

WYROK
z dnia 25 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. w postępowaniu prowadzonym przez: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie działający w imieniu i na rzecz zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawa

przy udziale:

A.....wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz ZOOM-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B.....wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MEGA-WAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., ANN-POL INWESTYCJE 3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 676/22

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie działający w imieniu i na rzecz zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowe utrzymanie czystości w obiektach administrowanych przez ZTM w Warszawie” (numer referencyjny: PN 67/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 251-668575 .

I. W dniu 10 marca 2022 r. wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. GAMMA A. Z. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MEGA-WAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., ANN-POL INWESTYCJE 3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej jako „Konsorcjum Mega-Wat”) oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz ZOOM-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej jako „Konsorcjum Megatherm”), pomimo iż oba Konsorcja podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że:
 - a. Konsorcjum Mega-Wat jaki i Konsorcjum Megatherm, przynależąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyły odrębne oferty w postępowaniu i nie wykazały jednocześnie, że oferty te zostały przygotowane niezależnie od siebie, przez co podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
 - b. Konsorcjum Mega-Wat jaki i Konsorcjum Megatherm złożyły oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, podczas gdy oba Konsorcja należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U z 2021 r. poz. 275), przez co oba Konsorcja podały

informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, przez co podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 10 ustawy Pzp;

- c. a w odniesieniu do Konsorcjum Megatherm także z uwagi na fakt podania informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia w sprzątnięciu powierzchni parkingowych o powierzchni minimum 10 000 m², co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, przez co podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 10 ustawy Pzp;
2. art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798, dalej "uokik") poprzez nieuznanie, że Konsorcjum Mega-Wat oraz Konsorcjum Megatherm nie podlegają wykluczeniu z postępowania, podczas gdy oba Konsorcja należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu uokik złożyły odrębne oferty w postępowaniu i nie wykazały, że oferty te zostały przygotowane niezależnie od siebie;
3. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że Konsorcjum Mega-Wat oraz Konsorcjum Megatherm podały informacje wprowadzające zamawiającego w błąd o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu uokik z innymi wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w postępowaniu i złożyły w tym zakresie oświadczenia, podczas gdy oba Konsorcja przynależą do tej samej grupy kapitałowej i złożyły odrębne oferty w postępowaniu i nie wykazały, że oferty te zostały przygotowane niezależnie od siebie, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
4. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że Konsorcjum Megatherm podało informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie posiadania doświadczenia w sprzątnięciu powierzchni przemysłowych lub parkingowych o powierzchni min. 10 000 m², tj. jednego z elementów warunku udziału w postępowaniu z pkt 1 ppkt 2) Rozdziału VIII SWZ, w sytuacji, w której Konsorcjum Megatherm na potwierdzenie przedmiotowego warunku wskazało na formularzu JEDZ, że posiada doświadczenie w sprzątnięciu powierzchni parkingowych o powierzchni 11 000 m², podczas gdy z załączników do umowy wskazanej w referencjach dla tego zamówienia powierzchnia parkingowa wynosi 7 185,73 m², co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
5. względnie, w przypadku nieuznania przez Izbę zasadności zarzutu z pkt 1.1. powyżej, naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewezwanie Konsorcjum Mega-wat oraz Konsorcjum Megatherm do wyjaśnień i udowodnienia, że nie

zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 108 ust. 1 pkt 5, oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert i uznania, iż:
 - a. zarówno Konsorcjum Mega-wat jak i Konsorcjum Megatherm, należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyły w Postępowaniu odrębne oferty i pomimo ciążącego na nich obowiązku, nie wykazały, że oferty te zostały przygotowane niezależnie od siebie, przez co ziszczyły się przesłanki do wykluczenia obu Konsorcjów z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP;
 - b. zarówno Konsorcjum Mega-wat jak i Konsorcjum Megatherm poprzez złożenie przez członków obu Konsorcjów oświadczeń o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej podały informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu z uwagi na fakt, iż oba Konsorcja należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu uokik, złożyły odrębne oferty w Postępowaniu i nie wykazały, że oferty te zostały przygotowanie niezależnie od siebie, do czego były zobowiązane, co wypełnia przesłanki zastosowania art. 109 ust 1 pkt 8, względnie pkt 10 ustawy PZP;
 - c. Konsorcjum Megatherm podało Zamawiającemu nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do liczby m2 powierzchni parkingowych, wykazywanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a realizowanych na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Włochy m.st. Warszawy, czym wprowadziło Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, co wypełnia przesłanki zastosowania. art. 109 ust 1 pkt 8, względnie pkt 10 ustawy PZP.
3. odrzucenie ofert Konsorcjum Mega-Wat oraz Konsorcjum Megatherm na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, tj. z uwagi na fakt, iż zostały złożone przez Konsorcja podlegające wykluczeniu z postępowania;
4. Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1.1. niniejszego Odwołania, nakazanie Zamawiającemu wezwanie zarówno Konsorcjum Mega-Wat jak i Konsorcjum Megatherm do udowodnienia, że nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Zarzuty oznaczone nr 1a, 1b, 2 oraz 3 zostały przez odwołującego oparte na twierdzeniu o przynależności podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Mega-Wat oraz Konsorcjum Megatherm do tej samej grupy kapitałowej, co wywodził z następujących okoliczności:

- prokurentem samoistnym (oddzielnym) Lidera Konsorcjum Mega-Wat, tj. spółki Mega-Wat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jest Pani A. Ś., która jest jednocześnie współnikiem posiadającym 99 udziałów o łącznej wartości 4 950 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego w spółce Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider Konsorcjum Megatherm), a także współnikiem posiadającym 50 udziałów o łącznej wartości 5 000 PLN, co stanowi całość kapitału zakładowego w spółce ZOOM — POL Sp. z o.o. (członka Konsorcjum Megatherm);
- w spółce Mega-Wat Sp. z o.o. (w której Pani A. Ś. jest prokurentem samoistnym) współnikiem, posiadającym 91 udziałów o łącznej wartości 4 550 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego jest Pan P. Ś., który jest jednocześnie mężem Pani A. Ś. Należy także podkreślić, iż Pan P. Ś. do dnia 25 października 2021 r. w spółce tej pełnił również funkcję Prezesa Zarządu (zarząd jednoosobowy), a po tym dniu zaczął w spółce pełnić funkcję prokurenta samoistnego (oddzielnego). Do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu została zaś powołana córka Pana P. i Pani A. — Pani D. Ś.;
- Pani A. Ś. jest także prokurentem samoistnym w spółce ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (członka Konsorcjum Mega-Wat). Również w tej spółce współnikiem, posiadającym 95 udziałów o wartości 4750 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego, oraz Prezesem Zarządu (zarząd jednoosobowy) jest mąż Pani A. Ś. — Pan P. Ś.;
- a zatem Pan P. Ś. powołał swoją żonę do pełnienia funkcji Prokurenta samoistnego spółek, których jest właścicielem.

W odniesieniu do zarzutów oznaczonych nr 1c oraz 4 odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 1 ppkt 2) Rozdziału VIII SWZ dla Postępowania Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przynajmniej jednej usługi, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. sprzątanie powierzchni (łącznie): biurowych (minimum 500 m²); przemysłowych lub parkingowych (minimum 10.000 m²); terenów zewnętrznych (minimum 20.000 m²), oraz załączyli dokumenty potwierdzające wykonanie tych usług. Spółka Megatherm Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum Megatherm) w Części IV: Kryteria kwalifikacji JEDZ, w sekcji C: zdolność techniczna i zawodowa wskazała, że posiada doświadczenie w zakresie: „Stałe utrzymanie czystości w budynkach biurowych, powierzchniach wewnętrznych, zewnętrznych na terenach parkingów, garażach, w tym między innymi sprzątanie powierzchni biurowych łącznie powyżej 1200 m² przemysłowych/parkingowych łącznie powyżej 11.000 m² pozostałych terenów zewnętrznych -

łącznie powyżej 30000” (w aktach Postępowania). Na potwierdzenie powyższego wykonawca przedstawił referencję z dnia 5 lutego 2020 r. (w aktach postępowania) wystawioną przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Włochy m.st. Warszawy, z której wynika, że wykonawca w okresie od 1 października 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. zgodnie z zawartą z ZGN umową utrzymywał czystość w budynkach, na terenach zewnętrznych, halach garażowych i pustostanach przygotowanych do remontów, będących w zarządzie ZGM Włochy. Biorąc pod uwagę jednak treść dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności załącznika nr 4 do wzoru umowy - Sprzątanie hal garażowych oraz załącznika nr 1 do SIWZ — Formularz Oferty, zgodnie z którymi powierzchnia hal garażowych wynosiła 7 185,73 m², a nie jak twierdzi Spółka Megatherm Sp. z o.o. w złożonym na formularzu JEDZ powyżej 11 000 m², zdaniem odwołującego należy uznać, że doszło do przekazania zamawiającemu informacji nieprawdziwych. Informacje te mogły wywołać u zamawiającego przekonanie, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć wpływ na dalsze decyzje zamawiającego.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 marca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutów oznaczonych nr 1a, 1b, 2 oraz 3 zamawiający w szczególności powołał się na okoliczność odwołania Pani A. Ś. z funkcji prokurenta samoistnego spółek: Mega-Wat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ANN-POL Inwestycje 3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W odniesieniu do zarzutów oznaczonych nr 1c oraz 4 oraz częściowo 5 zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 marca 2022 r. Konsorcjum Megatherm oświadczyło, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia i wskazało dwie inne usługi, a na potwierdzenie ich należytego wykonania przedstawiło referencje.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Megatherm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz ZOOM-POL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (Konsorcjum Megatherm),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MEGA-WAT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., ANN-POL INWESTYCJE 3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (Konsorcjum Mega-Wat).

Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego stanowisko w sprawie przedstawili na rozprawie. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty oznaczone nr 1a, 1b, 2 oraz 3.

Ww. zarzuty zostały przez odwołującego oparte na twierdzeniu o przynależności podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Mega-Wat oraz Konsorcjum Megatherm do tej samej grupy kapitałowej, co wywodził z następujących okoliczności:

- prokurentem samoistnym (oddzielnym) Lidera Konsorcjum Mega-Wat, tj. spółki Mega-Wat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jest Pani A. Ś., która jest jednocześnie wspólnikiem posiadającym 99 udziałów o łącznej wartości 4 950 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego w spółce Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider Konsorcjum Megatherm), a także wspólnikiem posiadającym 50 udziałów o łącznej wartości 5 000 PLN, co stanowi całość kapitału zakładowego w spółce ZOOM — POL Sp. z o.o. (członka Konsorcjum Megatherm);
- w spółce Mega-Wat Sp. z o.o. (w której Pani A. Ś. jest prokurentem samoistnym) wspólnikiem, posiadającym 91 udziałów o łącznej wartości 4 550 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego jest Pan P. Ś., który jest jednocześnie mężem Pani A. Ś.. Należy także podkreślić, iż Pan P. Ś. do dnia 25 października 2021 r. w spółce tej pełnił również funkcję Prezesa Zarządu (zarząd jednoosobowy), a po tym dniu zaczął w spółce pełnić funkcję prokurenta samoistnego (oddzielnego). Do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu została zaś powołana córka Pana P. i Pani A. — Pani D. Ś.;
- Pani A. Ś. jest także prokurentem samoistnym w spółce ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (członka Konsorcjum Mega-Wat). Również w tej spółce wspólnikiem, posiadającym 95 udziałów o wartości 4750 PLN na 5 000 PLN kapitału zakładowego, oraz Prezesem Zarządu (zarząd jednoosobowy) jest mąż Pani A. Ś. — Pan P. Ś.;
- a zatem Pan P. Ś. powołał swoją żonę do pełnienia funkcji Prokurenta samoistnego spółek, których jest właścicielem.

Jak natomiast wynika z przedstawionych przez zamawiającego protokołów z posiedzenia zarządu z dnia 3 stycznia oraz 4 października 2019 r., które zostały złożone wraz z ofertą Konsorcjum Mega-Wat (załączniki do odpowiedzi na odwołanie), Pani A. Ś. została odwołana z funkcji prokurenta samoistnego zarówno w spółce ANN-POL INWESTYCJE 3 Sp. z o.o. (Uchwała Zarządu z dnia 3 stycznia 2019 r.), jak i Mega-Wat Sp. z o.o. (Uchwała Zarządu z dnia 4 października 2019 r.). Należy zatem stwierdzić, że Pani A. Ś. nie pełniła funkcji prokurenta samoistnego w ww. spółkach w chwili złożenia w postępowaniu ofert przez Konsorcjum

Megatherm oraz Konsorcjum Mega-Wat. Okoliczność przeciwna nie została przez odwołującego wykazana. Nie stanowią wystarczających dowodów informacje z KRS, albowiem zgłoszenie prokury do rejestru przedsiębiorców ma charakter deklaratoryjny. Tym bardziej, za takie dowody nie mogły zostać uznane przedstawione przez odwołującego na rozprawie wydruki internetowe, w szczególności, że sam odwołujący nie miał wiedzy co do źródła pochodzenia tych informacji.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradiktoryjnym. Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co do zasady ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie wszczynającej postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił przedstawionego twierdzenia o przynależności podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum Megawat oraz Konsorcjum Megatherm do tej samej grupy kapitałowej. W związku z tym podniesione w tym zakresie zarzuty podlegały oddaleniu. Dodatkowo należy wyjaśnić, że rozstrzygając ww. zarzuty Izba odniosła się wyłącznie do okoliczności faktycznych przedstawionych w treści odwołania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu rozumie się przede wszystkim przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne, mające potwierdzać naruszenie przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów.

Zarzuty oznaczonych nr 1c oraz 4.

Ww. zarzuty zostały przez odwołującego oparte na twierdzeniu, że powierzchnia hal garażowych objętych usługą sprzątnia przedstawioną przez Konsorcjum Megatherm na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia („Stale utrzymanie czystości w budynkach biurowych, powierzchniach wewnętrznych, zewnętrznych na terenach parkingów, garażach, w tym między innymi sprzątnie powierzchni biurowych łącznie powyżej 1200 m² przemysłowych/parkingowych łącznie powyżej 11.000 m² pozostałych terenów zewnętrznych - łącznie powyżej 30000”) wynosiła 7 185,73 m², a nie jak wskazało Konsorcjum Megatherm w formularzu JEDZ powyżej 11 000 m². Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył do odwołania dowody w postaci: SIWZ dla postępowania na utrzymanie czystości na terenach i w budynkach m.st. Warszawy administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Włochy z 2019 r., Załącznika nr 4 Sprzątnie hal garażowych do wzoru umowy na sprzątnie nieruchomości administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Włochy, postępowanie nr PZ.26.2.31.2019 z 2019r. oraz Załącznika nr 1 do SIWZ — Formularz Oferty w postępowaniu na sprzątnie nieruchomości administrowanych przez Zakład Gospodarowania

Nieruchomościami w Dzielnicy Włochy, nr PZ.26.2.31.2019 z 2019 r. Ponadto, na rozprawie odwołujący złożył: kopie dwóch pierwszych stron oraz str. 18 umowy na wykonanie ww. przedmiotu zamówienia wraz z zał. nr 4 SOPZ – sprzątanie hal garażowych oraz formularz ofertowy złożony przez konsorcjum Megatherm Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Ann-Pol” w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia.

Natomiast Konsorcjum Megatherm, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 marca 2022 r. wyjaśniło, że w ramach realizacji umowy przedstawionej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, świadczyło usługi sprzątanía nie tylko garaży podziemnych, lecz także parkingów osiedlowych. Ponadto Konsorcjum Megatherm wskazało, że powierzchnie parkingów osiedlowych zostały przez zamawiającego objęte przedmiotem tej usługi w ramach powierzchni terenów utwardzonych (bez zieleni) oraz powierzchni na zewnątrz (bez zieleni).

Należy zatem wskazać, że warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1 ppkt 2) Rozdziału VIII dotyczył usługi sprzątanía m.in. powierzchni parkingowych (minimum 10.000 m²), bez względu na to, czy są to powierzchnie parkingowe podziemne czy naziemne, zewnętrzne czy znajdujące się wewnątrz budynku. Oczywistym jest, że na terenach osiedli znajdują się liczne miejsca parkingowe. Z tego powodu wyjaśnienia Konsorcjum Megatherm, że przedmiot usługi obejmował – w ramach sprzątanía powierzchni terenów utwardzonych (bez zieleni) oraz powierzchni na zewnątrz (bez zieleni) – również parkingi osiedlowe, Izba uznała za wiarygodne. Natomiast twierdzenia przedstawione przez odwołującego w ramach ww. zarzutów odnosiły się wyłącznie do części przedmiotu umowy, jaki mógł zostać poddany ocenie w ramach badania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Również materiał dowodowy przedstawiony przez odwołującego miał wybiórczy charakter – odnosił się głównie do przedmiotu umowy obejmującego sprzątanía hal garażowych. W szczególności należy zwrócić uwagę, że odwołujący nie przedstawił pełnego opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – sprzątanía hal garażowych (Załącznik nr 4 do umowy). Jak już była o tym mowa powyżej, to na odwołującym, jako stronie wszczynającej postępowanie odwoławcze w pierwszej kolejności spoczywał ciężar udowodnienia twierdzeń przedstawionych na poparcie podniesionych zarzutów. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie przedstawił jednoznacznych dowodów potwierdzających przedstawienie przez Konsorcjum Megatherm informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie powierzchni parkingowych objętych przedmiotem umowy z ZGN w Dzielnicy Włochy m.st. Warszawy,

Zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie

podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Natomiast w myśl przepisu przepisem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponieważ Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, iż miało miejsce przedstawienie przez Konsorcjum Megatherm informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, dokonywanie oceny w zakresie wystąpienia pozostałych przesłanek objętych ww. przepisami stało się bezcelowe.

Zarzut oznaczony nr 5 nie został przez odwołującego odrębnie uzasadniony, jak i nie jest wiadome, czego dokładnie dotyczył (odwołujący wskazał, że podnosi ten zarzut na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu opisanego w pkt 1.1, jednakże żaden z zarzutów nie został tym nr oznaczony. Zatem w odniesieniu do zarzutu nr 5 Izba odwołuje się do wcześniejszej argumentacji przedstawionej w zakresie pozostałych zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z przepisem § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Zgodnie z przepisem § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....