

Sygn. akt: KIO 1530/15

WYROK

z dnia 29 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca br. przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach

przy udziale przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa Natezja spółka jawna w Tychach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Dróg Miejskich w Gliwicach powtórzenie badania i oceny ofert i wykluczenie z postępowania Firmy Usługowo-Handlowej Natezja spółka jawna w Tychach oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2,

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na rzecz wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” w Bytomiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Sygn. akt KIO 1530/15

Uzasadnienie

I. Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015-2017”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2015r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po numerem 2015/S 042-072183. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 17 lipca 2015 r. J. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” w Bytomiu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Firmy Usługowo Handlowej "Natezja" U. H., D. B. spółka jawna w Trachach (dalej: FUH Natezja) oraz Remondis Gliwice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach (dalej: Remondis), mimo iż wykonawcy ci złożyli nieprawdzie informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając tak podniesiony zarzut, Odwołujący podnosił, iż z dokumentów przedstawionych przez Natezja wynika, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W toku rozprawy przed KIO w sprawie KIO 915/15 FUH Natezja podała nieprawdziwe informacje dotyczące pierwotnie załączonego do oferty tego wykonawcy wykazu. Dopiero w toku rozprawy,

Odwołujący powziął wiadomość, iż oświadczenia składane przez FUH Natezja są sprzeczne z rzeczywistością, wskazywał na stwierdzone nieprawidłowości Zamawiającemu, który mimo zwrócenia na nie uwagi, dokonał w dniu 8 lipca 2015 r. wyboru oferty FUH Natezja jako najkorzystniejszej. Bez znaczenia w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji pozostaje fakt, że w dniu 26 czerwca 2015 r. FUH Natezja dokonała uzupełnienia wykazu posiadanego potencjału - złożenie nieprawdziwych informacji nie może być bowiem konwalidowane poprzez przedstawienie nowego wykazu.

Zgodnie z załączonym do oferty FUH Natezja wykazem potencjału technicznego (dołączonym w wersji pierwotnej oraz uzupełnionym w dniu 16 kwietnia 2015 r.) wszystkie pojazdy wskazane w treści dokumentu stanowią własność tego wykonawcy. W toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 915/15 pełnomocnik Uczestnika postępowania (FUH Natezja) złożył do akt pismo, do treści którego załączone zostały m.in. dowody rejestracyjne pojazdów wskazanych w wykazie. Zgodnie z przedstawionymi podczas rozprawy dokumentami oświadczenie FUH Natezja o posiadaniu na własność wszystkich pojazdów wskazanych w wykazie nie znajduje potwierdzenia w stanie rzeczywistym.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący wskazywał, że z uzupełnionego w dniu 26 czerwca 2015 r. wykazu wynika, że w stosunku do pierwotnej jego treści zmienione zostało oświadczenie FUH Natezja w zakresie podstawy dysponowania zmiatarkami. W pierwotnie załączonym wykazie wykonawca ten wskazał 3 szt. zmiatarek 636 Green Machines i Zmiatarkę Johnston CN200. Z uzupełnionego wykazu wynika, że FUH Natezja dysponuje 2 szt. zmiatarek w formie własności i 1 szt. zmiatarki w formie dzierżawy (urządzenie udostępnione przez podmiot trzeci - Eddi Complex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - GREEN MACHINES 525HS DMC-2110 kg).

W odniesieniu do zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych z postępowania wykonawcy Remondis, Odwołujący podnosił, iż wykonawca ten złożył niezgodne ze stanem faktycznym informacje dotyczące potencjału technicznego wykazywanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Remondis w załączonym do oferty wykazie potencjału technicznego uwzględnił m.in. następujące urządzenia:

- a. w poz. 14 - Zmiatarka mechaniczna SWINGO,
- b. w poz. 15- Zmiatarka mechaniczne SCHMIDT SK 152,
- c. w poz. 16 - Zmiatarka CLEANGO.

W dniu 26 czerwca 2015 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Remondis potwierdził, że każde z tych urządzeń „charakteryzuje się masą do 3,5 tony”.

Twierdzenie, że masa każdego z urządzeń w poz. 14, 15 i 16 nie przekracza 3,5 t nie

odpowiada prawdzie, co oznacza, że Remondis złożył w toku prowadzonego postępowania przetargowego nieprawdziwe oświadczenie w zakresie dysponowania potencjałem technicznym zgodnym z SIWZ. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż żadna z uwzględnionych w wykazie Remondis zamiatarek mechanicznych nie spełnia wymogu dmc do 3,5t określonego przez Zamawiającego w SIWZ, należy wskazać, że wykonawca ten jednocześnie nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.3 SIWZ w związku z czym, Odwołujący stawia również taki zarzut (naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania, mimo iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym).

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych in fine poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania FUH Natezja, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie, w jakim złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunku nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia FUH Natezja z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie, w jakim Zamawiający uznał, iż przedstawione przez tego wykonawcę dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego są prawidłowe i potwierdzają, iż FUH Natezja będzie dysponowała udostępnionymi zasobami, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że FUH Natezja spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu;

W dniu 18 czerwca 2015 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał FUH Natezja do złożenia wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy - Załącznik nr 6 do SIWZ. Izba w wyroku z dnia 20 maja 2015 r. KIO 915/15 wskazała, które elementy załączonego do oferty FUH Natezja wykazu nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału technicznego (zwłaszcza brak wskazania przez FUH Natezja podstawowych cech posiadanych przez urządzenia). Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego ma bardzo szeroki zakres podczas, gdy przy formułowaniu ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w stosunku do FUH Natezja Zamawiający powinien

dokonać tej czynności w sposób precyzyjny, czego zaniechał. Czynność Zamawiającego stanowi brak lub co najmniej nienależyte wykonanie wyroku Izby, jak również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

W odpowiedzi z dnia 26 czerwca 2015 r. na ww. wezwanie Zamawiającego, FUH Natezja przedstawiła całkowicie nowy wykaz potencjału technicznego oraz załączyła zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia. Uzupełnione przez FUH Natezja dokumenty są nieprawidłowe w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych, co oznacza, że nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.3 SIWZ. Uzupełniony wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego FUH Natezja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 7 kwietnia 2015 r. Należy stwierdzić, że przedmiotowy dokument opatrzony jest datą 26 czerwca 2015 r., co oznacza, że stanowi oświadczenie wiedzy wykonawcy FUH Natezja dotyczące posiadanego potencjału technicznego aktualne na dzień późniejszy niż termin składania ofert. Załączone do wykazu zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów nie mają w ogóle dat.

4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Remondis, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zauważał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 maja 2015 r. sygn. akt KIO 915/15, Zamawiający został zobowiązany do wezwania Remondis do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług, jako że ze złożonego przez tego wykonawcę wykazu nie wynika jednoznacznie, jakie wymagane wartości odnoszące się do zmiatania chodników były realizowane w ramach zamówień wskazanych w poz. 1, 3 i 4 Wykazu usług. W ocenie Izby Zamawiający na podstawie jedynie zadeklarowanych wartości i określonego przedmiotu wykonanych usług nie mógł dokonać oceny czy Remondis spełnia postawiony w pkt 8.2 tiret 2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W dniu 18 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Remondis do złożenia wyjaśnień, która z pozycji wykazanych z Załączniku nr 5 (wykaz usług) złożonym wraz z ofertą spełnia warunek wiedzy i doświadczenia dla zadania nr 2 (zgodnie z pkt 8.2 tiret 2 SIWZ o udzielenie przedmiotowego 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.). W dniu 26 czerwca 2015 r. Remondis wyjaśnił, że jest to poz. nr 4 wykazu.

W ocenie Odwołującego, udzielona przez Remondis odpowiedź poza stwierdzeniem, iż pozycja 4 wykazu usług jest wskazywana na potwierdzenie spełniania warunku dla zadania nr 2, nie zawiera jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień i nowych informacji w stosunku do tego, co było zawarte w wykazie (i co w ocenie Izby było niewystarczające dla wykazania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia przez tego wykonawcę). Usługa w poz. 4 wykazu zrealizowana na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu wprawdzie wskazuje na realizację usług związanych z utrzymaniem chodników, jednak dotyczy również innych czynności - np. sprzątanie placów miejskich, czy rowów przydrożnych na terenie miasta Opolu. Z opisu usługi nie wynika również, czy jej element polegający na zmiataniu chodników osiągnął wartość 200 000 zł brutto w skali roku (w szczególności, iż usługa była wykonywana krócej niż 1 rok). W konsekwencji, Zamawiający nie powinien na podstawie odpowiedzi Remondis z dnia 26 czerwca 2015 r. uznać, że wykonawca ten spełnia warunek wiedzy i doświadczenia z pkt. 8.2 tiret 2 SIWZ. Powyżej opisane wątpliwości powinny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 8.2 SIWZ.

5) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych 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.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zadaniu nr 2 — „Oczyszczanie chodników”:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia z postępowania wykonawcy FUH Natezja,
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na posiedzeniu wnosil o jego odrzucenie, przywołując art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych z powołaniem na wyrok KIO 915/15 podnosząc, że odwołanie dotyczy czynności, którą

wykonał zgodnie z pkt 1 sentencji oraz przywoływał wezwania skierowane do przystępującego i firmy Remondis z 18 czerwca 2015 r.

Ponadto przywoływał art. 189 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i powoływał się na protokół postępowania KIO 915/15 wskazując, że w trakcie rozprawy Odwołujący podnosił zarzut podania nieprawdziwych informacji i przywoływał na tę okoliczność dowód.

Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Odnośnie zarzutów dotyczących Przystępującego podnosił, iż wyraźnie z orzeczenia KIO 915/15 wynikało, że poprzedni wykaz sprzętu był niekompletny, nieprawidłowy; Izba nie nakazała uzupełnić wykazu we fragmentach, ale nakazała złożenie wykazu, a więc wykazu nowego. Stąd data dokumentu nie mogła być datą wsteczną. Oświadczenie o fakcie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego odpowiada treści wymaganej przez Zamawiającego, a Zamawiający nie ma podstaw, aby sprawdzać sposób podpisania dokumentów przez podmiot trzeci. Celem było ustalenie, czy Przystępujący posiada potencjał na dzień składania ofert i w ocenie Zamawiającego odpowiedź Przystępującego na wezwanie była satysfakcjonująca - tym bardziej w kontekście trzeciego akapitu wezwania z 18 czerwca 2015. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiła Firma Usługowo Handlowa "Natezja" U. H., D. B. spółka jawna w Trachach, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: również Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Mimo wniosku Zamawiającego i Przystępującego, Izba nie dopatryła się przesłanek odrzucenia odwołania, ani na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4, ani art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 915/15 i w oparciu o dokumentację postępowania sygn. akt KIO 915/15 i sygn. akt KIO 1530/15 ustaliła, co następuje:

W odwołaniu wniesionym w poprzednim postępowaniu odwoławczym Odwołujący (ten sam wykonawca, który wniósł odwołanie sygn. akt KIO 1530/15) podnosił zarzuty naruszenia:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania 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 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania FUH Natezja do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Remondis, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnie:

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

4) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych 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.

Wyrokiem z dnia 20 maja 2015 r.. sygn. akt KIO 915/15, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2 oraz nakazała wezwanie wykonawcy FUH Natezja do złożenia wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy – załącznik nr 6 SIWZ, a także nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Remondis do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług – załącznik nr 5 SIWZ; nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2015 r. wezwał do:

1) uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu – tj. wykazu niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy – załącznik nr 6 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wezwanie skierowane do FUH Natezja). Zamawiający uprzedził, że złożone na wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków nie później, niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 26 czerwca br., Przystępujący złożył wykaz sprzętu, datowany na 25 czerwca 2015 r., oraz dwa zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, bez dat;

2) wyjaśnienia treści złożonych dokumentów (wezwanie skierowanego Remondis) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. o wyjaśnienie, która z pozycji wykazanych w załączniku nr 5 wykaz usług, złożonym wraz z ofertą spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego dla zadania nr 2. Ponadto wezwał do wyjaśnienia, czy każda z zamiatarek wymienionych w wykazie sprzętu pod poz. 14, 15 i 16 charakteryzuje się dcm do 3,5 t.

Wykonawca w dniu 26 czerwca br. wyjaśnił, że w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdzeniem spełnianie warunku postawionego dla zadania nr 2 jest poz. nr 4 wykazu usług. Potwierdził, że każda z zamiatarek w wymienionych pozycjach charakteryzuje się masą do 3,5 t.

Zamawiający uznał odpowiedzi obu wykonawców za satysfakcjonujące, czemu dał wyraz w dniu 8 lipca 2015 r.. dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez FUH Natezja. Jako druga w rankingu ofert została sklasyfikowana oferta Remondis, jako trzecia – oferta Odwołującego. Z taką decyzją nie zgodził się Odwołujący i w dniu 17 lipca 2015 r. wniósł odwołanie.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Okoliczność, że w trakcie rozprawy sygn. akt KIO 915/15 Odwołujący podnosił kwestię podania nieprawdziwych informacji w związku z faktami, które wyszły na jaw na rozprawie, nie oznacza, że zagadnienie to było przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku sygn. akt KIO 915/15. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych zawęża „przedmiot rozstrzygnięcia” do zarzutów odwołania), zatem nowe okoliczności, ujawnione w trakcie rozprawy, nie mogły mieścić się w przedmiocie rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 915/15.

Z kolei zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Izba nie dopatrzyła się przesłanki odrzucenia niniejszego odwołania na tej podstawie, ponieważ Odwołujący, jak wynika z treści odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1530/15, po pierwsze kwestionował, że czynność Zamawiającego z dnia 8 lipca 2015 r. została wykonana zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 915/15, a po drugie – kwestionował prawidłowość oceny przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń złożonych po przeprowadzeniu procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, a więc – generalnie - nową czynność Zamawiającego, opartą na nowych przesłankach.

Niezależnie od powyższego, Izba dostrzegła, że jeden z zarzutów wniesiony był po upływie przepisanej terminu, co jednak nie mogło mieć wpływu na skierowanie odwołania do rozpatrzenia na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zostaliby wykluczeni z postępowania, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji w ofercie FUH Natezja oraz niespełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu co do potencjału technicznego Izba stwierdziła, iż nie można uwzględnić zarzutu podania nieprawdziwych informacji, ale potwierdził się zarzut, że FUH Natezja nie wykazała dysponowaniem potencjałem technicznym, zgodnym z wymaganiami Zamawiającego, na dzień składania ofert. Faktycznie w składanych wcześniej przez FUH Natezja wykazach sprzętu zawarto nieścisłe informacje co do podstawy prawnej dysponowania sprzętem (np. dany pojazd nie był własnością spółki, ale wspólnika), jednak znaczenie dla postępowania miałyby to tylko wówczas, gdyby wykazane zostało, że wykonawca ten nie mógł dysponować danym sprzętem na dzień składania ofert, a nie, że nie był on właścicielem, a jedynie np. posiadaczem. Niemniej jednak badanie tej kwestii okazało się bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, skoro w ostatecznie złożonym przez FUH Natezja w dniu 26 czerwca 2015 r. wykazie wraz z załącznikami (na podstawie którego Zamawiający w dniu 8 lipca 2015 r. uznał, że FUH Natezja spełnia warunki udziału w postępowaniu) Izba stwierdziła braki, uniemożliwiające uznanie, że FUH Natezja spełnił warunek posiadania odpowiedniego potencjału technicznego na dzień składania ofert. Izba powyższą konstatację oparła na ustaleniu, że wykaz sprzętu nosił datę po terminie składania ofert, a załączone do niego dwa zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów nie miały w ogóle dat (co nie było sporne). W ocenie Izby tak wykaz potencjału, jak i zobowiązania do jego udostępnienia mogą być datowane po terminie składania ofert, jednak w każdym wypadku powinno z tych dokumentów (czy oświadczeń) jednoznacznie wynikać, że wykonawca dysponował odpowiednimi zasobami na dzień składania ofert. Ponieważ jest to data istotna

dla postępowania, nie można jej domniemywać z kontekstu samej treści wezwania do uzupełnienia wykazu – powinna w sposób niebudzący wątpliwości być możliwa do odczytania z dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez wykonawcę.

Akceptacja w takiej sytuacji (uzupełnionych w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) dokumentów bez daty czy z datą późniejszą, niż termin otwarcia ofert, prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający w ocenie składu orzekającego nie miał więc podstaw do uznania, że FUH Natezja spełnił warunek udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert. Dlatego należało uwzględnić odwołanie – zaniechanie wykluczenia wykonawcy FUH Natezja i uznanie jego oferty za najkorzystniejszą ma oczywisty wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji w ofercie wykonawcy Remondis (który nie przystąpił do postępowania odwoławczego w niniejszym postępowaniu odwoławczym) oraz Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ wymagał posiadania pojazdów do 3,5 t (pkt 8.3 SIWZ). Remondis w piśmie z dnia 26 czerwca 2015 r. potwierdził, że pojazdy z poz. 14, 15 i 16 załącznika nr 6 – wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego dostępnego wykonawcy „charakteryzuje się masą do 3.5 t”. Odwołujący powołując się na korespondencję pomiędzy własnymi jednostkami, oraz na specyfikację jednego z pojazdów w języku angielskim, zarzucał wykonawcy Remondis podanie nieprawdziwych informacji, a mianowicie, iż masa pojazdów przekracza 3.5 t. Ponadto, w uzasadnieniu odwołania, dodatkowo podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania, mimo iż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Co do masy pojazdów – wydaje się, że Zamawiający oczekiwał pojazdów zgodnych z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (DZ. U. 2015 r., 305 j.t.), a więc o masie nie przekraczającej 3,5 t (zgodnie z rozporządzeniem, „dopuszczalna masa całkowita nie powinna przekraczać (...)), co oznacza, iż pojazdy mogą mieć masę 3,5 tony, lecz nie więcej. Z takiego sensu wymogu zdawał sobie sprawę również Odwołujący, bowiem na stronie 7 odwołania, w ostatnim akapicie, wskazuje, że „twierdzenie, że masa każdego z urządzeń w poz. 14, 15 i 16 nie przekracza 3.5 tony, nie odpowiada prawdzie” – tzn. sam Odwołujący posługiwał się pojęciem z rozporządzenia („nie przekracza”, a nie „do”).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił swoich racji. Korespondencja pomiędzy własnymi jednostkami Odwołującego (jak wynika z nazw adresów poczty elektronicznej - jest to wymiana korespondencji pomiędzy

posiadanymi przez wykonawcę adresami mailowymi) nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie. Z kolei, zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, a jeżeli zostały przedstawione w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Dlatego Izba nie mogła uznać za rozstrzygający dowodu ze specyfikacji pojazdów w języku angielskim.

Do pisma z dnia 26 maja 2015 r. (złożonego Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, którego odpis Odwołujący na rozprawie załączył do akt sprawy) Odwołujący dołączył niepodpisane wydruki niewiadomego pochodzenia (brak stopki wskazującej na źródło wydruku), częściowo w języku polskim, częściowo niemieckim, które to wydruki również nie mogły być uznane za miarodajne. Wobec braków w materiale dowodowym składanym na poparcie zarzutów odwołania Izba nie mogłaby uwzględnić zarzutu podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Remondis, nawet wówczas, gdyby przedmiotowy zarzut podniesiony był w terminie.

Trzeba zauważyć, że ewentualne niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest równoznaczne z podaniem nieprawdziwych informacji w zakresie tegoż warunku. Nie można również pominąć, że sam Odwołujący podnosił, przed wniesieniem niniejszego odwołania, w przywołanym wyżej piśmie z dnia 26 maja 2015 r., że pojazdy na potwierdzenie warunku dysponowania potencjałem technicznym zostały przez Remondis wskazane już w ofercie, i tamże Remondis potwierdził – nieprawdziwe według Odwołującego – informacje na temat dopuszczalnej masy całkowitej zamiatarek. Zatem termin na kwestionowanie w drodze środków ochrony prawnej wykazu sprzętu biegł już od daty pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – tj. od dnia 24 kwietnia 2015 r. Odwołujący miał tego świadomość - dał temu wyraz w piśmie z dnia 26 maja 2015 r. (a więc na miesiąc przed pismem Remondis z dnia 26 czerwca, 2015 r., w którym nie pojawiła się żadna nowa informacja, bowiem sam Odwołujący zauważał w swoim piśmie z dnia 26 maja 2015 r., że informację o dopuszczalnej masie całkowitej pojazdów Remondis podał już w wykazie załączonym do oferty). Zatem Odwołujący mógł taki sam zarzut, jak w niniejszym odwołaniu - co do podstawy faktycznej i prawnej podania nieprawdziwych informacji, a także niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - podnieść już w odwołaniu sygn. akt KIO 915/15. W konsekwencji, niezależnie od wcześniejszych wywodów, Izba doszła do wniosku, że zarzut podania nieprawdziwych informacji w wykazie potencjału technicznego i zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Remondis, odnośnie tegoż potencjału, został w niniejszym odwołaniu wniesiony po upływie przepisane terminu.

Powyższe uwagi jednak nie tamują Zamawiającemu drogi do samodzielnej ewentualnej weryfikacji decyzji co do prawidłowości wykazu potencjału technicznego w ofercie Remondis.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Remondis z postępowania w związku z niewykazaniem przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wyrokiem z dnia 20 maja 2015 r., sygn. akt KIO 915/15, Zamawiający został zobowiązany do wezwania Remondis do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług. Zamawiający w dniu 18 czerwca 2015 r. wezwał do wyjaśnienia, która z pozycji wykazanych w załączniku nr 5 (wykaz usług), złożonym wraz z ofertą, spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego dla zadania nr 2. Remondis w dniu 26 czerwca br. wyjaśnił, że w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdzeniem spełnianie warunku postawionego dla zadania nr 2 jest poz. nr 4 wykazu usług.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego była wykonana zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 915/15, a uzyskana odpowiedź mogła satysfakcjonować Zamawiającego. Izba nie dopatryła się więc podstaw do wykluczenia Remondis z postępowania w związku z brakiem odpowiedniego doświadczenia. Wezwanie Zamawiającego korelowało z sentencją orzeczenia, a Remondis udzielił jednoznacznej odpowiedzi na zadane pytanie. Trudno byłoby obarczać wykonawcę negatywnymi konsekwencjami, jeżeli pytanie Zamawiającego okazałoby się zbyt ogólne. Zakresu tego wezwania zresztą Odwołujący nie kwestionował. (Odwołujący kwestionował jedynie zakres wezwania skierowanego do FUH Natezja, jednak nie wywodził z tego żadnych wniosków, rzutujących na jego sytuację w postępowaniu, dlatego trudno w tak sformułowanym zarzucie dopatrzeć się podstaw do legitymacji opartej na art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Zatem żaden z zarzutów podnoszonych wobec oferty Remondis nie mógł się potwierdzić.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przez zaniechanie wykluczenia FUH Natezja doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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 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:

.....