

Sygn. akt: KIO 2671/17

WYROK

z dnia 4 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Siemiatycze, ul. Pałacowa 2, 17-300 Siemiatycze**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Siemiatycze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Siemiatyczach,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Siemiatycze, ul. Pałacowa 2, 17-300 Siemiatycze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Siemiatycze, ul. Pałacowa 2, 17-300 Siemiatycze** na rzecz **MPO Sp. z o.o., ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Białymstoku.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Miasto Siemiatycze (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych znajdujących się w granicach administracyjnych Miasta Siemiatycze”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 września 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 187-382912.

W dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawca MPO Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) dokonania w dniu 8 grudnia 2017 r. wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechania wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z postanowieniami pkt V. 1.3. a SIWZ przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania należycie minimum jednej usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów o łącznej wartości takich usług min. 400.000,00 zł (czterysta tysięcy złotych) brutto łącznie,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu polegającym na dopuszczeniu do udziału wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, oraz nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, co polegało na uprzywilejowaniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. przejawiającym się tym, iż w stosunku do tego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez złożenie dokumentów referencji zgodnie z postanowieniami

SIWZ, a dopuszczeniu w ich miejsce dokumentów umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów, zestawienia faktur i oświadczenia wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniach 6 i 7 grudnia 2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył umowy w miejsce żądanych przez Zamawiającego referencji przyznając jednocześnie, iż nie jest w stanie wykazać się referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie minimum jednej usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów o łącznej wartości takich usług min. 400.000,00 zł (czterysta tysięcy złotych) brutto łącznie.

Odwołujący podniósł, że w ww. okolicznościach dokonana przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2017 r. czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. narusza przepisy ustawy Pzp, jako że wynika z zaniechania Zamawiającego w zakresie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, tj. Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o., jak też z naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, co jest skutkiem uprzywilejowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia pkt. V.1.3 a SIWZ oraz pkt. VIII SIWZ i podkreślił, że Zamawiający precyzyjnie określił rodzaj dokumentów, których żąda celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowania, a dokumentami tymi były referencje. Jak zauważył Odwołujący, referencje - pisemna opinia wystawiona osobie ubiegającej się o pracę, list polecający - z całą pewnością stanowią dokument odrębnej kategorii od dokumentu umowy, w którym to dokumencie (zawieranym przed spełnieniem świadczenia) zawarte są jedynie wzajemne prawa i obowiązki stron. Odwołujący wyraził przekonanie, że umowy nie można utożsamiać z referencjami, bowiem nie wynika z treści umowy jakakolwiek ocena wykonanej usługi, tym bardziej z treści umowy nie można wywnioskować, że usługa została wykonana należyście, w taki sposób, iż jej odbiorca jest w stanie wydać zaświadczenie potwierdzające taki stan rzeczy.

Jak wskazał Odwołujący, wykonawca Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w dniu 6 grudnia 2017 r. złożył pismo zawierające wykaz usług wykonywanych w roku 2016 (wykaz zawierający 208 pozycji) oraz referencje (w ilości 69 sztuk potwierdzające należyte wykonanie usług w 2016 r. na kwotę 199.443,97 zł). Odwołujący zaznaczył, że w dziewięciu przypadkach referencje dublują się. Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 7 grudnia 2017 r. ww. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. złożył kolejne pismo, w którym wskazał, iż w roku 2016 wykonywał usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w oparciu o umowę z dnia 29 grudnia 2015 r., za wykonanie której otrzymał wynagrodzenie

w wysokości 110.160,00 zł brutto, które winno zostać zsumowane do wartości wynikającej z referencji złożonych wraz z pismem z dnia 6 grudnia 2017 r.

Odwołujący podniósł, że dokumenty złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaganych pkt V 1.3. a SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż referencje uzyskane od podmiotów, na rzecz których wykonawca Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. świadczył usługę odbioru i zagospodarowania potwierdzają należyte wykonanie tej usługi w roku 2016 na kwotę 199.443,97 zł (sto dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta czterdzieści trzy tysiące 97/100).

W ocenie Odwołującego, uznanie przez Zamawiającego za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi dokumentów w postaci umowy i zestawienia faktur, w miejsce referencji, z całą pewnością stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wyraził przekonanie, że Zamawiający stawia w sytuacji uprzywilejowanej wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. odstępując od wymogu złożenia przez tego wykonawcę dokumentu referencji, a dopuszczając ich zamianę na dokumenty umowy i faktur.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., zobowiązany był do wykluczenia tego wykonawcy, bowiem w oparciu o dokumenty żądane przez Zamawiającego wykonawca ten nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził ponadto, że złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. oświadczenie, w którym wykonawca wskazuje na wykonanie w roku 2016 usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na łączną kwotę 433.709,94 zł (czterysta trzydzieści trzy tysiące siedemset dziewięć złotych 94/100) nie może zastępować dokumentu referencji. W ocenie Odwołującego, uznanie takiego oświadczenia za potwierdzenie należytego wykonania usługi również stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie powinno budzić wątpliwości, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie złożył dokumentów - referencji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, zaś czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z dnia 8 grudnia 2017 r.
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający stwierdził, że wobec okoliczności, iż Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. zwróciła się do MPO Sp. z o.o. o wydanie referencji, ale ich nie otrzymała, podniesienie przez Odwołującego zarzutu braku potwierdzenia referencjami należytego wykonania usługi wykonanej na rzecz Odwołującego jest nadużycie prawa ocierającym się o czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w pkt. VIII SIWZ wiernie przytoczył § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) żądając „dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie” i wskazując, że dowodami są „referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane (...) a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnych charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy”. Zamawiający podkreślił, że zarówno postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ wyraźnie przewidywały możliwość złożenia w tym celu dokumentów innych niż referencje, w tym w szczególności także oświadczenia wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że jako dowód należytego wykonania części usług wskazanych w wykazie uwzględnił oświadczenie Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. z dnia 6 grudnia 2017 r. Umowy, faktury i zestawienie faktur złożone przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. stanowią załączniki do protokołu postępowania, jednak Zamawiający nie traktował ich jako samodzielnych dowodów należytego wykonania usługi, lecz jako dokumenty potwierdzające treść oświadczenia własnego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o.

Zamawiający podał ponadto, że wskazane przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w oświadczeniu z dnia 6 grudnia 2017 r. okoliczności: „Dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. ważny jest każdy klient. W naszym odczuciu prośba o wydanie referencji winna być przekazana osobiście zarówno w przypadku dużego kontrahenta, jak i klienta, któremu odpady odbieramy raz w miesiącu, a wysokość jego opłat za usługi

w 2016 r. wynosiła 14,04 zł miesięcznie. Uzyskanie referencji od wszystkich klientów w tak krótkim okresie jest nierealne: część z obsługiwanych przez nas firm ma swoje siedziby w innych województwach, tam też urzędują osoby decyzyjne w sprawie wydania referencji. Z kolei część mikroprzedsiębiorców z terenu Siemiatycz świadczy swoje usługi na obszarze całego kraju i trudno ich zastać w siedzibie firmy. Powyższe okoliczności, naszym zdaniem stanowią uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze braku możliwości uzyskania części referencji.” uznał za uzasadnione przyczyny, z powodu których Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie była w stanie uzyskać referencji odnośnie części usług wskazanych w wykazie.

Zamawiający wskazał ponadto, że przepis nie wymaga, aby to wykonawca wykazał istnienie uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Zdaniem Zamawiającego, taka przyczyna może mieć charakter notoryjny – z możliwością uwzględnienia jej w postępowaniu bez konieczności przeprowadzania w tym zakresie dowodu. Doświadczenie życiowe wskazuje, jak podał Zamawiający, że przy liczbie 208 podmiotów uzyskanie referencji od wszystkich odbiorców usług wskazanych w wykazie jest w praktyce (tzn. przy użyciu rozsądnych i proporcjonalnych środków) niemożliwe.

Powyższe okoliczności, w ocenie Zamawiającego, uprawniały Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez złożenie własnego oświadczenia o należyтым wykonaniu co do części usług wskazanych w wykazie.

Zamawiający uznał, że Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. potwierdziło należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie wskazując w oświadczeniu, że „Z dołączonego przez nas wykazu usług wykonanych w roku 2016 wynika, iż w tym roku odbieraliśmy odpady z 208 podmiotów gospodarczych z terenu miasta Siemiatycze. Usługi te świadczymy nadal (z wyłączeniem firm, które zawiesiły bądź zakończyły swoją działalność). Nasi klienci są zadowoleni z usług świadczonych przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. Najlepszym tego dowodem jest fakt, iż nie odchodzą do konkurencji.” oraz oświadczając wyraźnie i jednoznacznie „oświadczamy, że na rzecz tych podmiotów usługa odbioru i zagospodarowania odpadów została wykonana należyście”.

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. była uprawniona do posłużenia się oświadczeniem własnym, a treść tego oświadczenia potwierdza należyte wykonanie usług. Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że w przypadku usług, odnośnie których nie załączono referencji, Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie wykazała ich należytego wykonania i że z tego powodu wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania. W ocenie

Zamawiającego, Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. złożyła w tym zakresie odpowiednie oświadczenie. Zamawiający stwierdził, że Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. prawidłowo i skutecznie wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, rozporządzenia, oraz postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, dokumenty przekazane Zamawiającemu przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w dniach 6 i 7 grudnia 2017 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt. V ppkt. 1.3 lit. a SIWZ Zamawiający zawarł wymóg wykazania się przez wykonawców wykonaniem lub wykonywaniem należytych minimum jednej usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów o łącznej wartości takich usług min. 400 000,00 zł brutto rocznie.

W pkt. VIII ppkt. 1.1 SIWZ Zamawiający na potwierdzenie spełniania ww. warunku wymagał złożenia na wezwanie Zamawiającego wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 listopada 2017 r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający podał, że w wyniku złożonego odwołania postanowił zbadać ponownie spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. do złożenia dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII pkt 1.1. SIWZ potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1.3 lit. a SIWZ. Zamawiający wskazał, że złożony przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. wykaz usług zawiera 196 pozycji, z czego pozycja 74 i 136 wykazu są to usługi dotyczące „przyjęcia i zagospodarowania odpadów”, nie zaś „odbioru i zagospodarowania odpadów”, jak określono w warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podał, że w trakcie ponownej czynności badania i oceny ofert uznał, że obie ww. pozycje wykazu dotyczą usług o innym zakresie niż usługi wymagane dla wykazania spełniania warunku, w związku z czym nie mogą być przez Zamawiającego uwzględnione. Jak wskazał Zamawiający, łączna wartość pozostałych usług wskazanych w wykazie jest mniejsza niż żądana przez Zamawiającego w ramach wartości 400 000,00 zł brutto rocznie. Zamawiający uznał, że dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 6 grudnia 2017 r. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. złożyło wykaz usług wykonanych w okresie od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2016 r. zawierający 208 pozycji, 69 sztuk referencji, oświadczenie wykonawcy oraz zbiorcze zestawienie faktur. W złożonym oświadczeniu Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. podkreśliło, że posiada 25-letnie doświadczenie w realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów, a usługi te świadczy profesjonalnie. Wykonawca ten zaznaczył, że priorytetem jest dla niego satysfakcja klienta z jakości realizowanych usług; zadowolenie klienta jest filarem trwałego powodzenia i rozwoju Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o.

Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. stwierdziła, że potwierdzeniem spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku jest wykaz usług wraz z referencjami lub innymi dowodami określającymi, że usługi te zostały wykonane należycie. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że z dołączonego wykazu usług wykonanych w 2016 r. wynika, że w tym roku odebrała odpady z 208 podmiotów gospodarczych z terenu miasta Siemiatycze. Zauważyła, że usługi te świadczy nadal (z wyłączeniem firm, które zawiesiły bądź zakończyły swoją działalność). Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. podała, że klienci Przedsiębiorstwa są zadowoleni ze świadczonych usług. Dowodem na to jest, jak wskazał wykonawca, fakt, że klienci nie odchodzą do konkurencji. Jako dowód satysfakcji klientów Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. przedłożyła pozytywne referencje od 68 klientów. Wskazało przy tym, że ze względu na dużą ilość obsługiwanych podmiotów gospodarczych nie jest obiektywnie możliwe uzyskanie referencji od wszystkich, którym świadczy usługi odbioru odpadów.

Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. wskazało ponadto, że „Dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. ważny jest każdy klient. W naszym odczuciu prośba o wydanie referencji winna być przekazana osobiście zarówno w przypadku dużego kontrahenta, jaki klienta, któremu odpady odbieramy raz w miesiącu, a wysokość jego opłat za usługi w 2016 r. wynosiła 14,04 zł miesięcznie. Uzyskanie referencji od wszystkich klientów w tak krótkim okresie jest nierealne: część z obsługiwanych przez nas firm ma swoje siedziby w innych województwach, tam też urzędują osoby decyzyjne w sprawie wydania referencji. Z kolei część mikroprzedsiębiorców z terenu Siemiatycz świadczy swoje usługi na obszarze całego kraju i trudno ich zastać w siedzibie firmy.”. Powyższe okoliczności, zdaniem Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o., stanowią uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze braku możliwości uzyskania części referencji.

Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. podała, że w 2016 r. wysokość świadczonych przez Przedsiębiorstwo usług w zakresie gospodarki odpadami wyniosła 433 748,78 zł. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. zauważyła, że przedłożyła referencje od 68 kontrahentów na łączną kwotę 204 709,94 zł brutto. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. dołączyła zbiorcze zestawienie faktur indywidualnie dla każdego kontrahenta, od którego nie było możliwe zdobycie referencji w tak krótkim czasie i oświadczyła, że na rzecz tych podmiotów usługa odbioru i zagospodarowania odpadów została wykonana należycie. Potwierdzeniem tego faktu jest, jak zauważyła Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., dokonanie płatności za wykonaną usługę opisaną w rubryce „data zapłaty” w zbiorczym zestawieniu faktur. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. wyjaśniła ponadto, że w przypadku podmiotów takich jak PGE i PPHU A.F. kwota brutto wykazana w zbiorczym zestawieniu jest inna niż w załączniku nr 4 do SIWZ, a różnica ta wynika stąd,

że w przypadku tych podmiotów faktury uwzględniają dzierżawę pojemnika.

W dniu 7 grudnia 2017 r. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. przekazało Zamawiającemu uzupełnienie do pisma z dnia 6 grudnia 2017 r. dołączając kopię umowy podwykonawstwa z dnia 29 grudnia 2015 r. zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Komunalnym Sp. z o.o. a MPO Sp. z o.o. w Białymstoku. Wykonawca wyjaśnił, że w dniu 5 grudnia 2017 r. wystąpił o referencje do MPO Sp. z o.o. w Białymstoku, jednak w terminie do dnia 7 grudnia 2017 r. ich nie otrzymał, wobec czego na potwierdzenie należytego wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów przedkłada kopię umowy podwykonawstwa, za której realizację otrzymał wynagrodzenie w kwocie 110 160,00 zł brutto, co zostało potwierdzone w zbiorczym zestawieniu faktur za rok 2016.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze, że brak jest podstaw, aby twierdzić, że przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy są niezgodne z przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65 ze zm.). Izba zważyła, że zgodnie z art. 58 dyrektywy 2014/24/EU instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Art. 60 ww. dyrektywy stanowi podstawę dla instytucji zamawiających do żądania dokumentów, na podstawie których następować będzie weryfikacja podmiotowa wykonawców pod kątem zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz posiadanego potencjału do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, dokumentami tymi mogą być zaświadczenia, oświadczenia, inne środki dowodowe, a także – w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej – dokumenty wskazane w załączniku XII dyrektywy 2014/24/UE. Analiza ww. przepisów nie daje podstaw do uznania za niezgodne z prawem unijnym przepisów polskich aktów prawnych we wskazanym powyżej zakresie. Tezy takiej nie postawił też Zamawiający.

Wobec powyższego, za uprawnione należy uznać zawarte w pkt. VIII ppkt. 1.1 SIWZ wymaganie złożenia referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, lub oświadczenia wykonawcy, ale to w sytuacji, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów wydanych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Wymóg

ten jest w pełni zgodny z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu dostaw lub usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Treść ww. przepisu wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

W przedmiotowej sprawie spór dotyczy dokumentów obejmujących usługi realizowane w 2016 r. Izba stwierdziła, że czas od końca 2016 r. do wszczęcia przedmiotowego postępowania był okresem wystarczającym do pozyskania wymaganych w tym postępowaniu dokumentów. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. miało zatem możliwość zwrócenia się do poszczególnych podmiotów o wydanie dokumentów potwierdzających należyłą realizację usług. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że przy liczbie 208 podmiotów pozyskanie referencji od wszystkich odbiorców usług może być w praktyce niemożliwe. Jednak Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., jako profesjonalista ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązana była zwrócić się owych odbiorców o wydanie dokumentów, a następnie wykazać Zamawiającemu, że starania takie podjęła. Ww. rozporządzenie mówi bowiem o niemożności uzyskania dokumentów z uzasadnionej przyczyny. Przyczyna taka powinna

zostać Zamawiającemu wskazana. Co więcej, powinna ona mieć obiektywny charakter. Tymczasem, jak wynika z dokumentów przekazanych w dniach 6 i 7 grudnia 2017 r. przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., wykonawca ten nie dochował należytej staranności w próbie pozyskania wymaganych dokumentów. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie wskazała, że podjęła działania w celu ich pozyskania. Za uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze nie można uznać okoliczności, że zwrócenie się z osobistą prośbą do wszystkich podmiotów w okresie od wezwania do uzupełnienia dokumentów do wyznaczonego terminu ich przekazania było „nierealne”, jako że z taką prośbą wykonawca mógł zwrócić się we wcześniejszym terminie (jak zauważono powyżej, wykaz zawierał usługi wykonane w 2016 r.). Ponadto, prośba taka mogła zostać skierowana inną drogą, choćby pocztą elektroniczną, tak jak uczyniła to Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w stosunku do MPO Sp. z o.o. Izba nie uznała również za wykazaną okoliczności braku pozyskania referencji od MPO Sp. z o.o. Jak wskazała Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w piśmie z dnia 7 grudnia 2017 r., umowa z MPO Sp. z o.o., na której realizację wykonawca powoływał się w przedmiotowym postępowaniu, obejmowała okres od 1 stycznia 2016 r., do 31 grudnia 2016 r., zaś z prośbą o wydanie referencji Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. zwróciła się w dniu 5 grudnia 2017 r. W tych okolicznościach, nie pozyskanie referencji w ciągu 2 dni nie może stanowić „uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze”.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie wykazała podstaw do złożenia Zamawiającemu oświadczenia własnego w miejsce dokumentów potwierdzających należyłą realizację usług wydanych przez podmioty, na rzecz których usługi te były wykonywane. W tym stanie rzeczy, za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu Izba uznała złożone przez Zamawiającego na rozprawie pisma z dnia 19 grudnia 2017 r. skierowane do Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. i otrzymane odpowiedzi. Co za tym idzie, brak jest podstaw do uznania, że Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. potwierdziła spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Nie wykazanie powyższego skutkuje, wobec wykorzystania już przez Zamawiającego możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :