oferta tego Wykonawcy ostatecznie została najwyżej oceniona (co nie zostało zakwestionowane), a zatem wezwanie do złożenia dokumentów musiało zostać do tego Wykonawcy skierowane. Uchybienie to nie miało zatem wpływu na ustalenie, że czynność wezwania do złożenia dokumentów była zasadna.

Odnosząc się w tym miejscu do oceny oświadczenia wstępnego Wykonawcy, który po pierwsze wskazał w JEDZ i spełnia warunki kwalifikacji, a także na wezwanie Zamawiającego wskazał usługę, która ma potwierdzać, iż posiada niezbędne doświadczenie wymagane dla tego zamówienia, Izba uznała, iż informacje o wykonywaniu usługi na rzecz T. (...) Sp. z o.o. stanowiły faktycznie jedynie przywołanie nazwy zamówienia nadanej przez Zamawiającego w siwz i ogłoszeniu - *Zimowe utrzymanie oraz letnie oczyszczanie ulic, chodników, placów,*

schodów, kładek dla pieszych oraz ścieżek rowerowych na terenie miasta Lublin w pasach drogowych w rejonach: I, II, a nie jej opis rzeczowy. Należy w tym miejscu zauważyć, iż na podstawie samej nazwy Zamawiający nie mógł ustalić, czy usługa obejmowała zimowe i letnie oczyszczanie parkingów oraz koszenie trawników (pow. 400 000 m²), co wymagało wyjaśnienia z Wykonawcą i ewentualnie wezwania do uzupełnienia właśnie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wstępnego oświadczenia Wykonawcy. Zamawiający tymczasem od razu wezwał do złożenia wykazu usług oraz referencji i dopiero oceniając dokumenty wskazał na swoje wątpliwości wynikające z braku pełnej informacji koniecznej do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe uchybienia, których źródłem było zapewne wezwanie w tym samym czasie do uzupełnienia JEDZ i złożenia dokumentów, W ocenie Izby, nie mogły jednak prowadzić do stwierdzenia, iż uzupełnione dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Pierwszą kwestią, do której należy się odnieść jest wyjaśnienie dotyczące podmiotu świadczącego w okresie 2014/2015 r. obie usługi – przedsiębiorcy M.D. działającego pod firmą G.D. M.D.. Niewątpliwie, w związku z datą wpisu w KRS Spółki Jawnej (G.D. i Wspólnicy Sp. J.) Zamawiający powinien był tą okoliczność wyjaśnić, co umożliwiłoby Wykonawcy na etapie jeszcze badania jego oferty przedstawienie informacji o przekształceniu do jakiego doszło pod koniec roku 2015, którego elementem było wniesienie przedsiębiorstwa aportem do umowy spółki. Odwołujący nie zaprzeczył tej okoliczności, wręcz wskazując w odwołaniu na takie przypuszczenie, a dowody jakie przedłożył nie dotyczyły tej zmiany, gdyż obie umowy spółki wskazywały na wspólników sprzed zmiany.

Tym samym Izba uznała, iż doświadczenie przedsiębiorcy stanowi obecnie doświadczenie nowego podmiotu prawa, a co ważne w całości stanowi przymiot jednego ze wspólników – M.D.. Ponadto, uzupełniona na wezwanie Zamawiającego referencja dla drugiej usługi z wykazu identyfikowała tego przedsiębiorcę i dotyczyła usługi świadczonej na podstawie umowy nr (...) z dnia 29.05.2013 r., złożonej w kopii na rozprawie. Zamawiający miał zatem na etapie badań i oceny ofert informacje, które pozwalały przyjąć, że Wykonawca powołuje się na doświadczenie własne, w części zdobyte już po wniesieniu aportem przedsiębiorstwa przez Wspólnika, przy świadczeniu usługi jako podwykonawca T. (...) Sp. z o.o. Kwestia zgłoszenia podwykonawcy zamawiającemu, z którym spółka T. (...) Sp. z o.o. miała zawarte umowy nr (...) i (...) nie mogła podważać okoliczności faktycznej, tj. realizacji usługi na zlecenie T. (...) Sp. z o.o., której podstawą była umowa o świadczenie usług przedłożona na rozprawie. Izba pominęła kwestię wpływu braku zgłoszenia informacji o podwykonawcy zamawiającemu, gdyż przedłożona kopia umowy, takiego obowiązku nie nakładała.

Odnosząc się natomiast do zakresu usług przedstawionych Zamawiającemu i braku potwierdzenia doświadczenia w utrzymywaniu parkingów (usługa z poz. 1) oraz koszenia

trawników (usługa z poz. 2), Izba przyjęła uzupełniające oświadczenia wystawcy referencji T. (...) Sp. z o.o., w którym stwierdzono, iż zakresem umowy o świadczenie usługi objęte były parkingi, które według zamawiającego stanowiły część jezdni i nie były z tej przyczyny wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia. To oświadczenie potwierdza również pismo skierowane od zamawiającego do T. (...) Sp. z o.o. z dnia 23.08.2017 r., w którym zamawiający informuje, że w ramach obu wskazanych umów *wykonawca realizuje zimowe i letnie oczyszczanie parkingów – miejsc postojowych znajdujących się bezpośrednio w sąsiedztwie drogi jako zatoki parkingowe oraz wyodrębnione poza nią jako place z miejscami postojowymi*. Odnośnie koszenia trawników, usługa wskazana jako druga w wykazie uzupełnionym dotyczyła tego zakresu prac, jak również odpowiadała pod względem powierzchni (400 000 m²).

Kontynuując dalej wątek dotyczący uzupełnienia wykazu usług o nową usługę potwierdzającą koszenie trawników na powierzchni 400 000 m², istotnym było udzielenie odpowiedzi na pytanie, które wyłania się na tle niniejszej sprawy o możliwość rozszerzenia rzeczowego wykazu w stosunku do wstępnego oświadczenia w JEDZ, w kontekście orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 E.. Podejmując się odniesienia tego orzeczenia, które dotyczy odmiennego stanu prawnego (sprzed nowelizacji z 2016 r., którą dodano chociażby art. 22a ust. 6 Ustawy), do niniejszej sprawy, należy na wstępie poczynić zastrzeżenie, iż rozszerzenie wykazu usług nie prowadziło do wskazania doświadczenia innego podmiotu, niż ten którego od początku dotyczył oświadczenia składane w JEDZ, tj. M.D. (G.D.) – obecnie współlnika Spółki Jawnej składającej ofertę w postępowaniu. Możliwość uzupełnienia dokumentu składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu została wprost wskazana w tym orzeczeniu poprzez odesłanie do art. 51 dyrektywy 2004/18, zawierającego delegację dla instytucji zamawiającej wezwania wykonawcy do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45-50 lub o ich wyjaśnienie. W art. 48 dyrektywy opisane zostały środki, które mogą stanowić dowód możliwości technicznych, w tym między innymi *wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych (...)*. Udzieloną odpowiedź Trybunału należy analizować w kontekście zadanego pytania, które zostało opisane w motywie 30 poprzez wskazanie na *dopuszczalność powoływania się przez wykonawcę – gdy uzupełnia on na wniosek instytucji zamawiającej dokumenty – na dostawy inne niż te, które wskazał on w swojej pierwotnej ofercie, oraz możliwości powoływania się przez owego wykonawcę w tym względzie na zamówienia zrealizowane przez inny podmiot, na którego zasoby nie powołał się on w pierwotnej ofercie*. Tej kwestii dotyczyło pytanie pierwsze na które udzielił odpowiedzi Trybunału odnosząc się faktycznie do możliwości przedłożenia

dokumentu, którego nie zawierała oferta takiego jak *umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia*. Trybunał uznał, iż powołanie się na podmiot trzeci i dokumenty dotyczące jego sytuacji (których nie było w ofercie) stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty (motyw 42). Takie uzupełnienie dokumentów warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie publiczne oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania zamówienia.

Powyższe orzeczenie nie odnosi się zatem do sytuacji, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie, gdzie na skutek przedstawienia nowego dokumentu nie doszło do zmiany tożsamości Wykonawcy, a przede wszystkim, nowa usługa wskazana na wezwanie Zamawiającego w uzupełnionym wykazie, odnosi się do zasobów tego podmiotu, który złożył ofertę, identyfikujących jego przygotowanie zawodowe, jakie posiadał składając ofertę w postępowaniu. Z orzeczenia można natomiast wywieść, iż nie będzie naruszającym zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców wzywanie do uzupełnienia dokumentów, które odnoszą się wprost do Wykonawcy, który złożył ofertę, a więc dotyczą jego sytuacji kształtowanej doświadczeniem i potencjałem, jakim może się wykazać w celu potwierdzenie spełnienia kryteriów kwalifikacji. Można również wskazać, iż na gruncie dyrektywy środkiem służącym wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat. Powyższe skłania zatem do wniosku, iż badając możliwości techniczne wykonawcy nie można wykluczyć możliwości powołania się przez niego na inne zrealizowane usługi, niż te jakie wskazał, jako główne we wstępnym oświadczeniu składanym na standardowym formularzu JEDZ, który miał być dokumentem możliwym do wykorzystania w różnych postępowaniach (co było celem wprowadzenia tego formularza w drodze Rozporządzenia Wykonawczego Komisji Europejskiej (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r.

Reasumując tę część stanowiska, Izba uznała, iż Wykonawca potwierdził w uzupełnionym wykazie oraz dokumentach, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, co jednocześnie stało na przeszkodzie uznania, iż wprowadził Zamawiającego w błąd celem stworzenia nieprawdziwego obrazu doświadczenia, jakie posiada. Samo ustalenie, iż Zamawiający dopuścił się błędów przy weryfikowaniu oświadczenia wstępnego Wykonawcy nie może być równoznaczne ze stwierdzeniem, iż Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania i nie mógł być wzywany do przedłożenia, a następnie uzupełnienia dokumentów. Konsekwencje błędów Zamawiającego nie mogą się przekładać na ostateczną

ocenę zdolności tego Wykonawcy, które zostały w sposób przekonujący Izbie wykazane dowodami przeprowadzonymi na rozprawie.

Drugą kwestią wymagającą odniesienia się w związku zarzutem skierowanym wobec wyjaśnień składanych w zakresie wysokości ceny było rozstrzygnięcie, czy w świetle kierowanych wezwań i składanych wyjaśnień ziszcza się przesłanka do odrzucenia oferty określona przepisem art. 90 ust. 3 Ustawy. Odwołujący nie kwestionował wprost wysokości ceny oferty wybranej (zbliżonej do jego kalkulacji), wywodził natomiast podstawę zarzutu z faktu dwukrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jako działania naruszającego wytyczną dotyczącą jednokrotnego wzywania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wykonawców do składania wyjaśnień wraz z dowodami. Odnosząc się do tej podstawy zarzut Izba uznała, iż w sprawie drugie wezwanie Zamawiającego było wynikiem pewnych sprzeczności i wątpliwości, jakie powziął w oparciu o informacje złożone w pierwszych wyjaśnieniach. Taka sytuacja, w ocenie Izby nie stanowiła o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż to Zamawiający wyznacza swoim wezwaniem jakich informacji oczekuje od wykonawcy tak by móc na ich podstawie ocenić, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy, Zamawiający musi móc wskazać, dlaczego uznał, iż wyjaśnienia dowodzą rażąco niskiej ceny. Nie można zatem wprowadzać barier do tego, aby wątpliwości jakie niosą wyjaśnienia móc rozwiązać przed ostateczną oceną oferty. W niniejszej sprawie wyjaśnienia składane przez G.D. dostarczały szczegółowych danych, co do których Zamawiający widział potrzebę ich wyjaśnienia, aby móc stwierdzić w pełni ponosząc odpowiedzialność za swoją decyzję, że oferta nie podlega odrzuceniu. Ponieważ sama wysokość ceny nie budziła zastrzeżeń Odwołującego, sam fakt dwukrotnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie mógł stanowić dostatecznej podstawy do tego, aby uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W świetle powyższego, odwołanie w całości oddalono, a kosztami postępowania obciążono Odwołującego, stosownie do wyniku. Ponieważ w sprawie zgłoszony został sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego, uczestnik postępowania przyjął na siebie ciężar jaki spoczywa na stronie, tj. odpowiedzialności za wynik w tej części w jakiej wniósł sprzeciw.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i 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). Izba zaliczyła do kosztów

postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego i Przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego, w wysokości wynikającej z rachunków przedłożonych przed zamknięciem rozprawy i obejmujące wynagrodzenie pełnomocników.

Przewodniczący: